

GenIUS

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

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

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

Comitato di redazione

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

Redazione

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

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

Diritto Costituzionale: Ilaria Rivera, Angioletta Sperti

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

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

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

Diritto del Lavoro: Laura Tomasi

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

Referees

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

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

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

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus: Populismi, identità personali, diritti fondamentali

a cura di Angelo Schillaci

- 5 **Cesare Pinelli:** Identità, diritti, democrazia: relazioni difficili ma necessarie
- 11 **Carlo Alberto Ciaralli:** Alla ricerca dell'identità perduta: populismo, rappresentazione del sociale e diritti fondamentali
- 21 **Augusto Aguilar Calahorra:** Populismos y conflicto entre valores constitucionales en la Unión Europea
- 35 **Kristina Stoeckl:** L'appropriazione illiberale dei diritti umani da parte della Russia e della Chiesa Ortodossa Russa
- 44 **Giorgia Serughetti:** Genere, razza, sessualità: Il populismo di destra come politica dell'identità
- 50 **Paolo Veronesi:** "Farmaco e veleno": il populismo tra fisiologia e patologia

Interventi

- 73 **Luciana Goisis:** La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico
- 90 **Sarah Grieco:** La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili
- 107 **Costanza Nardocci:** La generalizzazione irragionevolmente discriminatoria: lo stereotipo di genere tra diritto e corti
- 131 **Alessandro Nascosi:** Profili processuali del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso in Italia e in Francia
- 145 **Stefania Stefanelli:** Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.

Commenti

- 180 **Federico Azzarri:** L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma
- 205 **Antonella Madeo:** Diffamazione e *hate speech*: quando il giudizio non è meramente critico ma discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale
- 217 **Elena Falletti:** Una marcia indietro lunga cinquant'anni: la sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson* in tema di aborto
- 234 **Paolo Veronesi:** "Un affare non solo di donne": la sentenza *Dobbs v. Jackson* (2022) e la Costituzione "pietrificata"

Focus

*Populismi, identità personali,
diritti fondamentali*

*Atti del convegno annuale di GenIUS
del 30 settembre 2022*

Cesare Pinelli*

Identità, diritti, democrazia: relazioni difficili ma necessarie

Sommario

1. Propositi. – 2. Chi parla di identità? – 3. La dicotomia natura/cultura e la funzione del legislatore. – 4. La risposta della giurisprudenza costituzionale. – 5. Conseguenze dell'antipaternalismo integrale. – 6. Le pretese escludive di definizione dell'identità. – 7. Il ruolo del diritto fra ossessioni identitarie e regressioni costituzionali.

Abstract

L'autore si interroga sul rapporto tra identità, diritti e democrazia.

The author deals with the relationship between identity, rights, and democracy.

1. Propositi

Fino a che punto il diritto, coi suoi strumenti di garanzia, dovrebbe accompagnare la ricerca del senso del proprio sé che sempre caratterizza i processi di individuazione delle identità? Questa mi pare oggi la questione del rapporto fra identità, diritti e democrazia. Non quella del se, ma del fino a che punto, il diritto debba almeno garantire i percorsi di ricerca delle identità.

Dopo aver giustificato l'affermazione che i processi di individuazione delle identità di cui parleremo sono sempre caratterizzati da una ricerca del senso del proprio sé, darò conto del contesto nel quale la questione del riconoscimento delle identità è oggi prospettata a legislatori e a giudici quale questione di riconoscimento di un diritto fondamentale all'identità. Leggerò in particolare la vicenda nel prisma del principio democratico, indicando a quali condizioni l'inclinazione del dibattito sull'identità si può considerare un aspetto di crescita e non di regressione della convivenza¹.

* Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, "Sapienza" Università di Roma. Relazione al Convegno "Populismi, identità personali, diritti fondamentali" ospitato da "Sapienza" Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Un incontro su "Populismi, identità personali, diritti fondamentali" mi consentirà così di affrontare congiuntamente temi cui ho di recente dedicato distinta attenzione. Si tratta della Relazione al Convegno di Napoli del 3-4 dicembre 2021 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su "Diritto di essere se stessi" e "pieno sviluppo della persona umana", in Rivista telematica dell'AIC, 9 dicembre 2021, e di *The Double Fiction of the People*, in G. Amato, B. Barbisan and C. Pinelli (eds.), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Oxford, Hart, 2021, 137 ss.

2. Chi parla di identità?

Un esame delle accezioni di identità equivale ormai ad addentrarsi in una giungla da cui è difficile uscire. Fortunatamente, ai fini di questo contributo basterà seguire l'invito a differenziare l'uso della nozione di identità da parte degli studiosi di scienze sociali che se ne occupino sul piano analitico da quello che ne fanno i soggetti individuali e collettivi quando discutono della propria identità sul piano operativo². I primi rilevano la molteplicità che contrassegna ogni identità e gli sforzi dei soggetti per occultarla ricorrendo a finzioni, mentre da questi ultimi la molteplicità è avvertita "come una minaccia costante di dissolvimento" alla quale reagiscono "accogliendo l'esigenza di disporre di una struttura permanente e unitaria"³.

Va detto che gli studiosi di scienze sociali che si occupano dei comportamenti e delle tendenze dei soggetti individuali e collettivi in termini di dover essere morale o giuridico, non possono ritenersi parte in causa più degli altri, non discutendo della propria identità sul piano operativo.

La distinzione consente di impostare una ricerca, che in forza del suo carattere giuridico non si può fermare ad aspetti teorici ma richiede una considerazione di dibattiti e battaglie politiche, casi giurisprudenziali e comunque esperienze vissute. Per esempio, la tesi secondo cui "si può benissimo fare a meno della 'identità personale' come tratto reale degli esseri umani anche se si riconosce in loro una qualche continuità fisica e connessione psicologica e dunque una qualche individualità"⁴, appare palesemente dissociata da quanti propongono di discutere, e soprattutto di far valere, la propria identità sul piano operativo. Avvertenza che non comporta affatto un'adesione alla tendenza più o meno consapevole a restaurare concezioni metafisiche o ontologiche dell'identità, soprattutto sociale, che nel corso del Novecento erano state contestate da molte parti e con più argomenti⁵.

Anche la nozione di riconoscimento dell'identità si presta a venire esaminata alla luce della distinzione suddetta. Possiamo guardare alle teorie del riconoscimento, a partire da quella che, in polemica con la filosofia di ispirazione aristotelica, Hegel incentrò sull'individuazione dei soggetti non in base alla loro identità ma alla loro intrinseca relazione con l'alterità⁶, per continuare con la filosofia scozzese, nella quale la contestazione di quella classica passava non solo dall'ascrizione al soggetto di un carattere relazionale ma anche dalla rottura della sua unità, in particolare con la teoria dello spettatore imparziale di Adam Smith⁷. Ma in una prospettiva giuridica, il confronto fra queste e altre teorie risulterà perlomeno più utile se condotto alla luce delle richieste di riconoscimento giuridico avanzate da soggetti individuali e collettivi.

A questo proposito si è nettamente differenziata una richiesta di riconoscimento della propria cultura, o di propri diritti, che tira in ballo soltanto "l'esistenza sociale di un soggetto", da quella della propria identità:

"I "noi" non possono mai rinunciare alla richiesta del loro riconoscimento, senza il quale verrebbe compromessa la loro esistenza sociale; ma se in vista di ciò tirano fuori questioni di "identità", significa che intendono rafforzare le loro richieste di riconoscimento con armi e motivazioni particolari, quelle che la logica dell'identità – se così possiamo esprimerci – pone a disposizione in termini tanto di difesa quanto di offesa. Una richiesta di riconoscimento fatta senza coinvolgere l'identità è di per sé una richiesta assai meno perentoria, molto più interlocutoria e disponibile agli accordi, alla negoziazione, alla convivenza: è infatti una richiesta che può riguardare una molteplicità di aspetti e di situazioni, di diritti, di caratteri particolari o di privilegi. Una richiesta di riconoscimento dell'identità pone invece la questione in termini totali e assoluti, del tipo o tutto o niente"⁸.

Da questa premessa può muovere l'analisi del recente moltiplicarsi delle domande di riconoscimento di identità da parte di soggetti individuali e soprattutto collettivi. Domande consistenti nel richiedere a pubblici poteri, legislatori e giudici, il riconoscimento di un diritto fondamentale all'identità, in quanto tale in grado di assorbire quello di singoli diritti.

2 F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 42.

3 Op. e loco cit.

4 E. Lecaldano, *Identità personale. Storia e critica di un'idea*, Carocci, Roma, 2021, 94.

5 E. Lecaldano, *Identità personale*, cit., 183-184.

6 Cfr. F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, cit., 89.

7 Cfr. D.D. Raphael, *The Impartial Spectator. Adam Smith's Moral Philosophy*, Oxford, OUP, 2007, particolarmente 48-49 per il confronto fra lo spettatore imparziale e il Super-Io di Freud.

8 F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, cit., 94-95.

3. La dicotomia natura/cultura e la funzione del legislatore

“Una linea netta correva tra *Al di là del bene e del male* di Nietzsche e l’affermazione del giudice della Corte suprema degli Stati Uniti Anthony Kennedy, nella sentenza del 1992 sul caso giudiziario *Planned Parenthood contro Casey*, secondo cui la libertà è ‘il diritto di definire il proprio concetto dell’esistenza, del significato, dell’universo e del mistero della vita umana’”⁹.

È lecito dubitare che si tratti di una linea netta. Intanto, il brano di *Casey* così prosegue: “Le credenze intorno a tali questioni non potrebbero definire gli attributi della personalità se fossero formate sotto la costrizione dello Stato”¹⁰. L’accento batte inequivocabilmente sulla libertà dallo Stato secondo il concetto di autodeterminazione proprio di John Stuart Mill, che costituì il postulato filosofico del diritto alla *privacy* costruito dalla Corte Suprema. E soprattutto in *Casey* la Corte era stata chiamata a rispondere alle diffuse contestazioni rivolte a *Roe v. Wade* (1973), in particolare sulla ammissibilità di un diritto ad abortire che, pur potendo comportare un’impegnativa opera di definizione della libertà nei termini indicati dal *Justice Kennedy*, stenta a rientrare fra i casi di richiesta di riconoscimento dell’identità in termini assoluti.

In queste condizioni appare quantomeno forzato il paragone con Nietzsche, per il quale la morte di Dio equivaleva ad ampliare l’autonomia degli uomini fino a consentire loro di creare la legge morale che preferivano¹¹. Il paragone diventa più credibile quando, in anni a noi più vicini, si affaceranno istanze di riconoscimento giuridico di identità affidato in esclusiva al suo titolare, in questo equipollenti al riconoscimento di una legge morale creata da ciascuno.

Si è detto che il diritto al *gender* “demistifica l’idea di natura che i giuristi hanno codificato e considera la persona un unicum composto di corpo e psiche, dando prevalenza all’atto di autodeterminazione del singolo che, assecondando le sue inclinazioni naturali, manifesta la volontà di cambiare il sesso corporeo-anagrafico nell’altro sesso psicologicamente più consono”¹². Quell’idea di natura codificata dai giuristi appare però superata almeno da quando la Corte costituzionale rigettò una legge sulla rettificazione delle attribuzioni di sesso con l’argomento che riconosceva il diritto di ciascuno di ricomporre “l’equilibrio tra soma e psiche” (sent.n. 161 del 1985), senza contare più risalenti notissime interpretazioni evolutive della nozione costituzionale di famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”, nonché la giurisprudenza che anche in nome della libertà di autodeterminazione ha superato una visione della morte come “tramonto naturale” anche in riferimento a pazienti in stato di coma irreversibile tenuti in vita artificialmente (Cass., Sez. I, civ., n. 21748 del 2007).

La questione posta (anche) dal diritto al *gender* non consiste pertanto nel demistificare una certa idea di natura ormai ampiamente demistificata. Piuttosto, consisterà nel ridiscutere potenzialmente qualunque idea di natura, nella misura in cui neghi del tutto la naturalità dei ruoli assegnati in nome della cultura di cui ciascuno è espressione: come avviene quando si considera il sesso come una costruzione sociale che non avrebbe nulla di oggettivo, essendo solo assegnato alla nascita¹³.

Non si tratta però di un approdo obbligato. La contestazione della tradizionale idea di natura ben può consistere anzitutto, infatti, nel ridiscutere l’irriducibilità della dicotomia natura/cultura, in base all’assunto che in ciascuno di noi si presentano sempre reciprocamente intrecciate¹⁴. La questione è allo stato estremamente controversa fra gli stessi protagonisti del dibattito sul *gender*¹⁵. E non bisogna essere seguaci della teoria habermasiana della democrazia deliberativa per confutare le buone ragioni di un intervento legislativo compiuto nel corso della controversia, con l’ovvio risultato di deviarne forzatamente il corso se non di bloccarla¹⁶.

9 F. Fukuyama, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Torino, UTET, 2019, 70.

10 505 U.S. 853, *Planned Parenthood v. Casey* (1992).

11 V. ancora F. Fukuyama, *Identità*, cit., 69.

12 G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 251.

13 È la nota posizione di J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell’identità*, Bari-Roma, Laterza, 2013, 13 ss.

14 Peralto non è pacifica neanche la riconducibilità del sesso alla natura e del genere alla cultura (v.ad es. I. Fanlo Cortés, *Il DDL Zan e il nodo dell’identità di genere*, in *GenIUS*, 2021, n. 2, 41).

15 V. ad es. il dibattito fra M.S.Sapegno, T.Pitch e P.Marcasciano, *Sesso e genere: la posta in gioco*, in *MicroMega*, 4/2021, 121 ss.

16 In tal senso E. Olivito, “Non è eguaglianza quella che fa dell’uomo la mia misura”, in *Costituzionalismo.it*, Quaderno n. 3, *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive al confronto*, Atti del Seminario di Roma, 26 novembre 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 110.

4. La risposta della giurisprudenza costituzionale

Nella giurisprudenza costituzionale il riconoscimento del diritto all'identità di genere "quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale" protetto dagli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, viene sì esplicitamente affermato nelle sentenze nn. 221 del 2015 e 180 del 2017. Dove però si chiarisce che "ciò non esclude affatto, ma anzi avvalorata, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato". Per cui, "escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione", la Corte rileva "come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. Nel sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere."

Anche in una recente proposta di valutare le leggi restrittive del diritto all'identità personale secondo il paradigma del paternalismo, il criterio discrezionale fondamentale viene rinvenuto nella previsione di "un accertamento delle reali condizioni del soggetto", la cui assenza condurrebbe "a classificazioni normative manifestamente arbitrarie" anche quando riferite a soggetti vulnerabili¹⁷. Ebbene la giurisprudenza sull'identità di genere supera il test, nella misura in cui esclude l'ammissibilità di ogni presunzione assoluta all'atto della qualificazione legislativa delle condizioni del soggetto.

Neanche in altri casi il diritto di essere se stessi viene fatto consistere in un diritto di definire in via esclusiva le proprie scelte ultime, sebbene riguardino singoli diritti di libertà, non accompagnati dalla pretesa di ascrivere effetti giuridici alla solitaria individuazione della propria identità. Si tratta dei casi dell'aiuto al suicidio (ord.n. 207 del 2018 e sent.n. 242 del 2019), della prostituzione volontaria (sent.n. 141 del 2019), e della maternità surrogata (sentt.nn. 272 del 2017 e 33 del 2021).

Indipendentemente dalle differenti soluzioni, gli argomenti adoperati dalla Corte riflettono un tipo di interpretazione costituzionale strettamente connessa a una certa visione del processo di formazione dell'identità. Dove il limite posto all'autodeterminazione non deriva da un bilanciamento con un altro principio costituzionale, ma da una individuazione degli effetti delle interferenze di terzi sulla formazione dell'identità di chi reclama il diritto all'autodeterminazione. Si tratta di un'argomentazione orientata alle conseguenze¹⁸, che appare legata a una nozione relazionale della persona.

Come il diritto di essere se stessi in senso integralmente antipaternalistico corrisponde a una visione assoluta dei diritti fondamentali, così la nozione relazionale della persona apre la via a un'interpretazione orientata alle conseguenze del loro esercizio. La Corte distingue la sfera interna da quella esterna nel continuo processo di formazione dell'identità, anche per ridurre i danni che la seconda può arrecare alla prima. Come è stato scritto parlando di laicità, "Non si tratta di governare la interiorità dell'individuo, sì piuttosto di proteggerla dalle insidie e dai soprusi che possono venirle dall'esterno, a cagione del contegno pratico [...] di altre persone umane che pretendano di premere oltre il lecito sulla coscienza del soggetto"¹⁹.

5. Conseguenze dell'antipaternalismo integrale

Una preoccupazione del genere è estranea agli antipaternalisti integrali. Costoro non si arrestano neanche di fronte all'ipotesi che l'autodeterminazione inneschi un processo di autodistruzione, in base al postulato che mai lo stato può pretendere di decidere al posto mio ciò che è bene, o anche male, per me²⁰.

17 P.F. Bresciani, *Prospettive sulla legge paternalista come categoria giuridica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, 247.

18 Per un primo problematico inquadramento, L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, 1 ss.

19 P. Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, Giappichelli, 2007, 110, sub (9).

20 V. ad es. G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, 98.

Se la coerenza di questa posizione non è in discussione, lo è la premessa da cui muove, che in quanto riferita solo al rapporto individuo-stato oblitera la dimensione relazionale, e con essa i circuiti intersoggettivi e le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo. Il che non può venire ignorato quando l'individuo reclama un riconoscimento giuridico della propria identità, se non altro per non vanificare l'articolazione per sfere di esplicazione della persona che nell'ordito costituzionale corrispondono alle complementari prospettazioni ricavabili dagli artt. 2 e 3 secondo comma²¹.

D'altra parte l'antipaternalismo integrale si manifesta oggi in rivendicazioni delle identità di genere come "dimensioni radicalmente costruite, anzi 'create'", che a differenza delle accezioni di identità sviluppatasi nella seconda metà del XX secolo, prescindono da "una sorta di gestione sociale della loro accettabilità", avendo a che vedere con "una più radicale autoattribuzione di identità in cui la consapevolezza che si realizza di se stessi è del tutto disponibile al nostro giudizio"²².

"Ciò che fa problema", prosegue questo autore,

è la connessione tra la tesi di una completa disponibilità della ricostruzione narrativa della propria identità e la pretesa che questa forma narrativa sia in grado di catturare effettivamente quella che è l'identità reale degli esseri umani [.....] La nostra storia personale, anche se non riducibile a qualche forma di identità stretta, è sicuramente l'esito in un modo più o meno ampio di varie influenze sociali provenienti dai gruppi di cui facciamo parte. Proprio questa collocazione è la radice dei riconoscimenti di valore che vengono rivolti alla nostra identità. Si tratta tra l'altro di influenze che rendono la nostra identità – anche nella forma più debole della consapevolezza del proprio io o sé – qualcosa che non possiamo creare integralmente e che dunque non è completamente disponibile. Proprio la revisione della nozione di identità tanto personale quanto sociale che si è realizzata negli ultimi secoli non permette più di dare credibilità alla pretesa che una qualche narrazione possa catturare la nostra vera e reale identità²³.

6. Le pretese escludiviste di definizione dell'identità

La pretesa "che una qualche narrazione possa catturare la nostra vera e reale identità" accomuna una parte dei sostenitori del diritto al *gender* ai populistici. Sebbene la richiesta dei primi di mantenere sempre aperto il processo di individuazione della propria identità sia opposta alla pretesa dei populistici di possederne una fissa e inscalfibile, comune agli uni e agli altri rimane il rifiuto di qualsiasi apporto di terzi a tale individuazione in nome di una versione mitica dell'identità. Proprio una pretesa comunque escludivista all'autodefinizione può spiegare come mai la demistificazione del mondo che è altro da sé – si tratti della tradizione democratica sconfessata quale rivestimento del potere delle élite o dei movimenti di emancipazione sessuale ritenuti ancora legati alla dicotomia maschio/femmina – porta a una nuova finzione, che occulta le divisioni interne al corpo elettorale o al soggetto individuale.

Il parallelismo si riallaccia in parte alla tesi secondo cui con la globalizzazione sarebbero emersi tanto un "individualismo illimitato" quanto un "comunitarismo endogamico"²⁴. A parte l'ipotesi che il bisogno di comunità sarebbe stata la conseguenza dell'affermarsi di un individualismo atomistico, succeduto a quello prometeico della prima modernità e a quello narcisistico della postmodernità²⁵, sembra significativo che l'ossessione identitaria venga anche qui caratterizzata dalla perdita di legami sociali, e che la via d'uscita in termini normativi consista nel puntare su "un soggetto che si riconosce costitutivamente in relazione", e "capace dunque di responsabilità"²⁶.

La prospettiva è stata declinata alla luce del principio di eguaglianza, pur sulla premessa di "una tensione tra esperienza giuridica ed esperienza comune" di cui anche la qualificazione giuridica dell'identità di genere è espressione²⁷. L'introduzione del concetto di genere consentirebbe da un lato di gettare luce sulla discriminazione, dall'altro di disarticolargli dalla differenza cogliendovi "la componente

21 Sul punto sia consentito il rinvio a C. Pinelli, "Diritto di essere se stessi" e "pieno sviluppo della persona umana", cit.

22 E. Lecaldano, *Identità personale*, cit., 238-239.

23 E. Lecaldano, *Identità personale*, cit., 240-241.

24 E. Pulcini, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009, 11.

25 E. Pulcini, *La cura del mondo*, cit., 13. In termini solo parzialmente diversi F. Rigotti, *L'era del singolo*, Torino, Einaudi, 2021, 35, osserva che il "sovranoismo psichico" dell'io narcisista corrisponde al "sovranoismo politico" dei movimenti identitari, che esalta l'identità collettiva di un popolo.

26 E. Pulcini, *La cura del mondo*, cit., 20.

27 A. Schillaci, *Tra eguaglianza e differenza: alla ricerca di alleanze possibili*, in *Uguaglianza o differenza di genere?*, cit., 252.

specifica dell'autodeterminazione intesa non come autonomia astratta bensì situata secondo specifiche coordinate di relazione"²⁸. Solo "se la costruzione e la reinterpretazione soggettiva della (propria) differenza [.....] avviene necessariamente nel confronto e nella *relazione*", diventa possibile rivendicare uno spazio di agibilità politica tramite una "ricerca di alleanze funzionali alla condivisione delle identità, alla convivenza tra di esse, alla costruzione di coesione sociale"²⁹. Aggiungerei che, muovendo dalla natura relazionale dei processi di costruzione dell'identità individuale, e dal limite che implica per l'autodeterminazione, la ragione per considerare la qualificazione giuridica come un momento di perdurante tensione con l'esperienza comune non ha nulla a che vedere con un divieto posto dall'alto all'autoattribuzione di un diritto: è la stessa pretesa escludente a una consacrazione formale a mostrare l'intento di monopolizzare un processo di costruzione dell'identità che nella realtà non dipende solo dal singolo individuo.

7. Il ruolo del diritto fra ossessioni identitarie e regressioni costituzionali

Quanto detto va oltre il dibattito sull'identità di genere, investendo l'intero arco dei rapporti fra identità, diritti e democrazia. Riferendo il paradigma relazionale alla formazione delle identità, potremo infatti considerare la democrazia un regime che incorpora il principio di libertà come dover essere della convivenza organizzata, non meno che come fondamento dei diritti del singolo individuo. Oltre a recuperare la dimensione sociale della libertà contro un individualismo atomistico sempre in agguato, l'ipotesi consente di cogliere un tratto differenziale della democrazia costituzionale dal populismo per una via finora poco battuta.

Nella prima l'accettazione del contributo altrui alla formazione dell'identità individuale non è un omaggio alla virtù, ma la condizione per impostare un discorso realistico sulla consistenza del tessuto pluralistico a partire dal grado di consapevolezza sociale del nesso fra pluralismo e libertà. Le difficoltà di raccordare le identità ai diritti e viceversa possono derivare da qui, più che dai bilanciamenti da effettuare in giurisprudenza o da una intrattabilità politica delle questioni. Per questo in democrazia le relazioni fra identità e diritti possono diventare difficili, pur restando necessarie.

L'ossessione identitaria dei populisti deve invece negare il pluralismo come fatto, prima ancora che come valore. Nella loro rappresentazione della realtà, un'articolazione pluralistica della società, con le sue diversità, mette pericolosamente a nudo la finzione che sta dietro alla narrazione del popolo omogeneo. Finzione che può peraltro resistere ricorrendo ad armi molto più sofisticate della censura e della repressione, oggi offerte a profusione sulla scena mediatica e soprattutto in rete.

Anche per tale via si può avviare, o si può alimentare, quella "regressione costituzionale" di recente sperimentata in parecchi Paesi anche europei, che sfugge alla dicotomia novecentesca fra democrazia costituzionale e totalitarismo. Contrariamente alle "regressioni autoritarie", caratterizzate da un improvviso cambiamento di regime dovuto a un colpo di stato militare o all'uso abnorme dei poteri di emergenza, molto frequenti fino al XX secolo, le "regressioni costituzionali" deriverebbero da un declino lento, incrementale e endogeno della qualità delle elezioni, dei diritti di parola e di associazione, e del principio di legalità, col risultato di offuscare la percezione collettiva che la democrazia è in pericolo, e di rendere più costosa e meno efficace la resistenza al consolidamento antidemocratico del potere politico³⁰.

Queste regressioni non potrebbero realizzarsi senza una progressiva corruzione dei legami sociali che facevano affidamento sulla reciproca libertà dei cittadini, anche se costoro continuano a votare e non sono fisicamente minacciati nell'uso dei loro diritti. L'ossessione per le identità individuali e collettive, quando non è alle origini di quell'opera di corruzione, si salda con essa: abbatte i ponti che c'erano e costruisce nuovi muri secondo linee estranee, più che contrarie, alle democrazie costituzionali.

28 A. Schillaci, *Tra eguaglianza e differenza*, cit., 254.

29 A. Schillaci, *Tra eguaglianza e differenza*, cit., 257.

30 A. Huq and T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 *University of California Law Review*. 78 (2018), 117 ss.

Carlo Alberto Ciaralli*

Alla ricerca dell'identità perduta: populismo, rappresentazione del sociale e diritti fondamentali

Sommario

1. Populismo e società contemporanea. – 2. Il concetto di identità nella crisi della democrazia contemporanea. – 3. Il problematico connubio tra populismo nazionalista e identità. – 4. Alcuni spunti di riflessione, a mo' di conclusione.

Abstract

La polarizzazione sociale, istituzionale e culturale, derivante dalla radicale contrapposizione identitaria, costituisce un punto di rottura strutturale nelle società contemporanee, specie a partire dal XX secolo. In tal guisa, l'identità populista costituisce, nel tempo presente, uno degli elementi maggiormente contudenti nei riguardi della democrazia costituzionale, convogliando elementi di profonda divisione sociale ed istituzionale, nell'ambito della quale il costituzionalismo contemporaneo può ancora svolgere un ruolo fondamentale nei processi di convogliamento delle istanze popolari e di sintesi del conflitto sociale.

The social, institutional, and cultural polarization, originating from the radical identity contrast, represents a structural breaking point in contemporary societies, especially starting from the XX century. In this way, in the present time, populist identity represents one of the bluntest elements towards constitutional democracy, conveying profiles of deep social and institutional division, in which contemporary constitutionalism can still play a fundamental role in the processes of transmission of the popular demands and synthesis of the social conflict.

1. Populismo e società contemporanea

Lo studio del populismo contemporaneo¹, seppur in una prima fase circoscritto alla scienza politica, alla sociologia e, persino, alla scienza economica, ha visto progressivamente ampliare il campo d'indagine circa la dimensione di un fenomeno "naturalmente" trasversale, finendo così per interessare, specie sul

* Ricercatore "Maria Zambrano" in Diritto Pubblico, Universidad Pablo de Olavide di Siviglia (Spagna). Relazione al Convegno "Populismi, identità personali, diritti fondamentali" ospitato da "Sapienza" Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 La letteratura sul fenomeno populista contemporaneo è, a ben vedere, estremamente ampia e variegata. Ad ogni buon conto, si vedano, in particolare, M. Canovan, *Populism*, London, Junction Books, 1981; H.G. Betz, *Radical Right-wing Populism in Western Europe*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1994; P. Taggart, *Populism*, 2000, trad.it., *Il Populismo*, Troina, Città aperta, 2002; C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; E. Laclau, *On Populist Reason*, 2005, trad.it., *La ragione populista*, Roma-Bari, Laterza, 2008; J. Lukacs, *Democracy and Populism. Fear and Hatred*, 2005, trad.it., *Democrazia e populismo*, Milano, Longanesi, 2006; P. Blokker, *Populist Nationalism, Anti-Europeanism, Post-nationalism, and the East-West Distinction*, in *German law journal*, 2005, n. 6 (2), pp. 371 ss.; K. Abts, S. Rummens, *Populism versus Democracy*, in *Political studies*, 2007, n. 55 (2), pp. 405 ss.; R.S. Jansen, *Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism*, in *Socio-*

fronte della crisi della rappresentanza democratica, anche l'ambito giuridico, in special modo quello del diritto costituzionale e comparato². Tale ampliamento prospettico si è, inevitabilmente, reso necessario a fronte delle profonde e dirimenti sfide cui sono chiamati a far fronte gli ordinamenti democratici e che caratterizzano il tempo presente, tanto sul piano prettamente giuridico, quanto su quelli economico, istituzionale e sociale. Dette sfide costituiscono, in tal guisa, una circostanza decisiva ed originale agli occhi di coloro i quali intendano far luce sui principali cambiamenti in atto nel quadro delle democrazie costituzionali. Globalizzazione, populismo, *climate change*, crisi migratoria, pandemia da Covid-19, autoritarismi vecchi e nuovi, pulsioni identitarie, crisi dell'equilibrio fra potere esecutivo e legislativo, effetti economici globali delle crisi sanitaria e bellica. Tali tematiche, ciascuna avente una propria ed autonoma rilevanza strutturale nel quadro degli accadimenti che hanno interessato le realtà sociali ed istituzionali negli ultimi otto lustri, costituiscono rimarchevoli fattori di indebolimento e ridefinizione complessiva del fenomeno democratico e, finanche, delle basi teoriche sulle quali il costituzionalismo contemporaneo ha visto la propria edificazione ed espansione, anche di carattere sovranazionale.

Le "grandi crisi" che dal 2007 ai nostri giorni hanno sfiancato gli ordinamenti democratici e le "granitiche" certezze del mondo occidentale, hanno enormemente contribuito alla proliferazione di forme, variamente denominate, di contestazione dello *status quo*, delle classi dirigenti e delle élites dominanti nel quadro delle democrazie costituzionali. In tal senso, negli spazi apertisi in ragione delle incertezze e degli affanni prodottisi a seguito delle crisi di cui si discorre, il populismo, nelle sue varie declinazioni e peculiarità di carattere locale, ha saputo bene insinuarsi, interpretando e canalizzando il sentimento di profondo disagio e disaffezione dei cittadini nei riguardi della gestione della *res publica*, organizzando, parimenti, il dissenso in forme sovente distruttive o, ben peggio, autoritarie ed illiberali, le quali si pongono in aperta contraddizione con i principi e le regole ordinamentali proprie delle culture giuridiche democratiche del contemporaneo. Sul punto, anche con specifico segno agli Stati soggetti ad una difficile transizione dal socialismo alla democrazia liberale, il percorso si è rivelato, in verità, più accidentato del previsto, disvelando ulteriori, preoccupanti, indicatori di malessere sociale nei riguardi delle forme ordinamentali e dei principi su cui si impernia la democrazia costituzionale³.

logical theory, 2011, n. 29 (2), pp. 75 ss.; C. Rovira Kaltwasser, *The Ambivalence of Populism: Threat and Corrective for Democracy*, in *Democratization*, 2012, n. 19 (2), pp. 184 ss.; D. Acemoglu, G. Egorov, K. Sonin, *A Political Theory of Populism*, in *The quarterly journal of economics*, 2013, n. 128 (2), pp. 771 ss.; B. Moffitt, S. Tormey, *Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style*, in *Political studies*, 2014, n. 62 (2), pp. 381 ss.; M. Rooduijn, *The Nucleus of Populism: in Search of the Lowest Common Denominator*, in *Government and opposition*, 2014, n. 49 (4), pp. 573 ss.; P. Aslanidis, *Is Populism an Ideology? Refutation and a New Perspective*, in *Political studies*, 2016, n. 64 (1), suppl., pp. 88 ss.; P. Rosanvallon, *Penser le populisme*, 2011, trad.it., *Pensare il populismo*, Roma, Castelvecchi, 2017; B. de Cleen, Y. Stavrakakis, *Distinctions and Articulations: A Discourse Theoretical Framework for the Study of Populism and Nationalism*, in *Journal of the european institute for communication and culture*, 2017, n. 24 (4), pp. 301 ss.; D. Rodrik, *Populism and the Economics of Globalization*, in *Journal of international business policy*, 2018, n. 1 (1-2), pp. 12 ss.; K.L. Scheppele, *The Opportunism of Populists and the Defense of Constitutional Liberalism*, in *German law journal*, 2019, n. 20 (3), pp. 314 ss.; N. Urbinati, *Me, the People. How Populism Transforms Democracy*, 2019, trad.it., *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, il Mulino, 2020, nonché *Political Theory of Populism*, in *Annual review of political science*, 2019, n. 22; J. Hopkin, M. Blyth, *The Global Economics of European Populism: Growth Regimes and Party System Change in Europe*, in *Government and opposition*, 2019, n. 54 (2), pp. 193 ss.; P. Norris, *Varieties of Populist Parties*, in *Philosophy & social criticism*, 2019, n. 45 (9-10), pp. 981 ss.; J.L. Cohen, *Hollow Parties and Their Movement-ization: The Populist Conundrum*, in *Philosophy & social criticism*, 2019, n. 45 (9-10), pp. 1084 ss.

- 2 Si vedano, in tal guisa, C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European constitutional law review*, 2011, n. 7 (1), pp. 5 ss.; L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European constitutional law review*, 2016, n. 12 (1), pp. 6 ss.; J.W. Müller, *Populism and Constitutionalism*, in Aa.Vv., *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2017; A.M. Alterio, *Reactive vs Structural Approach: A Public Law Response to Populism*, in *Global constitutionalism*, 2019, n. 8 (2), pp. 270 ss.; B. Bugarcic, *The Two Faces of Populism: Between Authoritarian and Democratic Populism*, in *German law journal*, 2019, n. 20 (3), pp. 390 ss., nonché *Could Populism Be Good for Constitutional Democracy?*, in *Annual review of law and social science*, 2019, n. 15 (1), pp. 41 ss.; P. Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, in *International journal of constitutional law*, 2019, n. 17 (2), pp. 536 ss.; O. Doyle, *Populist Constitutionalism and Constituent Power*, in *German law journal*, 2019, n. 20 (2), pp. 161 ss.; G. Halmai, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *German law journal*, 2019, n. 20 (spec. 3), pp. 296 ss.; T. Fournier, *From Rhetoric to Action, a Constitutional Analysis of Populism*, in *German law journal*, 2019, n. 20 (spec. 3), pp. 362 ss.; A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021. Sia consentito, infine, C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- 3 Sul punto, a giudizio di M. Krygier, *The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism, and the Rule of Law*, in *European constitutional law review*, 2019, n. 15 (3), pp. 544 ss., p. 563, i movimenti populistici, specie quelli nati dal crollo dei sistemi socialisti, «deliberately draw on locally hallowed pasts – mixing reality, myth, and often fantasy – to revive and then cement loyalties and attachments among the faithful: to the nation, the faith, the 'true' people; against the foreign, the cosmopolitan, the unbelievers or other-believers, elites, the new, the unfamiliar, the 'worse', the 'other'».

Nondimeno, le “grandi crisi” degli ultimi quindici anni (in particolare, quella economico-finanziaria principiata nell’anno 2007) hanno profondamente inciso sul radicamento sociale, sull’immaginario collettivo e, nondimeno, sul successo elettorale delle formazioni politiche populiste ed anti-sistema.

Volendosi, in tal senso, avanzare l’ipotesi di una stretta correlazione fra i movimenti tellurici (siano essi di natura economica, politica, istituzionale e sociale) succedutisi nelle società democratiche occidentali e la diffusione sociale e, nondimeno, culturale di sentimenti marcatamente ostili nei confronti delle classi dirigenti e degli assetti economici, sociali ed istituzionali prevalenti, sovente in forme di contestazione e, finanche, di aperta rottura nei riguardi dei medesimi, specie sul fronte dei pilastri valoriali ordinamentali e dei diritti fondamentali dei cittadini⁴. Tale constatazione, a ben vedere, si inserisce ed interagisce, per così dire “naturalmente”, con il più ampio fronte d’indagine afferente alla crisi dell’organizzazione economica e finanziaria “neoliberista”, prevalente a livello globale e, parallelamente, di quella concernente la *governance* economica e politica dell’Unione europea, da intendersi ambedue quali spazi di manovra lasciati ripetutamente sguarniti dalle forze politiche democratiche e nell’ambito dei quali anche le forme di contestazione dello *status quo* di natura populista ed anti-sistema hanno svolto e, nondimeno, continuano a svolgere un ruolo di primo momento nel processo di contrasto ed indebolimento sistemico degli assetti istituzionali definiti⁵.

Parimenti, il primo decennio del XXI secolo si è caratterizzato per un affievolimento della spinta propulsiva tesa alla costituzione di un ordine mondiale omogeneo, compattatosi attorno ai valori della democrazia, della libertà, del libero mercato e del riconoscimento, il più ampio possibile, dei diritti e delle libertà civili. Meritano una particolare attenzione, in tale prospettiva, le riflessioni del sociologo californiano Larry Diamond, il quale ha posto in luce come il nodo centrale degli studi contemporanei sulla democrazia⁶ (e, per converso, sulle degenerazioni e involuzioni del processo democratico) si strutturi attorno a quello che egli ha definito il processo di “recessione democratica”⁷. Per “recessione democratica” si intende un momento storico nell’ambito del quale, a differenza del precedente quarantennio, il numero delle democrazie stabili ed affidabili nel mondo è decresciuto piuttosto che aumentato, aprendo la strada a forme di involuzione autoritaria dell’ordinamento o, parallelamente, alla proliferazione di “false democrazie”, sovente dai contorni autoritari piuttosto sfumati, al fine di accreditarsi presso il consesso internazionale.

Ciò che qui si intende sostenere è che (anche) dal disagio profondo di ampie porzioni della società contemporanea, sia (ri)nato e progressivamente maturato un forte sentimento di natura nazionalista e, nondimeno, “tradizionalista”, legato ad un approccio di “chiusura” nei confronti della dinamica realtà globale, specie alla luce delle conseguenze che la globalizzazione deregolamentata ha prodotto sulle fasce più esposte della popolazione⁸.

Il populismo contemporaneo, beninteso, non può né deve essere ricondotto esclusivamente a ragioni di carattere contingente né, per converso, ad elementi meramente di contorno e, diremmo quasi, “fisiologici” nell’alveo delle democrazie costituzionali del XXI secolo⁹. Ciò a cui stiamo assistendo, a

4 In tal senso, rinvio alle riflessioni di F. Bilancia, *Etica della cura come etica pubblica. Ripensando la democrazia nel contemporaneo, in Cura dell’altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, M.P. Paternò (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 41 ss., p. 60, il quale sottolinea come la narrazione populista ed anti-sistema sia stata «certamente agevolata dalle conseguenze della crisi economica. (...) questo tipo di conflitti sta addirittura travalicando i confini nazionali, per inquinare polemicamente le stesse relazioni diplomatiche ed istituzionali in seno all’Unione europea».

5 Si vedano, sul punto, le riflessioni di M. Caiani, G. Meardi, *Populism in power and its socio-economic policies: An assessment of European evidence*, in *Stato e mercato*, 2022, n. 125 (2), pp. 207 ss.

6 Sul contenuto e sull’evoluzione storica del concetto di “democrazia”, si vedano, tra gli altri, P. Biscaretti Di Ruffia, *Democrazia (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964; G. Sartori, *Democratic Theory*, New York-London, Frederik A. Praeger Publishers, 1965; M.I. Finley, *Democracy ancient and modern*, 1973, trad.it., *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, Laterza, 1997; R.A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, 1989, trad.it., *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 2005; L. Canfora, *La democrazia. Storia di un’ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2008; N. Bobbio, *Democrazia (voce)*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, UTET, 2016, pp. 238 ss.

7 L. Diamond, *Facing Up to the Democratic Recession*, in *Journal of democracy*, 2015, n. 26 (1), pp. 141 ss.; in Id., *Democratic Regression in Comparative Perspective: Scope, Methods, and Causes*, in *Democratization*, 2021, n. 28 (1), pp. 22 ss.

8 Cfr., sul punto, L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2018.

9 Con specifico segno alle dinamiche socio-istituzionali insite nel contemporaneo, è opportuno dar conto anche di opinioni di segno (parzialmente) distonico, sostenute da una parte della dottrina tutt’altro che residuale, a giudizio della quale il populismo non dovrebbe essere declinato esclusivamente (ed in ogni caso) in termini puramente ed intrinsecamente negativi o deleteri nei confronti delle democrazie costituzionali contemporanee. In detta prospettiva, infatti, è possibile, in tesi generale, immaginare l’azione istituzionale e politica di una forma di “populismo democratico”, nel quadro di una “democrazia matura” ed affidabile, il quale potrebbe rappresentare un «tonico efficace per lo Stato costituzionale», intendendo, in tal veste,

far data, in senso sostanziale, dalla seconda metà dello scorso decennio (non soltanto, beninteso, in aree geografiche periferiche ed economicamente sottosviluppate) è l'accrescimento di una estremizzata polarizzazione socio-culturale ed elettorale verso teorie e prospettive di natura fortemente conflittiva nei confronti dello *status quo* e, nondimeno, di elementi di progresso culturale e morale fortemente penetranti nel quadro di una società che voglia, a giusto diritto, definirsi democratica, aperta, inclusiva, accogliente.

2. Il concetto di identità nella crisi della democrazia contemporanea

Entrando in maniera più risoluta nel tema oggetto delle presenti riflessioni, sorge primariamente un interrogativo che si staglia all'orizzonte dell'emisfero populista e del suo rapporto con la società democratica e la propria intima ragion d'essere: cos'è l'identità (in particolare, quella populista)? Perché questa nozione, così profonda e radicata nella cultura umana, direi certamente in forma archetipica, rileva in misura così notevole rispetto al tema oggetto delle presenti note? E come mai la nozione di identità è così pervasivamente radicata e radicalizzata nella narrazione populista contemporanea e, più in generale, nelle passionali narrazioni politiche Novecentesche, tanto da cozzare, sovente, con diritti e libertà fondamentali che si atteggiano quali pilastri valoriali della comune esperienza occidentale?

In prima istanza, se può dirsi rispondente al vero la circostanza per la quale le nozioni di "identità" e "nazione" si siano imposte quali elementi imprescindibili per la nascita dello Stato nella sua accezione moderna, può parimenti considerarsi rispondente al vero l'ipotesi per la quale l'identità si sia poi dipanata in una miriade differente di accezioni, ramificandosi dentro lo Stato e trascendendone la (presunta) sostanziale unità strutturale di base. Oltre il "sogno romantico manzoniano"¹⁰ di una profonda unità fisica e spirituale della nascente nazione, impernato sull'unità militare, linguistica, spirituale, tradizionale, morale e di stirpe, nell'alveo dell'organismo statale sono gradualmente proliferate, specie nel Novecento, numerose forze ed energie che hanno dato vita a svariate tipologie identitarie, alcune delle quali, come noto, dai risvolti nefasti per la storia dell'umanità contemporanea.

In seconda istanza, a ben vedere, la dimensione immaginifica dell'identità, politica e nazionale, riveste da sempre un ruolo essenziale nella narrazione delle tradizionali esperienze ideologiche, culturali e sociali, nonché, in definitiva, del potere inteso quale forma, democratica o autoritaria, di legittimazione delle pretese ed aspirazioni dei corpi sociali e, finanche, dello *status quo* egemone.

In tale prospettiva, i grandi processi in atto nel contemporaneo, quali la globalizzazione delle società e delle economie, il multiculturalismo, le migrazioni, i moti di rivendicazione di originali diritti e libertà, rappresentano un fattore di evidente frattura nella consueta composizione (omogenea) dei corpi sociali e delle istituzioni, impernate, classicamente, attorno ad una comunità sostanzialmente unitaria e che, per riflesso, ne rappresenta, in forma ordinamentale, le idee, la cultura, la storia e le tradizioni.

Processi che hanno determinato, *inter alia*, quella "solitudine del cittadino globale"¹¹, la quale andrebbe intesa, nel senso di nostro interesse, quale processo di recisione di solidi legami comunitari basati (anche) su un'identità forte, a tutto vantaggio di una dimensione ultronea rispetto a quella di appartenenza, ossia delocalizzata, deradicata, dispersa.

Ho inteso evidenziare, nel titolo del presente scritto, la suggestione concernente le *Identità perdute*: cosa ci dice questa espressione circa la conflittualità tra mondo populista, seppur volendo utilizzare tale espressione in maniera ampia e onnicomprensiva, e garanzia dei diritti fondamentali nel tumultuoso magma della rappresentazione sociale? In primo luogo, sia consentito richiamare il pensiero di Francis

il populismo come «quell'attenzione, talvolta estrema, al coinvolgimento del popolo nelle decisioni di natura politica. In questo modo la strategia populista può essere vista come una strada per recuperare, in maniera radicale, la democrazia». Cfr., in tal senso, G. Cerrina Feroni, *Ripensare la democrazia rappresentativa. Aldilà del "mito" populista*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2019, n. 2, pp. 1 ss., pp. 10-11. Nel medesimo senso, si vedano le riflessioni di F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 4, pp. 517 ss., p. 524, a parere della quale «non è possibile, quindi, per una mera posizione di principio, contrapporre il populismo alla democrazia, dovendo, invece, calarci nelle molteplici realtà storiche, politiche e teoriche che hanno utilizzato tali concetti e verificare se la loro evoluzione ne abbia caratterizzato o meno un approdo conflittuale e alternativo».

10 "Una d'arme, di lingua, d'altare, di memorie, di sangue e di cor". Cfr. A. Manzoni, *Marzo 1821*, in Id., *Manzoni. Tutte le opere*, Firenze, Sansoni, 1993.

11 Z. Bauman, *In Search of Politics*, 1999, trad.it., *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2017.

Fukuyama, assunto agli onori delle cronache a livello planetario per la nota e dibattuta espressione “fine della storia”¹².

Fukuyama, nel suo volume “Identità”¹³, tratta appunto del tema della connessione tra identità (personale e collettiva), diritti e libertà nel tempo contemporaneo, caratterizzato dall’ascesa delle forze populiste e, in forma maggioritaria, nazionaliste. Al di là delle pur rimarchevoli speculazioni filosofiche circa la dissociazione tra l’Io interiore ed il mondo esterno, primo nucleo strutturale dell’identità individuale, ciò che preme evidenziare della riflessione di Fukuyama è la connessione viva ed intensa nel pensiero tra lo sviluppo di un’identità privata che si fa, progressivamente, identità collettiva o sostanzialmente diffusa e la frizione tra quest’ultima e l’organizzazione democratica, specie quella occidentale, ove l’impatto di elementi di “contestazione” o “reazione” identitaria all’architettura dominante appaiono stridenti e, per certi versi, originali¹⁴. Le strutture democratiche, parimenti, non hanno saputo per tempo interpretare quel montante malessere sociale e identitario, alimentando, sovente in forma inconsapevole, la distanza tra corpo sociale e classe dirigente, procedendo così ad una “rinuncia al confronto” democratico foriero di conseguenze nefaste.

In secondo luogo, ad un’analisi di ampio respiro, la medesima espressione “noi” si caratterizza per una pervasiva valenza identitaria, tanto nelle aggregazioni di natura privata, quanto nel discorso pubblico ed istituzionale. Trattasi, in tal senso, di un’espressione sostanzialmente e, a mio avviso, “naturalmente” divisiva, la quale indirizza le relazioni pubbliche e private nel senso di una chiara manifestazione dell’esistenza di un’entità, di uno spirito, di un riflesso culturale e valoriale comune e condiviso e tuttavia, a ben vedere, “ristretto” e “circoscritto”, ossia afferente ad uno specifico “gruppo” sociale, nazionale, culturale o umano, che si caratterizza per determinati tratti che lo rendono differente rispetto agli altri, i quali, a loro volta, si “identificano” in un’accezione ultronea di appartenenza, dunque identitaria.

In particolare, il populismo di matrice nazionalista ha ridefinito, partendo da radici lontane, il proprio linguaggio e la propria *Weltanschauung* quale “filosofia politica” di matrice “patriottica”, intenzionata a difendere gli “interessi nazionali” e le “tradizioni popolari”, aggredite dal “pericolo” di una società globalizzata, multivaloriale e multiculturale, sovente connettendo la suggestione dell’identità (patriottica) a concetti quali etnia, religione, preferenze private, cultura familiare asseverata. Quelle radici lontane che vanno ricercate nella nascita del nazionalismo politico e culturale, il quale, a ben vedere, emerse quale fenomeno socio-politico ed intellettuale anche in reazione ad una dinamica di sviluppo industriale e sociale di caratura “protoglobale”, simile (seppur con i dovuti aggiustamenti) per certi aspetti ai fenomeni a cui stiamo assistendo nel tempo presente.

Un fenomeno, lungamente analizzato e dibattuto, tra gli altri, da Ferdinand Tönnies¹⁵ e successivamente da Max Weber¹⁶, che vede le proprie scaturigini nel passaggio dalla dimensione della *Gemeinschaft* a quella della *Gesellschaft*, e quindi da una dimensione di maggiore prossimità (“comunità”) ad una realtà più ampia (società), diremmo quasi artificiosa, la quale tendeva a diluire il concetto di identità, specie se inteso quale legame relazionale e spirituale tra prossimi. Nondimeno, in epoca

12 È ben nota la perentoria (nonché, in parte, riveduta) asserzione dello studioso statunitense, a giudizio del quale, a fronte della crisi profonda del processo di diffusione su scala globale del socialismo reale e della successiva dissoluzione del blocco sovietico, ci si sarebbe trovati dinanzi ad una fase da egli definita come la “fine della storia”, intesa quale termine ultimo delle evoluzioni ideologiche del Novecento ed alla permanente affermazione della democrazia liberale e dei suoi principi a livello mondiale. In particolare, al fine di sgombrare il campo da “falsi miti”, erronee interpretazioni e citazioni *à la carte*, si rinvia al veritiero riferimento testuale, ovvero F. Fukuyama, *The End of History?*, in *The national interest*, 1989, pp. 3 ss., p. 3, ove l’A. affermò che «what we may be witnessing is not just the end of the Cold War, or the passing of a particular period of postwar history, but the end of history as such: that is, the end point of mankind’s ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government». Tuttavia, è bene evidenziare come lo stesso Fukuyama, nella sua opera più celebre, F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992, p. XI, abbia parzialmente “rettificato” la propria asserzione, specificando che «this was not to say that today’s stable democracies, like the United States, France, or Switzerland, were not without injustice or serious social problems. But these problems were ones of incomplete implementation of the twin principles of liberty and equality on which modern democracy is founded, rather than of flaws in the principles themselves».

13 In verità, il titolo originale parla di “politica del risentimento”. Cfr. F. Fukuyama, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, Farrar, Straus, and Giroux, 2018, trad.it., *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Torino, UTET, 2020.

14 Sul punto, si veda, parimenti, C. Crouch, *The Globalization Backlash*, 2018, trad.it., *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

15 F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887, trad.it., *Comunità e Società*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

16 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad.it., *Economia e società. Comunità*, Roma, Donzelli, 2005.

recentissima, lo stesso Eric Hobsbawm¹⁷ ha applicato le categorie in discorso al fine di sostenere l'argomentazione per la quale una dinamica di estremizzata *Gesellschaft* avrebbe comportato, per converso, il ritorno all'aspirazione a dimensioni di maggiore prossimità ai cittadini, chiuse, appunto, sul modello della *Gemeinschaft*. In sostanza, nella "modernità liquida"¹⁸ si invererebbe un (supposto) disegno di "abbattimento virtuale" delle profondità spaziali, il quale amplifica la dimensione cosmopolita del contemporaneo, ridimensionando in special modo la pregnanza fattuale e spaziale del giuridico, nonché, paradossalmente, inverando e determinando, in reazione alla globalizzazione, una rinnovata e, sovente, autentica "voglia di comunità"¹⁹.

3. Il problematico connubio tra populismo nazionalista e identità

Il legame profondo tra populismo nazionalista e tradizione culturale, specie nel quadro delle "contingenze di crisi" succedutesi nell'ultimo ventennio, ha condotto ad una progressiva negazione del valore democratico dell'inclusione, da intendersi beninteso quale ampio meta-concetto giuridico, comprensivo dell'accoglimento delle istanze di libertà, giustizia sociale e dignità privata che nutrono di sé una società che si impervi sul *Rule of Law* e sull'avanzamento progressivo dei diritti e delle libertà quale sostrato necessario delle dinamiche società del contemporaneo. Si inverte così la circostanza per la quale, al fine di edificare una narrazione "alternativa" e "disonica" dello stato di cose presente, le forze populiste tradizionalmente strutturano un modello culturale di tipo manicheo, fortemente improntato alla valorizzazione della propria identità, contrapposta a quella "degli altri", specie se intesi quali "classi egemoni", le *élites* dominanti.

In tal guisa, uno dei maggiori studiosi del populismo contemporaneo, Cas Mudde, ha proposto, anche in tempi non recentissimi, una dibattuta e, nondimeno, fondamentale definizione del fenomeno populista quale esperienza politica e culturale imperniata su di un approccio che individua una sostanziale divisione "manichea" della società tra il "mite", "laborioso" ed "innocente" *demos* e le "aggressive", nonché "corrotte", *élites* al potere, entrambi nel proprio ordine intesi quali sfere omogenee, contrapposte ed irrimediabilmente impermeabili²⁰. Cosicché, in buona sostanza, nell'immaginario collettivo l'approccio populista si fonderebbe sulla contrapposizione tra popolo e governanti, istituzioni pubbliche e società, *demos* ed *élites*²¹. Una contrapposizione, beninteso, che si sostituisce, seppur con differenti prospettive e profondità, alla grande antitesi dialettica che ha caratterizzato, in particolare, la lotta politica e culturale del secondo Novecento, quella tra capitale e lavoro, proletariato e borghesia, socialismo e capitalismo²².

Approcci originali, beninteso, connotati da (almeno) due profili di riconoscibilità evidenti e distintivi: in prima istanza, l'avversione nei riguardi della "vecchia politica", rappresentata dai partiti politici

17 E. Hobsbawm, *Globalisation, Democracy and Terrorism*, Boston, Little Brown, 2008.

18 Mi riferisco, come noto, all'elaborazione di Z. Bauman, *Liquid Modernity*, 1999, trad.it., *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

19 Z. Bauman, *Missing Community*, 2001, trad.it., *Voglia di comunità*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

20 Mudde fa riferimento alla nozione di populismo quale «ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, 'the pure people' versus 'the corrupt elite', and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people». Cfr. C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and opposition*, 2004, n. 39 (4), pp. 541 ss., p. 543, in Id., *Populism: An Ideational Approach*, in Aa.Vv., *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 30 ss.

21 In merito, si rinvia, in particolare, alle riflessioni di C. Lasch, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, 1994, trad. it., *La rivolta delle élite. Il tradimento della democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2001, nonché P. Rosanvallon, *La contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*, 2006, trad.it., *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, Castelvecchi, 2012. Tuttavia, seppur in ben altro contesto, si veda altresì la fondamentale elaborazione teorica di J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, 1930, trad.it., *La ribellione delle masse*, Milano, SE, 2001.

22 Il fenomeno della contrapposizione tra classi dominanti e popolo è, a ben vedere, ampiamente risalente e dibattuto. In tal senso, del "tradimento delle classi intellettuali" nei confronti del *demos* e della successiva fuoriuscita della crisi istituzionale nell'oscura stagione del fascismo, discorreva già Antonio Gramsci, a cui faccio rinvio, in particolare, nel *Quaderno 12* (XXIX) del 1932 sotto il titolo *Appunti e note sparse per un gruppo di saggi sulla storia degli intellettuali*, in Idem, *Quaderni del carcere*, III, nell'Edizione critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Torino, Einaudi, 2001, pp. 1513 ss.

tradizionali²³; in seconda istanza, per connessione, le pulsioni identitarie che producono l'opposizione ferma ed insolubile nei riguardi delle *élites* dominanti, al fine di restituire al *demos* la capacità decisionale "sottratta" dai gruppi dirigenti nazionali e sovranazionali.

Parimenti, seppur all'interno di un quadro saldamento ancorato ai principi dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale, la strutturazione della contrapposizione politica, sociale ed istituzionale nei termini schmittiani di "amico-nemico"²⁴ e la delegittimazione degli avversari politici costituiscono, oggi come in passato, elementi che non possono essere derubricati quali mere, per quanto efficaci, modalità di propaganda politica, bensì costituiscono fattori di concreto indebolimento della dialettica democratica e, nondimeno, elementi di evidente alterazione istituzionale nella relazione tra le forze che costituiscono l'architettura fondante dello Stato costituzionale.

Gaetano Azzariti ha descritto perfettamente nei suoi scritti la condizione afferente alle pulsioni plebiscitarie nelle democrazie contemporanee, le quali riproducono e si ricongiungono alla visione manichea in discorso, riducendo, in sostanza, la contesa ad una irriducibile contrapposizione culturale e, nondimeno, "identitaria" tra opposti, appunto "amico e nemico"²⁵. Procedendo lungo tale solco interpretativo, l'approccio socioculturale e giuridico della galassia populista "impone" di insinuare un modello basato su una rigida divisione (in senso manicheo) tra *demos* ed *élites*, "democratico" ed "anti-democratico", idoneo ad alimentare la conflittualità in seno alle istituzioni democratiche, specie di rilievo nazionale. Trattasi, come appare agevolmente *prima facie*, di una visione decisamente semplificatoria, specie se posta a confronto con le sollecitazioni che la complessità delle dinamiche del contemporaneo impone. Una semplificazione, tuttavia, accuratamente postulata e praticata da parte dei movimenti populistici, al fine di rendere maggiormente stridenti le contraddizioni insite nelle società democratiche contemporanee, proponendosi, in tal guisa, quale alternativa "pura" ed innovativa rispetto al "traviato" mondo del potere, della *politique politicienne* e, in buona sostanza, del malaffare corruttivo che si staglia al di sopra dei laboriosi cittadini.

La nozione di identità, invero, involge pienamente anche il piano della democrazia quale metodo e, nondimeno, quale congerie di elementi valoriali, nonché la sua crisi strutturale in epoca contemporanea, in particolare quel "malessere della democrazia costituzionale" di cui ha discusso autorevole dottrina²⁶. In tal senso, riprendendo il ragionamento di Carl Schmitt in tema di identità, democrazia ed ordinamento giuridico, è ben possibile asserire come la medesima espressione "identità" invochi «la completa identità del popolo omogeneo, comprensiva cioè tanto dei governanti quanto dei governati»²⁷, volendosi far riferimento con tale espressione all'effettiva «unità politica del popolo»²⁸. È su tale "unità politica", spirituale e collettiva che si basa e si enuclea la piattaforma culturale di buona parte delle formazioni politiche di segno populista, tesa al riduzionismo culturale, alla negazione del pluralismo nazionale, della diversificazione, della complessità, protesa alla rivendicazione di una "autonomia di pensiero" rispetto al "pensiero dominante", ovvero quello "tecnocratico" e "globalizzato"²⁹, nonché in opposizione al c.d. "politicamente corretto", rilevato, non senza una qualche ragione, come una vera e propria "gabbia asfittica" per la mente.

Trattasi di una separazione duale chiara, strutturale al discorso identitario populista, involgente lo stesso ruolo del diritto quale fattore di intermediazione sociale e strutturazione delle regole di condotta comuni a tutti i consociati, così come lucidamente evidenziato da autorevole dottrina, a parere della

23 Con riferimento alla sfida populista ai partiti tradizionali, merita di essere evidenziata la riflessione di S. van Kessel, *A Matter of Supply and Demand: The Electoral Performance of Populist Parties in Three European Countries*, in *Government and opposition*, 2013, n. 48 (2), pp. 175 ss., p. 177, a parere del quale «populist parties embody resistance to the established system of representative politics and it would be impossible to characterize such parties without taking their populist anti-establishment appeal into account».

24 C. Schmitt, *Begriff des Politischen*, 1932, trad.it., *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 2013.

25 G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

26 Si veda, in particolare, C. Pinelli, *The Rise of Populism and the Malaise of Democracy*, in S. Garben, I. Govaere, P. Nemitz (eds.), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Oxford, Hart, 2019, pp. 27 ss.

27 Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, trad.it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 308.

28 *Ibidem*.

29 Cfr., sul punto, B. Moffitt, *Populism versus Technocracy: Performance, Passions, and Aesthetics*, in P. Cossarini, F. Vallespìn (eds.), *Populism and Passions. Democratic Legitimacy after Austerity*, New York-London, Routledge, 2019, pp. 49 ss.

quale la divaricazione in discorso «presiede al rifiuto del ruolo di mediazione del giuridico, della terzietà del diritto quale strumento di sintesi della complessità sociale»³⁰.

In sostanza, le democrazie liberali contemporanee “istituzionalizzano” la libertà individuale, la tutela dei diritti dei cittadini, regolando l’esercizio degli stessi attraverso norme giuridiche, pur in un quadro costituzionale o pretorio di riconoscimento e valorizzazione delle esperienze personali. Valori e regole ordinamentali, diritti individuali e libertà personali vengono così saldati in un unico elemento, affinché la libera partecipazione democratica, nella più ampia accezione possibile, non possa intaccare principi, valori e strumenti fondamentali per il corretto esercizio del potere legittimo e, nondimeno, per la tutela di una vita dignitosa, libera e democratica³¹. Il nesso strutturale, intercorrente tra avanzamento elettorale, conquista del potere e preservazione del “nuovo ordine” populista si lega, inscindibilmente, al rigetto, finanche alla pura negazione, di numerose istanze di libertà e di giustizia provenienti dal corpo sociale, nonché al parallelo indebolimento delle strutture di controllo e di “contenimento” dell’esercizio del potere.

In tal senso, mi riconnetto nuovamente all’analisi di Francesco Bilancia, il quale suggerisce come, per plurime ragioni, sia venuta meno quella «capacità di assorbimento dei conflitti economico-sociali»³², da parte dei corpi intermedi e delle istituzioni, lasciando inevitabilmente sgombro il campo alla radicalizzazione del conflitto e del linguaggio politico, in funzione strumentale alla delegittimazione delle istituzioni, specie quelle di garanzia³³. Contribuendo così al declino stesso delle strutture rappresentative e, parimenti, alla messa in discussione del ruolo terzo delle strutture di controllo dello Stato. Un ruolo di intermediazione necessaria nel quadro dell’ordinamento giuridico³⁴, quello svolto dai corpi intermedi³⁵ e, principalmente, dai partiti politici³⁶, specie a far data, come insegna autorevole dottrina,

-
- 30 F. Bilancia, *Paura dell’altro. Artificialità dell’identità e scelta dell’appartenenza*, in *Paura dell’altro. Identità occidentale e cittadinanza*, F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, F. Rimoli (a cura di), Roma, Carocci, 2008, pp. 217 ss., p. 224.
- 31 Rinvio, sul punto, alla riflessione di M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012.
- 32 F. Bilancia, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato*, 2018, n. 10, pp. 341 ss., p. 348.
- 33 Sul tema del “conflitto” nelle società democratiche, si vedano, per tutti, C. Mouffe, *On the Political*, 2005, trad.it., *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Milano, Bruno Mondadori, 2007; A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2018.
- 34 Cfr., sul punto, P. Virga, *Il partito nell’ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948; G. Ferri, *Studi sui partiti politici*, Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1950; V.E. Orlando, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, Bologna, Zanichelli, 1953 pp. 601 ss.; C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, spec. pp. 215 ss.; C.E. Traverso, *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Il politico*, 1968, n. 33 (2), pp. 281 ss.; V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, II, Firenze, Vallecchi, 1969; C. Mortati, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in Id., *Raccolta di Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 39 ss.; P. Ridola, *Partiti politici (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, pp. 66 ss.; C. Rossano, *Partiti politici (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990; S. Bartole, *Partiti politici (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995, pp. 705 ss.; L. Elia, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 77 ss.
- 35 In tal senso, si vedano, *inter alia*, P. Ridola, *L’evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in *Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, Aa.Vv., Napoli, Jovene, 2009, pp. 7 ss., nonché P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012;
- 36 Sulla crisi dello strumento del partito politico e, più in generale, del modello di democrazia rappresentativa proprio delle culture giuridiche occidentali, si vedano, fra gli altri, R. Ruffilli, *Crisi dei partiti e culture politiche in Italia*, in *Il politico*, 1981, n. 46 (4), pp. 675 ss.; D. Nocilla, *Crisi della rappresentanza e partiti politici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 527 ss.; L. Carllassare, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, N. Zanon, F. Biondi (a cura di), Milano, Giuffrè, 2001, pp. 21 ss.; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, Firenze University Press, 2004, spec. pp. 122 ss.; U. Allegretti, *Democrazia e rappresentanza nell’era della globalizzazione*, in *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, L. Chieffi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2006, pp. 69 ss.; F. Lancheater, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006; G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco Angeli, 2006; G. Azzariti, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Scritti in onore di Lorenza Carllassare*, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), V. Napoli, Jovene, 2009, pp. 1777 ss.; L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. pp. 33 ss.; F. Rimoli, *La democrazia e la sua crisi*, in *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, A. Gianelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 207 ss.; F. Clementi, *Il fenomeno dell’associarsi politico tra crisi della rappresentanza e globalizzazione. Spunti problematici*, in *Rappresentanza e globalizzazione*, C. Bassu, G.G. Carboni (a cura di), Torino, Giappichelli, 2016, pp. 137 ss.; F. Giuffrè, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *Federalismi*, <https://www.federalismi.it>, 2016, n. 23; M. Dogliani, *Rappresentanza, Governo e mediazione*

dal «consolidamento dello stato costituzionale rappresentativo»³⁷ ed il cui indebolimento deve essere letto quale elemento di profonda distorsione nella ordinaria dinamica democratica tra rappresentati e rappresentanti, anche a fronte di quel particolare fenomeno, analizzato in particolare da Massimo Luciani, declinato come la “crisi del rappresentato”³⁸.

Vero è che, anche nel mondo democratico, insistono disuguaglianze economiche e sociali gravissime, abusi, distorsioni istituzionali. Vero è, parimenti, che nel campo occidentale si sono prodotte alterazioni profonde nella dinamica relazionale tra cittadini e potere, anche sul fronte della cultura collettiva e della tentata, progressiva, “omogeneizzazione” delle coscienze, in funzione di un complesso e complessivo disegno unificante a livello globale: lo hanno evidenziato nel secolo scorso, con estrema lucidità, gli scritti derivanti dalla feconda Scuola di Francoforte³⁹ e, in particolare, l’uomo “monodimensionale”⁴⁰. Elementi questi che, come noto, hanno costituito il propellente basilico nel propulsore anti-sistema e populista. Tuttavia, la differenza stringente ed insolubile tra governi democratici da un lato e democrazie o autoritarismi vecchi e nuovi dall’altro si staglia nel riconoscimento e nella capacità di tutela dei diritti, i quali nel primo caso potranno essere sempre ascoltati, eventualmente azionati e riconosciuti, mentre nel secondo caso resteranno inascoltati, sovente disattesi o, in alcuni casi, del tutto negati, finanche disconosciuti nella piena accezione di “diritti” e “libertà” che lo spazio democratico ha, oramai, inverte nelle Carte e nei Trattati internazionali. Un grave scollamento, quello di cui si discorre, tra significati e significanti, tra lettere incise e proclami di tribuni, che amplificano il disorientamento dinanzi a spazi comuni ma, al contempo, fortemente divisi.

4. Alcuni spunti di riflessione, a mo’ di conclusione

L’affacciarsi sulla scena mondiale della tragedia pandemica ha indotto taluni a ritenere (erroneamente, ad avviso di chi scrive) che il “momento populista” avesse lasciato alle spalle il proprio apogeo, improntandosi le scelte istituzionali future su assiomi quali la scienza, l’inclusione, la razionalità, la fiducia nelle istituzioni. La storia recente ci insegna che tali previsioni hanno mancato l’obiettivo. In verità ed a ben vedere quanto sta accadendo in Europa, i movimenti di natura populista hanno saputo rigenerarsi, cambiando sovente il “campo di gioco”, riproponendosi innanzi agli elettori quali fattori politici presenti, viventi e potenzialmente debilitanti nei confronti delle strutture democratiche consolidate.

Avviandoci verso le conclusioni, si ritiene necessario evidenziare come il ruolo del costituzionalismo nel tempo contemporaneo, inteso, secondo la nota lezione di Gianni Ferrara, quale limite all’esercizio del potere e, nondimeno, quale «rifiuto della personalizzazione del potere»⁴¹, rivesta un’importanza cruciale, oggi ancor più che in passato. Tale ruolo baricentrico del “costituzionalismo della(e) crisi”⁴² si inverte nella temuta recrudescenza di esperienze improntate alla negazione dei diritti e delle libertà,

politica, in *Costituzionalismo*, <https://www.costituzionalismo.it>, 2017, n. 2, pp. 13 ss.; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 51 ss.; A. Morelli, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Diritto costituzionale*, 2018, n. 1, pp. 95 ss.; C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo*, <https://www.costituzionalismo.it>, 2018, n. 1, pp. 211 ss.; F. Bilancia, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli (a cura di), Bologna, il Mulino, 2019, pp. 35 ss. Infine, se si vuole, C.A. Ciaralli, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Politica del diritto*, 2019, n. 3, pp. 365 ss.

37 Cfr. P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 1.

38 Si veda, M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, N. Zanon, F. Biondi (a cura di), Milano, Giuffrè, 2001, pp. 109 ss.

39 Si vedano, in particolare, A. Schmidt, *La Scuola di Francoforte. Origini e significato attuale*, Bari, De Donato, 1974; F. Aperi, *Marxismo e ricerca sociale nella Scuola di Francoforte*, Venezia, La Nuova Italia, 1977; Aa.Vv., *La Scuola di Francoforte. La storia e i testi*, introduzione e curatela di E. Donaggio, Torino, Einaudi, 2005; L. Baldassarre, *La Scuola di Francoforte. Una introduzione*, Firenze, Clinamen, 2021.

40 H. Marcuse, *One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, 1964, trad.it., *L’uomo a una dimensione*, Torino, Einaudi, 1999.

41 Cfr., in particolare, G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, spec. pp. 212 ss.

42 G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

combinata con un indebolimento strutturale della rappresentanza democratica e dei meccanismi ed organismi che l'ordinamento appresta al fine di garantire l'equilibrio tra poteri ed il controllo dell'esercizio del potere stesso. Esperienze, quelle in discorso, potenzialmente produttive di una condizione certamente originale, nella quale principi e valori, considerati solide conquiste giuridiche di civiltà, vengono nuovamente rimessi in discussione, seppur sovente in forma surrettizia⁴³.

In tal guisa, in ottica populista, tale processo si produrrebbe al fine di disvelare le fragilità della democrazia contemporanea, riaffermando una "nuova", ma al contempo "vera", forma di organizzazione democratica dello Stato e della società, nella quale il consenso, finanche il plebiscito e la difesa degli "interessi nazionali" (siano essi confliggenti o meno con quelli di larga parte della popolazione) siano gli unici indicatori necessari al fine di direzionare l'indirizzo politico delle maggioranze e dei governi.

In sostanza, perdura, non sempre in accezione spregiativa, un'ampia area di opposizione allo *status quo*, la quale, si badi bene, sventola il vessillo del sentimento identitario, profondissimo quanto radicato. In tal senso, a parere di chi scrive, l'identità rappresenta il primo motore immobile che amplifica le distonie del mondo contemporaneo e si rende foriera della crescita di movimenti politici o di governi in carica fortemente conflittivi nei riguardi degli assetti dominanti, a tutela della categoria, sovente di dubbia individuazione, degli "interessi nazionali", nonché, in alcuni casi, degli "ultimi" della società.

Un progetto, quello della difesa della identità nazionale e locale di matrice "tradizionale", asseritamente "aggredita", sin dalle fondamenta, dai cambiamenti radicali che la contemporaneità determina, che si lega sovente con forme di sostenuta vicinanza con apparati nazionali i quali, per intima composizione e natura, appaiono restii ad aprire la propria dottrina ad esperienze di vita differenti ed al riconoscimento della dignità di condizioni ultronee rispetto al dato tradizionale. In tal senso, assumendo la dimensione e l'estensione dei diritti di libertà quale modello paradigmatico di valutazione del grado di avanzamento progressivo delle società e degli ordinamenti, la capacità di misconoscere ed oscurare determinate "pretese", promananti energicamente dal corpo sociale, rappresenta la "naturale" reazione dei movimenti populistici e conservatori all'incomprimibile moto di cambiamento che, storicamente, attraversa ovunque le società e le categorie del pensiero, specie quello giuridico. Tale compressione, generando una profonda frizione sociale ed una netta compressione della libertà e del riconoscimento di diritti divenuti, oramai, non più procrastinabili (non già quali mere speranze, bensì quali bisogni cogenti) rappresenta una sfida di primo momento per quelle democrazie liberali che impernano la propria ragione d'essere (anche) sull'estensione dei diritti e delle libertà individuali.

Il contenimento di tali pulsioni, beninteso, non è questione di secondario momento, essendo analizzata, sotto più ambiti e forme, da parte di svariati rami dello scibile. La riflessione che questa tematica induce a sviluppare si inserisce, appunto, sul valore delle "identità ritrovate" (o da ritrovare) nelle democrazie costituzionali. Se, in tal prospettiva, il populismo identitario costituisce un fattore di potenziale arretramento rispetto al pieno spiegamento di principi e valori considerati in larga parte del globo conquiste irrinunciabili di civiltà giuridica e sociale, la "reazione" degli ordinamenti democratici, si ritiene, dovrebbe rinvenirsi nella elaborazione di una rinnovata "identità aperta", in reazione ad una contrapposta "identità chiusa".

Con l'espressione "identità aperta", che si pone in linea di continuità ideale con la riflessione di attenta dottrina su "solidarietà e identità europea"⁴⁴, non si allude alla necessità di "inglobare" o, per converso, "mitigare" le pulsioni identitarie chiuse, bensì si intende evidenziare l'aspirazione per la quale la forza degli ordinamenti democratici (a partire dall'Unione), con il loro portato valoriale, etico e culturale, possa essere racchiusa nella riaffermazione di una chiara e distinguibile "identità inclusiva"⁴⁵, strutturalmente intrisa e connotata dei valori e delle forme proprie del costituzionalismo contemporaneo.

Una forza, quella delle identità aperte, che muova dalla premessa irrinunciabile per la quale stato di diritto, democrazia, pluralismo, garanzia delle libertà dei cittadini e dei diritti delle minoranze siano i pilastri sui quali ciascuno possa apportare contributi etici e normativi, ma che tuttavia nessuna entità possa o debba, in alcun modo, intaccarne il senso profondo ed il pieno spiegamento nella vita ordinamentale e sociale.

43 Sul punto, si rinvia alle suggestioni di G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Aa.Vv., Napoli, Jovene, 2014, pp. 143 ss. Si vedano, del pari, le considerazioni di L. Mezzetti, *Crisi della democrazia della rappresentanza nel contesto della globalizzazione*, in *Rappresentanza e globalizzazione*, C. Bassu, G.G. Carboni (a cura di), Torino, Giappichelli, 2016, pp. 7 ss.

44 Cfr. A. Schillaci, *Dalla crisi economica alla crisi democratica: la sfida populista alla solidarietà e l'identità europea*, in *Federalismi*, <https://www.federalismi.it>, 2020, n. 13, pp. 15 ss.

45 In tal senso, si vedano anche le conclusioni di F. Fukuyama, *Identità*, cit., 197, a parere del quale «l'identità può essere usata per dividere, ma anche, come è successo, per integrare. Questo, in ultima analisi, sarà il rimedio contro le politiche populiste del presente».

Augusto Aguilar Calahorra*

Populismos y conflicto entre valores constitucionales en la Unión Europea

Sommario

1. Introducción: una guerra de valores. – 2. El contenido de los valores constitucionales y su textura abierta. – 3. El juez de los valores constitucionales de la Unión Europea. – 4. Valores comunes vs. Identidad nacional: los valores en serio.

Abstract

El mundo está sumido en una “guerra de valores”, una lucha por imponer los fundamentos y la estructura de una inminente comunidad global. Los valores del constitucionalismo democrático se ven ahora confrontados con los valores particularistas e iliberales de las grandes potencias emergentes. Esta guerra de valores se está desarrollando también en el interno de los estados democráticos por obra de los movimientos y partidos populistas. Para apuntalar los valores del constitucionalismo, en este artículo, se propone una aproximación a la judicialización del conflicto y el principio de proporcionalidad. Para ello se ejemplificará con la situación actual de la Unión Europea.

The world is sunk in a “war of values,” a struggle to impose the foundations and structure of an imminent global community. The values of democratic constitutionalism is confronted with particularist and illiberal values of the great emerging powers. This war of values is also taking place within democratic states through populist movements and parties. In order to protect the values of constitutionalism, this paper deals with judicialization of the conflict and the principle of proportionality as keys to recover the functionality of pluralist constitutionalism. It will be exemplified with the current situation of the European Union.

1. Introducción: guerra de valores

En el discurso pronunciado en el Debate del estado de la Unión en el mes de septiembre de 2022, la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula Von der Leyen, señaló: “No se trata solo de una guerra declarada por Rusia a Ucrania. Es una guerra contra nuestra energía, contra nuestra economía, contra nuestros valores y contra nuestro futuro. Es la guerra de la autocracia contra la democracia¹”.

Lo cierto es que la guerra real provocada por la invasión de Ucrania tiene una dimensión mucho mayor que la ya de por sí inútil e insostenible destrucción que provoca toda guerra, y una lectura más allá de la geoestratégica o internacional. En mi opinión hay una dimensión jurídica en la invasión, algo

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Granada, España. Relazione al Convegno “Populismi, identità personali, diritti fondamentali” ospitato da “Sapienza” Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Puede verse el discurso completo en español en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_22_5493,

que la convierte en una auténtica ‘guerra de valores’. Entiendo por guerra de valores la lucha entre potencias por el relato histórico, cuyo fin es imponer las estructuras del nuevo orden fundamental, las bases de una cada vez más inminente comunidad política global.

Como en toda guerra, la que se cierne en el terreno axiológico, podría simplificarse en dos bandos que a su vez se despliegan a nivel interno y externo.

a) Por un lado, los valores constitucionales: la perpetuación de los valores liberales del orden socio-político occidental creado en la modernidad (no en vano, la Edad histórica Moderna se fecha con las revoluciones liberales del siglo XVIII)². Estos valores liberales dieron lugar, con su devenir histórico, a los fundamentos de las Constituciones democráticas normativas³ contemporáneas, que aparecen de forma generalizada tras la II Guerra Mundial, como última etapa del constitucionalismo. El constitucionalismo de posguerra positivizó en su núcleo el concepto de la dignidad humana, pactado a nivel mundial en la Declaración Universal de Derechos Humanos: todo ser humano posee unos derechos inalienables que lo convierten en un fin en sí mismo, jamás en un medio. Desde el concepto de dignidad se desarrollaron los valores constitucionales de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, trabajo y pluralismo político como elementos esenciales del desarrollo de la persona en el seno de una sociedad y, por tanto, como elementos constituyentes del Estado social y democrático de Derecho. Estos valores llenaron de contenido axiológico las constituciones normativas y permitieron un desarrollo espectacular de las formas de garantía de los derechos fundamentales⁴.

Pese a que desde la Declaración de la ONU ya surgieron algunas voces discrepantes con la naturaleza universal de los fundamentos del orden de posguerra⁵, el consenso global sobre estos valores parecía haber sido más o menos continuado hasta hace muy poco⁶.

b) Por otro lado, la axiología de la constitución normativa se enfrenta al bando de los valores particularistas, llamados en ocasiones “iliberales”, que amalgaman un relato histórico alternativo a la hegemonía del constitucionalismo occidental de los últimos siglos⁷. Para los afines a este bando, los derechos humanos y los valores constitucionales han cimentado la tradición individualista de occidente, siguiendo los dictados del capitalismo y el mercado. Para el bando particularista, el principio democrático y el Estado de Derecho son sólo una opción más de los tipos legítimos de organización social⁸.

La “guerra de valores” es una guerra total, desplegada a nivel interno y a nivel externo. A nivel externo, sirva como ejemplo la confrontación máxima entre valores expresada de forma desquiciada a través del sinsentido de la invasión de Ucrania por Rusia, mal fundada en un riesgo para los “valores tradicionales” imperialistas rusos, provocada por la hegemonía NATO. La ruptura definitiva con la estructura de valores constitucionales pactada desde los años 90 se expresa, a nivel jurídico, con la expulsión de Rusia del Consejo de Europa y la denuncia por parte de aquel del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹, dos elementos clave de la evolución de los sistemas constitucionales europeos. La ideología que sostiene esta confrontación entre Rusia y el resto de Europa, define los valores del

-
- 2 Por todos, me remito a A. D’Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2018, 3.
- 3 F. Balaguer Callejón, *Interpretación constitucional y Populismo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2020, 33.
- 4 J. Habermas, *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 201), 44. Pp. 105-121.
- 5 En torno a la revista de antropología *American Anthropologist*, ver como ejemplo de este relativismo cultural tamizado de ciencia crítica R. Boco, G. Bulanikian, *Derechos Humanos: universalismo vs. relativismo cultural*, en *Alteridades*, 2010, 40.
- 6 Un consenso deshecho por la paulatina influencia de potencias no occidentales en el mundo, que se ha ejercido a través del denominado *soft power*, como forma de persuadir sin el uso de la fuerza (*hard power*) al resto de estados para un acercamiento a nuevas formas de ordenación socioeconómica mediante relaciones internacionales y económicas. Por todos me remito para el concepto *soft power* a S. Nye Jr., *Soft Power*, en *Foreign Policy*, 1990, 80, pp. 153-171.
- 7 De nuevo A. D’Atena, *Democracia iliberal e democracia direta na era digital*, en *Revista da Ajuris*. 2020, 49, p. 315. Sobre la conflictividad intrínseca a todo pacto constituyente ver V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, pp. 30 y ss.
- 8 Por ejemplo en el mundo árabe F. Bicchi, L. Guazzone, D. Pioppi (Ed.), *La questione della democrazia nel mondo arabo. Stati, società e conflitti*, Monza, 2004. S. Andó, *Revueltas árabes, transición democrática, y partidos religiosos*; en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2013, 10, PP. 41-100.
- 9 El 15 de marzo de 2022, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa votó a favor de la salida de Rusia de la organización. En el mismo día el Ministerio de Asuntos Exteriores ruso notificó a la Secretaría General del Consejo de Europa la retirada de la Federación Rusa de la organización en virtud del artículo 7 del Estatuto del Consejo de Europa, así como su intención de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

constitucionalismo como ideología impuesta, que no representa un progreso natural ni evolutivo de la historia, sino un esquema ideológico instaurado en beneficio del neoliberalismo económico¹⁰.

Por su parte, también a nivel externo, China inició el relato de sus “singularidades” en el terreno de los valores desde que Deng Xiaoping las desarrolló en los años 90, tras el colapso del bloque comunista, como una evolución política del Confucianismo en oposición a Occidente. Como señala Greco, el gobierno chino resaltaba cinco puntos principales en el proyecto de establecer unos valores del orden político: a) la nación debe estar por encima de la comunidad y la sociedad antes del individuo; b) la familia es la unidad básica de la sociedad; c) buscar la solución de los problemas a través de consensos y no de imposiciones; d) promover la armonía y la tolerancia entre las diferentes religiones y etnias; e) respeto y apoyo de la comunidad al individuo¹¹. Un discurso encomiable, si no fuera porque enfrenta el concepto de “armonía” al valor antropológico cultural de la dignidad del individuo¹²: impone la primacía de la “sociedad sobre el individuo” anulando los fundamentos kantianos de la autonomía de la voluntad y las libertades individuales sobre las que se fundamentan los Estados constitucionales. Armonía, en la práctica, significa la negación del conflicto¹³, no reconocer las diferencias cuando de ellas deriva un perjuicio para la mayoría, y esta negación pervierte los fundamentos de la democracia constitucional, pues negar el conflicto, significa no reconocer el pluralismo, apostar por la homogeneidad, la voluntad única, negar las diferencias entre seres humanos. Convierte por tanto al individuo en un medio para alcanzar un fin superior, la prevalencia del Estado. El contraste con los modelos occidentales culmina con la introducción por Xiao Jinping del concepto “Estado ‘con’ Derecho” frente al valor constitucional Estado de Derecho o *Rule of Law*¹⁴: “es decir, las palabras gobernante y gobernado, padre e hijo asignan

- 10 Anticipadamente expuesto por J. Vaquer, *Putin y los valores tradicionales*, en *El País*, 24 marzo 2014. También Q. Badía y N. De Pedro, *¿Eurasianismo frente a europeísmo?*, en *Política exterior*, 2019, 191, pp. 14-20. Los valores constitucionales, como punto último de la evolución y progreso natural desde el Estado liberal del Siglo XIX, se ponen ferozmente en entredicho por ideólogos como A. Duguin que “propone una versión alternativa de la historia política basada en el ocasionalismo sistematizado. Carl Smith estaba muy cerca de esto en su obra... Esto exige una nueva clasificación de la transformación social y política. Nosotros reconocemos esas transformaciones, pero no las colocamos en una amplia escala que sería el ‘destino’ común de todas las sociedades. Esto nos proporciona pluralismo político “las sociedades pueden ser construidas y transformadas de diferentes maneras. La experiencia de la década de 1990 es bastante demostrativa de esto: las gentes de la Unión Soviética estaban seguras de que el socialismo procedería del capitalismo y no al revés. Pero en la década de 1990 vieron lo contrario: el capitalismo siguiendo el socialismo. Rusia podría regresar al feudalismo o, incluso, a una sociedad esclavista. Incluso una sociedad comunista o primordial podría surgir después de eso. Los que se rían de esto son prisioneros de la modernidad y de su hipnosis. Reconociendo la reversibilidad del tiempo político histórico nosotros llegamos a un nuevo punto de vista pluralista de la Ciencia Política y alcanzamos la necesaria perspectiva avanzada para la construcción ideológica. La cuarta teoría política construye y reconstruye la sociedad por detrás de los axiomas modernos [...] No hay etapas y épocas, sino solo preconceptos y conceptos.” A. Duguin, *Cuarta Teoría Política*, [Trad. Alexandre Villaci, F. Rivero], Ediciones Nueva República, Barcelona, 2013, pp. 88-90,
- 11 Ver L. Greco, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, en *Geirsa: Grupo de estudios sobre India y el Sudeste Asiático del Rosario*, Universidad de Rosario, consultado en <https://geirprecur.files.wordpress.com/2020/05/el-progreso-de-singapura-partir-de-los-valores-asic381ticos.pdf>. Pone de manifiesto cómo este proyecto justifica un orden autocrático, la primera “democracia” orgánica dinástica china. En el lenguaje esencial ¿Quién no estaría de acuerdo con el discurso pronunciado por Xi Jinping en su primer acto diplomático tras asumir la presidencia de China a final de 2012? En él propuso la creación mundial de una “Comunidad de Destino” que trascendiese las diferencias en la sociedad humana y buscarse el bien común. En su discurso pronunciado en Moscú al año siguiente recaló que “nuestro futuro está en manos de todos los países por igual y todas las naciones deben procurar el diálogo en vez de la confrontación entre ellos y forjar asociaciones en lugar de alianzas” y exhortó al “impulso de la creación de la comunidad de destino de la humanidad y la construcción de un mundo armonioso caracterizado por la paz duradera y la prosperidad”. Ver S. Schulz, “Aproximaciones a la noción de “comunidad de destino compartido” en el marco de las transformaciones actuales en el orden mundial, en *GT N 12: Cuestión social, movimientos sociales y geopolítica*, CIPE.
- 12 P. Haberle, *El Estado Constitucional*, (Trad. H. Fix-Fierro), Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 47, UNAM, México D.F. 2003, p. 170. En relación a la confrontación de la dignidad humana con los valores particularistas, es muy iluminadora la anécdota del profesor Antonio D’Atena: “Al respecto, no me parece fuera de lugar recordar una experiencia personal. Con ocasión de una lección sobre el Estado de Derecho que dicté ante procuradores de la República China, pude constatar que mis interlocutores no alcanzaban lógicamente a concebir la categoría de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón, me objetaban, intereses de los individuos o de los grupos minoritarios deben dotarse de resistencia frente al poder del Estado, que representa a todos los ciudadanos?”. A. D’Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, cit.
- 13 Véase la importancia del reconocimiento del conflicto, como base del reconocimiento del pluralismo político y social, en C. De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 136.
- 14 Ver, M. Rocha Pino, *Los valores compartidos: una reinterpretación política del confucianismo en Singapur*, en *Revista de Sociología e Política*, 2014. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n51/02.pdf>.

a cada individuo un lugar en la sociedad. La no aceptación de cada papel social que corresponde a cada miembro de la sociedad tiene como consecuencia el caos¹⁵, por lo que queda justificada la autocracia.

Esta suerte de revisionismo histórico es causa de la desintegración del bloque soviético a principios de los años 90, y de lo que se considera ahora la victoria de la ideología liberal como relato hegemónico. Por ello no es de extrañar que se haya extendido en la propia Unión Europea, entre los antiguos países soviéticos que protagonizaron la Gran Adhesión en los años 2004 y 2010.

Nos referimos en particular al Grupo de Visegrado (Hungría, Polonia, República Checa, Eslovaquia, y en cierto sentido a Rumanía y Bulgaria). Sirvan de ejemplo las siguientes palabras de Victor Oban, el Presidente húngaro, pronunciadas en 2014 en Rumanía, en la que se refería a “Singapur, China, India, Rusia, y Turquía [como] las estrellas de los analistas internacionales contemporáneos y modelos a seguir” para romper con la aproximación occidental, enfatizando que “el tema de reflexión más popular es pensar cómo sistemas que no son occidentales, no liberales, no democracias liberales y quizás ni siquiera democracias, pueden a pesar de todo tener éxito como naciones”.

Pero la guerra no es sólo entre potencias, sino también interna, si atendemos a aquellos grupos políticos que apuestan por este tipo de valores particularistas en el seno de estados considerados constitucionales. Las crisis económicas acaecidas especialmente en Europa desde 2008 y la crisis sanitaria provocada por la enfermedad Covid-19 han desembocado en múltiples crisis constitucionales (de representación, de normatividad, de derechos...¹⁶). El descontento social ha sido utilizado por populismos ultranacionalistas, centralistas, antiglobalización y en gran medida anticonstitucionales¹⁷. Su aparición como grupos y partidos políticos legítimos en los estados constitucionales se justifica sobre una supuesta crisis de los “valores tradicionales” del estado nación: “invasiones de migrantes” que pervierten la cultura nacional, reconocimiento de “nuevas subjetividades” e “ideologías de género” que deshacen el espíritu tradicional del pueblo y la familia, organismos internacionales o supranacionales que minan la soberanía del estado... en definitiva, efectos de la globalización que ha provocado la “fragmentación” de la presunta “identidad homogénea” del pueblo.

Estos grupos políticos que actúan a nivel interno están vinculados con la presión que ejercen las potencias “alternativas” a nivel externo¹⁸. Pero se diferencian en un elemento particular. A nivel interno los populismos no reniegan de los valores de la democracia constitucional, sino que se los apropian. No proceden a una eliminación de los valores constitucionales (al menos en su discurso) sino a una subversión de su amplio significado retrotrayéndolo a los conceptos del constitucionalismo “liberal” del siglo XIX impuesto por las mayorías hegemónicas estatales frente al pluralismo social¹⁹. El problema de la “guerra de valores” a nivel interno no es que traten de encajarse dentro del valor democracia, libertad, igualdad o Estado de Derecho concepciones diversas, sino que se niegue la existencia de ese valor a concepciones ajenas, que se convierta en un sinónimo de homogeneidad y hegemonía de un grupo sobre otro, lo que subvierte el propio concepto de valor normativo (como se verá más abajo). Si los valores constitucionales adquieren un significado excluyente, si representan una “identidad homogeneizadora” del estado constitucional, se convierten en un factor de desintegración de la comunidad política constitucional de la que se excluye, por lo general, a las minorías, a los más vulnerables, y a los más pobres.

15 L. Greco, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, cit.

16 Véase, por todos, F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillen López, J. F. Sánchez Barillao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters. Aranzadi, 2020.

17 F. Balaguer Callejón, *Interpretación constitucional y populismo*, cit.

18 La intervención de potencias extranjeras en procesos disruptivos como el Brexit, la victoria de Donald Trump y Bolsonaro, o el conflicto independentista en Cataluña (España) está sobre la mesa con abundantes pruebas. Ver F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2019, 32.

19 A. Schillaci, “il referente critico alla luce del quale valutare le sfide poste dai populismi alla democrazia costituzionale non è soltanto la libertà politica dei singoli, ma anche e soprattutto la tenuta della solidarietà tra di essi, indipendentemente dalla parte politica o dalla comunità culturale cui appartengano: ciò perché l’unità politica del popolo si costruisce a partire dalla pluralità, che non può essere obliterata ma anzi viene valorizzata nel quadro di una “formula di convivenza” (Aldo Moro) aperta allo sviluppo storico e culturale”, A. Schillaci, *Un anno vissuto pericolosamente: l’Italia e il ‘populismo di governo’*, en F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillen López, J. F. Sánchez Barillao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

2. El contenido de los valores constitucionales y su textura abierta

En mi opinión hay dos factores que han precipitado la guerra de valores. Uno de tipo global y otro de tipo doméstico. Y están interrelacionados.

A escala global, en medio de la confrontación interna y externa por hacerse con el contenido de valores universales ha aparecido un tercer actor “híbrido”²⁰: las compañías tecnológicas. Particularmente, las plataformas digitales y redes sociales configuran un ecosistema social y económico global, y en este ecosistema sirven de escaparate de las “alternativas” en materia de valores, al tiempo que desarrollan y apuestan por sus “propios valores”. Dejaremos al margen esta cuestión ya analizada en otros lugares²¹.

A escala interna, o más bien normativa, el problema es el de la configuración propia de los valores constitucionales como disposiciones jurídicas. Los valores superiores de los ordenamientos (por ejemplo los del art. 1 de la Constitución española, pero también todo contenido axiológico de las constituciones europeas) son disposiciones normativas abiertas²², presentan una vaguedad conceptual que requiere de concreción. Su contenido es muy amplio, pero al mismo tiempo, las constituciones que los han recogido entre su articulado (que como decimos son casi todas las constituciones contemporáneas²³) los han convertido en disposiciones jurídicas vinculantes, y ello significa que no permiten, “en primer lugar, eludir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa”. Al ser constitucionalizados los valores se convierten en disposiciones jurídicas, en Derecho, y deben responder a contenidos constitucionales claros e indiscutidos y desplegar algún tipo de eficacia²⁴. Estas características inicialmente contradictorias, (naturaleza abierta y contenido jurídico vinculante) entrañan toda la dogmática relativa a la interpretación constitucional.

Los debates jurídicos sobre los valores han girado en torno a dos cuestiones. La primera marcada por la relación entre la moral y el Derecho: si derivan los valores de una moral intrínseca al Derecho (Fuller²⁵), si se deducen del propio Derecho (Dworkin²⁶) o si no son más que reglas positivas abiertas (Hart²⁷). En segundo lugar, en tanto que normas abiertas, quién debe ser el encargado de concretar su contenido específico para aplicarlo a un caso concreto: si el legislador democrático a través de su desar-

-
- 20 Sobre la evolución del concepto guerra híbrida y actor híbrido, merece la pena el análisis de F. J. Quiñones de la Iglesia, *Una revisión del concepto «guerra híbrida/actor híbrido»*, en *Bie3: Boletín IEEE*, 2020, 20, pp. 672-686: «La GZ [“zona gris” que separa la zona negra – guerra- y la zona blanca -paz-] es generada por el actor híbrido que se mueve y actúa con impunidad entre sus imprecisos límites puesto que es él quien los establece. Como en un genuino proceso de conducción de la batalla, el actor híbrido modula el alcance de la GZ en tiempo, espacio y dominio. Del mismo modo, en beneficio de sus objetivos estratégicos, puede introducir discontinuidades en el proceso, lo que resulta evocativo del mencionado término “operaciones no lineales” empleado por la doctrina rusa. Podemos comprobar cómo encajan las piezas del puzle conceptual». Como señala F. Balaguer Callejón “...la crisis sanitaria, la crisis económica que ha generado y la configuración de los procesos de comunicación social y política por las grandes compañías tecnológicas, pueden impulsar notablemente a los movimientos populistas”, *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo*, en F. Lanhester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, CEDAM, 2019, pp. 59-82.
- 21 A. Aguilar Calahorro, *Valores constitucionales y sociedad digital*, en F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet, C. L. Strapazzon, I. R. Filho, A. Aguilar Calahorro y A. Pérez Miras (Coords.) *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Thomson Reuters-Aranzadi, en prensa
- 22 Se trata de la tesis hartiana de la «textura abierta» de las normas por imperativo de las modernas filosofías del lenguaje. La controversia jurídica actual sobre el Derecho como lenguaje abierto reside en si existe o no la posibilidad de alcanzar una solución jurídicamente determinada en un caso concreto, en un «caso difícil», o si es una cuestión subyacente a la discrecionalidad del juez; y dentro de estas posturas, si los elementos auxiliares a los que acude el aplicador de las normas (principios, valores, observación sociológica, moralidad, principios políticos...) pueden o no considerarse Derecho en sentido estricto. Ver H. H. L. Hart, *El concepto de Derecho*, [Trad. G. R. Carrió], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 155 y ss. R. Dworkin, *La justicia con toga*, [Trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 67 y ss. R. Guastini, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, en *Discusiones*, n. 11, 2012, pp. 27-57.
- 23 Valores superiores, en el caso del artículo 1.1 de la Constitución española o de la Constitución Brasileña. Por todos me remito a G. Peces-Barba, *Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- 24 T. Freixes Sanjuan y J. C. Remotti Carbonel, *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, en *Revista española de derecho constitucional*, 12, 1992, p. 18.
- 25 L. L. Fuller, *Positivism and fidelity to law: a reply to profesor Hart*, en *Harvard Law Review*,. 1958, 4, pp. 630-672.
- 26 R. Dworkin, *Los derechos en serio*, [trad. M. Guastavino], Ariel, Barcelona, 7 ed. 2009.
- 27 H. H. L. Hart, *El concepto de Derecho*, [Trad. G. R. Carrió], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 155 y ss.

rollo normativo (Habermas²⁸) o el juez a través de su aplicación cuando resuelve un caso determinado, y si fuera este último, si debe tratarse de un juez al que la norma atribuya potestad para producir normas (piénsese en la justicia constitucional como legislador negativo en Hart o Kelsen²⁹) o un juez que mediante su motivación sirva de nexo entre la norma y la realidad social (Dworkin y Ross³⁰).

Fueron sonados los debates doctrinales a raíz de la sentencia *Liith* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (1958), en la que se reconoce que la Constitución alemana, además de derechos subjetivos, también presenta un orden de valores objetivo que vincula a los poderes públicos³¹. Se criticó entonces por la doctrina que dado el carácter abierto y abstracto de los valores constitucionales, su eficacia jurídica en relación a los poderes públicos impediría a la constitución cumplir su principal función, limitar al poder, pues por el contrario se estaría ampliando el poder y su acción de forma proporcional a las amplias posibilidades de interpretación de cada valor³². Si la constitución, más allá de significar una garantía subjetiva de libertad individual frente al poder público, entrañaba también una dimensión objetiva basada en valores, su interpretación concedería al intérprete constitucional, el juez, una inmensa discrecionalidad a la hora de interpretarla, al ser aplicada como mecanismo de resolución de conflictos³³.

De estos debates ha derivado el argumento mayoritario de que no debe ser el juez el encargado de dotar de contenido indiscutido a los valores constitucionales, sino el legislador democrático, pues el juez debe quedar sometido a la ley, a esa voluntad democrática, la única legitimada para dilatar o comprimir el contenido de cada valor según las preferencias o evolución social³⁴.

Pero la inserción de ese orden objetivo de valores en las constituciones europeas no supone, en absoluto, una afrenta para la función que el constitucionalismo debe cumplir. La aparición de estos mandatos constitucionales abiertos han dado cobijo al pluralismo social y al Estado social. Por un lado, su carácter de mandato constitucional para alcanzar un objetivo han transformado el rol que juegan los poderes públicos como prestadores de servicios obligados a guiarse por un objetivo (los derechos fundamentales como límite a la actuación del poder se transforman en ocasiones en objetivos que los poderes públicos deben alcanzar favoreciendo la eficacia de los derechos sociales). Pero también, los valores constitucionales juegan un rol integracionista, en el sentido (parafraseando al maestro Paolo Ridola) de “*Integrationslehre* de Smend”. Constituyen un humus de factores de integración social³⁵ al aglutinar “las identidades, los intereses y los antagonismos existentes en la sociedad³⁶”. Este es el sentido de su inserción en las constituciones contemporáneas de forma generalizada a partir de la II Guerra Mundial, como instrumento de superación de los traumas y conflictos sociales históricos. Los valores

-
- 28 J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, [trad. M. Jiménez Redondo], Trotta, Madrid, 5 ed. 2008.
- 29 H. L. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, en P. A. Bulloch y J. Raz (Eds.), [Trad. R. Tamayo y Salmorán], UNAM, México, 2000. ID. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, n. 71, 1957.
- 30 H. Kelsen, *Alf Ross. Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia*, en P. Casanovas - J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Mondadori, Barcelona, 1994. H. Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, [Trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra], Comares, Granada, 2002. A. Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, 1ª ed., [Trad. J. Barbosa], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- 31 “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho”: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 7, 198, de 15 de enero de 1958.
- 32 E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, CEPC, 1975, pp. 124-125 y 257-263. J. Isensee, *El pueblo fundamento de la Constitución*, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 6, 2005, pp. 335-453.
- 33 H. L. A. Hart, *Post scriptum al Concepto del Derecho*, en la obra del mismo nombre de P. Bulloch, y J. Raz, (eds.) Ciudad de México, UNAM, 2000, p. 269.
- 34 J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit. pp. 338 y 349. Habermas considera que la crítica a la teoría de los valores hierra al confundirlos con los principios. No obstante, preferirá ordenar el procedimiento discursivo democrático, los procedimientos de democracia deliberativa, más que sujetarlos a valores predeterminados centrándose en los procedimientos y derechos que permiten el debate democrático. En un sentido similar, aunque volcado en el papel de la Justicia Constitucional, ver J. H. Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad*, [Trad. M. Holguín], Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá- Universidad de los Andes, 1997. Ver R. Alexy, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en F. Fernández Segado (dir.) *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1505.
- 35 P. Ridola, *La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 3, 2005.
- 36 P. Ridola, *Diritti fondamentali*, G. Giappichelli editore, Turín, 2006, pp. 19 y 20.

permiten que muy diversas facciones, grupos e interés puedan sentirse igualmente identificados con una fórmula abierta (como libertad, justicia, igualdad...) con un objetivo y fundamento común. Su naturaleza consiente la aglutinación de muy diversas formas de ser o sentir bajo una misma metanorma, integrando en los fundamentos de la constitución todas las posibles perspectivas vitales de la sociedad a la que regulan, cimentando el pluralismo político y social de una comunidad. Expresan a un tiempo los fundamentos políticos de la comunidad, como orden pactado entre diferentes, y los instrumentos organizativos y procedimentales; de forma que libertad, igualdad, justicia y pluralismo se traducen en el orden fundamental de una sociedad basada en el reconocimiento y protección de las minorías sociales frente al gobierno de la mayoría³⁷, al tiempo que apuntan la configuración de los procedimientos y órganos del Estado social democrático de Derecho.

Basándonos en esta función de integración de la sociedad en una comunidad política, parecería que lo más adecuado para ofrecer un contenido determinado a estos elementos axiológicos constitucionales sería remitir la tarea a los parlamentos democráticos. El debate democrático debería encontrarse en condiciones de concretar los valores en acciones concretas pactadas entre los diferentes grupos políticos con representación parlamentaria. Pero, en momento de crisis como los que estamos viviendo, en mi opinión, no es posible fiar esta labor de concreción a las mayorías parlamentarias. El conflicto sobre los valores y su contenido siempre aparece en momentos de crisis, en momentos de coacción o de emergencia social (crisis económica, COVID 19, momentos de emergencia...), pues es entonces cuando la base social se ve superada por los acontecimientos y busca respuestas (un camino a seguir) en su orden fundamental en el que los valores deben ser concretados para iluminar el sendero al gobierno y la legislación. ¿Debe imponerse la garantía de la salud colectiva sobre las libertades individuales ante una pandemia? ¿Debe aumentarse el gasto público en garantía de los derechos sociales o debe reducirse la carga impositiva en garantía de la libertad del mercado en una crisis económica e inflacionaria? ¿Deben aliviarse los controles sobre los poderes públicos o debe fiscalizarse la actuación de manera más acuciante? ¿Debe intervenir en una guerra donando armamento a uno de los bandos o debe seguirse la vía diplomática? Cuando el Derecho encuentra zonas grises, oscuras, y la fragmentación social se hace patente, la axiología constitucional debe actuar como metanorma para mantener el pacto constitucional al tiempo que ofrezca certeza ante la pluralidad de interpretaciones.

Como señaló Gustavo Zagrebelsky, “cuando en determinadas situaciones calientes chocan necesidades regulatorias plurales con puntos de vista todos dignos de reconocimiento, el Derecho mediante reglas no es adecuado para gobernar la complejidad, y el Derecho por principios se vuelve necesario. No es casualidad que se desarrolle particularmente en las sociedades llamadas pluralistas y con respecto a temas en los que se entrelazan derechos, intereses, ideologías y aspiraciones en conflicto³⁸”. Es en estas situaciones en las que los valores deberían alcanzar su máxima funcionalidad dirigiendo a los poderes públicos y al mismo cohesionando a la sociedad.

Los valores constitucionales se asientan entonces en la dicotomía entre orientar una solución normativa concreta (repetimos, en aquellos momentos de crisis y división social en los que el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta explícita) y “el reconocimiento de que el pueblo o la nación no pueden ser otra cosa que un conjunto de personas libres que tienen planteamientos diferentes de la política y de la sociedad y que ponen en común sus verdades parciales para construir un orden constitucional común, al que todos se someten por igual. No cabe, por tanto, ni una verdad absoluta ni una interpretación fundamentalista de la constitución a favor de un grupo concreto³⁹”.

Es por ello, que en momentos de crisis no puede dejarse la concreción de los valores a los procedimientos deliberativos ordinarios basados en el gobierno y legislación de la mayoría. El legislador no es, en mi opinión, una solución convincente para la concreción de los valores. En épocas de crisis, la representatividad política es la primera en resentirse, y la fragmentación social se termina traduciendo en una fragmentación política y en la aparición de extremos irreconciliables. De ahí la “guerra de valores”. Sobre un mismo concepto, la idea de los valores constitucionales, surgen ahora diferentes y contradictorias comprensiones que llevan a una confrontación entre convicciones íntimas y personales. En épocas de crisis, no se puede dejar la concreción de los valores en manos del legislador democrático o del juego político mayoría-minoría, gobierno-oposición, porque la consecuencia es una fractura del tejido social, de la comunidad, la expulsión de una parte de la sociedad o la imposición de una visión determinada, disolviendo la funcionalidad de los valores constitucionales: la integración social.

37 Véase, A. Aguilar Calahorro, *Naturaleza y eficacia de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

38 G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, en *Quaderni Fiorientini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 31, pp. 865 y ss.

39 F Balaguer Callejón, *Interpretación constitucional y populismos*, cit.

En mi opinión debería apostarse, en estos momentos, por la judicialización del conflicto. Esta idea podría fundamentarse en dos argumentos.

En primer lugar, por la paradoja del paralelismo. Esta paradoja puede resumirse del siguiente modo. A nivel externo existen gobiernos (también en el seno de la Unión) denominados “iliberales” que, aupados por amplias mayorías parlamentarias, imponen una comprensión determinada de los valores constitucionales a las (inmensas) minorías sociales, terminando por excluir a los diferentes. Por tanto quiebran la función integradora de estas disposiciones. Pero a nivel interno, en el seno de estados aparentemente gobernados por mayorías constitucionales “liberales”, las mayorías parlamentarias también imponen el contenido de los valores sobre grupos y minorías “iliberales” ¿Dónde se encuentra la diferencia? La única distinción se localiza en la medida en que se respeten las convicciones de las minorías, de su inclusión social mediante mecanismos deliberativos que garanticen el pluralismo. La paradoja del paralelismo nos muestra que para dar respuesta a los problemas que hoy acucian a las democracias constitucionales, conviene no olvidar que el constitucionalismo no puede imponer argumentos sobre las minorías que no comparten determinados valores: el éxito del constitucionalismo pasará por establecer un equilibrio en su respuesta dada a las “minorías iliberales dentro de los estados constitucionales paralela a los estados iliberales en el seno de la Unión Europea⁴⁰”. Se trata de evitar la imposición axiológica de la mayoría sobre la minoría o los sectores opositores del país⁴¹.

Como señala De CABO, el sistema constitucional contemporáneo pasa por la creación de Constituciones abiertas, que no generan espacios extra sistema sino todo lo contrario, que sean capaces de incluir los nuevos retos sociales en su articulado⁴². Para que la idea del constitucionalismo democrático normativo funcione no puede ignorarse el conflicto, ni marginar a las ideologías anticonstitucionales o iliberales, sino que deben ser integradas a través de procedimientos. Veremos un ejemplo más abajo en el seno de la Unión Europea.

El segundo argumento es el de la función que debe cumplir la justicia constitucional en garantía de los derechos de las minorías y el respeto al pacto constituyente. Los beneficios de jurisdiccionalizar el conflicto sobre valores. Atraer el contenido axiológico de los valores al terreno político (o pre-político) corre los mismos riesgos que si se hiciese en el terreno moral⁴³, al menos en el momento actual de intervención en el espacio constitucional de movimientos populistas anticonstitucionales. Los valores constitucionales deben permanecer en el ámbito del Derecho e identificarse a través de mecanismos jurídicos. De lo contrario se convierten en una guerra de todos contra todos por imponer la validez propia, devolviendo el concepto de valor constitucional a la acepción negativa, subjetiva, utilizada por Carl Schmitt: una “promiscuidad de los valores”. Se trata de un concepto en el que los valores se hacen valer, no en nombre de alguien, sino siempre “contra alguien”. El célebre autor, en su alegato contra *La tiranía de los valores* señaló que éstos siempre valen para alguien, pero también, y esto es lo fatal “también valen siempre contra alguien” o dicho de otro modo “la negación de un valor negativo es un valor positivo” dependiendo de quién considere uno u otro⁴⁴.

40 Z. Kortvélyesi, *The Iliberal Challenge in the EU: exploring the parallel with Iliberal minorities and the example of Hungary*, en *European Constitutional Law Review*, 2020, 16, pp. 567-600.

41 Como señala J. RAZ, “when one thinks in the Netherlands or in Britain of the right way to deal with cultural groups within our countries, one should always imagine what one would want to happen had the question affected not the Turks, let us say in the Netherlands, or the Bangladeshis in Britain, but the Dutch or the British in Europe. If we always start by applying this procedure and transferring the answer to the case of cultural communities within our countries, subject to the modifications which are really required by the differing circumstances, then we will not go far wrong. This is in brief my view about multiculturalism”. *The Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, 1994, p. 175.

42 Cfr. C. De Cabo Martín, *Propuesta para un constitucionalismo crítico*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2013, 19, pp. 387-399.

43 M. Azpitarte Sánchez, *Tres crisis europeas*, en F. Balaguer Callejón et al. (Coords), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad*, cit.

44 C. Schmit, “La tiranía de los valores”, *Revista de estudios políticos*, n. 115, 1961, pp.65-82, [Trad. A. Schmitt de Otero]. En él, de forma demoledora, alegará que el término «no es exclusivo del vocabulario de Hitler, el cual aludió con frecuencia e insistencia al valor». Para este autor se pasa por alto el límite establecido anteriormente a la filosofía de valores por el que «las cosas tienen un valor, las personas tienen una dignidad. Valorar la dignidad se consideró indigno. Hoy día, en cambio, también la dignidad se ha convertido en un valor por obra y gracia de la filosofía de valores [...] Hay que tener en cuenta que el valor, según la filosofía de valores, no tiene un ser, sino una validez. El valor no es, sino vale. Algunos hablan del ser ideal de los valores, pero no es necesario profundizar en semejantes matices porque, de todos modos, el valor, como tal, no es, sino precisamente, vale. El valor, sin embargo, implica un afán muy fuerte a la realización, como veremos más adelante. El valor tiene realmente ansia de actualización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento». «Hay filósofos de los valores objetivos que opinan que la vida física de los hombres actualmente vivientes no es el valor supremo, y, por consiguiente, no tienen reparos en aplicar los medios de destrucción de la ciencia y técnica moderna

Las diversas precompresiones de los grupos y movimientos sobre el contenido de los valores no pueden trazarse como “una moralización del Derecho ni una legalización de la moral, sino un intento de establecer un puente entre Derecho y cultura⁴⁵”, que invite a “construir cooperativamente un Derecho más líquido y fluido”⁴⁶ fundamentado sobre axiomas colectivos, pero sin olvidar su naturaleza normativa.

En mi opinión, la clave se encuentra en buscar argumentos sólidos para configurar el régimen jurídico de estos valores, como fuentes, así como su contenido desde dos premisas: en primer lugar, distanciar los valores del terreno político y moral; en segundo lugar, establecer procedimientos jurisdiccionales para concretar el contenido de los valores, al menos, para momentos de crisis.

Preguntarse quién debe ser el guardián de los valores constitucionales es igual que preguntarse quién debe ser el defensor de la constitución. Y las opciones, la vía política de la representación del pueblo o la jurisdiccional con un tribunal especializado, son las mismas planteadas entonces por Schmitt y Kelsen⁴⁷. El intérprete de los valores en épocas de crisis en los que la comunidad se encuentra fragmentada debe ser el juez, un tribunal, un órgano jurisdiccional. En el terreno del proceso judicial, tasado, se confrontan las diferentes visiones políticas, pero tamizadas y desactivadas por la necesidad de ser esgrimidas mediante la argumentación jurídica en un proceso predeterminado. Y es aquí donde el juez puede integrar las diferentes perspectivas concediendo un significado concreto al valor en casos específicos sin renunciar o eliminar una perspectiva concreta, sino equilibrando las diferentes visiones en juego: a través de la aplicación de la ponderación judicial y el principio de proporcionalidad.

3. El juez de los valores constitucionales de la Unión Europea

Un ejemplo de la función de integración que cumplen los valores y el éxito de la jurisdicción frente a la política para su salvaguarda, puede observarse en el ámbito de la UE: el caso Polaco de vulneración del valor constitucional del Estado de Derecho⁴⁸.

En la UE los valores constitucionales se encuentran recogidos en el artículo 2 del Tratado UE (TUE). Son disposiciones jurídicas, no meros deseos o aspiraciones⁴⁹, pues tienen eficacia jurídica real. Por un lado, constituyen elementos que determinan la pertenencia a la comunidad política, “cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión” (art. 49 TUE), por tanto, son un factor de integración. Por otro lado, la vulneración de los valores tiene consecuencias jurídicas. El artículo 7 TUE establece un procedimiento para alertar y sancionar sobre su incumplimiento. Este procedimiento permite la constatación de un riesgo o una violación de los valores por parte de los Estados miembros, desplegando normatividad, también como condición de permanencia en la UE.

para imponer aquellos valores supremos; y hay otros filósofos que sostienen que es un crimen destruir la vida humana por supuestos valores mayores», p. 74.

45 G. Zagrebelsky, cit., p. 878. Se hace imprescindible aquí remitir a la obra de Peter Häberle, *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, [Trad. E. Mikunda], Tecnos, Madrid, 2002. P. Häberle, *La Constitución como cultura*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, 2002.

46 L. Prieto Sanchis, Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, p. 480.

47 H. Kelsen *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

48 En el caso Polaco de violación del Estado de Derecho, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) terminó pronunciándose mediante sentencia de 24 de junio de 2019, en el asunto C-619/18, *Comisión c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531 señalando: «La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho. Habida cuenta de lo anterior, las normas nacionales contra las que se dirige el recurso de la Comisión pueden ser objeto de control a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo», párrafos 58 y 59.

49 El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea dispone: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Pero el procedimiento de alerta y sanción del artículo 7 TUE es un procedimiento político, diplomático que requiere, además, de la unanimidad del Consejo Europeo para constatar la violación. Por ello su eficacia práctica, hasta la fecha, ha sido casi nula.

La defensa de los valores dependiente de la unanimidad en el Consejo Europeo (a través del artículo 7 TUE) ha sido absolutamente ineficaz e inoperativa, por ejemplo, en el momento actual y el caso de Polonia y Hungría. Sin embargo, al jurisdiccionalizar la protección del artículo 2 TUE se han obtenido mejores resultados. Véase al respecto, por ejemplo, en defensa del valor Estado de Derecho la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de febrero de 2022, en el asunto República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (C-157/21), en la que se condena al Estado Polaco por incumplimiento de los valores de la Unión⁵⁰.

Debe destacarse que la acción del TJUE se fundamenta en última instancia y de forma expresa en la vulneración del valor constitucional del “Estado de Derecho”. El TJUE concretará el contenido del valor Estado de Derecho siguiendo un tridente conceptual basado en el axioma valor-principio-derecho: el valor Estado de Derecho (Art. 2 TUE) se ha concretado y desarrollado a través de un principio general (Art. 19 TUE), y este principio, a su vez, se ha concretado y desarrollado mediante un derecho (el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). La Unión Europea, hay que reconocerlo, ha estado especialmente acertada a la hora de distinguir entre valores y principios generales, y concederles funciones diversas. Y el TJUE no inventa Derecho, no crea un contenido específico de la nada, sino que se remite al Derecho vigente considerando el contenido del artículo 2 TUE (Estado de Derecho) en relación a los artículos 19 TUE (obligación de los estados de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión) y el 47 de la Carta de derechos de la Unión (derecho a la tutela judicial efectiva)⁵¹.

La judicialización del conflicto, cuando los mecanismos diplomáticos y políticos fallan, no sólo abre una alternativa a la eficacia de los valores y su concreción, sino que ha permitido también que el conflicto se desenvuelva en el terreno de la argumentación jurídica y la ponderación entre la pluralidad de aproximaciones al concepto, pues no está de mal recordar que han participado hasta un total de 12 estados miembros esgrimiendo sus posturas, y tres instituciones de la Unión, toda una “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” sobre el significado del valor Estado de Derecho⁵² que han permitido al Tribunal ponderar en base a argumentos, a un debate argumentado y deliberativo en sede judicial.

50 Hay innumerables ejemplos en este sentido: Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, apartados 42 y 43; STJUE de 15 de julio de 2021, C-791/19, *Comisión contra Polonia*, apartados 51- 59. STJUE de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, apartados 63 a 65, y STJUE de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros* (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo), C-824/18, EU:C:2021:153, apartado 112. Por todas, véase el resumen en las Conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev presentadas el 6 de mayo de 2021 en el asunto C-791/19, *Comisión Europea contra República de Polonia*: “63. Tal como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor del Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE, confía a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables. Aunque corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, al ejercer esta competencia deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión y, en particular, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo. Con arreglo a dicha disposición, todo Estado miembro debe garantizar que aquellos órganos que, en calidad de «órganos jurisdiccionales» —en el sentido definido por el Derecho de la Unión—, formen parte de su sistema judicial en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva”.

51 Como ha señalado el propio TJUE: “que el respeto por parte de los Estados miembros de los valores comunes en los que se fundamenta la Unión, que han sido identificados y son compartidos por esos Estados y que definen la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común a tales Estados, entre ellos el Estado de Derecho y la solidaridad, justifica la confianza mutua entre dichos Estados. Así, dado que el respeto de tales valores constituye un requisito para disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a un Estado miembro, la Unión debe estar en condiciones, dentro de los límites de sus atribuciones, de defender los valores indicados. El Tribunal de Justicia puntualiza sobre este extremo, por una parte, que el respeto de dichos valores no puede reducirse a una obligación a la que esté sujeto un Estado candidato para adherirse a la Unión y de la que pueda eximirse después de su adhesión...” ver asuntos C-156/21 y C-157/21, cit.

52 Ver en este sentido, P. Haberle, *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta* en E. Ferrer Macgregor, A. Zaldivar, (Coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Teoría general del Derecho procesal constitucional*. México, UNAM, 2008. ID. *La Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución*, [Trad. Xavier Arzo Santisteban], en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46.

4. Valores comunes Vs. Identidad nacional: los valores en serio

La mediación judicial, para que actúe como reintegración del pluralismo, requiere de una particular pericia equilibrista a través de la ponderación entre los intereses y argumentos esgrimidos durante el proceso. Se trata del cumplimiento del verdadero objetivo de la Unión, su lema, “unidos en la diversidad”. Este lema adquiere contornos jurídicos en el artículo 4.2 TUE: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos”. La concreción del valor constitucional requiere, en la Unión, de la inescindible obligación de respetar la identidad constitucional de cada estado, de forma que se preserve el pluralismo europeo, por lo que la ponderación entre intereses y el principio de proporcionalidad se convierten en los dos instrumentos nucleares⁵³.

De la dificultad judicial para equilibrar integración e identidad dan muestras algunas sagas jurisprudenciales recientes derivadas del caso *Coman*⁵⁴. Particularmente el asunto *Pancharevo*⁵⁵ de 2021 es un ejemplo de ello, en el que se confrontan el reconocimiento de la filiación de una menor, hija de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo reconocido por otro estado miembro, y la identidad constitucional de Bulgaria⁵⁶.

El TJUE será taxativo. Conforme a la doctrina *Coman*, los Estados miembros disponen de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la UE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este⁵⁷. De modo que en este caso concreto, Bulgaria está obligada, por una parte, a expedir un documento de identidad a una menor búlgara nacida en España (nacida de madre búlgara) y cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas designa como progenitores a dos personas del mismo sexo y, por otra parte, a reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que esta pueda ejercer sus derechos a circular y residir libremente por el territorio de la Unión (art. 21 TFUE); y ninguna de estas dos obligaciones impuestas por el Derecho europeo vulnera la identidad nacional ni amenaza el orden público de Bulgaria⁵⁸.

La clave de la decisión, como puede observarse, es si la negativa de Bulgaria a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo (matrimonio celebrado en otro estado) es o no un elemento

53 F. De Witte, *Sex, drugs & Eu law: the recognition of moral and ethical diversity in Eu law*, *Common Market Law Review*, 2013, 50, pp. 1545-1578.

54 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE), de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385. En este asunto se trata el derecho a la libertad de residencia dispuesto en los Tratados de la Unión, del cónyuge norteamericano de un ciudadano de la Unión, que contrajeron matrimonio en otro estado de la Unión. Caso que puso sobre la mesa del Tribunal de Justicia la cuestión del reconocimiento de los matrimonios entre dos personas del mismo sexo celebrados en un estado miembro por otro estado miembro, y del que resultó la obligación de Rumanía de considerar cónyuge al marido de un nacional a los efectos de reconocer su derecho de residencia.

55 STJUE de 14 de diciembre de 2021, *Pancharevo*, C-490/20.

56 Siendo la menor hija de una ciudadana búlgara, las autoridades de este país se preguntan si tienen la obligación de expedir un certificado de nacimiento en el que se mencione a las dos madres como progenitoras ya que ese Estado miembro no ha previsto la posibilidad de expedir un certificado de nacimiento con dos progenitoras del mismo sexo. Y ello, habida cuenta de que “las disposiciones nacionales que rigen la filiación de la menor revisten una importancia fundamental en la tradición constitucional búlgara, así como en la doctrina búlgara en materia de Derecho de familia y de sucesiones, tanto desde el punto de vista puramente jurídico como desde el punto de vista de los valores, habida cuenta del estado actual de la evolución de la sociedad en Bulgaria” (ver párrafo 28 de la Sentencia *Pancharevo*, cit.). Se trata de la búsqueda de un equilibrio entre la identidad constitucional y nacional de la República de Bulgaria, que no admite los matrimonios ni las uniones entre personas del mismo sexo y, por otro, los intereses de la menor y, en particular, su derecho a la vida privada y a la libre circulación, pues conforme al Derecho europeo (que recordemos tiene primacía sobre el Derecho nacional a menos que se esgrima que vulnera la identidad constitucional del estado), con arreglo al artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE y a la Directiva 2004/38, todos los Estados miembros deberían reconocer a las progenitoras de una ciudadana de la Unión, menor de edad, bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho a la libre circulación entre estados miembros (STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartados 50 a 52), aunque nunca lo hubiese ejercido previamente (STJUE de 2 de octubre de 2019, *Bajratari*, C-93/18, EU:C:2019:809, apartado 26).

57 Tal y como se estableció de forma pionera por la STJUE *Coman*, cit., en 2018, apartados 36 a 38.

58 Ibidem. Apartado 54.

esencial de su identidad constitucional. Dicho de otro modo, si la imposición de la Unión Europea de reconocer este tipo de matrimonios (y a sus hijos) a efectos de su residencia en Bulgaria vulnera quiebra su identidad nacional.

Las categorías que rigen el caso son un clásico en la doctrina Europea: principio de atribución competencial, primacía y contralímites (*identity review*). La adquisición de la nacionalidad y el Derecho de familia son competencia exclusiva de los Estados. Pero en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, como es el caso de un ciudadano que ejerce su derecho a la libre circulación entre dos estados, deben respetar éste (primacía del Derecho europeo). Sólo hay una excepción, que la aplicación del Derecho europeo en el caso concreto atente contra la identidad nacional (constitucional), inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional (art. 4.2 TUE).

La doctrina del TJUE ha considerado que los conceptos identidad nacional y orden público, cuando son esgrimidos para excepcionar las libertades consagradas en el Derecho de la Unión, constituyen conceptos comunes de la Unión, conceptos autónomos, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte del TJUE, control basado en los siguientes puntos:

a) El orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental del Estado⁵⁹.

b) Solo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia⁶⁰.

c) No vulnera la identidad nacional ni amenaza el orden público de dicho Estado miembro si el reconocimiento no se hace con fines distintos a la libertad de circulación y residencia⁶¹.

La conclusión es que los límites por parte de un Estado basados en su identidad nacional suponen un objetivo legítimo siempre que resistan su ponderación clásica (*test de proporcionalidad*: idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) con las libertades fundamentales de la Unión.

Frente a la sentencia del TJ, llaman la atención las conclusiones previas presentadas por la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión, Juliane Kokott. Para la Abogada, el artículo 4.2, la identidad nacional, no es un mero objetivo legítimo más, sino auténtica cláusula de salvaguardia de la pervivencia de la identidad propia de cada estado⁶². Lo que significa que el artículo 4.2 TUE, “no efectúa una simple remisión a las concepciones del Derecho constitucional de los Estados miembros” puesto que “el contenido exacto de este concepto puede variar de un Estado miembro a otro”, por lo tanto “por su propia naturaleza, no puede determinarse sin tener en cuenta las concepciones adoptadas por los Estados miembros sobre su identidad nacional⁶³”. Es decir, es un concepto que debe interpretarse de forma plural, pues impone, también al TJUE, la “obligación de respetar la pluralidad de concepciones y, por tanto, las diferencias que caracterizan a cada Estado miembro⁶⁴”.

Ello significa que la ponderación judicial y la aplicación del principio de proporcionalidad requieren de un cuidadoso análisis de los objetos y argumentos a ponderar. La diferencia interpretativa, aparentemente teórica, que realiza la Abogada General (repetimos, la identidad nacional no es igual que otros objetivos legítimos como la seguridad pública o el orden público sino un principio de distribución

59 STJUE *Coman*, cit., apartado 44.

60 *Ibidem*, apartado 47. En el caso concreto, la identidad nacional y el concepto de orden público, exige el reconocimiento del respeto a la vida privada y familiar y la no discriminación del menor, así como su interés superior. El contenido de estos derechos fundamentales de la Unión (artículo 7 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) deben ser interpretados con el mismo sentido y alcance del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (como señala el artículo 52 CDFUE), que ya ha prescrito que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar» del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación.

61 Idénticas consideraciones han sido esgrimidas por el TJUE en el reciente Auto de 24 de junio de 2022, asunto C-2/21, *K.S. y S.V.D.*

62 Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de abril de 2021, en el asunto «Pancharevo», C-490/20, puntos 82-88: “Contrariamente a lo que parece sugerir, a primera vista, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia hasta la fecha, la identidad nacional consagrada en el artículo 4 TUE, apartado 2, no es únicamente un objetivo legítimo entre otros que puede tenerse en cuenta durante el examen de una posible justificación de una restricción del derecho a la libre circulación”.

63 *Ibidem*. Punto 70.

64 *Ibidem*. Punto 71.

competencial) se vuelve práctica en el momento en que el artículo 4.2 exige, en primer lugar, que el Estado que argumenta la vulneración de su identidad constitucional coopere lealmente en el procedimiento (4.3 TUE). En segundo lugar, conforme señala la Abogada General, exige que la ponderación se realice, no entre la identidad constitucional del estado y la Carta de derechos fundamentales o las libertades fundamentales de la UE, sino entre la identidad constitucional del Estado y los valores constitucionales comunes a los Estados miembros de artículo 2 TUE: solo puede estar protegida una concepción de la identidad constitucional estatal que sea conforme con los valores comunes de la Unión, pues son el límite y fundamento de la integración⁶⁵.

En mi opinión esta idea es clave: el test de proporcionalidad, la ponderación que debe realizar el juez y las partes en el procedimiento, no se realiza entre la concepción de la identidad constitucional del Estado y los derechos fundamentales, sino entre aquella y los valores constitucionales comunes a los Estados. El proceso argumentativo no es una mera contradicción entre alegaciones que deben ser equilibradas, sino un proceso deliberativo sobre el contenido de los valores constitucionales comunes a los estados miembros del artículo 2 TUE, que se encuentran por tanto en continuo estado de renegociación y reconfiguración pues deben seguir siendo elemento clave de la integración entre estados.

La propia Abogada General parafrasea (haciendo evolucionar de forma extraordinaria) una idea insertada anteriormente en las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en 2015 en el asunto *Gauweiler*, y que en su origen decían:

“el Tribunal de Justicia ha operado desde muy antiguo con la categoría de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción del sistema de valores sobre los que la Unión se asienta. En particular, en estas tradiciones constitucionales comunes el Tribunal de Justicia ha buscado, de forma muy preferente, asentar una propia cultura de derechos, la cultura de derechos de la Unión. La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de Derecho, sino también de una «comunidad de cultura constitucional». Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros⁶⁶”.

Por tanto, la concepción estatal de los valores constitucionales deben ponderarse con la concepción europea de los valores constitucionales, pues éstos deben su contenido a la confluencia de las diferentes concepciones particulares.

Atendiendo a la paradoja del paralelismo, la jurisdiccionalización del conflicto en torno al contenido de los valores (en momento de crisis como la que vive la Unión por el empuje de los estados iliberales) requiere al mismo tiempo de “una restricción de la intensidad del control para preservar la existencia de esferas de competencias materiales reservadas a los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión⁶⁷”. Dicho de otro modo, el contenido del artículo 2 TUE no viene impuesto por el Tribunal europeo, sino que se reconoce su contenido abierto al debate y la argumentación en aras de componer un contenido cierto que aglutine las concepciones particulares y les permitan seguir cumpliendo su función integradora, como elementos de identidad de la comunidad política, al tiempo que desplegar una eficacia jurídica frente a los infractores⁶⁸.

65 Conforme al punto 73 de las Conclusiones: “En efecto, las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente y del Estado miembro de que se trata, que dispone al respecto de un amplio margen de apreciación constituyen el punto de partida de la interpretación del artículo 4 TUE, apartado 2. No obstante, este margen de apreciación está limitado por la obligación de cooperación leal consagrada en el apartado 3 de esta misma disposición. Asimismo, solo puede estar protegida con arreglo al artículo 4 TUE, apartado 2, una concepción de la identidad nacional que sea conforme con los valores fundamentales de la Unión consagrados, en particular, en el artículo 2 TUE”.

66 Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, apartado 62.

67 Punto 96 de las Conclusiones de la Abogada General Kokott, cit.

68 Transcribo el punto 99 de las Conclusiones: “Si, en el marco del examen de la justificación de tal restricción, el Tribunal de Justicia efectuara cada vez un control exhaustivo de la normativa nacional en función de la Carta y, en particular, de sus disposiciones relativas a las relaciones familiares —como los artículos 7 y 24—, esto tendría como consecuencia que todo el Derecho de familia nacional, incluida la expresión fundamental de las diferencias que la Unión debe respetar en virtud del artículo 4 TUE, apartado 2, debería ajustarse a una concepción uniforme de la política familiar que el Tribunal de Justicia establecería en su interpretación de dichas disposiciones”.

El TJUE ha preferido no asumir, por el momento, tal distinción⁶⁹. En septiembre de 2022 ha impuesto mediante Auto los mismos parámetros de juicio a la República de Polonia en un caso idéntico al asunto *Pancharevo*. Pero creemos que antes o después deberá aproximarse a las indicaciones de los Abogados Generales en defensa de los valores de la Unión, en busca de una resolución del conflicto integradora y pluralista. Esa actitud será el pistoletazo de salida para asumir y tratar “*Los valores en serio*”.

⁶⁹ De forma errada a nuestro parecer pues, parafraseando a Körtvélyesi, el pluralismo es inherente a la UE, pero es un acuerdo cualificado, con los límites del artículo 2 TUE, lo que supone admitir los límites del multiculturalismo, es decir, que hay un mínimo de valores compartidos que incluye crucialmente la aceptación de que no todos los valores son compartidos, al menos no todo el contenido preasignado por las partes. De nuevo, Z. Körtvélyesi, *The illiberal challenge in the EU: exploring the parallel with illiberal minorities and the example of Hungary*, cit. p. 1577.

*Kristina Stoeckl**

L'appropriazione illiberale dei diritti umani da parte della Russia e della Chiesa Ortodossa Russa

Sommario

1. Introduzione. – 2. Sociologia dei diritti umani. – 3. La Chiesa Ortodossa Russa e i diritti umani. – 4. Appropriazione illiberale dei diritti umani: tre esempi. – 5. Conclusione.

Abstract

Riferimenti a “esigenze della morale”, alla famiglia e all’educazione sono elementi costitutivi di un’agenda politica conservatrice che guarda con scetticismo alle libertà e ai diritti individuali, cercando di porre limiti rigidi al pluralismo sociale e morale. Tra i sostenitori di una tale agenda politica conservatrice vi sono la Russia e la Chiesa Ortodossa Russa, che si sono appropriati di alcuni concetti e del linguaggio dei diritti umani per portare avanti una politica illiberale e nazionalista che mina i valori democratici e prende di mira la società civile liberale, l’opposizione politica e la comunità LGBTIQ+. Scritto dal punto di vista di una sociologia costruttivista dei diritti umani, questo articolo riunisce tre casi di studio sull’appropriazione dei diritti russi sui temi dei valori tradizionali, della famiglia e dell’istruzione domiciliare e trae sei lezioni sull’appropriazione dei diritti umani per illiberali scopi.

Morality, family and education are constitutive elements of a conservative political agenda that looks skeptically at individual freedoms and rights and that seeks to place rigid limits on social and moral pluralism. Supporters of such a conservative political agenda include Russia and the Russian Orthodox Church, which have appropriated certain human rights concepts and language to advance an illiberal and nationalist political agenda that undermines democratic values and targets liberal civil society, political opposition and the LGBTIQ+ community. Written from the perspective of a constructivist sociology of human rights, this article brings together three case studies of Russian claims to traditional values, family and homeschooling, and draws four lessons on the appropriation of human rights for illiberal purposes.

1. Introduzione

Con la dissoluzione dell’Unione Sovietica nel 1991, la Federazione Russa è diventata stato firmatario della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e degli Accordi di Helsinki. Nel 1996, il paese è entrato anche nel Consiglio d’Europa e, sottoscrivendo la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ha accettato la giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Oggettivamente, la Russia non era pronta per l’adesione al Consiglio d’Europa perché non soddisfaceva diversi criteri, ma fu comunque ammessa nella speranza che l’adesione potesse produrre effetti positivi e avvicinare la Russia alle

* Ordinaria di sociologia, Università di Innsbruck (Austria). Relazione al Convegno “Populismi, identità personali, diritti fondamentali” ospitato da “Sapienza” Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

democrazie liberali occidentali.¹ Invece di una progressiva inclusione della Russia nel sistema internazionale dei diritti umani, i decenni successivi hanno visto una crescente distanza tra paesi occidentali e la Russia. A seguito dell'annessione della Crimea nel 2014, la Russia è stata dapprima sospesa dal Consiglio d'Europa fino al 2019; infine, come reazione all'invasione dell'Ucraina il 24 febbraio 2022, nel marzo 2022 ne è uscita, perdendo anche il suo seggio nel Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite. Il processo di inclusione della Russia nel sistema internazionale dei diritti umani, iniziato nella prima metà degli anni '90, si è quindi interrotto. Vale tuttavia ripercorrere alcune tappe del processo che ha portato la Russia a rappresentare oggi un avamposto della visione illiberale dei diritti umani. L'aggettivo "illiberale" si riferisce ad una posizione ideologica maturata come contraccolpo contro la democrazia liberale basata su principi egualitari e di tutela delle minoranze. L'illiberalismo propone soluzioni maggioritarie, incentrate sulla nazione e sul concetto di sovranità e si dichiara a favore di gerarchie e ruoli di genere tradizionali; predilige l'omogeneità culturale e rifiuta il pluralismo morale.² È una posizione ideologica che caratterizza, ad esempio, un importante numero di movimenti cristiani conservatori e anche alcuni stati, tra i quali appunto la Russia. Il panorama dell'approccio illiberale della Russia ai diritti umani non sarebbe peraltro completo senza considerare il ruolo della Chiesa Ortodossa Russa, che sarà analizzata in questa sede come un *norm entrepreneur* che ha avuto un ruolo chiave nella svolta conservatrice e illiberale della Russia a partire dagli anni 2000.

2. Sociologia dei diritti umani

La portata dei diritti umani si è ampliata nel tempo ed è apparsa sempre più legata e condizionata dal principio di eguaglianza. Mentre, inizialmente, gli strumenti di protezione dei diritti miravano infatti principalmente a limitare il potere dello stato, vietando il trattamento arbitrario, discriminatorio e violento delle persone da parte dello stato e dei suoi organi, oggi i diritti umani vengono citati in cause anche di fronte a violazioni che non avvengono direttamente per mano dello Stato. Negli ultimi decenni, i diritti umani si sono perciò estesi oltre gli obblighi negativi dello Stato nei confronti dei singoli cittadini, fino a includere anche obblighi positivi dello Stato. In questo quadro, in particolare, i diritti relativi all'orientamento sessuale e all'identità di genere sono stati a pieno titolo inclusi nel discorso, anche giuridico, sui diritti umani. In questo modo, aree precedentemente considerate private e, allo stesso tempo, saldamente ancorate all'interno della sfera della sovranità nazionale sono ora incluse nell'ambito di rilevanza dei diritti umani.³

Da un punto di vista sociologico, l'evoluzione e mutamento della portata dei diritti umani non sorprende. Consideriamo i diritti umani socialmente costruiti e, in secondo luogo, legati all'azione politica.⁴ Quelli che oggi consideriamo "diritti umani" sono il risultato di un processo sociale, politico e legislativo animato da politici, pubblici rappresentanti, giudici, avvocati e attivisti di vario orientamento politico. Il significato dei diritti umani non è quindi statico. Quando il contesto storico, sociale e politico cambia, cambiano anche la direzione e la portata dei diritti umani.

Infatti, quando la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo è stata ratificata dai membri delle Nazioni Unite nel 1948, pratiche che oggi sarebbero considerate gravi violazioni dei diritti umani erano comunemente e legalmente in vigore nella maggior parte degli stati: la discriminazione basata sulla razza, il colore della pelle, la religione, il sesso o l'origine nazionale è stata vietata negli Stati Uniti solo

1 L. Mälksoo - W. Benedek (eds.), *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

2 Per una definizione di "illiberalismo", vedi: M. Laruelle, *Illiberalism: A Conceptual Introduction*, in *East European Politics* 38/2 (online first: <http://dx.doi.org/10.1080/21599165.2022.2037079>).

3 C. McCrudden, *Human Rights, Southern Voices, and 'Traditional Values' at the United Nations*, in *University of Michigan Public Law Research Paper* 419, 2014.

4 K. Nash, *Is It Social Movements That Construct Human Rights?*, in *The Oxford Handbook of Social Movements*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 743-752. Questa prospettiva costruttivista diverge da altri approcci sociologici al concetto dei diritti umani, specialmente quello di Bryan Turner: B.S. Turner, *Sociology of Human Rights*, in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, ed. Dinah Shelton, Oxford University Press, Oxford, 2013, 85-103.

nel 1964⁵; il divorzio è stato introdotto in Italia solo nel 1970⁶; la condotta omosessuale è stata un reato in Austria fino al 1971⁷; la violenza fisica come aspetto legittimo dell'educazione parentale è stata vietata in Germania solo nel 1980⁸. La lotta alla violenza domestica è stata pienamente inclusa nel discorso sui diritti umani solo nell'ultimo decennio⁹. E un'idea un tempo radicale come i diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso, che non aveva trovato attuazione in nessuno stato prima del 1989, è oggi parte dell'esperienza giuridica di oltre tre dozzine di stati¹⁰. È dunque anche merito degli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani se oggi tante disposizioni in materia di uguaglianza di genere e generazionale sono diventate patrimonio comune delle democrazie occidentali. In questi termini, la sociologia dei diritti umani permette di capire come avviene il mutamento dei diritti umani attraverso l'analisi della "gamma di attori coinvolti nella rivendicazione dei diritti umani, i tipi di azione in cui sono impegnati e le organizzazioni attraverso le quali le rivendicazioni vengono affrontate."¹¹

Il processo di interpretazione e diffusione dei diritti umani avviene per mano di persone – attivisti, avvocati, politici, movimenti sociali, ONG – che la sociologia politica chiama *norm entrepreneurs*. La terminologia è stata coniata da Martha Finnemore e Kathleen Sikkink sulla base dell'osservazione "norms do not appear out of thin air; they are actively built by agents having strong notions about appropriate or desirable behavior in their community".¹² I *norm entrepreneurs* favoriscono i processi di creazione di norme richiamando l'attenzione su questioni che fino ad allora non erano state "nominate, interpretate e drammatizzate" nella dimensione giuridica. Il processo della *norm entrepreneurship* comprende tre livelli: i *norm protagonists* (attivisti, ONG), le piattaforme organizzative (es. Nazioni Unite, Consiglio d'Europa) e gli stati nazionali, i cosiddetti *supporting states*, che sostengono le rivendicazioni degli attivisti. Attraverso questi tre livelli, secondo Finnemore e Sikkink, i *norm entrepreneurs* costruiscono cornici cognitive, spesso in opposizione alle norme vigenti e alle opinioni comunemente diffuse, provocando di fatto un cambiamento nella percezione pubblica dell'adequatezza di una certa regola o comportamento.

Dal punto di vista di una sociologia dei diritti umani, l'appropriazione dei diritti non è qualcosa di specifico che riguarda solo certi gruppi di attivisti e determinate visioni del mondo. Tutti coloro che si impegnano in azioni legali e politiche intorno ai diritti umani, in un modo o nell'altro, si fanno carico dei diritti umani e li riempiono di significati e finalità rilevanti nel loro concreto contesto storico, sociale e politico. L'appropriazione dei diritti, quindi, non costituisce di per sé un atto problematico o discutibile. Da una prospettiva sociologica politica e costruttivista, non esiste un significato "genuino", "autentico" o "essenziale" dei diritti umani. Riteniamo, invece, che tutti i significati dei diritti umani sono costruiti nella pratica sociale e politica concreta.

Il concetto di "appropriazione illiberale dei diritti umani" mette in luce un aspetto finora poco considerato dagli studiosi. La maggior parte degli studi sul *norm entrepreneurship* si sono finora concentrati su movimenti progressisti che promuovono norme come l'uguaglianza di genere o il diritto di accesso all'educazione e ai servizi sociali.¹³ Tuttavia, diversi studi hanno dimostrato che i meccanismi di *norm entrepreneurship* si applicano non solo a tematiche di stampo progressiste, ma anche ai gruppi conserva-

-
- 5 C. Bunch, *Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly* 12/4, 1990, 486-498; C.A. Bradley, *The United States and Human Rights Treaties: Race Relations, the Cold War, and Constitutionalism*, in *Chinese Journal of International Law* 9/2, 2010, 321-344.
 - 6 M. Seymour, *Debating Divorce in Italy. Marriage and the Making of Modern Italians* (Basingstokes: Palgrave Macmillan, 2006); S. Lariccia, *La Legge Sul Divorzio e la Riforma del Diritto di Famiglia in Italia negli anni 1970-75*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* 22, 2020.
 - 7 H. Graupner, *Homosexualität und Strafrecht in Österreich*, in *Rechtskomitee LAMBDA*, 2001, https://www.rklambda.at/images/publikationen/209-9_18082003.pdf (14 November 2022).
 - 8 J.E. Durrant, *Corporal Punishment and the Law in Global Perspective*, in *The Oxford Handbook of Children and the Law*, ed. J.G. Dwyer, Oxford University Press, Oxford, 2019, 293-320.
 - 9 N. Davidson, *The Feminist Expansion of the Prohibition of Torture: Towards a Post-Liberal International Human Rights Law?*, in *Cornell International Law Journal* 52/1, 2019, p. 109-136.
 - 10 K. Kollman, *The Same-Sex Unions Revolution in Western Democracies: International Norms and Domestic Policy Change*, Manchester University Press, Manchester, 2013.
 - 11 K. Nash, *The Political Sociology of Human Rights, Key Topics in Sociology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 6.
 - 12 M. Finnemore - K. Sikkink, *International Norm Dynamics and Political Change*, in *International Organization* 52/4, 1998, 887-917.
 - 13 P.M. Ayoub, *Cooperative Transnationalism in Contemporary Europe: Europeanization and Political Opportunities for Lgbt Mobilization in the European Union*, in *European Political Science Review* 5/2, 2013, 279-310; T. Risse - K. Sikkink, ed., *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

tori e alle loro strategie illiberali¹⁴. L'immaginario finora dominante negli studi sui *norm entrepreneurs*, secondo cui la lotta per i diritti umani è una battaglia di attivisti liberali e progressisti contro governi recalcitranti, non rappresenta più l'intero spettro: esistono anche dei *norm entrepreneurs* illiberali e conservatori, che usano il linguaggio dei diritti umani per combattere o bloccare provvedimenti in materia di diritti umani.

L'obiettivo di questo articolo è quello di esemplificare l'appropriazione illiberale dei diritti umani da parte di gruppi conservatori con riferimento al caso della Russia e della Chiesa Ortodossa Russa. Metteremo in luce, quindi, il percorso che ha portato la Russia a diventare un *norm entrepreneur* conservatore, per poi passare, nell'ultima parte, ad alcuni esempi concreti di rivendicazioni relative a diritti umani avanzate dalla Russia e dalla Chiesa Ortodossa Russa.

3. La Chiesa Ortodossa Russa e i diritti umani

Durante il periodo comunista e ancora nei primi anni 1990, la Chiesa Ortodossa Russa non aveva ancora sviluppato un approccio specifico alla questione dei diritti umani.¹⁵ Quando uscì, nel 2000, il documento *Fondamenti della Dottrina Sociale della Chiesa Ortodossa Russa* (Dottrina Sociale) fu interpretato come un passo avanti nello sviluppo di una dottrina sociale all'altezza della contemporaneità. In quel documento, la Chiesa esponeva la sua posizione su una serie di questioni, tra cui le relazioni tra Chiesa e Stato, la famiglia, la società, la biotecnologia e la globalizzazione. Tuttavia, in termini di diritti umani, l'insegnamento della Chiesa era inequivocabilmente negativo. I vescovi collegavano infatti i diritti umani all'ascesa del secolarismo e li presentavano come un "prodotto" occidentale, essenzialmente estraneo alla cultura giuridica nazionale. Dato questo chiaro rifiuto dei diritti umani, la Dottrina Sociale non meriterebbe allora di essere menzionata in questo articolo, se non fosse per un particolare: la posizione della Chiesa espressa nel 2000 rappresenta un ottimo esempio di rifiuto religioso e conservatore dei diritti umani, muovendo da un punto di vista che si colloca completamente al di fuori del discorso sui diritti umani. Dalla prospettiva di chi vede i diritti umani come il prodotto di una storia e di una civiltà che la Chiesa Ortodossa Russa non condivide né approva, dunque, i diritti umani possono essere rifiutati, denigrati e ridicolizzati senza che sia necessario entrare realmente in un dibattito sul loro significato e contenuto.

Otto anni dopo, la Chiesa cambiò la sua visione sui diritti umani nel documento *L'insegnamento della Chiesa ortodossa russa sulla dignità, la libertà e i diritti umani*, nel quale esprime un, seppur parziale, riconoscimento. Tuttavia, la Chiesa inserì questo riconoscimento dei diritti umani in un discorso sulla moralità e sui valori tradizionali. Attraverso il riferimento a moralità e valori tradizionali, la Chiesa mirava effettivamente a definire i limiti dei diritti umani. A questo fine, la Chiesa fa riferimento all'articolo 29 della Dichiarazione universale dei diritti umani, a mente del quale: "1. Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità. 2. Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica".

La "scoperta" di questo articolo – e in particolare dell'espressione "le giuste esigenze della morale" – ha avuto un effetto importante sul dibattito sui diritti umani all'interno della comunità ortodossa russa: ha permesso alla Chiesa di posizionarsi non più semplicemente in opposizione ad una concezione apparentemente occidentale dei diritti umani, ma di presentarsi attivamente come sostenitore di una concezione "originaria" dei diritti umani¹⁶. Secondo la lettura che la Chiesa Ortodossa Russa dà dell'articolo 29, questa concezione "originaria" dei diritti umani enfatizzerebbe l'importanza della moralità, dei doveri e della comunità.

In occasione di un seminario intitolato "L'evoluzione dei principi morali e dei diritti umani nella società multiculturale", tenutosi a Strasburgo il 30-31 ottobre 2006, l'attuale Patriarca Kirill – all'epoca

14 C. Bob, *Rights as Weapons: Instruments of Conflict, Tools of Power*, Princeton University Press, Princeton, 2019; D. Buss - D. Herman, *Globalizing Family Values. The Christian Right in International Politics*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2003.

15 K. Stoeckl, *The Russian Orthodox Church and Human Rights*, Routledge, London, 2014.

16 La strategia di presentare la propria posizione conservatore sui diritti umani come "originale" è anche diffusa in altri contesti, per esempio tra la destra cristiana negli Stati Uniti: K. Young, *Human Rights Originalism*, in *Georgetown Law Journal* 110/5, 2022, 1097-1169.

Metropolita e alla guida del Dipartimento per le Relazioni Esterne della Chiesa Ortodossa Russa – dichiarò quanto segue:

“Sono convinto che la preoccupazione per i bisogni spirituali, basata peraltro sulla moralità tradizionale, debba tornare nella sfera pubblica. La difesa delle norme morali deve diventare una causa sociale. È il meccanismo dei diritti umani che può consentire attivamente questo ritorno. Parlo di un ritorno, perché la norma che prevede l'accordo tra i diritti umani e la morale tradizionale si trova nella Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948¹⁷”.

La Dichiarazione Universale, e più concretamente il suo articolo 29, vengono dunque elevati a fonte originaria e unica autorità in relazione al significato dei diritti umani: in tal modo, la Chiesa Ortodossa Russa cerca di fermare il loro sviluppo all'anno 1948, così escludendo tutte le successive elaborazioni dei diritti sociali ed economici, oltre che i diritti legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Il fatto che tra l'anno 2000, data di pubblicazione della Dottrina Sociale, e il 2008, quando venne elaborata la Dottrina sui Diritti Umani, la Chiesa Ortodossa Russa abbia sostituito il suo rifiuto *di principio* dei diritti umani con un rifiuto *storicamente motivato* potrebbe sembrare un cambiamento di importanza minimale. Dopo tutto, la posizione della Chiesa è rimasta avversa e ostile ai diritti umani. In termini di programma politico, tuttavia, questo cambiamento ha implicato una differenza fondamentale: esso infatti ha posto le basi affinché la Chiesa diventasse un *norm entrepreneur* nella politica internazionale sui diritti umani¹⁸. Dopo il 2008, i rappresentanti della Chiesa Ortodossa Russa si riferiscono ai diritti umani con una chiara visione della propria missione, che consiste nell'impedire lo sviluppo dinamico dei diritti umani. La Chiesa inizia a sviluppare strategie per interagire con le istituzioni internazionali in materia di diritti umani. L'importanza di questa missione per il Patriarcato di Mosca è resa evidente dal fatto che esso istituì un ufficio a Strasburgo con l'obiettivo di seguire i dibattiti nel Consiglio d'Europa e davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di costruire un “dialogo” sulla comprensione dei diritti umani.

Il primo passaggio della nostra ricostruzione del rapporto della Chiesa Ortodossa Russa con i diritti umani si sofferma, perciò, su un momento di *istituzionalizzazione*, di formazione – cioè – all'interno della Chiesa di una specifica visione e conoscenza dei diritti umani, con la di creazione di istituzioni e strategie per portare avanti questa visione: la Dottrina, un ufficio a Strasburgo. La Chiesa Ortodossa Russa era pronta per diventare un *norm entrepreneur* su scala internazionale. In termini più generali, possiamo dedurre che l'appropriazione dei diritti richieda sempre un processo di apprendimento. Questo vale senz'altro per i *norm entrepreneurs* che perseguono fini progressisti, ma è ancora più marcato per i *norm entrepreneurs* conservatori, i quali spesso partono da un rifiuto dell'idea stessa di diritti umani per motivi religiosi o culturali¹⁹.

4. Appropriazione illiberale dei diritti umani: tre esempi

È possibile ora fornire tre esempi di appropriazione illiberale dei diritti umani da parte della Chiesa Ortodossa Russa. Essi riguardano i cosiddetti valori tradizionali, la definizione di famiglia e la questione del *homeschooling* e sono tratti dalla sfera delle relazioni esterne della Chiesa, ma anche della stessa politica estera russa. Dimostrano come, nel periodo considerato, la Russia sia arrivata a fare parte di una ampia rete transnazionale di *norm entrepreneurs* conservatori, collegandosi con ONG statunitensi, gruppi religiosi e politici europei e con sostenitori anche nei paesi del *global south*.

4.1. Valori tradizionali

Anche in questo caso è possibile prendere le mosse dall'articolo 29, par. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, secondo il quale “nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ogni individuo non può essere sottoposto che alle limitazioni determinate dalla legge al solo scopo di [...] soddisfare le giuste esigenze della morale [...]”.

17 Metropolita Kirill, *The Experience of Viewing the Problems of Human Rights and Their Moral Foundations in European Religious Communities. Presentation at the Conference 'Evolution of Moral Values and Human Rights in Multicultural Society*, in *Europaica Bulletin* no. 108, 2006.

18 K. Stoeckl, *The Russian Orthodox Church as Moral Norm Entrepreneur*, in *Religion, State & Society* 44/2, 2016, 131-51.

19 K. Stoeckl, *La Chiesa Ortodossa Russa e i Diritti Umani*, cit.

La scoperta di tale disposizione non ha solo cambiato, come ricordato, l'atteggiamento della Chiesa ortodossa russa nei confronti dei diritti umani, ma è anche diventata la pietra angolare della prima iniziativa di politica estera in materia di diritti umani promossa dal Patriarcato di Mosca insieme alla diplomazia russa dinanzi al Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite. Tra il 2009 e il 2013, la Federazione Russa ha presentato in quella sede una serie di risoluzioni sulla "Promozione dei diritti umani e delle libertà fondamentali attraverso una migliore comprensione dei valori tradizionali dell'umanità"²⁰. Queste risoluzioni erano ispirate alla Dottrina sui Diritti Umani della Chiesa Ortodossa Russa descritta in precedenza, e in particolare erano il risultato dell'interpretazione che la Chiesa aveva dato dell'articolo 29, par. 2, ponendo l'accento sui doveri e sulle "giuste esigenze della morale" come limiti dei diritti umani.

Le risoluzioni del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite costituiscono una forma di *soft politics* transnazionale. Non creano nuove leggi o trattati, ma indicano possibili direzioni per iniziative politiche. Sono, in particolare, occasioni per testare il sostegno a determinate idee tra gli Stati membri e la comunità delle ONG accreditate. Con le risoluzioni in merito ai valori tradizionali, la Russia riuscì a mobilitare una coalizione stabile di sostenitori tra gli Stati membri dell'ONU non appartenenti al cd. blocco occidentale e in particolare tra i paesi dell'Organizzazione Islamica e tra i paesi africani. Ottenne anche un notevole sostegno da parte di ONG conservatrici di provenienza americana ed europea, per lo più di matrice cristiana²¹.

Bisogna sottolineare che l'appropriazione illiberale dei diritti umani in questo caso si basa su una deliberata distorsione dell'articolo 29, par. 2. Il Patriarca di Mosca e altri rappresentanti della chiesa e della diplomazia russa hanno ripetuto più volte l'argomento secondo quale l'articolo 29 enuncia concetti come le "giuste esigenze della morale" al fine di porre dei limiti all'esercizio dei diritti umani. Tuttavia, l'articolo 29, par. 2 della Dichiarazione universale non dice questo: parla, piuttosto, di "giuste esigenze della morale [...] in una società democratica". In altre parole, la Dichiarazione universale prevede sì dei limiti per i diritti umani, ma essi sono intesi come il frutto di un processo democratico. L'iniziativa russa davanti al Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite ha deliberatamente distorto il significato dell'articolo 29, par. 2, cercando in tal modo di sigillare e irrigidire i diritti umani rispetto a ogni cambiamento, elevando invece i costumi tradizionali a unica fonte di legittimità.

La citazione incompleta dell'articolo 29, par. 2, può essere interpretata come una forma di uso in malafede della Dichiarazione Universale. Tuttavia, dal punto di vista dei tanti sostenitori dell'iniziativa russa, il collegamento tra diritti umani e tradizione era un passo legittimo da fare. Specialmente nei paesi africani, le politiche in materia di diritti umani sono spesso interpretate come frutto di un'egemonia occidentale, e dunque come ulteriore capitolo nella lunga storia del colonialismo²². Attraverso le risoluzioni sui valori tradizionali, la Russia ha inviato il messaggio di essere dalla loro parte.

4.2. Famiglia

In questo caso, può essere utile prendere le mosse dall'articolo 16, par. 3, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, secondo cui "la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato".

In questo quadro, il secondo esempio di appropriazione illiberale dei diritti umani è tratto dal programma del World Congress of Families (WCF), una ONG transnazionale di orientamento cristiano conservatore. Il WCF è stato fondato nel 1997 da un attivista americano, Allan Carlson, e da un

20 UNHRC, *Follow-up to and Implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action: Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind*, A/HRC/RES/12/21, 2009; UNHRC, *Resolution Adopted by the Human Rights Council: Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind*, A/HRC/RES/16/3, 2011; UNHRC, *Resolution Adopted by the Human Rights Council: Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind: Best Practices*, A/HRC/RES/21/3, 2012; UNHRC, *Study of the Human Rights Council Advisory Committee on Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind*, A/HRC/RES/22/71, 2012; UNHRC, *Preliminary Study on Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind*. Prepared by Professor Vladimir Kartashkin, Rapporteur of the Drafting Group of the Advisory Committee, A/HRC/AC/8/4, 2011; UNHRC, *Preliminary Study on Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind*. Prepared by the Drafting Group of the Advisory Committee, A/HRC/AC/9/2, 2012; UNHRC, *Summary Information from States Members of the United Nations and Other Relevant Stakeholders on Best Practices in the Application of Traditional Values While Promoting and Protecting Human Rights and Upholding Human Dignity*, /HRC/24/22, 2013.

21 K. Stoeckl - K. Medvedeva, *Double Bind at the Un: Western Actors, Russia, and the Traditionalist Agenda*, in *Global Constitutionalism* 7/3, 2018, p. 383-421.

22 C. McCrudden, *Human Rights, Southern Voices, and 'Traditional Values'*, cit.

sociologo russo, Anatoly Antonov²³. Le rivendicazioni di questa organizzazione sono costruite attorno all'articolo 16, par. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, che definisce la famiglia come "il nucleo naturale e fondamentale della società". Nel libro *La famiglia naturale. Un Manifesto* (2005), il fondatore del WCF trasforma la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani in un manifesto per la famiglia tradizionale²⁴.

Dal punto di vista della Chiesa Ortodossa Russa, il concetto di famiglia come "nucleo naturale" era subito avvincente. Con la fine dell'Unione Sovietica, la Russia era sprofondata in una profonda crisi economica e sociale e aveva subito un forte declino demografico. Per la Chiesa Ortodossa Russa, la ragione del malessere era da ricercare in una crisi di fede e di cultura, che solo un ripristino dei "valori tradizionali" avrebbe potuto curare. Il programma del WCF si sposava perfettamente con questa visione. Infatti, il Patriarcato di Mosca diventò co-organizzatore del Congresso sulla Famiglia nel 2014 a Mosca e le attività del WCF furono regolarmente incluse tra le notizie del servizio stampa della Chiesa. Un esempio particolarmente evidente dell'importanza del WCF nelle politiche del Patriarcato di Mosca fu la dichiarazione ufficiale della Commissione Patriarcale per la Famiglia contro le modifiche legislative in materia di violenza domestica. In questa occasione, la Commissione Patriarcale citò una relazione di "esperti" preparata in seno al WCF.²⁵

Per gli esponenti del WCF e del Patriarcato di Mosca, il passaggio chiave dell'articolo 16, par. 3, è la definizione di famiglia come "nucleo naturale". Secondo loro, la parola "nucleo" (in inglese "group unit") usato nella Dichiarazione esprime il concetto della famiglia come un'unità chiusa e protetta da interferenze dello Stato. Politiche di tutela dei minori, azioni di prevenzione della violenza domestica così come l'estensione della definizione di "famiglia" ad altre forme di convivenza sono, dal punto di vista dei *norm entrepreneurs* conservatori, attacchi a questo "nucleo naturale" e costituiscono, secondo il loro punto di vista, addirittura una violazione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

In tal modo, essi sostengono una visione secondo quale la Dichiarazione stessa si pone quale fonte di diritto autorevole, originaria e superiore rispetto ai documenti, protocolli e trattati delle Nazioni Unite elaborati negli ultimi decenni i quali rappresentano, dal punto di vista dei conservatori, distorsioni del significato originario della Dichiarazione. Attraverso una interpretazione apparentemente letterale di alcuni concetti chiave contenuti nella Dichiarazione universale e ignorando deliberatamente le successive elaborazioni della terminologia e dell'esperienza giuridica, i *norm entrepreneurs* conservatori cercano di "congelare" i diritti umani in un contesto semantico e storico passato in cui essi erano applicati solo agli obblighi negativi dello Stato nei confronti dei singoli cittadini.

4.3. Homeschooling

Disposizione di riferimento è, in questo caso, l'articolo 26, par. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, secondo cui "i genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli"

Il terzo esempio che illustra come avviene l'appropriazione illiberale dei diritti umani da parte dei movimenti cristiani conservatori è il campo del cd. *homeschooling* (educazione parentale²⁶). Negli Stati Uniti, lo *homeschooling* per motivi religiosi è una pratica abbastanza diffusa e associata prevalentemente agli ambienti cristiani evangelici²⁷. A partire dagli anni Sessanta, la destra cristiana americana aveva combattuto – e perso – la battaglia politica volta a introdurre una visione orientata al cristianesimo nei curriculum delle scuole pubbliche e allo stesso tempo doveva fare i conti con la desegregazione razziale²⁸. In questo contesto, lo *homeschooling* divenne per gli ultra-conservatori la strada preferenziale per isolarsi da una società sempre più eterogenea e pluralista.

23 K. Stoeckl, *The Rise of the Russian Christian Right: The Case of the World Congress of Families*, in *Religion, State & Society* 48/4, 2020, p. 223-238.

24 A.C. Carlson - P.T. Mero, *The Natural Family: A Manifesto*, The Howard Center for Family, Religion & Society and the Sutherland Institute, 2005.

25 K. Stoeckl - D. Uzlaner, *Moralist International. Russia in the Global Culture Wars*, Fordham University Press, New York, 2022, p. 2.

26 J. Mourão Permoser - K. Stoeckl, *Reframing Human Rights: The Global Network of Moral Conservative Homeschooling Activists*, in *Global Networks. A Journal of Transnational Affairs* 21/4, 2021, p. 281-702.

27 J. Dwyer & S. Peters, *Homeschooling: The History and Philosophy of a Controversial Practice*, Chicago University Press, Chicago, 2019; M. Gaither, *Homeschool: An American History*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008.

28 R. Balmer, *Bad Faith. Race and the Rise of the Religious Right*, Eerdmans, Grand Rapids, 2021.

Un fattore cruciale per la legalizzazione dello *homeschooling* come percorso alternativo alla scuola pubblica negli Stati Uniti era la Home School Legal Defense Association (HSLDA). Fondata nel 1983 e con oltre 80.000 membri, la HSLDA promuove ancora oggi la legalizzazione dello *homeschooling* e la riduzione del controllo da parte dei servizi sociali e scolastici. Intorno al 2010, la HSLDA ha creato un'organizzazione internazionale di nome Global Home Education Exchange (GHEX) per promuovere il modello dello *homeschooling* in tutto il mondo. GHEX descrive i suoi obiettivi come “*advocacy, outreach e ricerca*” e ha organizzato congressi internazionali a Berlino (2012), Rio de Janeiro (2016), e San Pietroburgo e Mosca (2018).

La scelta delle località per i congressi internazionali di GHEX è strategica. La Germania, in particolare, era entrata nel mirino dell'organizzazione in quanto è uno dei pochi paesi occidentali dove qualsiasi forma di *homeschooling* è illegale. In quello stesso periodo, in Brasile, il partito del presidente Jair Bolsonaro si preparava a liberalizzare lo *homeschooling* con una legge. Quella in Russia, infine, divenne la più grande conferenza mai organizzata da GHEX. Ospitata da un comitato sponsorizzato dall'oligarca ultraconservatore ortodosso Konstantin Maloveev, HSLA portò a San Pietroburgo e a Mosca centinaia di genitori, organizzazioni, esperti accademici e ricercatori provenienti da oltre trenta paesi²⁹. Secondo gli sponsor americani, la Russia aveva il potenziale per diventare “la seconda popolazione [per diffusione] di *homeschooling* dopo gli Stati Uniti”³⁰.

Nella loro battaglia per la legalizzazione dello *homeschooling*, HSLDA e GHEX fanno riferimento al richiamato articolo 16, par. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Orbene, se – nel contesto storico del 1948, in cui l'educazione fascista era un ricordo recente e l'indottrinamento politico nei Paesi comunisti era ancora una realtà – questo articolo esprimeva l'idea che l'autorità dei genitori in materia di educazione dei figli dovesse essere protetta da indebite interferenze statali, HSLDA e GHEX lo estrapolano dal contesto in cui è stato elaborato, mettendo così sullo stesso piano l'indottrinamento totalitario del passato e principi educativi contemporanei come parità di genere e inclusività.

5. Conclusione

I tre esempi dimostrano come alcuni gruppi conservatori abbiano scelto di appropriarsi della semantica dei diritti umani per portare avanti un programma politicamente e socialmente illiberale. La Russia e la Chiesa Ortodossa Russa risultano tra questi *norm entrepreneurs* conservatori e hanno avuto un ruolo chiave negli ultimi anni³¹. In patria, l'illiberalismo russo sminuisce i valori democratici e prende di mira la società civile liberale, l'opposizione politica e la comunità LGBTQI+; nelle relazioni estere, esso ha permesso alla Russia di costruirsi la fama di “difensore dei valori cristiani e tradizionali” contro un occidentale descritto come ultra-liberale e post-cristiano.

L'appropriazione illiberale dei diritti umani non è, tuttavia, tipico soltanto della Russia. Si tratta piuttosto di un fenomeno globale, che ci dimostra come le *culture wars* americani si siano ormai globalizzate, trasformando i diritti umani in veri e propri strumenti di un conflitto ideologico³². I tre esempi di appropriazione illiberale dei diritti umani dimostrano come i loro protagonisti conservatori – invece di prendere le distanze dai diritti umani e le loro istituzioni – facciano un uso attivo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, in particolare dell'articolo 29, par. 2, dell'articolo 16, par. 3 e dell'articolo 26, par. 3. Il meccanismo di appropriazione illiberale è simile in tutti tre casi:

1. è preceduto da un processo di apprendimento, un periodo durante quale i protagonisti imparano e provano varie strategie;
2. richiede e comporta generalmente la collaborazione di diversi *norm entrepreneurs* tra NGO e stati sostenitori;
3. si basa su una distorsione delle norme giuridiche attraverso l'uso intenzionale di citazioni incomplete, oppure
4. si basa su una lettura eccessivamente letterale e storica della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, escludendo elaborazione e interpretazione più recenti.

29 K. Stoeckl – D. Uzlaner, *Moralist International*, cit.

30 GHEX, *Global Home Education Conference 2018. St. Petersburg & Moscow, Russia*, in *Website of Global Home Education Exchange*, 2018, <https://ghex.world/conferences/ghex-2018/> (16 April 2019).

31 K. Stoeckl – D. Uzlaner, *Moralist International*, cit.

32 Bob, *Rights as Weapons: Instruments of Conflict, Tools of Power*.

Riferimenti a “esigenze della morale”, alla famiglia e all’educazione sono elementi costitutivi di un’agenda politica conservatrice che guarda con scetticismo alle libertà e ai diritti individuali, cercando di porre limiti rigidi al pluralismo sociale e morale. Porre l’attenzione sulle dinamiche di appropriazione illiberale dei diritti umani nel prisma dell’esperienza russa può aiutare a decifrare la logica attraverso la quale i diritti umani e le loro istituzioni possono essere usati per favorire queste finalità.

Giorgia Serughetti*

Genere, razza, sessualità: Il populismo di destra come politica dell'identità

Sommario

1. La destra radicale populista. – 2. Un giano bifronte, neoliberista e identitario. – 3. Confini e famiglia: l'ordine naturale. – 4. La difesa delle disuguaglianze.

Abstract

Nel mio studio più recente¹, mi sono occupata di analizzare e interpretare le forme di politica identitaria tipiche della destra radicale populista. Uno dei miei interessi, quello di cui parlerò, è stato comprendere il nesso, che nella vasta letteratura politica sul populismo mi pareva sotto-teorizzato o interpretato in modo poco convincente, tra la costruzione identitaria del “popolo” su basi nativiste, quindi con l'esclusione dei non-nativi, e la dottrina conservatrice sulla famiglia e la sessualità. Quest'ultima spesso è trattata come un aspetto secondario o una ricopertura posticcia di un progetto di potere che mira alla conquista della rappresentanza, mentre a me pare rappresenti un aspetto cruciale di questa cultura politica, anche se con variazioni notevoli tra i partiti. Come si saldano tra loro discorsi diversi come il controllo di confini in funzione anti-immigrazione e la difesa del modello cosiddetta “tradizionale” di famiglia? Cosa hanno in comune la costruzione dello straniero come minaccia per la nazione e quella del “gender” come pericolo identitario?

In my most recent study¹, I focused on analyzing and interpreting the forms of identity politics typical of the populist radical right party. One of my interests, the one I will talk about today, was to understand the connection, which in the vast political literature on populism seemed to me to be under-theorized or interpreted in an unconvincing way, between the identity construction of the “people” on nativist bases, therefore with the exclusion of non-natives, and conservative doctrine on family and sexuality. The latter is often treated as a secondary aspect or a false covering of a power project that aims at the conquest of representation, while it seems to me to represent a crucial aspect of this political culture, albeit with notable variations between the parties. How do different discourses such as the control of borders with an anti-immigration function and the defense of the so-called “traditional” family model weld together? What do the construction of the foreigner as a threat to the nation and that of “gender” as a danger to identity have in common?

* Ricercatrice di filosofia politica, Università degli studi di Milano. Relazione al Convegno “Populismi, identità personali, diritti fondamentali” ospitato da “Sapienza” Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 G. Serughetti, *Il vento conservatore. La destra populista all'attacco della democrazia*, Roma, Laterza, 2021.

1. La destra radicale populista

Negli studi politici il concetto di populismo è oggetto di un dibattito pluridecennale e in realtà, come scrive Jan-Werner Müller, non abbiamo nulla che si avvicini a una teoria del populismo². Secondo alcuni parliamo di un'ideologia, secondo altri si tratta di uno stile politico, una strategia, una mentalità caratteristica o uno stato d'animo. E ancora, per alcuni il populismo è semplicemente l'altra faccia della partecipazione democratica, addirittura la democrazia al suo meglio. Per altri, al contrario, è una strategia di potere che sfigura la democrazia.

Non è mio obiettivo sciogliere i nodi teorici complessi che generano visioni tanto diverse e contrapposte, né dirimere le controversie che animano la comunità degli studiosi. Ai fini del mio ragionamento, propongo di utilizzare una definizione che risulta dall'intersezione di elementi comuni alle diverse posizioni teoriche, e cioè di considerare il populismo come l'espressione di uno spirito anti-establishment che fa leva sulla contrapposizione tra "popolo" ed "élite" per intervenire nel processo politico della rappresentanza.

Il discorso populista si articola fundamentalmente attraverso tre proposizioni: il "popolo" è detentore della sovranità; i "nemici del popolo" lo stanno privando del suo potere; bisogna restituire al "popolo" i suoi diritti legittimi³. E un corollario: è attraverso il leader che il "popolo" può far valere la sua volontà contro l'establishment.

Il "popolo" cui il populismo fa appello è inteso come insieme organico, coeso e indifferenziato al proprio interno, in quanto tale anti-pluralista: una comunità d'appartenenza, dotata di grande potere d'integrazione simbolica dei suoi componenti, che non coincide con la popolazione di un paese, con il *démos*, ma – come spiega Nadia Urbinati nel suo *Io, il popolo* – esprime solo una parte di essa: la parte autentica, l'unica legittima⁴. Coloro che non appartengono al popolo, coloro che non corrispondono alla sua immagine ideale, coloro che non ne coltivano i valori, sono "non popolo", sono gli "altri". Questi altri che si contrappongono al "noi" sono una minaccia, una trappola, un ostacolo da rimuovere. Sono i "nemici" del popolo.

Se questo è ciò che intendiamo comunemente per populismo, la sua versione di destra radicale presenta alcuni tratti caratteristici. Secondo Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, i partiti della destra radicale populista sono accomunati da ideologie come il nativismo – ovvero la convinzione che solo chi fa parte della nazione per ragioni di discendenza possa legittimamente abitare il territorio di uno Stato – per cui l'idea di popolo è normalmente declinata in termini etnico-culturali; e l'autoritarismo, quindi la credenza in una società gerarchicamente ordinata, in cui le infrazioni alla legge vanno severamente punite, nonché prevenute attraverso l'educazione morale o tradizionale⁵.

Una questione cruciale, per i partiti e leader di questa destra, è l'immigrazione, rappresentata come una minaccia esistenziale per gli Stati-nazione dell'Occidente, anche a causa della sovrapposizione della figura dello "straniero" con quella del "musulmano", e di questo con il "terrorista".

In termini nativisti è declinata anche l'altro grande tema a cui queste forze devono il loro consenso: la sicurezza, intesa come incolumità dei cittadini e della nazione stesse. Il crimine, fonte primaria di insicurezza, è raffigurato come una questione "straniera", da attribuire ai "non nativi", e da punire con il braccio spietato della legge. A presunti crimini degli immigrati è ricondotta poi la retorica della "difesa" delle donne contro la minaccia dell'"invasione" di stupratori stranieri e dall'"islamizzazione" dei costumi.

A tenere insieme la costellazione ideologica di populismo, nativismo e autoritarismo è infine il richiamo ai valori morali conservatori, spesso declinati in termini religiosi, che includono varie sfumature di familismo nazionalista, antifemminismo e difesa della norma eterosessuale.

Gli avversari da combattere, in questa visione, sono perciò: le forze politiche "globaliste" e le élite cosmopolite, accusate di favorire l'immigrazione di massa e di corrompere la cultura tradizionale della nazione; le femministe e i movimenti Lgbt+, accusati di mettere in discussione le gerarchie di genere, sessuali e familiari, specialmente in ambito educativo; i progressisti, accusati di sovvertire i valori imponendo dall'alto interventi di ingegneria giuridica, produzione di policy anti-discriminatorie e linguaggio *politically correct*.

2 J.-W. Müller, *Che cos'è il populismo?*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017, p. 6.

3 Y. Mény - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2001.

4 N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, il Mulino, 2020.

5 C. Mudde - C. R. Kaltwasser, *Populism. A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2017.

2. Un Giano bifronte, neoliberista e identitario

Se queste sono le caratteristiche che definiscono la destra radicale populista, si capisce perché ritengo che si debba considerare questo populismo come una forma di politica dell'identità, una politica che cioè non interpreta interessi collettivi di carattere socio-economico, ma mobilita piuttosto appartenenze di "razza" o etnia, nazione, religione, cultura, sessualità...

L'uso politico dell'identità non è in sé un fenomeno nuovo. Di *identity politics* si parla fin dagli anni Settanta per descrivere le mobilitazioni per la promozione dei diritti di gruppi e identità oppresse (donne, minoranze sessuali, razziali...), ovvero una pluralità di forme di attivismo fondate su esperienze condivise di ingiustizia da parte dei membri di determinati gruppi sociali.

Di nuovo, nel presente, c'è che l'identità è in grado di suscitare grandi investimenti emozionali di segno politico opposto, reazionario, che sottopongono a crescente tensione le procedure e i principi delle democrazie avanzate.

La differenza tra questi diversi usi dell'identità non è di poco conto. L'attivismo politico di gruppi minoritari o di soggetti storicamente esclusi nasce dalla consapevolezza di una condizione di oppressione – che può implicare sfruttamento economico, ma anche marginalizzazione sociale, privazione di potere, cancellazione culturale, violenza⁶ – ed è volto a produrre un allargamento del campo dei diritti e delle libertà. La politica dell'identità della destra radicale populista, invece, rappresenta le istanze di gruppi maggioritari, che si rappresentano come svantaggiati, "vittime" delle forze globali ma anche delle politiche di inclusione delle minoranze, di promozione della parità... E che non chiedono per questo di essere inclusi, ma di essere riconosciuti come l'unico "vero" popolo o nazione, e di escludere altri gruppi dal godimento di pari diritti civili, politici e sociali.

Ora, una tesi influente tende a spiegare la crescita dei populismi in chiave economica⁷, cioè come la risposta elettorale a fattori come la globalizzazione non controllata, l'aumento delle disuguaglianze, l'impoverimento relativo di settori della popolazione. È la tesi che possiamo chiamare dei "perdenti" della globalizzazione, che ha molti aspetti convincenti, ma anche alcuni limiti. In particolare, io ritengo che, in primo luogo, non riesca a spiegare perché all'insicurezza economica causata dal mercato si cerchi risposta in politiche di difesa della nazione, della famiglia e della religione, anziché in programmi di giustizia sociale. In secondo luogo, mi pare che implichi una sorta di autoinganno dell'elettore, dal momento che la destra identitaria spesso propone di fatto un'agenda economica liberista e ostile agli investimenti di welfare.

Come mostrano i casi di molti paesi in cui partiti politici di questo segno hanno conquistato il governo (Italia inclusa), quella che è spesso descritta come una forza che si batte contro i grandi poteri dell'economia globale, in realtà non offre una risposta di protezione, tantomeno di emancipazione, rispetto alla mercatizzazione sregolata e alla crescita delle disuguaglianze, ma si sviluppa in modo parassitario, non antagonista, rispetto a quello che in genere è visto come il suo avversario, cioè il neoliberismo.

La sua dichiarata avversione al neoliberismo si riduce, in realtà agli effetti culturali e politici della globalizzazione, mentre riguarda assai poco le dinamiche economiche. Altrimenti detto, il populismo della destra radicale è anti-liberale ma non chiaramente anti-liberista. Pensiamo alla feroce avversione verso politiche autenticamente redistributive, ma anche alle misure anti-povertà – in Italia, l'ostilità al reddito di cittadinanza. Pensiamo anche alle politiche di redistribuzione verso l'alto, a favore delle fasce di reddito più elevato, dei governi populistici – è stato il caso di Trump negli Stati Uniti, di Orbán in Ungheria, e potrebbe presto essere il caso di Meloni in Italia.

Mi pare, per questo, che si debba riconoscere un ruolo altrettanto o forse più importante, rispetto ai fattori economici, al contraccolpo (*backlash*) culturale⁸, cioè alla reazione di parti della popolazione a trasformazioni sociali profonde, quali il multiculturalismo, i cambiamenti nei ruoli di genere e l'ampliamento dei diritti delle minoranze etniche e sessuali.

È allora necessario integrare la tesi economica e quella culturale. E ritengo che dobbiamo guardare alla destra radicale populista come a un Giano bifronte: un progetto politico che, da un lato, si alimenta degli effetti distruttivi prodotti dal neoliberismo in campo economico, sociale e politico, mentre ne perpetua la logica essenziale, spingendo sull'individualismo competitivo e spesso su politiche a vantaggio dei più ricchi; e, dall'altro, fa appello ai valori familiari, al nativismo, alla religione, alle politiche di *law and order*, per rafforzare le gerarchie sociali.

6 I.M. Young, *Le politiche della differenza*, Milano, Feltrinelli, 1996.

7 In particolare: D. Rodrik, *Populism and the Economics of Globalization*, in *Journal of International Business Policy*, 1, 2018, p. 13.

8 A questo proposito: R. Inglehart - P. Norris, *Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash*, in *Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper Series*, 2016.

Lo vorrei descrivere come una forma di autoritarismo che, da un lato, esprime una continuità con i valori della società neoliberista, dall'altro difende apertamente le diseguaglianze presunte "naturali" in nome della difesa di identità collettive quali la religione, la nazione, l'eterosessualità...

3. Confini e famiglia: l'ordine naturale

Esiste, nelle ideologie, nei discorsi, nelle retoriche della destra radicale populista, il richiamo nostalgico a un presunto ordine "naturale" della società, che il buonsenso del popolo conosce e che il leader sa interpretare. Questo progetto d'ordine è fondato su due pilastri: i confini sovrani, da una parte, e la famiglia patriarcale, dall'altra.

Un versante esterno ed uno interno, che non sono puramente giustapposti, ma perseguono una logica unitaria. Il volto esterno è quello sovranista, che mira a separare chi appartiene alla comunità nazionale da coloro che ne sono esclusi, ma anche a offrire senso di protezione e risarcimento al soggetto che è stato sovrano nel progetto politico della modernità, cioè l'individuo maschio, bianco, eterosessuale, proprietario. L'altro volto, interno, è rappresentato dalle gerarchie sociali, specialmente di genere, sessuali e razziali.

La famiglia tradizionale, in particolare, va non solo difesa come unità fondamentale della nazione dalle pretese trasformatrici del femminismo, del movimento Lgbt, del riformismo sociale, ma anche valorizzata in funzione anti-immigrazione, in quanto baluardo della stirpe. La famiglia è concepita come, al tempo stesso, unità riproduttiva della nazione, cellula economica, e pilastro di un ordine di genere, sessuale, razziale.

Un legame stretto unisce quindi l'ostilità alle migrazioni e l'agenda conservatrice sulle politiche familiari. Un legame che si rende particolarmente visibile nei discorsi sull'allarme relativo al calo di natalità dei paesi europei. Qui la preoccupazione per la bassa fecondità delle donne "native" si unisce a paura per l'arrivo di popolazioni da altri continenti, e la promozione della famiglia formata da "mamma e papà" si salda alla difesa della purezza etnico-nazionale del "popolo". Non di rado, il populismo pro-natalista prende a prestito anche argomenti cari all'estrema destra, come il pericolo della "grande sostituzione" dei popoli europei denunciato dal francese Renaud Camus, che declina il problema dell'identità nazionale in termini pericolosamente affini a quelli di una teoria della razza.

Il sogno nativista è, del resto, quello del ritorno a una presunta età dell'oro in cui i popoli nazionali vivevano non commisti, omogenei al loro interno per cultura, lingua, religione e tratti somatici. In questa prospettiva, il proposito populista di unificare il "popolo" assume le sembianze di una biopolitica delle popolazioni, volta a produrre un *ethnos* omogeneo con tratti di "bianchezza".

Il caso più eclatante è quello di Ungheria e Polonia, dove questa visione si traduce, oltre che nel pugno di ferro sull'immigrazione, anche in politiche molto generose di sostegno alla famiglia e alla natalità. Il loro esempio è divenuto un faro per le forze politiche conservatrici dell'Europa intera, sia per la portata degli investimenti effettivi, sia per la forte impronta nazionalistica. È tutt'altro che sottile, infatti, il nesso che lega la politica pro-natalista all'esaltazione dell'identità nazionale, come rivelano le parole di Orbán:

«Viviamo in un'epoca in cui in tutta Europa nascono sempre meno bambini. La gente in Occidente risponde a questo con l'immigrazione: dicono che il deficit dovrebbe essere colmato dagli immigrati, e poi i numeri saranno in ordine. Gli ungheresi la vedono in modo diverso. Non abbiamo bisogno di numeri, ma di bambini ungheresi. Per noi l'immigrazione significa resa. Se ci arrendiamo al fatto che non siamo in grado di sostenerci nemmeno biologicamente, ammettiamo di non essere importanti nemmeno per noi stessi. Allora perché dovremmo essere importanti per il mondo?»⁹

Parallelamente, in Polonia e Ungheria ma anche in altri molti paesi, inclusa l'Italia, la destra politica e religiosa ambisce a restringere i diritti riproduttivi, o a impedirne l'allargamento, nonché a intervenire sulle procedure d'interruzione di gravidanza per ostacolarne l'attuazione o scoraggiare le donne dal farvi ricorso. Perché il compito di riprodurre un presunto *ethnos* nazionale, o cristiano-europeo, e di garantire biologicamente la continuità della tradizione, spetta alle donne.

Innanzitutto per questo, il discorso della destra radicale populista contiene forti rimandi alla dimensione di genere, che assume varie declinazioni.

Si può parlare di un sessismo caratteristico di questa destra, che può presentare tanto un volto "benevolo" quanto un volto "ostile", e spesso entrambi in riferimento a diverse categorie di donne. Il sessismo benevolo è quello che porta a esaltare le donne nel loro ruolo di moglie, madre e riproduttrice

9 Prime Minister Viktor Orbán's "State of the Nation" address, in AboutHungary.hu, 11 febbraio 2019.

della nazione. In questa categoria va fatto rientrare anche il fenomeno del «femonazionalismo»¹⁰, che difende i diritti delle donne native contro il pericolo dello straniero islamico o del nero stupratore, o invoca la liberazione delle donne “altre” da imposizioni culturali come il velo, in nome della difesa e diffusione dei “nostri valori”.

Il sessismo ostile, invece, lancia accuse di corruzione morale e manifesta disprezzo verso categorie come le attiviste progressiste, le avvocate per i diritti di migranti e rifugiati, le lesbiche, e soprattutto le femministe. Il femminismo è considerato una minaccia per la famiglia e, di conseguenza, per la sopravvivenza della “nazione”.

Anche l’antiabortismo si articola in questo doppio registro, di ostilità e benevolenza. Agli elementi di sessismo ostile, per cui le donne che abortiscono sono dipinte come egoiste e infanticide, si mescolano elementi di sessismo benevolo, che enfatizzano invece la naturale vocazione materna di ogni donna e fanno dell’interruzione di gravidanza un’esperienza di vittimizzazione e trauma.

Il controllo della riproduzione è un aspetto cruciale della liberazione delle donne dal potere patriarcale, che è in quanto tale perpetuamente osteggiato dai fautori del privilegio maschile. Oggi, tuttavia, i movimenti pro-life e i partiti politici che ne interpretano gli interessi non si limitano agli argomenti in difesa del concepito, ma affiancano a questi nuovi messaggi incentrati sulla difesa della donna dai rischi e dalle conseguenze dell’interruzione di gravidanza. Ciò significa che i movimenti e i partiti conservatori e anti-femministi vedono oggi un nuovo territorio di lotta e di conquista nei desideri delle donne, nelle loro paure, conoscenze e convinzioni.

Intrecciata alla battaglia contro i diritti sessuali e riproduttivi delle donne, troviamo poi l’offensiva *anti-gender*, che unisce la destra radicale populista, l’estrema destra e i movimenti religiosi contestatari.

Fin dalla metà degli anni ’90, si è diffusa in questi mondi politici e religiosi la convinzione che la parola “genere” (*gender*) nasconda un progetto di mutazione antropologica e di sovversione dell’ordine “naturale” dei sessi e della riproduzione. Da qui è nata un’offensiva organizzata che nei decenni successivi è andata a estendere il suo campo tematico dall’aborto all’omosessualità, dalle tecnologie riproduttive al transgenderismo, dall’educazione di genere nelle scuole ai nuovi modelli familiari.

Le espressioni “teoria del gender” o “ideologia gender” sono divenute sinonimo di una minaccia identitaria che passa attraverso il linguaggio degli organismi internazionali e le politiche pubbliche sull’uguaglianza di genere e la sessualità, per sovvertire l’ordine naturale della famiglia. In Europa, la forza della mobilitazione cresce in parallelo con l’iniziativa comunitaria in materia di diritti umani ed uguaglianza di genere.

I partiti della destra radicale populista fanno da cassa di risonanza ai temi dei movimenti anti-gender, e contribuiscono a darne una torsione in senso sovranista. Spesso utilizzando in modo strumentale il linguaggio e i simboli religiosi (si pensi al rosario di Salvini), oppure facendosi braccio politico delle chiese (come è il caso del Pis polacco).

4. La difesa delle disuguaglianze

Una nozione unisce infine tutte le istanze ripercorse fin qui, fungendo da fondamento della visione politica della destra populista, ed è quella di natura. La presunta naturalità, dunque immutabilità, dei corpi sessuati, dei ruoli di genere e dell’orientamento eterosessuale, è ciò che fonda la famiglia, o l’unico modello legittimo di famiglia. L’ordine naturale precede ogni assetto sociale.

Ma non solo la famiglia è rifondata sulla natura. Lo stesso avviene con la patria, la nazione, intesa come una famiglia allargata, fondata sulla nascita, in un recupero di quell’etimo *natio* che unisce i due termini, nazione e nascita. Un organismo politico in cui il diritto di appartenere si fonda sul principio identitario della nascita cela in sé, però, una radice di espulsione, confinamento, nei casi più estremi di sterminio, dei non nativi, degli inassimilabili, dei diversi. Il «nesso esiziale tra nascita e nazione», come lo chiama Donatella di Cesare, fa della cittadinanza una circostanza «naturale», rendendo invece «in-naturale» la presenza dello straniero e la convivenza tra gruppi etnicamente e culturalmente distinti¹¹.

Il difetto congenito di questo modo di pensare è, secondo Hannah Arendt, proprio la concezione degli organismi politici sul modello della famiglia, quindi su un principio di affinità. Pensare la polis

10 S. Farris, *Femonazionalismo. Il razzismo nel nome delle donne*, Roma, Alegre, 2019.

11 D. Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 50.

come un gruppo familiare è la «rovina della politica», perché annulla tanto l'«originaria diversità» degli esseri umani, quanto la loro «sostanziale eguaglianza»¹².

In questa visione, le diseguaglianze sono infatti concepite come “naturali”, dunque intese come immutabili, e pertanto al di fuori delle competenze dello Stato.

Come insegna Bobbio, proprio il rapporto tra uguaglianza e diseguaglianza è il tratto essenziale che distingue la destra dalla sinistra. Non solo nel senso che la prima mette l'accento su ciò che distingue gli esseri umani, e la seconda su ciò che li accomuna. Più in particolare, a separare i due campi è :

*«una diversa valutazione del rapporto tra eguaglianza-diseguaglianza naturale ed eguaglianza-diseguaglianza sociale. L'egualitario parte dalla convinzione che la maggior parte delle diseguaglianze che lo indignano, e vorrebbe far sparire, sono sociali e, in quanto tali, eliminabili; l'inegualitario, invece, parte dalla convinzione opposta, che siano naturali e, in quanto tali, ineliminabili».*¹³

Per tutte queste ragioni, la destra radicale, il populismo che ho descritto, ambisce a difendere l'ordine presunto “naturale” dall'ingegneria giuridica dei progetti di trasformazione politica e culturale – in particolare quelli delle istituzioni sovranazionali, come l'Unione Europea. Ma anche dalle rivendicazioni dei movimenti che combattono per la giustizia di genere, razziale, sociale.

Dunque, per concludere: la visione politica della destra radicale populista si può descrivere come anti-emancipatoria e anti-egualitaria. Perciò, al fondo, anti-democratica. Perché, attaccando l'uguaglianza, attacca il principio di uguale titolarità dei diritti fondamentali, quindi rappresenta una minaccia per la condizione giuridica della stessa democrazia.

12 H. Arendt, *Che cos'è la politica?* (1993), Torino, Einaudi, 2006, p. 7.

13 N. Bobbio, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli, 1994, p. 93.

*Paolo Veronesi**

“Farmaco e veleno”: il populismo tra fisiologia e patologia

Sommario

1. Premessa: un populismo, tanti populismi... – 2. Segue: talune “cartine al tornasole” del populismo. – 3. Segue: i populistici e i loro nemici. – 4. Segue: gli “arnesi” del populismo. – 5. Il popolo della Costituzione. – 6. Segue: il popolo della Costituzione... e dei populistici. – 7. Ancora sul concetto di popolo dei populistici. – 8. Popolo e non-popolo: amico e nemico. – 9. Segue: tra semplificazioni e scorciatoie. – 10. Il populismo e i diritti. – 11. Populismo e istituzioni. – 12. La concentrazione del potere. – 13. Esiste un populismo rispettoso del costituzionalismo? – 14. Conclusioni.

Abstract

Il saggio elenca ed esamina i caratteri specifici del fenomeno populista, mettendone in luce la duttilità e la costante presenza (sia pur in dosi e con obiettivi diversi) in pressoché tutti i sistemi politici. Si sottolinea altresì come il contesto democratico sia senz’altro quello in cui più facilmente essi allignano e si sviluppano, specificando le ragioni di ciò nonché i motivi di conflitto tra il populismo e i principi cardine del costituzionalismo. Nella parte finale si evidenziano le cause più recenti del proliferare di simili tendenze, abbozzando qualche possibile (ma nient’affatto agevole) soluzione di prospettiva.

The essay lists and examines the specific features of the populist phenomenon, highlighting its ductility and constant presence (albeit in different doses and with different goals) in almost all political systems. It also emphasizes how the democratic context is undoubtedly the one in which they are most likely to flourish and develop, specifying the reasons for this as well as the reasons for conflict between populism and the cardinal principles of constitutionalism. The final section highlights the most recent causes of the proliferation of such tendencies, sketching out some possible (but by no means easy) prospective solutions.

1. Premessa: un populismo, tanti populismi...

Il concetto di “populismo” è a dir poco inflazionato e decisamente ambiguo nei suoi contorni. L’espressione viene infatti utilizzata da discipline e in contesti di varia natura per descrivere fenomeni tra loro diversi, impostisi in periodi storici o in ambiti geografici e culturali nient’affatto omogenei¹. Tali eventi

* Ordinario di diritto costituzionale presso l’Università di Ferrara. Relazione al Convegno “Populismi, identità personali, diritti fondamentali” ospitato da “Sapienza” Università di Roma in data 30.09.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Per una rassegna v. N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2020, 37 s.

non hanno inoltre dato vita a un'autentica "dottrina" compiuta, né generato teorie commensurabili con le più note elaborazioni della filosofia politica².

L'incertezza definitoria aumenta considerando che se il populismo assume spesso una fisionomia tendenzialmente (se non spiccatamente) antisistema – in frontale conflitto con taluni contenuti tipici del costituzionalismo democratico – non è sempre (e inevitabilmente) così: retoriche, accenti, momenti o limitate proposte di natura populista emergono di frequente anche all'interno di quadri istituzionali complessivamente democratico-rappresentativi e non messi realmente a rischio³. Ci si riferisce, per esempio, a peculiari strategie "di convincimento" tese ad accrescere il consenso verso gli attori politici⁴, ovvero a contestazioni "dal basso" aventi lo scopo di evidenziare lo scollamento in atto tra istanze popolari e autorità⁵. È il caso di quei movimenti che agiscono con gli strumenti della partecipazione allargata per correggere talune traiettorie degli ordinamenti democratici (come nel caso dell'ottocentesco *People's*

-
- 2 Come rimarca L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, in N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquini (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004, 735 e 739, al concetto "non corrisponde un'elaborazione teorica organica e sistematica". P. Taggart, *Il populismo*, Città aperta ed., Enna, 2022, 23, sostiene pertanto che "il populismo è servitore di molti padroni e molte padrone", costituendo "un'ideologia polivalente". M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in Aa.Vv., *Democrazia oggi. Annuario 2017*, Atti del XXXII Convegno annuale dell'AIC, Modena, 10-11 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 3, afferma quindi che, con questa dizione, si allude a "fenomeni assai eterogenei tra loro". Per una rassegna delle varie ricostruzioni teoriche del concetto v. M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2015, 19 ss.
- 3 Si v., in generale, A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, *passim*. Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 102, evidenziano pertanto come, nella fase iniziale della lotta populista, si collochi sempre l'azione di profeti e oratori, ma ormai, nelle società democratiche contemporanee, anche i partiti tradizionali non possono fare a meno di *leadership* forti e trascinanti. Per N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 34, il populismo forzerebbe "la democrazia costituzionale sino al limite estremo", senza tuttavia valicarlo: al di là di esso, perciò, "potrebbe sorgere un nuovo regime dittatoriale e fascista". M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 3, ricorda che il populismo può manifestarsi anche come semplice "stimolo all'auto-correzione della democrazia". Sul rapporto tra democrazia e populismo si v. anche G. Martinico, *Filtering populist claims to fight populism*, Cambridge University Press, 2021, 11 ss.
- 4 Le campagne elettorali (anche del passato remoto: si pensi a quella italiana del 1948) sono i tipici momenti in cui i messaggi populistici e manichei delle forze politiche concorrenti si sprecano; assai spesso, tuttavia, anche allorché vengono raggiunte le leve del governo, il tono populista continua a essere usato a fini di consenso. Si pensi alla studiata "visibilità" mediatica e sloganistica di Silvio Berlusconi, ai tempi in cui ricopriva l'incarico di Presidente del Consiglio dei ministri, all'azione dinamica e disorientante di Matteo Renzi, finalizzata a trasmettere l'idea di un lavoro svolto a ritmi forsennati (le luci dello studio di Palazzo Chigi sempre accese...), all'attivismo smodato (e ai messaggi mobilitanti) di Matteo Salvini allorché svolgeva le funzioni di Ministro degli Interni, agli slogan grillini ribaditi anche dopo il loro ingresso nel governo (aprire il Parlamento come una scatoletta di tonno, l'abolizione della povertà mediante l'approvazione del c.d. reddito di cittadinanza, il Pd ruba i bambini, il finanziamento di singole opere non sempre efficaci mediante l'autotassazione, la visita complice ai Gilet gialli francesi ecc.) e persino l'orgogliosa rivendicazione del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte di aver dato vita a un governo populista (il c.d. Conte I). In un'ottica populista si può forse comprendere anche l'azione di un Presidente della Repubblica del calibro di Sandro Pertini, del quale era palese intento di creare una comunicazione diretta/immediata con i cittadini, mediante messaggi di buon senso e ostili alla partitocrazia. Elementi populistici sono stati individuati anche nell'azione politica post-bellica di personaggi del calibro di Palmiro Togliatti e Pietro Nenni, e di certo lo fu – da destra – il Movimento dell'Uomo Qualunque di Guglielmo Giannini (v., tra gli altri, G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 49 ss.). Oggi è tuttavia l'intera forma partito contemporanea che non può fare a meno di ingredienti populistici, quali, ad esempio, la sempre più intensa personalizzazione in un *leader* carismatico e mobilitante (v. anche la nota che precede), un linguaggio diretto e persino incivile, l'uso ininterrotto di mass-media e dei più vari social: M. Calise, *La democrazia del leader*, Laterza, Bari, 2016, 17 ss. ma *passim*, al quale si rinvia anche per l'analisi dei diversi populismi leaderistici di Berlusconi e di Renzi (spec. p. 89 ss.). Sull'uso, da parte di Matteo Renzi, di strategia populista per intercettare elettori sempre più volatili, da ricondurre, però, entro schemi compatibili con l'equilibrio democratico ed europeo, cfr. M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017, 135 ss. Sul Pd "personalistico" di Matteo Renzi v. anche A. Pertici, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, in Aa.Vv., *Democrazia oggi*, cit., 631 (ma nel senso che tale tentativo è poi fallito v. G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 59 s.). Per esempi di populismo del recente passato italiano (PCI, Craxi, Forza Italia, Lega Nord *in primis*) v. Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 93 ss. nonché, ancora, G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 53 ss.
- 5 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 80, sottolineano come l'azione populista (benché pericolosa) possa risultare tuttavia "stimolante per capire le esigenze dei cittadini e per riformare e adattare gli strumenti istituzionali e procedurali della democrazia". Sui limiti entro i quali il populismo possa fungere da "utile correttivo" della democrazia, valicati i quali esso si trasforma però in "seria minaccia", v. V. Pazè, *Il populismo come antitesi della democrazia*, in *Teoria politica*, 2017, n. 7, 113. A. Spadaro, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla... democrazia*, in *DPCE online*, 2020, n. 3, 3886, associa perciò il successo dei movimenti populistici proprio alle carenze degli Stati liberaldemocratici.

party statunitense)⁶ o per richiamare questi ultimi alla loro “vocazione originaria” e dimenticata⁷. È del resto noto come tra “democrazia ideale” e “democrazia reale” si collochi sempre uno iato, dovendosi agire con costanza per “migliorare la situazione reale” al fine di “avvicinarla a quella ideale”⁸: in questi scenari possono collocarsi anche istanze o metodi di un populismo positivo e “correttivo” delle disfunzioni evidenziate dalla rappresentanza.

V'è dunque chi sostiene che – ove siano perseguiti scopi obbiettivamente “virtuosi” – talune manifestazioni populistiche possano svolgere una funzione persino salutare per la democrazia: sarebbe il caso di quelle forme di populismo solidaristico, antirazzista, anti-xenofobo, anti-plebiscitario, anti-autoritario, anti-oligarchico, anti-dittatoriale ecc. talvolta reperite, per esempio, in alcune realtà sudamericane o dell'est europeo prima del crollo del muro di Berlino⁹.

Altri osservatori sollevano tuttavia il dubbio che, in tal modo, si finisca spesso per confondere i “veri” populismi con alcune espressioni di partecipazione e di protesta connaturate a ogni realtà democratica (o sviluppatesi in contesti in cui si aspira all'avvento della democrazia)¹⁰: i confini tra gli uni e le altre non sono peraltro sempre distinguibili con nettezza.

Traendo spunto da simili premesse, pare dunque opportuno distinguere attentamente caso da caso, cogliendo quanta dose di populismo sia obbiettivamente ospitata in ciascuno di essi: a ulteriore conferma dell'estrema scivolosità del tema¹¹, e facendo tesoro dell'osservazione per cui, probabilmente, “non c'è intervento politico che non sia in qualche misura populista”, anche se “non tutti i progetti politici sono populistici alla stessa maniera”. Va perciò respinto con vigore il rischio di fare di tutte le erbe un fascio: occorre invece propendere per un metodo chirurgico¹².

Consolidata e condivisa è dunque la tesi per la quale porzioni di populismo siano inevitabilmente consustanziali alle democrazie¹³: nel senso che non esista populismo senza democrazia, così come – agguingono taluni – non esista democrazia senza ingredienti o momenti populistici di contorno¹⁴. In ogni ordinamento democratico, il confine tra quote di populismo ancora accettabili o per nulla tali si traduce perciò in un problema di dosi, di misura, di rispetto delle forme e, soprattutto, di obiettivi finali.

È del resto innegabile che la democrazia sia “un regime pieno di difetti e soggetto a continui rischi mortali”, ospitale persino con certi suoi nemici¹⁵: il populismo può agevolmente assumere le vesti di

6 Cfr. L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., p. 739 e P. Taggart, *Il populismo*, cit., 48. Per N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 82 ss., il *People's Party* sarebbe stato “il più democratico di tutti i movimenti populistici”. L'autrice ne mette però in luce anche vistose aberrazioni (ostilità razzistica persino esasperata verso gli afroamericani e nuovi immigrati di qualunque provenienza). Sul tema v. anche E. Laclau, *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari, 2019, 191 ss.

7 M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 13. V. anche A. Lucarelli, *Populismo*, cit., spec. p. 113 ss.

8 L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. Labriola (a cura di), *Sovranità popolare e Stato di diritto*, Bari, 2006, 168.

9 L. Del Savio - M. Mameli, *Sulla democrazia machiavelliana di McCormick: perché il populismo può essere democratico*, in *Micromega* (12 maggio 2014), 9. Cfr. altresì V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, in Aa.Vv., *Democrazia oggi*, cit., 605 ss., che si concentra sul populismo di sinistra sudamericano, e C. Lucarelli, *Populismo*, cit., p. 103, il quale evidenzia (anche) l'esistenza di un “populismo democratico”. Si pensi poi all'eclatante esempio di *Solidarnosc*, illustrato ancora da V. Pazè, *Il populismo come antitesi alla democrazia*, cit., 120, sulla scia di E. Laclau, *La ragione populista*, cit., 76, 90, 205, 214. In quest'orbita potrebbero forse ricondursi – per esempio – anche i “Comitati dell'Ulivo”, i quali ebbero un ruolo mobilitante per il successo elettorale della coalizione di centrosinistra guidata da Romano Prodi nel 1996: l'idea di poter contribuire alla stesura del programma, lasciata ottimisticamente circolare presso la base, coagulò senz'altro alcuni dei tratti riportati nel testo. Nel quadro di un populismo di sinistra sono stati letti anche gli esempi della Rete e dei Girotondi: M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 231 ss., 322 ss.

10 Si v. N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 36, per la quale vanno sempre distinti i “sacrosanti” movimenti popolari di critica e anche protesta democratica (entro i quali colloca i Girotondi italiani del 2002, *Occupy Wall Street* del 2011, gli *Indignados* spagnoli dello stesso anno e persino i Gilet gialli francesi), dal tentativo populista di conquistare le istituzioni rappresentative e gli esecutivi per plasmare la società a propria immagine.

11 Che ha generato (e verosimilmente sempre genererà) “un'infinità di fraintendimenti”: V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 607.

12 E. Laclau, *La ragione populista*, cit., 146.

13 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 42. Si v. anche A. Spadaro, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale”*, cit., 3884.

14 Così V. Pazè, *Il populismo come antitesi alla democrazia*, cit., 113, illustrando, nello specifico, le tesi di Meny e Surel.

15 A. Spadaro, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1, 2.

uno di questi, oppure limitarsi a fungere da pungolo e da medicina (anche d'urto) per certi eccessi "oligarchici" e autoreferenziali sin troppo invadenti¹⁶.

Va tuttavia riscontrato che anche i regimi non democratici possono ospitare significative dosi di populismo, orientandole a proprio uso e consumo: per esempio, al fine di conseguire un convinto consenso di massa. Oppure – lungo traiettorie esattamente opposte – anch'essi possono divenire il bersaglio di "tattiche" e di "azioni" di matrice populista in funzione filodemocratica e in opposizione alle oligarchie liberticide al potere: in tali contesti lo scopo di chi manovra la leva populista diviene quello di "salvare la democrazia, le libertà individuali e i diritti sociali da un regime" che li nega¹⁷. Per evidenti ragioni, simili attività risultano – in questi contesti – assai più difficoltose rispetto a quanto avviene in un regime democratico.

Appare perciò chiaro che individuare e definire a tutto tondo gli effettivi contorni e i contenuti essenziali di un tale fenomeno ("polimorfo", "fluidico" e "dosabile") possa risultare decisamente complesso, oltre che preda di contrasti interpretativi: si oscilla infatti dal ritenerlo del tutto innocuo e persino (talvolta) salutare, al considerarlo un baco in grado di corrodere la democrazia – orientandola verso sponde autoritarie – o uno strumento funzionale persino al consolidamento di regimi liberticidi.

È peraltro assodato (e condivisibile) che le manifestazioni più eclatanti del populismo appaiono caratterizzate da una tastiera di "tropi e figure retoriche"¹⁸: azioni, argomenti e obiettivi costanti che emergono e proliferano soprattutto nel tessuto dei sistemi democratici, sfruttandone le inevitabili aperture.

In tali casi il populismo funge insomma da utile cavallo di troia per addivenire – nei casi più estremi – a un nuovo regime, abbandonando persino i pilastri del costituzionalismo e gli ingredienti tipici di un sistema rispettoso della separazione dei poteri, dei diritti, del personalismo e del pluralismo. Dalla fisiologia populista – inattesa ospite di ogni democrazia, o attrezzo utile per approdare alla democrazia – si transita così pericolosamente verso i lidi di una malattia conclamata: "sfigurando" cioè l'assetto democratico sino a debordare nella distruzione di quote fondamentali di esso (quando non della sua totalità)¹⁹. Ma – appunto – non è sempre così.

16 M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 3-4.

17 C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 47 s. Il già citato caso di *Solidarnosc* – suggerito da Laclau – ne costituisce un esempio eclatante. Altre vicende riconducibili a questa dinamica sono state probabilmente incarnate dalla dissidenza cecoslovacca o dalla Russia post-sovietica e pre-putiniana (v. M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 112).

18 N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa. Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli*, in *Micromega* del 16 maggio 2014.

19 *Contra* una simile ricostruzione si v. tuttavia N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., ad es. 34, 45, 48, 50. Per l'autrice il populismo sfigura certo la democrazia ma non la distrugge; esso cioè forzerebbe "la democrazia costituzionale sino al limite estremo, oltre il quale potrebbe sorgere un nuovo regime, dittatoriale e fascista". Sarebbe perciò incompatibile con regimi non democratici perché il populismo fa leva sul consenso volontario dei cittadini: va però osservato che molti regimi non democratici (del passato e del presente) si appoggiano, sia pur in varia misura, e con alterne fortune, sul sostegno di ampie fette della popolazione, spesso ottenuto proprio mediante politiche / retoriche di stampo populista. Per N. Viceconte, *Il costituzionalismo al tempo della collera*, in G. Allegri - A. Sterpa - N. Viceconte, *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 271, un "certo tasso di populismo" è oggi adottato dalle forze politiche evidentemente in crisi: questo è comunque un fenomeno diverso rispetto a chi usa la leva populista per accantonare il costituzionalismo e giungere a un "potere illimitato".

2. Segue: talune “cartine al tornasole” del populismo

Manifestazioni e pulsioni populiste vivono dunque abitualmente nei “sotterranei” di ogni democrazia più o meno compiuta²⁰: esse evidenziano – per esempio – la “malattia infantile” di una democrazia in fase di consolidamento²¹, oppure ne esaltano la “malattia senile”, allorché un consolidato sistema democratico entrasse in crisi²². Del resto, persino la (del tutto) imperfetta democrazia ateniese non ne era immune²³.

Tuttavia – come già accennato – ingredienti populistici possono far breccia anche in ordinamenti che pienamente democratici non sono (benché diano mostra di volerlo diventare)²⁴, oppure in contesti che nulla hanno di democratico²⁵. In questi casi, la strategia populista – accompagnandosi anche a forme di repressione – può infatti rivelarsi utile per il consolidamento del potere e per la produzione del consenso. Come sottolineato *supra*, nulla impedisce però che un “populismo buono” possa vedere la luce anche tra le maglie di tali regimi, venendo brandito proprio da chi opera per il loro rovesciamento²⁶: la “prova del nove” sarà evidentemente costituita da quanto accadrà se dalla “fase rivoluzionaria” o di “liberazione” – immancabilmente caratterizzate da una dinamica dicotomica molto cara ai populismi²⁷ – si giungesse al nuovo ordine politico sin lì solo idealizzato²⁸.

Quanto sta accadendo – da troppi anni – in alcuni Paesi occidentali (Stati Uniti compresi) ricalca senz’altro alcune di queste alternative: espressioni indiscutibili di un populismo aggressivo e spesso antisistema – unite di frequente a propensioni sovraniste e nazionaliste variamente dosate²⁹ – hanno così

-
- 20 Per N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 18 s., il populismo sarebbe dunque proprio delle sole democrazie (v. anche la nota precedente e, della stessa autrice, *Il populismo come confine estremo della democrazia*, cit.): “il populismo nasce all’interno della cornice della democrazia costituzionale, un’arena politica fondata sulle elezioni, il pluripartitismo e la regola di maggioranza (ovvero la libertà di poter propagandare le proprie idee senza rischio della propria sicurezza e per conquistare consenso). Il populismo può sorgere solo in questa cornice di libertà politica e civile, non dove non c’è democrazia (a meno che non si voglia rubricare come populista tutto quel che accade nell’universo politico, quindi anche i movimenti di rivolta, le rivoluzioni e le ribellioni)”. Osservazioni senz’altro condivisibili ma alle quali si può ribattere con quanto esplicitato nel testo e nella nota che precede. Del resto, la stessa autrice ammette che “quando e se il partito populista diventa partito di governo” esso usa le risorse statali a proprio vantaggio e a danno dell’opposizione, “violando la divisione dei poteri”, l’autonomia del giudiziario e i diritti di libertà: un quadro non propriamente democratico né in linea con i principi minimi del costituzionalismo.
- 21 È quanto accadde nell’immediato dopoguerra in Italia con l’effimero successo del Fronte dell’Uomo Qualunque: M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 96, 175 ss.
- 22 M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 3-4. Nell’*humus* catastrofico della Quarta Repubblica francese ha così trovato alimento il poujadismo francese: M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 96 ss.
- 23 Sul pensiero di Aristotele e la sua descrizione della “democrazia dei demagoghi” nel libro IV della *Politica* v., ad esempio, V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 609 s. e L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, ivi, 58 s.
- 24 Ne costituisce un esempio la società russa dopo la caduta del muro di Berlino e prima dell’avvento del regime putiniano. In quest’ottica è stato interpretato anche certo populismo latino-americano di stampo “progressista”, favorevole a politiche redistributive e avverse ai colonialismi della finanza e delle multinazionali: V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 605 s.
- 25 Il fascismo e il nazismo usarono, sia per affermarsi, e poi per consolidarsi in regime, molti strumenti della retorica populista, facendo breccia a lungo presso una parte significativa della popolazione (si pensi all’antiparlamentarismo, all’anti-elitismo strumentale, al culto dell’azione, alla pretesa di essere gli unici a operare per il bene di tutto il popolo, al disprezzo delle procedure democratiche, alla logica amico-nemico, all’uso massiccio dei mass-media): cfr. L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, cit., 59 e G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 49 s. Lo stesso può dirsi per le ambiguità del peronismo e del popolo dei *descamisados*: P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, ivi, 45. Sul “PopSovism” putiniano (un misto di populismo e sovranismo che ha fatto adepti anche in Italia) v. G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 63 ss.
- 26 Si v. la già menzionata vicenda di Solidarnosc. Si colloca in quest’orbita anche il populismo tardo-ottocentesco e primonovecentesco, nel suo contrapporsi al suffragio ristretto e allo sfruttamento di classe; e così può leggersi il movimento delle suffragette inglesi (M. Revelli, *Populismo 2.0*, 3-4, 4-5). Si pensi inoltre alle epoche rivoluzionarie inglesi e poi francesi: V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 612 s. Anche la resistenza italiana può forse collocarsi (almeno in parte) in questa prospettiva, soprattutto tenendo conto del tentativo di neutralizzare le divisioni politiche al suo interno, che certamente esistevano e non erano di banale dettaglio (come dimostra il tragico episodio della strage di Porzus): sul mito partigiano del popolo unito contro l’oppressore v. M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 173.
- 27 Si v. anche *infra*. Su questa inevitabile propensione del populismo v. E. Laclau, *La ragione populista*, cit., 79 ss.
- 28 V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 613.
- 29 Per A. Sterpa, *Il teorema di Pitagora: come si rapportano Costituzione, populismo e sovranismo?*, in G. Allegri - A. Sterpa - N. Viceconte, *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, cit., p. 19, “populismo e sovranismo sono forme diverse

già deformato (o affermano di voler manipolare) fondamentali istituti dello Stato di diritto e principi cardine del costituzionalismo democratico³⁰.

Da qui la (sin troppo) frequente osservazione per la quale la democrazia europea sarebbe ormai in “crisi”, “sotto assedio” o “sotto scacco”³¹; lo stesso vale per quella americana, contaminata dai veleni trumpiani ancora in circolo e inseribili in un vortice antidemocratico di tipico stampo populista³².

Ai fini di questo lavoro è dunque essenziale rivolgere l’attenzione proprio a quei populismi che proliferano tra le pieghe di questi contesti democratici allo scopo di dilagare e, in taluni casi, persino per travolgerli, minando così le *missions* tipiche del costituzionalismo. È accaduto, in passato, con il nazismo, il fascismo e con taluni regimi sudamericani; oggi questa tendenza appare all’opera in non pochi paesi europei oltre che negli Stati Uniti nella morsa dei “seguaci” di Trump.

3. Segue: i populisti e i loro nemici

Un primo aspetto che accomuna i fenomeni appena evocati consiste nel fatto che i movimenti populistici di volta in volta in azione rivendicano immancabilmente di essere gli autentici interpreti delle volontà popolari, disattese da chi avrebbe dovuto farsene carico. Tale percezione genera perciò rabbia, insoddisfazione e desiderio di rivolta: sentimenti opportunamente cavalcati ed esasperati da chi intende sfruttarli a proprio vantaggio.

L’azione dei populistici si traduce così nel contestare l’opera di *élites*, *establishment*, burocrazie, istituzioni, *corpus* di eletti, partiti o minoranze di varia natura (magari descritte come “aggressive” e pericolose per la collettività)³³: gruppi (dipinti come) ostili, composti da (presunti) privilegiati, per definizione nemici o anche soltanto sordi alle esigenze del “vero” popolo (e dunque causa, per quest’ultimo, di disagi, sofferenze e povertà). Gruppi e soggetti che andrebbero perciò combattuti, drasticamente ridimensionati, ricondotti sulla retta via quando non addirittura espulsi dalle stanze dei bottoni o, peggio, dalla società in cui nidificano³⁴.

In tale suo procedere, il populismo trae proficuo alimento da taluni meccanismi tipici della cosiddetta “controdemocrazia”, dedicandosi alla sorveglianza continua e sospettosa di chi detiene il potere,

per descrivere un medesimo fenomeno: la presunta prevalenza su tutto e tutti (dentro e fuori lo Stato) della volontà contingente di una parte del popolo”. Riferendosi al caso italiano si pensi al (riscoperto) nazionalismo in chiave xenofoba praticato a man bassa dalla Lega salviniana, al sovranismo amico di Orbàn e della Polonia sposato da Fratelli d’Italia o all’assistenzialismo anti-elitista (e inizialmente dotato di toni persino eversivi) del M5s: M. Molinari, *La nuova stagione populista*, in *la Repubblica* del 26 settembre 2022.

- 30 Sul caso ungherese si v. L. Bellucci, *Tradizione, identità nazionale, etnosimbolismo e discriminazione in Ungheria: sfidare i diritti fondamentali con le loro stesse “armi”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, fasc. n. 15, 1 ss.; sulla deriva polacca cfr. invece E. Caruso - M. Fisicaro, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in questa *Rivista* 2020, n. 2, 186 ss. Non va dimenticato, però, quanto all’opera in Paesi meno alla ribalta, quali la Slovenia e la Romania, o quanto sperimentato con l’azione americana di Donald Trump e nella Turchia di Erdogan: S. Gambino, *Democrazia rappresentativa e populismo: riflessioni sull’esperienza italiana nell’ottica comparatistica*, *Una “democrazia assediata” che muove verso la “democrazia illiberale”?*, in *La cittadinanza europea*, 2020, n. 2, 14 s.
- 31 Tra i tanti v. S. Gambino, *Democrazia rappresentativa e populismo*, cit., 16 e A. Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *NAD* 2019, n. 2, 13. Una critica a tali classificazioni è formulata da N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 308 ss., la quale evidenzia come i discorsi sulla “crisi della democrazia” siano affiorati sin dal suo sorgere e non siano mai stati accantonati. Si tratta di un argomento “classico” che impedisce di mettere a fuoco come la democrazia possa realizzarsi in varie forme, evolvere e anche ripiegare senza tuttavia defungere.
- 32 Dinamica che è letteralmente esplosa il 6 gennaio 2021, all’insediamento del nuovo Congresso, con l’attacco a Capitol Hill da parte dei sostenitori trumpiani, sostenuti apertamente dallo stesso ex-Presidente. Un tentativo populista di giungere al vertice del potere americano era stato già praticato nel 1992, con la campagna presidenziale del magnate Ross Perot. Un sondaggio *YouGov* ed *Economist* dell’estate 2022 evidenzia pertanto che più del 40% degli americani ritiene che nei prossimi 10 anni sia probabile una guerra civile sul suolo statunitense.
- 33 Sull’anti-elitismo congenito di ogni populismo v. G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 15 s. V. anche, tra i tanti, F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l’antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 2020, 527; M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 13, 15. Va da sé che la mera critica all’*establishment* non è appannaggio dei soli movimenti populistici: anche “la democrazia... incorpora l’attitudine alla critica dell’*establishment*” (N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 123). Fondamentale appare però chiarire quale sia il punto di arrivo di simili critiche e delle azioni conseguentemente poste in essere.
- 34 *Ex multis* v. C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema*, cit., 9-12.

alla “denuncia dello scandalo” vero o artefatto, alla verifica mediante contro-pareri documentati e tecnicamente argomentati, all’interdizione sistematica di decisioni già adottate dai vertici³⁵.

Tutte le democrazie conoscono e presuppongono peraltro l’esistenza di contrasti tra componenti più o meno ampie del popolo, nonché tra queste e le varie istituzioni di vertice³⁶. Tutte le democrazie presentano perciò “sacche” entro le quali le pulsioni populiste possono annidarsi per poi eventualmente esondare. Le procedure democratiche e gli istituti dello Stato di diritto servono, però, proprio per regolare e mitigare questi dissidi senza cancellarli; l’azione populista mira invece ad esacerbarli e a portarli all’eccesso, s’incunea là dove i canali di comunicazione tra base e vertice non funzionano più a dovere, respinge i compromessi rappresentandoli come preda dei trucchi dell’*élite*³⁷, mira a dare il “colpo di grazia” a un sistema che si afferma ormai meramente autoreferenziale e in decomposizione.

In tali sue manifestazioni, l’agire populista rivela peraltro l’intrinseco paradosso sul quale si regge. Una simile azione – dipanandosi lungo una traiettoria non più classicamente orizzontale (destra *vs* sinistra) bensì verticale (popolo *vs* *élite*; popolo *vs* minoranze insinuanti)³⁸ – è infatti pressoché sempre svolta da un’*élite*, ossia da “una frazione [minoritaria] della classe dominante”. Essa intende così conseguire “l’egemonia appellandosi direttamente alle masse”, alimentando il loro scontento e spacciandosi o “truccandosi” per apparire una costola incontaminata di esse³⁹. Chi agisce in tal modo ricorre perciò a una simile “retorica *anti-establishment* semplicemente per farsi posto nell’*establishment*”⁴⁰. In definitiva, il populismo cela pressoché sempre, sotto la pelle, una natura oligarchica ed elitaria, pur affermando e riuscendo a convincere esattamente (e abilmente) del contrario⁴¹.

4. Segue: gli “arnesi” del populismo

Il bersaglio e i contenuti di volta in volta prescelti – diversi a seconda delle circostanze storiche, politiche e geografiche – caratterizzano lo specifico messaggio/obiettivo del singolo fenomeno ascrivibile alla galassia populista.

Se è peraltro vero che tali movimenti operano lungo direttrici contenutistiche non sempre assimilabili – talvolta persino qualificabili come di destra o di sinistra – è altrettanto certo che gli strumenti adottati per raggiungere i loro scopi appaiono, di fatto, sempre i medesimi⁴².

Conviene dunque concentrare l’attenzione almeno su alcuni di questi “arnesi tipici” dell’armamentario populista, analizzando, in particolare, quelli più significativi sotto il profilo costituzionalistico.

35 Si v. la nota ricostruzione di P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell’era della sfiducia*, Castelvecchi, Roma 2012, spec. 31 ss., 89 ss.

36 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 42 s. V. anche *supra* la nota 10.

37 N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 90.

38 M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 12-13.

39 P. Taggart, *Il populismo*, cit., 34 s. Perché – si è chiesto taluno – dovrebbe quindi ritenersi complice dell’*élite* un insegnante sottopagato e non invece il già eurodeputato (peraltro assenteista) Matteo Salvini? Il quale ultimo, tuttavia, subito dopo la nomina a Ministro degli Interni nel governo Conte I, dichiarò stentoreo che “il punto oggi è popolo contro *élite*”: N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 77. Incentrato contro l’*establishment* è stato anche il discorso d’insediamento del Presidente americano (multimiliardario) Donald Trump. Ma si pensi altresì alla campagna elettorale di Silvio Berlusconi nel 2001: un componente della “super *élite* economica” che, senza tema del ridicolo, si spacciava per il “Presidente operaio” su gigantografie affisse in tutto il Paese. Considerazioni simili valgono per il fascino suscitato, già all’inizio degli anni ‘90, da Ross Perot negli Stati Uniti: un altro supermiliardario che riuscì a farsi percepire come un vendicatore del popolo e avversario dell’*establishment* (*ivi*, 73 ss.). Da ultimo, la Presidente del Consiglio Giorgia Meloni, che definisce sé stessa una “*underdog*” e mitizza le sue origini povere, oscurando, però, tutta la sua storia politica sviluppatasi assai velocemente entro la protettiva cornice di una *élite* di partito. Per un esempio tratto dal passato italiano si pensi al fenomeno del “laurismo”: un ricchissimo armatore (Achille Lauro) che usò tutta la strumentazione del populismo per consolidare il suo potere presso il popolo napoletano (divenendo Sindaco della città): M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 195 ss.

40 M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 5. Non dissimile pare la lettura disincantata (e provocatoria) che Pier Paolo Pasolini diede dei celebri fatti di Valle Giulia del 1968 nel poema *Il PCI ai giovani*: il suo (provocatorio) stare con i poliziotti, figli di operai e contadini, contro gli studenti, ritenendoli impegnati a regolare i conti con i padri solo per sostituirli ai vertici della classe di appartenenza.

41 M.L. Ferrante, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in *dirittifondamentali.it*, 2017, n. 1 (13 giugno 2017), 19-20.

42 F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia*, cit., 527

5. Il popolo della Costituzione

È opportuno prendere le mosse dall'idea di "popolo", anche perché i movimenti in esame dal popolo ricavano il loro nome, rivendicando di esserne gli autentici interpreti: ne accolgono tuttavia una concezione del tutto particolare.

Per definirla sembra utile impostare il discorso a contrario, muovendo cioè dall'idea di "popolo" emergente dalla nostra Costituzione (e da tutte le Carte democratiche).

L'obiettivo della nostra Costituzione è infatti di rendere il popolo un effettivo protagonista (tra gli altri) della dinamica istituzionale⁴³; un "luogo" frequentato anche da dissidi e da confronti serrati, multicolore nella sua composizione etnica, linguistica, politica, di genere ecc., ma senza mettere a repentaglio l'assetto dell'ordinamento e l'operatività del suo sistema rappresentativo.

Su questa linea si colloca quanto sancito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 106/2002: vi si legge che, nello stabilire che la sovranità appartiene al popolo, l'art. 1 Cost. "impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esauendosi" (punto 3 del *Considerato in diritto*). Nel senso che lo stesso popolo e gli organi, enti o iniziative ai quali esso dia direttamente o indirettamente vita (si tratti delle Assemblee parlamentari, del Governo, del Presidente della Repubblica, di singoli partiti o movimenti, di associazioni, dei referendum, della Corte costituzionale ecc.) vanno anch'essi inseriti in un quadro rigorosamente pluralista⁴⁴. Tutto ha insomma sede e motore primo nel popolo – anche le istituzioni rappresentative e quelle che ne controllano l'operato – ma nessuno può arrogarsi il diritto di esserne l'unico interprete. Neppure il popolo può dunque rappresentare sé stesso come tutto, né operare come vuole solo perché lo vuole, posto che deve comunque agire "nelle forme e nei limiti della Costituzione", predisposti per la sua stessa tutela (art. 1, comma 2, Cost.)⁴⁵. Anche in questo scenario operano insomma i pesi e i contrappesi dettati dal costituzionalismo. La collocazione del popolo nel sistema costituzionale – oltre alla stessa organizzazione/distribuzione dei poteri delineata nella Carta – "rifugge [dunque] da ogni declinazione in senso monista, orientata a" individuare un "unico principio [e un unico luogo] di legittimazione"⁴⁶.

6. Segue: il popolo della Costituzione... e dei populist

Il popolo evocato dalla nostra Costituzione non costituisce dunque un corpo monolitico, univocamente reattivo agli stimoli, oggettivamente privo di sfumature ideologiche, valoriali e identitarie, privo di articolazioni interne⁴⁷: esso mai si confonde con una "massa" informe⁴⁸ o con la "folla"⁴⁹. Si configura invece come un insieme variopinto di "soggetti che si pongono in un particolare rapporto giuridico con

43 G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, sez. I, *Della democrazia e delle sue dinamiche*, Jovene, Napoli, 2009, 1992 ss., il quale sottolinea come il popolo evocato dalla Costituzione non soverchi mai gli altri organi costituzionali, vedendosi parificato, "quanto alle limitazioni dei suoi poteri, a tutti gli altri soggetti od organi".

44 A. Morelli, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta OnLine*, 2019, fasc. II, 366.

45 Non a caso, questa parte della disposizione costituzionale è costantemente dimenticata da chi ne offre una lettura populista: G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 17 s.

46 V. ancora A. Morelli, *Il principio personalista*, cit., 366.

47 Sul controverso concetto di popolo (evocato in più luoghi ma non specificato in Costituzione) v. R. Romboli, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, 159 ss. Sulla linea interpretativa accolta nel testo si collocano moltissimi commentatori: cfr., ad esempio, G. Brunelli, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in G. Brunelli - G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, 11 ss.; A. Morelli, *Il principio personalista*, cit., 367; S. Gianello - P. Zicchittu, *Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria*, in *DPCE online*, 2020, n. 4, 4548. Fondamentali, al riguardo, le considerazioni di V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in Id., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 123 ss., 127 ss.

48 A. Spadaro, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale"*, cit., 3885.

49 Elogiata ed esaltata dal qualunque (e populista) Guglielmo Giannini – leader del Fronte dell'Uomo Qualunque – nel suo volume omonimo del 1945 (*La Folla*, Rubbettino, Roma, 2002).

lo Stato⁵⁰. Tra di essi s'instaura cioè "un costruito dinamico che ammette una pluralità di prospettive", pur nell'ambito di un'unità di fondo funzionale alla stessa esistenza dello Stato democratico⁵¹.

Dalla nostra Carta emerge dunque una "nozione costituzionale di popolo" ben diversa da quella fomentata dai movimenti populistici (ieri e oggi) in azione. Il "popolo" che vi è delineato assume infatti una natura necessariamente "complessa, multiforme e plurale"⁵². Questa sua poliedricità è del resto tutelata e persino stimolata dalle stesse norme costituzionali dedicate alle libertà e ai diritti ospitati nella Prima parte della Carta⁵³. Se quelle libertà e quei diritti sono forgiati in Costituzione – assieme agli inevitabili "nuovi diritti" che da essi gemmano⁵⁴ – è proprio perché s'intende tutelare il loro assai diverso esercizio in concreto, offrendo concreto spazio all'attuazione pratica dei principi personalista e pluralista⁵⁵. Gli stessi diritti sociali sono pertanto concepiti per consentire, "di fatto", la realizzazione personale di ciascuno (art. 3, comma 2), ossia una matura autodeterminazione e una consapevole partecipazione alla vita associata: dunque, anche per favorire l'ulteriore proliferare della molteplicità.

Per i più eclatanti fenomeni di matrice populista oggi all'opera in Europa (e non solo) non è così, né può esserlo.

Per tutto il popolo al quale si riferiscono, essi configurano infatti un'unica forma buona e giusta di esercitare i singoli diritti. Quando perciò ragionano di un diritto già consolidato spesso ne rovesciano la sostanza, trasformandolo in un obbligo ad agire e comportarsi in un solo modo: quello ritenuto "giusto" dal popolo di riferimento, assunto come una entità "moralmente superiore" rispetto "alle corrotte oligarchie" al potere⁵⁶. Così – per esempio – il populista tipicamente "di destra" potrà sostenere che il diritto al matrimonio non debba conoscere varianti, potendo perfezionarsi solo tra persone di sesso diverso (e così dovranno sempre atteggiarsi le famiglie)⁵⁷, che il diritto a procreare non debba dare spazio a troppe forme d'esercizio⁵⁸, che la scelta di abortire vada ribaltata nel diritto di non farlo⁵⁹, che il diritto alla vita del nascituro debba sempre prevalere sulle prerogative della gestante, alla quale non andrebbero lasciati troppi margini di scelta⁶⁰. Apparentemente, si afferma così di riconoscere i diritti e di volerne

50 R. Romboli, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, cit., 164.

51 C. Pinelli, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 1.

52 Così G. Brunelli, *Ancora attuale*, cit., 12. Si v. anche M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 36, che associa al populismo l'idea di realizzare la volontà della "folla" o della "gente modernamente intesa". Per C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit., la nozione di popolo accolta dai populistici è dunque solo una "controfigura" di quella che connota lo Stato costituzionale.

53 V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., 111, 119 e 127 ss.

54 Sulle dinamiche che portano all'individuazione di nuovi diritti e al loro "incasellamento" entro i recinti delle norme ricavabili dalla Costituzione si rinvia a P. Veronesi, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali e le loro interpretazioni*, in *BioLaw Journal*, 2018, n. 2, 77 ss. e alla bibliografia ivi citata.

55 A. Morelli, *Il principio personalista*, cit., 366. Si v. anche P. Veronesi, *All'incrocio tra "revisione", "applicazione" e "attuazione" costituzionale: verso un diritto sempre più "a misura d'uomo"?*, in G. Brunelli - G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?*, cit., 298 ss.

56 A. Morelli, *Il principio personalista*, cit., 367.

57 È la più tipica obiezione alle richieste di riconoscimento familiare *tout court* anche alle coppie formate da persone del medesimo sesso. Sul tema si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. n. 138/2010, alla quale ha fatto seguito la faticosa approvazione della legge n. 219/2017, sulle c.d. "unioni civili". Su questa linea ideologica si vedano anche l'organizzazione dei cosiddetti *Family Day* e, ancor più, i Congressi mondiale della famiglia. Tra questi ultimi, fece discutere l'edizione svoltosi a Verona nel 2019, la quale vide confluire nella città scaligera i movimenti antiabortisti, antidivorzisti, *antigender* e omofobici di tutto il mondo.

58 Si pensi all'approvazione della legge sulla procreazione assistita (n. 40/2004) e alla campagna ideologica e religiosa – in stile "caccia alle streghe" – che accompagnò la sua approvazione e la successiva campagna referendaria del 2005 (la consultazione non raggiunse il *quorum*). Chi fosse nel torto lo stabilì la filiera di pronunce della Corte costituzionale che ne ha demolito significativi pilastri (a partire dalla decisiva sent. n. 151/2009).

59 In tal senso si colloca la dichiarazione di Giorgia Meloni durante la campagna elettorale italiana del 2022, ove il diritto ad abortire venne convertito dalla futura Presidente del Consiglio nel diritto delle donne a non abortire, come se l'una cosa dovesse escludere l'altra.

60 Negli Stati Uniti l'obiettivo è stato in parte raggiunto con la recente sentenza *Dobbs* della Corte Suprema, ispirata dall'ala più conservatrice dei Repubblicani: v. *infra* la nota 69. In Europa sono state adottate misure assai restrittive in Polonia e in Ungheria, ossia in due regimi tipicamente populistici. In Italia il tema suscita una naturale avversione presso i seguaci della Lega e di Fratelli d'Italia.

solo limitare gli abusi (e questa è un'indubbia astuzia retorica): di fatto, se ne cancellano invece ampi spazi d'azione, in una chiave decisamente anti-pluralista e, spesso, identitaria⁶¹.

Di contro, una strategia populista che puntasse a rovesciare un regime non democratico, troverà sempre assai utile soprassedere sulle diversità ideologiche, religiose ecc. che abitano il popolo al quale viene applicata, sottacendo ciò che ne minerebbe l'unità funzionale al raggiungimento dello scopo ultimo⁶².

In un'ottica ancora simile (e sempre non pluralista) partiti (o non-partiti) populistici aspirano quasi naturalmente a diventare l'unico partito del popolo⁶³. Il popolo di riferimento dei populistici soffre infatti a essere sempre "qualcosa di meno della totalità dei membri di una comunità": "una componente parziale che ciononostante aspira a essere considerata l'unica totalità legittima"⁶⁴.

Il pluralismo è invece l'onnipresente filo rosso nella trama della nostra Carta costituzionale; e ciò sia sul piano organizzativo (la sua "architettura" istituzionale), sia su quello sostanziale (il pensiero, l'azione e il modo d'essere dei singoli e dei gruppi)⁶⁵. Del resto, il pluralismo costituisce il frutto e il presupposto del personalismo (e vale il viceversa)⁶⁶.

Al pluralismo e al personalismo si associa poi un'altra tipica caratteristica della nostra Costituzione (e delle Costituzioni democratiche in genere): il *garantismo*. Ciò si esprime nell'opera di organi necessariamente "contromaggioritari", saldamente ancorati alla rigidità costituzionale e volti a colpire ogni abuso di potere⁶⁷.

È proprio per questo che le istituzioni di garanzia sono costantemente attaccate dalle forze populiste o da chi ne assume taluni tratti. Esse sono infatti assunte come illegittimi inciampi a un'azione che vuole essere spiccia e "buona" per definizione (perché "del popolo" e "per il popolo"): esattamente l'opposto di quanto predicato dal costituzionalismo⁶⁸.

Problemi assai delicati emergono dunque allorché uno o più di quegli stessi organi di garanzia giungano a operare quali istituzioni *in toto* "maggioritarie", incarnando la "linea" di chi governa o si predispone a farlo in chiave populista⁶⁹. Questo di norma avviene quando la logica populista ha ormai conquistato consistenti "fette" di potere e la sua oligarchia si appresta a sostituire la precedente.

61 In pratica, i diritti vengono sbandierati ma diventano appannaggio della sola visione del mondo del popolo incarnato dai governanti del momento, così, di fatto, cessando di essere tali: N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 33.

62 Può forse leggersi in quest'ottica anche il "patto di Salerno" del 1944, stipulato da forze politiche di certo non "allineate", e persino ideologicamente incompatibili, al fine di raggiungere uno scopo comune. Si tratta peraltro di un "modo di fare" tipico (e intelligente) delle fasi storiche in cui occorre fare fronte comune tra "diversi" per abbattere un regime.

63 N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 79. Eclatante il progetto, inizialmente declamato da Beppe Grillo, di fare del Movimento 5Stelle un partito del 100%. Ma la stessa idea di fondo è riecheggiata nel nome stesso di "Forza Italia" o nell'idea di Renzi di trasformare il PD nel "Partito della Nazione": v. M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 137, che definisce questo il vero "sogno di ogni buon populista". Ancora più smaccata l'aspirazione di Matteo Salvini, invocata durante il suo *tour* elettorale-balneare del 2019, di ottenere "pieni poteri", così richiamando parole già pronunciate da Mussolini e da Hitler: G. Martinico, *Resentment, Populism and Political Strategy in Italy*, in *verfassungsblog.de* (15 agosto 2019).

64 E. Laclau, *La ragione populista*, cit., 77.

65 G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità*, cit., 1998. Sul rapporto ineliminabile tra costituzionalismo e pluralismo v. anche G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 5 ss.

66 A. Morelli, *Il principio personalista*, cit., 366.

67 Si ragiona a tal proposito di "organi formati non democraticamente che svolgono funzioni importanti per la democrazia", e che godono, quindi, di un'essenziale "legittimazione democratica da funzione": G. Zagrebelsky - V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 160. V. anche C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit.

68 Cfr. G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 20 ss.

69 Esempio quanto accaduto con la composizione della Corte Suprema statunitense, plasmata negli anni dalla paziente azione dei Presidenti americani e "finalmente" giunta a essere pienamente conforme agli intendimenti dell'ala più retriva (e ormai maggioritaria) del Partito repubblicano. Da qui il "voltfaccia" della sentenza *Dobbs* del 24 giugno 2022, che ha ribaltato il precedente di *Roe v. Wade* del 1973 (e successive) in materia di aborto. La sequenza di decisioni che adottano l'*overruling* di quanto già deciso nel corso del tempo stanno peraltro aumentando. Su questo specifico profilo si rinvia a P. Veronesi, *Un "affare non solo di donne": la sentenza Dobbs v. Jackson (2022) e la Costituzione "pietrificata"*, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*, 2022. Nei prossimi due anni saranno almeno tre i giudici di nomina parlamentare della Corte costituzionale italiana a scadere dal loro mandato: sarà interessante verificare se l'attuale maggioranza, in cui albergano almeno tre diverse anime populiste, farà tesoro dell'esempio americano.

7. Ancora sul concetto di popolo per i populist

L'idea di popolo del costituzionalismo – e della nostra Costituzione – muove perciò dal suo essere inevitabilmente “disomogeneo, composto di individui e di gruppi politici e sociali portatori di interessi variegati e conflittuali”⁷⁰.

Il concetto adottato dai populist è invece assolutamente diverso⁷¹. Essi declamano infatti un'idea di popolo “non... plurale ma uno”⁷²: l'unico “vero” e “giusto”⁷³. Questo viene perciò plasmato dalla retorica populista come fosse un blocco monolitico⁷⁴ e “un'indistinta totalità”⁷⁵: attributi che, all'evidenza, rendono più agevole manovrarlo e mobilitarlo.

Per consacrare l'omogeneità si fa quindi ricorso ad “alcuni valori condivisi di natura identitaria, considerati positivi e perenni”⁷⁶, ovvero a interessi “forti” che si dichiarano colpevolmente disattesi dalle élites al potere o che la nuova élite promette di realizzare (magari dopo averne creata ad arte la necessità)⁷⁷.

Un popolo da ritenersi, quindi, “depositario esclusivo di valori... specifici e permanenti”, corrispondenti a quelli assunti come davvero pregnanti per la sua stessa esistenza (e, dunque, mai negoziabili)⁷⁸.

Da quest'approccio discende il lavoro ossessivamente praticato dalle forze populiste nella fase ascendente della loro parabola, ribadito anche quando raggiungessero le leve del potere: la loro agenda presuppone infatti sempre un'attenta selezione dei tratti e dei valori di riferimento mediante i quali plasmare il “loro popolo”⁷⁹.

8. Popolo e non-popolo: amico e nemico

Per il populismo, “la divisione” fondamentale è dunque – verticalmente – “fra il popolo e il non-popolo”, mentre non ha rilievo la classe o il ceto di appartenenza, né la collocazione politica a destra, a sinistra o al centro (ossia la prospettiva orizzontale classica).

Il “non-popolo” “è tutto ciò che sta al di fuori di un popolo determinato storicamente, territorialmente e qualitativamente” dai valori, dai tratti e dagli interessi che lo caratterizzerebbero nel profondo e risulterebbero invece conculcati. Da qui la natura intrinsecamente anti-internazionalista (e antieuropeista) di molti dei movimenti di tale natura⁸⁰.

70 G. Brunelli, *Ancora attuale*, cit., 11 s.

71 Qui di seguito non ci si riferirà dunque, se non per accenni, a particolari populismi del passato che sono confluiti nell'autoritarismo e nel fascismo, oppure hanno talvolta agevolato transizioni o correzioni di rotta democratiche. Per quest'ultima prospettiva si v., per esempio, N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia*, cit., e M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 29, a proposito del *People's Party* statunitense. Nella stessa prospettiva si v. altresì P. Corbetta - E. Gualmini, *Il partito di Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 198, in riferimento ai movimenti di *campesinos* dell'America latina e al populismo russo della seconda metà dell'800. Né ci si concentrerà, se non episodicamente, su singoli espedienti o slittamenti populistici occasionalmente affioranti – come degli ineliminabili tic – in contesti liberal-democratici (ove, come si è osservato *supra*, il fenomeno alberga comunque, anche se spesso in forme latenti, discorsive o episodiche): v. L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., 739, il quale ragiona, a tal proposito, di “slittamenti di tipo populista”.

72 I. Diamanti, *Populismo: una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in *Italianieuropei*, 2010, n. 4.

73 N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 131 s.

74 A. Morelli, *Il principio personalista*, cit., 367. Sulla centralità dell'opera di “costruzione” del popolo dei populist v. anche E. Laclau, *La ragione populista*, cit., 88 ss.

75 S. Gianello - P. Zicchittu, *Interpretazione costituzionale e populismo*, cit., 4547.

76 G. Brunelli, *Ancora attuale*, cit., 12.

77 Sulle diverse connotazioni e sfumature che, nel discorso populista, può assumere il richiamo al popolo si v. M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 52 ss.

78 L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., 735.

79 Anche se a essere decisiva per la loro ascesa fosse stata una minoranza oggettiva: P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 44.

80 L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., 736.

I populistri tratteggiano dunque il loro popolo di riferimento appoggiandosi a una logica “dicotomica e manichea”: chi non corrisponde al modello “è non popolo”, e perciò “una minaccia, un’insidia, un ostacolo da rimuovere”, un autentico nemico⁸¹.

Talvolta, questa logica può anche trovare qualche giustificazione e implementazioni positive⁸²; spesso, tuttavia, questi accenti fanno spesso da sottofondo ad autentici messaggi razzisti, specie quando si coagulino attorno a temi identitari.

Ne emerge, ancora una volta, come il populismo presenti un tipico “carattere antipluralista”: esso “non riconosce l’ontologica eterogeneità degli interessi” di chi compone il popolo, bensì sostiene e si ancora a una “immaginaria unitarietà”, che brandisce con veemenza per evitare inconcepibili “diserzioni”⁸³. Il “motore” del populismo (e la sua aspirazione) è insomma “l’unanimità”⁸⁴, a prescindere dalla circostanza che il suo raggiungimento sia funzionale a scopi più o meno virtuosi.

Il “non-popolo” dei populistri – anche quando composto da cittadine/i – non è quindi assunto come un semplice avversario, ma tende a essere “visto sotto una luce demoniaca, come un nucleo conspirativo”⁸⁵. Ne deriva la frequente evocazione di supposti (e inesistenti) complotti contro il “vero” popolo che ne sarebbe vittima⁸⁶: gli esempi desunti dalla cronaca recente abbondano e non c’è che l’imbarazzo della scelta⁸⁷.

Di norma, i populistri individuano il loro nemico riferendosi a porzioni minoritarie o comunque circoscritte della popolazione, utili parafulmini ai quali indirizzare la rabbia popolare: si tratti di élites di vario genere, di aderenti di taluni gruppi politici “ostili”, di porzioni della popolazione identificate in base a determinate caratteristiche etniche, professionali, religiose. Poco importa che quanto viene declamato e additato sia del tutto privo di fondamento: ciò è comunque funzionale a compattare il “vero” popolo e a convincerlo ancora di più della propria “missione”⁸⁸.

Si prenda l’esempio delle minoranze religiose: i recenti “esperimenti” polacco, russo e statunitense dimostrano come la “variabile religiosa” costituisca “uno dei formanti più influenti di transizioni costituzionali ispirate a modelli populistri”⁸⁹. Così, un dato che accomuna i populistri oggi presenti in Europa è, ad esempio, l’aperta ostilità verso l’Islam, identificato come una tipica sede del “maleficio” e del terrorismo: una cortina fumogena che occulta ogni altra loro divergenza⁹⁰, e che, soprattutto, impedisce di inquadrare le singole esistenze delle persone di religione musulmana, assorbendole nel tutto unitario della confessione d’appartenenza.

L’ostentazione da parte dei leader populistri di simboli religiosi fuori contesto diviene quindi uno strumento utile a rappresentare sinteticamente l’impegno a difendere i valori identitari (che si voglio-

81 V., *ex multis*, Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 66 s.; P. Corbetta - E. Gualmini, *Il partito di Grillo*, cit., 201; V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., p. 612.

82 Valga il già citato esempio della rivolta pacifica al regime polacco orchestrata dal sindacato Solidarnosc. Alla stessa stregua si pensi al movimento dei *campesinos* sudamericani. Per certi versi, gli stessi movimenti della resistenza italiana (e non solo) hanno seguito (sia pur temporaneamente, e solo perché funzionali) almeno alcuni degli ingredienti tipici del “modo di fare” populista (ad esempio, il mito dell’unità del popolo in marcia verso un’autentica democrazia).

83 C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema*, cit., 135. V. anche, *ex multis*, G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 5 ss.

84 N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 181.

85 L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., 726.

86 P. Taggart, *Il populismo*, cit., 173; Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 67.

87 Si pensi alla tesi per cui sarebbe stato un “complotto” (e non la sua inettitudine) a costringere l’ultimo governo Berlusconi a dimettersi nel 2011, al presunto complotto di Soros mirante a consentire un’immigrazione senza confini finalizzata a una c.d. “sostituzione etnica” in Europa (un autentico cavallo di battaglia), al declamato complotto anti-Erdogan in Turchia (dai contorni nient’affatto nitidi ma denunciando il quale è stato possibile produrre una vera e propria epurazione in settori chiave dello Stato), al complotto dell’imperialismo delle multinazionali o di Big-Pharma (realtà che peraltro hanno sicuramente colpe molto gravi), al complotto di cui sarebbe stata responsabile niente meno che la comunità scientifica *pro-vax*, al complotto sionista che periodicamente riemerge, a quelli della Trilaterale, dei mass-media ufficiali, della c.d. “teoria gender” ecc. Senza dire dei fantomatici complotti (del tutto inventati) che avrebbero impedito la rielezione di Donald Trump.

88 Questo fu, ad esempio, il *modus operandi* di Jorg Heider e del partito FPÖ in Austria: v. N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 103. Analogamente si può ragionare per il populismo anti-*establishment* dei 5Stelle o per quello identitario contro gli immigrati della Lega in Italia. Lo stesso vale per l’Ungheria di Orbán, con le sue campagne contro il “nemico” Soros – non a caso ebreo – e contro gli immigrati di qualunque provenienza (esemplare l’edificazione dei muri al confine, come praticato anche dal populista Trump con il Messico).

89 P. Annichino, *Populismo e religione. Alcune considerazioni alla luce del caso italiano*, in A. Cardone - M. Croce (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria?*, Nessun Dogma ed., Roma, 2021, 343.

90 P. Annichino, *Populismo e religione*, cit., 348.

no) così riassunti⁹¹. Simboli che vengono dunque branditi per separare e non per includere, magari a corollario di episodi di vera e propria discriminazione, quando non di razzismo più o meno plateale⁹².

È ovvio che dinamiche del tutto simili possono coinvolgere le persone LGBTQ+. Cittadini non più ritenuti effettivamente tali e sospinti oltre la cortina del “non-popolo”: soggetti che vivono esistenze “diverse” e che minerebbero, perciò, l’unità di valori, tradizioni, interessi e comportamenti del “vero popolo”. Si pensi al mancato riconoscimento del matrimonio paritario tra persone *same-sex* e la parentela tra tale vicenda e la razzistica *miscegenation*⁹³ – posta in evidenza dalla stessa Corte Suprema statunitense – o all’aberrante divieto fascista di celebrare matrimoni tra cittadini di “razza pura” ed ebrei⁹⁴. Lo stesso vale per la negazione dello spazio pubblico (fisico o discorsivo): i divieti di Gay Pride in Russia, Ungheria e altri Paesi, il sanzionato divieto di sostenere tesi non gradite in materia di orientamento sessuale e identità di genere, l’espulsione forzata dalle biblioteche pubbliche di libri non ritenuti conformi alla matrice necessariamente eterosessuale della società, l’abile demonizzazione di una del tutto inventata “teoria gender” per mascherare e colpire l’esistenza di persone non rientranti nel modello binario imperante, l’esclusione di argomenti da trattare nelle scuole perché non gradite alla maggioranza populista al governo delle città o delle regioni⁹⁵.

Il non-popolo dei populistici – variamente identificato – è così assunto come la “malattia” e il “diverso” da ricondurre sulla retta via, quando non da estirpare. È composto da chi si dice versi sabbia negli ingranaggi di un’azione popolare altrimenti perfetta e in grado di raggiungere qualunque risultato. Con la sua sola esistenza esso impedirebbe cioè il fiorire del vero-popolo, gli tarperebbe le ali, lo contaminerebbe, ostacolando il raggiungimento della prosperità e della felicità. In tal modo, si va evidentemente oltre la logica conflittuale presente in ogni democrazia, indirizzandosi verso altri regimi alquanto pericolosi. Il modello tipico del “non-popolo” dei populistici è perciò incarnato alla perfezione dalla persona ebraica sotto il nazismo e il fascismo: in virtù della sua sola nascita essa era il “nemico” per definizione⁹⁶.

In ogni caso, chi assume per sé – in chiave populista – la prerogativa di definire il “popolo” e il “non-popolo” acquisisce un “potere esorbitante e quindi insicuro per tutti”⁹⁷. Anche perché – nel corso del tempo – chi abita il potere (o punta a raggiungerlo) può mutare tali coordinate a proprio uso e consumo⁹⁸.

91 S. Baldetti, *Laicità e populismi*, in A. Cardone - M. Croce (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato*, cit., 359). Si pensi all’uso strumentale del crocifisso, platealmente ostentato e baciato in occasioni pubbliche, da parte del *leader* della Lega Matteo Salvini. Silvio Berlusconi – vero e proprio “padre” del neopopulismo italiano – amava addirittura autodefinirsi “unto del Signore”. In tale quadro, si pensi all’uso di slogan politici che strizzano l’occhio a messaggi religiosi: “Credo” a caratteri cubitali sui manifesti elettorali della Lega affissi in tutta Italia nell’estate 2022 (anticipato da analoghi manifesti con la dicitura “Io credo” nella campagna elettorale de “la Destra” nel 2008); “Dio, patria e famiglia” usato come sintesi di un programma politico (ancora nelle elezioni politiche del 2022).

92 L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., p. 736.

93 Su questa assimilazione v. G. Zanetti, *L’orientamento sessuale*, Il Mulino, Bologna, 2015, 81 ss. La sentenza della Corte Suprema alla quale ci si riferisce nel testo è la celebre *Obergefell v. Hodges* (2015)

94 Un divieto che è tornato alla mente nella vicenda che ha condotto poi alla sent. n. 245/2011, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma introdotta dalla legge n. 94/2009, mirante a impedire allo straniero senza permesso di soggiorno di sposarsi in Italia.

95 Notevoli le iniziative soprattutto venete, e di vario livello (sindaci, assessori locali e regionali, una mozione approvata in Consiglio regionale), tese a escludere libri (sedicenti) *pro-gender* da escludere dalle biblioteche pubbliche. Anche a Ferrara un consigliere comunale leghista ha dapprima fatto propria una simile proposta e, nell’ottobre 2022, ha addirittura presentato due interrogazioni richiedendo un censimento degli aborti e dei cambi di sesso nel territorio comunale nel decennio 2011-2021.

96 A.O. Cozzi, *Ripensare il totalitarismo oggi*, in M. Recalcati (a cura di), *Forme contemporanee del totalitarismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, 255.

97 N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia*, cit.

98 Se ne trae una conferma dallo schizofrenico comportamento di Mussolini, il quale inizialmente non manifestò un particolare interesse a perseguitare gli ebrei (esprimendosi anzi in senso contrario), per poi cambiare cinicamente atteggiamento nel corso degli anni, estendendo l’azione razzista già sperimentata in ambito coloniale anche alla popolazione giudaica, quando ciò gli parve utile sia per accodarsi agli alleati, sia al fine di individuare un nemico interno “per offrire un bersaglio alle componenti più estremistiche dal fascismo”: E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei*, Laterza, Roma-Bari, 2008, spec. p. 58 ss.

9. Segue: tra semplificazioni e scorciatoie

La gravità della situazione da fronteggiare – abilmente tratteggiata – giustifica poi i toni spicci, ruvidi, volgari e persino violenti del discorso populista⁹⁹, resi ancora più efficaci dall’imporsi di *media* e di *social* prima sconosciuti, utilizzati (spesso) mediante la diffusione e la ripetizione ossessiva di opportunistiche *fake news*¹⁰⁰.

Il perfetto populista sosterrà quindi che esistano sempre soluzioni semplici, rapide e di buon senso ai problemi anche epocali che attanagliano il suo popolo di riferimento¹⁰¹. Si contrapporrà pertanto alle spiegazioni scientifiche o di esperti qualificati, alle “inutili” contorsioni di chi sottilizza e mette in guardia dalle difficoltà dietro l’angolo, invitando alla cautela: tutti complotti, raggiri, beceri bizantinismi¹⁰². Rifiuterà, insomma, l’invadenza della complessità, le faticose distinzioni, le decisioni non univoche e stentoree, la riflessione di contro all’azione¹⁰³.

Ne deriva la naturale intolleranza verso il dissenso, la quale può ovviamente conoscere varie gradazioni, giungendo persino a esiti tipicamente autoritari. Non può infatti giustificarsi un dissenso (o una anche semplice diversità di vedute) se il popolo è assunto e descritto come uno e compatto: chi dissente è, solo per questo, non-popolo¹⁰⁴.

“Per risolvere i problemi, il populismo preferisce”, quindi, “la semplice soluzione della *leadership*” populista “ai complessi processi della politica” o ai contorti rimedi suffragati dagli esperti¹⁰⁵.

È evidente la profonda distanza tra un simile atteggiamento e le tendenze in atto (con particolare evidenza) nella giurisprudenza costituzionale: ciò vale per l’attenzione con la quale si distinguono sempre più chirurgicamente ipotesi da ipotesi, così da espungere dall’ordinamento automatismi legislativi dallo spiccato sapore *tranchant*¹⁰⁶. Una simile prospettiva giuridica risulta quindi sempre più calibrata sui bisogni, sui diritti e persino sulle colpe dei singoli, ma non già su un’unica e astratta idea di popolo.

99 Condito anche da proverbi, esagerazioni, massime e luoghi comuni: M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 48.

100 A. D’Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’età digitale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2 (18 giugno 2019). Sull’ampia “zona grigia di internet” e sul suo sapiente uso a fini di disinformazione o per influenzare le competizioni elettorali v. P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 48 ss. Per significativi esempi tratti dal caso italiano, transitato dal “telepopulismo” di Silvio Berlusconi al “cyberpopulismo” grillino, senza dimenticare la c.d. “bestia” salviniana, v. M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 122 ss., 129 ss. Esempio è stato poi l’utilizzo di media tradizionali e dei *social* operato dai sostenitori di Donald Trump.

101 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 167. È particolarmente chiara in tal senso la convinzione grillina per cui “uno vale uno” e chiunque potrebbe amministrare qualsiasi realtà, dalla famiglia allo Stato (idea che era stata peraltro già sostenuta dall’Uomo Qualunque). Non dissimile è la smaccata semplificazione con la quale la Lega salviniana ha spesso avanzato proposte vistosamente insufficienti o impraticabili per bloccare l’immigrazione o agevolare i pensionamenti (ma a grande effetto presso il pubblico). Anche le mirabolanti proposte elettorali berlusconiane (poi disattese) per cui sarebbe stato un gioco da ragazzi creare un milione di posti di lavoro si collocano nella medesima orbita.

102 P. Corbetta - E. Gualmini, *Il partito di Grillo*, cit., 207 s., i quali ricordano l’esempio grillino del “no-inceneritore” a Parma, slogan reiterato della campagna elettorale per l’elezione del Sindaco: appena giunta alla guida della città la nuova giunta pentastellata è però dovuta tornare sui suoi passi.

103 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 67.

104 Celebre è quanto sentenziò Viktor Orbán, allorché venne sconfitto alle elezioni del 2002: il popolo non può votare contro sé stesso. Si pensi inoltre alle campagne elettorali trumpiane, tutte incentrate sulla ricostruzione dei due avversari contro i quali si è cimentato come nemici del vero popolo. Anche la recente campagna presidenziale brasiliana, conclusasi il 30 ottobre 2022, è stata condotta entro simili coordinate.

105 P. Taggart, *Il populismo*, cit., 170. M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 134, afferma, ad esempio, che il M5s avrebbe sostituito alla figura di un *leader* messianico il mito della democrazia diretta. Ma davvero Grillo non è stato e non è più un *leader*? Il suo essere, ufficialmente, un Garante (retribuito) non lo rende comunque tale, almeno nei momenti in cui occorra il suo intervento e la parola definitiva su un determinato problema? Proprio per questo, qualche commentatore ha addirittura assimilato il modello organizzativo grillino alla teocrazia iraniana. Sul populismo del M5s (e i suoi mutamenti) v. G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 60 ss.

106 Su questa tendenza v. P. Veronesi, *All’incrocio tra “revisione”, “applicazione” e “attuazione” costituzionale*, cit., 301 ss. Quali significativi esempi si pensi alla giurisprudenza costituzionale sul divario di età fra adottati e adottandi (sentt. nn. 183/1988 44/1990, 148/1992, 349/1998 e 283/1999), alle più recenti pronunce in tema di aiuto al suicidio (ord. n. 207/2018 e n. 242/2019), alle pronunce che coniano le c.d. “deleghe di bilanciamento in concreto” (la formula è di R. Bin, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3557 ss.) e alle sentenze che hanno ridisegnato e ampliato i margini d’intervento della Corte costituzionale sulla stessa misura della pena: per quest’ultima giurisprudenza v. distesamente A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura sulla pena*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 327 ss.

Questa tendenza si coglie soprattutto nelle reazioni a scelte normative riconducibili a un pericoloso (e illegittimo) “populismo penale”¹⁰⁷: l’esistenza più o meno carsica di quest’ultimo anche all’interno di ordinamenti democratici maturi prova peraltro (ancora una volta) quanto sia naturale che schegge populiste si possano costantemente insinuare tra le loro maglie.

10. Il populismo e i diritti

Nella stessa prospettiva, il populismo – almeno nelle sue versioni tipicamente conservatrici – avversa quanto mette a repentaglio il noto rispetto all’ignoto, la normalità di contro alla presunta diversità, la tradizione a confronto con le ideologie del progresso.

Anche a questo proposito, i diritti della famiglia “tradizionale”, il rigido binarismo sessuale, l’ostilità all’inqualificabile *queer*, la netta diversificazione dei ruoli maschili e femminili, finanche l’avversione a interventi che agiscono sul fronte riproduttivo “naturale”, costituiscono elementi alquanto utili per configurare l’identità del popolo di riferimento, messa in pericolo – si afferma – da chi rivendica nuovi assetti personalistici e un aggiornato pluralismo.

Ha pertanto buoni argomenti chi sostiene che i diritti riproduttivi – ma ciò vale anche per l’intera realtà LGBTQ+ – costituiscono “il canarino nella miniera del liberalismo”¹⁰⁸: la loro messa all’angolo configura infatti la cartina al tornasole di una deriva populista in atto, fondata – in questi casi – su tipiche matrici identitarie.

Esemplare è il caso dell’aborto e quanto accaduto di recente negli Stati Uniti d’America, ove sono massicce le pulsioni populiste, illiberali e persino golpiste intensificatesi sotto la Presidenza Trump e dopo la sua indiscutibile (ma mai accettata) sconfitta elettorale¹⁰⁹. Del resto, come può concepirsi che il popolo volga le spalle a chi se ne ritiene il genuino interprete¹¹⁰?

Conta peraltro assai poco quale sia l’elemento valorizzato dai populistici di volta in volta in auge per contrassegnare i tratti del proprio popolo di riferimento: non importa dunque che gli argomenti utilizzati s’imperino sulla condanna di una *élite* al potere, di una minoranza economica di presunti privilegiati, di gruppi religiosi, etnici o identificati in base alle tendenze politiche, culturali e sessuali.

Quando poi pongono l’accento sugli interessi economici del popolo – che si affermano essere disattesi – i populistici fanno di norma perno sulla sempre più nitida “asimmetria fra la dimensione nazionale della politica e la dimensione globale o continentale delle decisioni che contano”¹¹¹. Questo si traduce, ancora una volta, in un’ostentata repulsione verso le tendenze filoeuropee e globalizzanti, nonché contro le corrispondenti derive tecnocratiche¹¹². In un’ottica – ancora – decisamente sovranista e nazionalista.

Sono le stesse tendenze che emergono anche sul già evocato fronte dei diritti, ove sempre più penetranti, sul piano interno, si percepiscono gli effetti a cascata delle decisioni di Bruxelles, della Corte di Giustizia UE o della Corte Edu¹¹³.

Esempi eclatanti in tal senso possono essere ricavati proprio dalla giurisprudenza della Corte Edu, la quale ha spesso anticipato soluzioni o imposto avanzamenti proprio sul fronte dei diritti delle per-

107 *Ex multis*, si v. M.L. Ferrante, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in *dirittifondamentali.it*, 2017, n. 1 (13 giugno 2017)

108 Si tratta di una felice metafora usata spesso da Susanna Mancini.

109 Si v. la recente sentenza *Dobbs* (24 giugno 2022) della Corte Suprema USA, sulla quale cfr., tra i tanti, L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 2022, n. 3, 5 ss.

110 Anche da questo assunto (usato strumentalmente e ideologicamente) deriva la frequente tendenza degli autocrati populistici a negare l’esito delle elezioni che li vede sconfitti: si pensi a Trump che aizza i suoi sostenitori ad assalire Capitol Hill il 6 gennaio 2021, denunciando i brogli (inesistenti) che gli avrebbero negato un secondo mandato; a Jair Bolsonaro che non riconosce il successo di Lula alle elezioni presidenziali brasiliane del 30 ottobre 2022 e ritarda la dichiarazione sul passaggio dei poteri, legittimando il blocco di strade nevralgiche del paese operato da bande di suoi sostenitori. Rientra in questo atteggiamento anche la “ritrosia” con la quale Silvio Berlusconi accettò la sconfitta elettorale nel 2006 (con tanto di mai chiarito e assai sospetto *summit* con il Ministro degli Interni in un momento delicato dello spoglio).

111 C. Pinelli, *Verso nuove forme di populismo*, in *Atlante Geopolitico* (Treceani.it), 2013, 5. Sul ruolo della globalizzazione nell’impor-si delle pulsioni populiste v. Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 134 ss.

112 C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema*, cit., 7 e 23.

113 V., tra gli altri, A. Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee*, cit., 14 ss., 21.

sone LGBTQ+, verso le minoranze etniche o in rapporto ai diritti riproduttivi e religiosi: tutte spine nel fianco per chi professa le semplificazioni identitarie ancorate nella tradizione.

11. Populismo e istituzioni

Sul piano istituzionale, l'idea fondante dei movimenti populistici è che tra il popolo (autentico) e il suo (o i suoi) capi debba intendersi un rapporto "im-mediato", cioè senza mediazione. Un legame diretto e per lo più carismatico, "emotivo piuttosto che razionale"¹¹⁴.

L'azione populista si accompagna dunque pressoché naturalmente a forme di leaderismo, come evidenziato non solo da tragiche esperienze del passato¹¹⁵ e dell'America Latina, ma anche dal nuovo populismo oggi diffuso in Europa¹¹⁶.

I partiti di riferimento diventano pertanto i partiti "del leader"¹¹⁷ o "del capo"¹¹⁸, e così i governi. Senza un vero leader "il movimento populista resta" infatti "un movimento popolare come ce ne sono... tanti"¹¹⁹. L'abilità del leader dev'essere peraltro quella di non apparire tale: di configurarsi come un estraneo all'*establishment* – e un suo acerrimo nemico – anche quando ne fa o ne è ormai parte¹²⁰.

In un simile approccio, anche l'adesione alla decisione politica indicata dal leader diviene il frutto di una scelta "sostanzialmente empatica", non scaturendo invece dall'attento, faticoso esame "degli argomenti e dei contro-argomenti invocabili riguardo all'oggetto del decidere"¹²¹.

I legami e la comunicazione diretta tra il capo e il suo popolo devono dunque essere istantanei, resi possibili (ancora una volta) dal ruolo sempre più preponderante assunto dai *media* e dai *social*, non già mediante i riti dell'organizzazione partitica tradizionale, notoriamente pachidermica e distribuita a più livelli "fisici" (perciò assai più lenta e complessa)¹²². Uno degli immancabili bersagli della critica populista è così identificato proprio nella struttura e del *modus operandi* dei vecchi partiti; vengono invece predilette dinamiche plebiscitarie e di acclamazione spiccia, contrabbandate come necessariamente più efficaci e panacea di tutti i mali¹²³.

Si crea perciò un nuovo tipo di "mediazione": i *media* (e ora anche i *social*), da semplici comprimari nella formazione dell'opinione pubblica – come accadeva un tempo – ne diventano ormai i protagonisti¹²⁴. Per loro tramite si delinea un "rapporto istantaneo" e un legame indissolubile tra capi e popolo che

114 I. Diamanti, *Populismo*, cit. Similmente, tra gli altri, v. L. Incisa di Camerana, voce *Populismo*, cit., 736 (il quale ragiona, a tal proposito, di forme di populismo "messianico" o "carismatico"). Cfr. anche P. Marsocci, *Le tracce di populismo e plebiscitarismo nell'odierna realtà costituzionale italiana*, in www.costituzionalismo.it (18 luglio 2013), la quale sottolinea come il rapporto diretto e immediato tra popolo e leader, si risolve nel ritenere quest'ultimo "il miglior interprete (o portavoce) della volontà popolare". A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cosiddetta deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, sez. I, *Della democrazia e delle sue dinamiche*, cit., 2035, evidenzia come i governanti populistici simulano così di assecondare il popolo, mentre, in realtà, ne vellicano "le più nascoste e mediocre aspirazioni".

115 P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 43, inserisce in questo quadro il letale *Führerprinzip* di marca nazista.

116 P. Taggart, *Il populismo*, cit., 124.

117 È l'efficace definizione e ricostruzione politologica di M. Calise, *La democrazia del leader*, cit., *passim*.

118 F. Bordignon, *Il partito del capo. Da Berlusconi a Renzi*, Maggioli, Sant'Arcangelo, 2014, *passim*.

119 N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia*, cit. V. anche Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 98 ss.

120 N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 250.

121 M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 37. Per M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 129, "la collegialità direttiva è un concetto sconosciuto ai populistici", così come le stesse "procedure di democrazia interna" ai partiti.

122 B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Il Mulino, Bologna, 2010, 244 s., mette in luce quanto ciò cambi il tipo di *élite* che viene così selezionato, dovendo esso avere assoluta familiarità con la comunicazione mediatica. P. Corbetta - E. Gualmini, *Il partito di Grillo*, cit., 208 s., ragionano, a tal proposito, di una "mediatizzazione della vita politica", che ha reso ormai superflua (o meno necessaria) la mediazione dei partiti.

123 M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 13.

124 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 111.

non tollera limitazioni, controlli o compromessi¹²⁵, né soggiace alle “mediazioni istituzionali dei partiti o di ogni altra forma di rappresentanza”¹²⁶.

Anche per tali ragioni i movimenti populistici ostentano perciò insofferenza verso i giudici e, *in primis*, verso le Corti costituzionali, nonché nei confronti di tutte le istituzioni di garanzia delle quali non abbiano il controllo (e che, quindi, di garanzia non siano più)¹²⁷. Si tratta peraltro di un atteggiamento che viene rivolto a qualsiasi istituzione ispirata a una logica contro-maggioritaria¹²⁸: ciò che deve sempre prevalere è infatti la sola volontà della maggioranza o della minoranza che ha comunque conquistato il potere e/o che si propone di farlo in nome del “tutto”. Il resto è un ingombro privo di senso, provoca ritardi ingiustificati e rallenta l’azione del capo, configurandosi perciò come nemico del popolo e delle sue pretese volontà identitarie.

12. La concentrazione del potere

La necessità di consolidare il cordone ombelicale tra i capi e il loro popolo – un fenomeno che ormai traccina anche presso i partiti più tradizionali¹²⁹ – si traduce in un declamato *favor* per la “semplificazione degli assetti costituzionali”¹³⁰ e per la concentrazione del potere negli Esecutivi o in Presidenze forti¹³¹.

Una tesi spesso sparsa a pioggia dai movimenti populistici consiste perciò nell’ammantare l’elezione di un Capo dello Stato o l’adozione di sistemi elettorali di stampo maggioritario come istituti di democrazia diretta. Analogamente – nel quadro di un sistema parlamentare – è frequente che ragionino impropriamente di governi eletti dal popolo.

È alquanto evidente che si tratta di affermazioni distopiche, rientrando tutte queste evenienze entro i tipici paradigmi della rappresentanza. Mediante l’uso di simili argomenti s’intende produrre tuttavia un più saldo consenso nei confronti dei “vincitori” e della nuova *élite*, agevolandone l’azione più o meno dirompente e l’idiosincrasia verso gli organi di controllo che ne ostacolerebbero il cammino¹³².

È perciò insita nel populismo l’esaltazione (più o meno marcata) della democrazia diretta, quale efficace sostitutivo al malfunzionamento della rappresentanza tradizionale, ritenuta non più in grado di dar seguito alle volontà popolari¹³³: poco importa come la prima sia regolata e opportunamente dosata, oltre che effettivamente immune da strumentalizzazioni e manipolazioni¹³⁴.

La “malattia” che evidentemente affligge numerosi istituti rappresentativi – eclatante il caso italiano – agevola la presa di simili messaggi presso il corpo elettorale, invitato a gettare il bambino con l’ac-

125 A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo*, cit., 2035.

126 P. Corbetta - E. Gualmini, *Il partito di Grillo*, cit., p. 204. V. anche F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia*, cit., 526.

127 *Ex multis*, v. C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit. I bracci di ferro costanti tra Silvio Berlusconi (e la sua maggioranza) con la magistratura e la Corte costituzionale ne costituiscono un tipico (e lacerante) esempio. Si v. altresì l’assalto al potere giudiziario e alla giustizia costituzionale messa prepotentemente in campo in Polonia, Ungheria e Turchia: sulla Corte costituzionale ungherese v., ad esempio, G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 68 ss. Esempio è altresì la vicenda della Corte Suprema USA, divenuta ormai ostaggio della maggioranza repubblicana più conservatrice a seguito dell’inserimento graduale di ben noti giudici di parte.

128 Cfr., tra i tanti, C. Pinelli, *Verso nuove forme di populismo*, cit., (per il quale “la minaccia populista alle istituzioni non maggioritarie riguarda la loro stessa ragion d’essere”); G. Martinico, *Fuoco e fiamme. Populismo, rivoluzione e potere costituente*, in Aa.Vv., *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, 106 e Id., *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto tra populismo e costituzionalismo*, in *Questione Giustizia*, 2019. M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica*, cit., 10 ss. sottolinea come “i bersagli” dei populistici siano pertanto “tutti i poteri neutri”.

129 Si v. *supra* i già citati scritti di M. Calise e F. Bordignon. Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 102 s., sottolineano pertanto come questi stessi partiti, nelle democrazie contemporanee, puntino ormai al rafforzamento della *leadership* e alla “personalizzazione”.

130 C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit.

131 D. Grassi, voce *Populismo*, VII, *Il Neopopulismo*, in N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di politica*, cit., 739.

132 M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon - F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, 110.

133 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 72. Il referendum, ad esempio, ben si sposa con la logica dicotomica propria dei diversi populismi: G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 22, 99 ss.

134 A. Pertici, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, cit., 635 s.

qua sporca, a incarnarsi nel *leader* (“uno di loro”) e a forme anche artigianali e contraffatte di un preteso rapporto permanente tra il popolo, il capo o il movimento (ricavate magari dalle nuove tecnologie o dai più tradizionali strumenti del plebiscitarismo)¹³⁵.

L’ordinato (e meditato) equilibrio tra istituti della rappresentanza e di democrazia diretta contenuti nelle Costituzioni viene così messo quanto meno in fibrillazione¹³⁶.

Da qui la contrarietà – nota anche all’esperienza italiana – verso il divieto di mandato operativo o la smodata predilezione per i referendum di varia natura¹³⁷, la partecipazione diretta a livello amministrativo, la teorizzazione di nuove forme di consultazione popolare che bypassino o vincolino le decisioni dei rappresentanti, la proposta di riforme costituzionali indubbiamente eversive degli istituti della rappresentanza¹³⁸.

Poco interessa che la democrazia diretta – quando la si voglia equilibrata – necessiti di solidi ancoraggi in un sistema rappresentativo, un’attenta regolamentazione, la chiarezza su chi e come debba porre le domande. Per i populistici l’esito voluto è più importante del percorso per conseguirlo, anche quando è proprio la “malattia” di quest’ultimo a determinare l’approdo: a ulteriore conferma della predilezione populista per il “pressapochismo” antiscientifico.

13. Esiste un populismo rispettoso del costituzionalismo?

Non sono certo mancati tentativi di rimarcare la compatibilità – almeno entro certe condizioni – tra costituzionalismo democratico e populismo¹³⁹: ciò vale soprattutto per taluni approcci di stampo politologico o sociologico¹⁴⁰.

Si è peraltro già rimarcato come l’azione populista possa talvolta contribuire a correggere quanto non funzioni di una democrazia rappresentativa ormai autoreferenziale, stimolare intenti solidaristici e non escludenti, indicare su quali temi sensibili occorra agire con urgenza¹⁴¹; si è detto che essa può unificare l’azione del popolo prediligendo proprio le componenti meno negative di quest’ultimo¹⁴².

Si tratta di filoni di pensiero che tratteggiano l’esistenza di possibili versioni virtuose del populismo¹⁴³. Essi ritengono che non vada dunque esclusa una feconda commistione tra populismo e liberal-democrazia.

Da quanto analizzato *supra* – e volgendo lo sguardo ai populismi oggi fecondi in Europa e negli Stati Uniti – risalta tuttavia la solidità di posizioni avverse a una simile visione “ottimista”.

È infatti chiaro (soprattutto ai costituzionalisti) come l’assetto di potere determinato o auspicato dai populismi occidentali – tenuto conto dell’“intensità” e della “pervasività” delle loro manifestazioni¹⁴⁴ – confligga senz’altro con i requisiti essenziali del costituzionalismo democratico, perfezionati soprat-

135 Si pensi alla rocambolesca vicenda della “piattaforma Rousseau”, inizialmente spacciata dal M5s come la quint’essenza della democrazia diretta ma regolata in modo quanto meno opaco (e poi abbandonata).

136 Seri dubbi hanno suscitato, ad esempio, l’introduzione di un’iniziativa legislativa popolare rafforzata e le modifiche all’istituto referendario previste dal progetto di legge costituzionale presentato dal M5s nel 2019: su tale progetto v. L. Spadacini, *Prospettive di riforma nella XVIII Legislatura*, in riformeistituzionali.gov.it, nonché i numerosi interventi – diversamente orientati – raccolti in *Osservatorio AIC*, 2019, n. 1-2, 180 ss.

137 Sull’uso e sulla concezione populista dei referendum v. G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 99 ss., il quale richiama molti esempi (uno su tutti: il referendum antiimmigrati orchestrato da Orban nel 2016) ed evidenzia come tale strumento possa essere agevolmente usato in chiave plebiscitaria o produrre comunque effetti antidemocratici (si v. anche le pagg. 147 ss., a proposito dell’auspicio populista per un ritorno in grande stile del “mandato imperativo”). Un partito italiano che ha fatto largo (e persino smodato) uso di politiche referendarie è notoriamente il Partito Radicale, nel quale sono stati individuati – non a caso – molti (altri) tratti tipici del populismo: M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 214 ss.

138 L’elenco è tratto da Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 80.

139 Si v., tra i tanti che pongono il problema, C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema*, cit., 44 ss.; P. Corbetta - E. Gualmini, *Il partito di Grillo*, cit., 198 s.; L. Del Savio - M. Mameli, *Sulla democrazia machiavelliana di McCormick*, cit.

140 G. Martinico, *Fuoco e fiamme*, cit., 103 s.

141 L. Del Savio - M. Mameli, *Sulla democrazia machiavelliana di McCormick*, cit.

142 V. ancora L. Del Savio - M. Mameli, *Sulla democrazia machiavelliana di McCormick*, cit.

143 J. McCormick, *Sulla distinzione fra democrazia e populismo*, in *Micromega* (3 maggio 2014).

144 N. Urbinati, *Io, il popolo*, cit., 11.

tutto dopo il secondo conflitto mondiale¹⁴⁵. Tali populismi, in realtà, ne rifuggono *in toto* le premesse scientifiche e ideologiche¹⁴⁶. Posto perciò che “la democrazia senza costituzionalismo cessa di esistere e si converte nel suo contrario”¹⁴⁷, la conclusione del sillogismo pare automatica: almeno quando certi confini vengano superati.

Ragione per cui o il richiamo al populismo – come già sottolineato – serve soltanto per riferirsi a taluni modi d’essere della politica contemporanea o a movimenti che aspirino a talune conquiste settoriali pur rimanendo entro una cornice democratica, oppure esso evoca ben altro: movimenti-partiti che, prima e dopo aver conquistato il potere, pongano inevitabilmente in tensione elementi essenziali della democrazia rappresentativa, non escludendo neppure l’approdo a un autentico regime¹⁴⁸, definito magari con formule furbe ma di certo aberranti e ossimoriche (“democrazie illiberali”, “fascismo liberale” e “democrazie” *in primis*)¹⁴⁹.

I loro ingredienti sono assai nitidi e già più volte evidenziati: superamento della divisione del potere e concentrazione dello stesso, depauperamento degli organi di garanzia, ostilità alle regole procedurali, polarizzazione ideologica tra un preteso popolo assunto come tutto e una o più minoranze da isolare, messa in pericolo o addirittura negazione dei diritti e dell’uguaglianza, sfruttamento della vittoria elettorale per modificare la Costituzione a proprio favore (in nome del “vero” popolo), approfittare della conquista del potere per non esporsi al rischio di sconfitte in successive competizioni, insofferenza al pluripartitismo competitivo, ostilità a comportamenti non conformi a specifici modelli di riferimento: questi sono gli indici tipici di una svolta populista che demolisce i principi del costituzionalismo (e supera gli argini della democrazia).

Per quanto riguarda poi il caso italiano, gli assunti del costituzionalismo rifiutati dal populismo – e cioè quelli già passati brevemente in rassegna – scaturiscono, a ben vedere, da autentici principi supremi della Costituzione. Essi devono quindi ritenersi nient’affatto derogabili, nella loro essenza, se non producendo una “rottura” della Carta e un inevitabile cambio di regime.

Come già suggerito *supra*, potranno dunque certo esistere, pur all’interno di ordinamenti pienamente ispirati ai principi del costituzionalismo democratico, “toni” e “fasi” in cui messaggi o strategie populiste vengano utilizzati a fini elettorali o di “persuasione”¹⁵⁰. Può anche accadere che singole formazioni politiche associno a un’organizzazione classica l’adozione di alcune pratiche o di puntuali comportamenti antisistema¹⁵¹, e così pure che i partiti si conformino a un modello leaderistico sempre più accentuato.

Ciò è del tutto comprensibile e rivela ancora una volta come l’ingrediente populista accompagni costantemente – anche quando resti “sotto le braci” – la vita delle istituzioni democratiche¹⁵².

Ben altro fenomeno si determina, però, quando l’ideale populista si manifesti nelle sue versioni più estreme e punti ad agire sui gangli fondamentali della democrazia costituzionale. In questo caso il confine viene irrimediabilmente superato: la democrazia ne esce trasfigurata e ormai superata (anche quando magari non formalmente accantonata).

Un simile assalto viene di norma praticato mediante l’accorta modulazione di due congiunte strategie, efficacemente rappresentate ricorrendo all’idea del “mimetismo” e del “parassitismo”¹⁵³.

Con il *mimetismo* – e nell’organizzare l’assalto alle istituzioni democratiche – i populistici, almeno a parole, evitano di porsi in aperto conflitto con la Costituzione vigente e i principi del costituzionalismo.

145 G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità*, cit., 2002; C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit.; Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 201 s.; G. Martinico, *Filtering populist*, cit., 22 ss., 28.

146 A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo*, cit., 2008.

147 G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità*, cit., 2002 e A. Spadaro, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale”*, cit., 3881.

148 N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia*, cit.

149 C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit.

150 Del “caso Renzi”, come convincentemente letto da Marco Revelli, già si è detto *supra*. Altre forme di protagonismo populista italiano (Berlusconi e Salvini *in primis*, ma anche il Movimento 5Stelle delle origini) hanno presentato e presentano invece – a parere di chi scrive – accenti più decisamente antisistema, benché diversi in quantità e sostanza.

151 Della presenza di partiti che presentano ormai un tale “carattere ibrido” – citando i casi del *Front National* francese e della Lega – ragionano Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 252.

152 Sul totalitarismo quale fenomeno mai del tutto estraneo (e sempre possibile sbocco) della democrazia v. A.O. Cozzi, *Ripensare il totalitarismo oggi*, cit., 252 s.

153 Cfr. G. Martinico, *Fra mimetismo e parassitismo*, cit., nonché, più distesamente, e dello stesso autore, *Filtering populist*, cit., 16 ss., 63 ss.

In tal modo puntano a legittimarsi e a rassicurare, benché diano di quegli stessi principi un'interpretazione alternativa e fuorviante, svuotandoli del loro senso più autentico.

Ad esempio, si richiamerà il già menzionato art. 1 Cost. e la nozione di sovranità popolare, sempre dimenticando che questa va esercitata entro "forme" e "limiti" stabiliti in Costituzione; s'invocherà un'idea ipermaggioritaria della democrazia, accompagnata dalla ripulsa verso le minoranze "nemiche"; si contesteranno i poteri di controllo degli organi di garanzia; si giustificheranno le discriminazioni dei "nemici", la riduzione / scomparsa dei diritti o l'ostentata ostilità verso le componenti "inautentiche del popolo".

Mediante il *parassitismo* il populismo sfrutta invece le opportunità offerte dal costituzionalismo democratico e dall'avvicinarsi di libere elezioni per alterarne e corroderne, dall'interno, le coordinate fondamentali¹⁵⁴. Per questo – come già sottolineato – si sostiene che "il populismo [di norma] può sorgere solo in una cornice di libertà politica e civile, non dove non c'è democrazia"¹⁵⁵: già si è però chiosato che non sembra essere sempre e necessariamente così.

L'approdo, in ogni caso, è il medesimo: forme di Stato democratiche che – pur professandosi tali e mantenendone una parvenza formale – appaiono di dubbia qualità o per nulla tali, coniano modelli che al costituzionalismo sostituiscono ben altre coordinate.

Una volta al potere, tuttavia, l'azione populista non necessariamente scompare, potendosi rinnovare e trasformarsi in base alle circostanze. Ciò costituisce un'ulteriore conferma che se il populismo normalmente sboccia in contesti democratici, esso si sedimenta assai bene anche in assetti che tali non sono più¹⁵⁶. Contro le sue implementazioni storiche potranno però sorgere movimenti e forme di reazione magari strutturate seguendo – perché no – coordinate populistiche di ben diversa sostanza.

14. Conclusioni: le conferme, le novità verso una interazione tra sistemi, nazionali e sovranazionali

Per evidenti ragioni, si è sin qui concentrata l'attenzione prevalentemente sui populismi che prendono slancio in ordinamenti di carattere democratico, evidenziando come la loro azione possa pericolosamente transitare dalla fisiologia persino proficua alla patologia più conclamata: con effetti mortali per il costituzionalismo e la democrazia.

Alcune delle cause (politiche, sociologiche, economiche, psicologiche ecc.) dell'attuale imporsi di tendenze populiste in ordinamenti di stampo democratico sono state attentamente analizzate dai commentatori.

Di certo, un impulso in tal senso è scaturito dalla profonda crisi delle strutture di intermediazione politica, e soprattutto dei partiti di massa: questa perdita di fiducia ed efficienza è poi trascinata ovunque, coinvolgendo l'intero ceto politico solo perché tale e – quel che è peggio – le stesse istituzioni¹⁵⁷.

Ciò ha "liberato" una "moltitudine" di soggetti oggi in perpetua rivolta, composta sostanzialmente da chi, in passato, era ben organizzato, guidato e istruito da quei "solidi contenitori politici" e ideologici – i partiti – ormai irrimediabilmente delegittimati, tendenti a tutelare solo se stessi quando non disciolti e in continua formazione¹⁵⁸. Non è dunque un caso se anche il voto, un tempo pressoché immutabile nel corso della vita, sia oggi soggetto a oscillazioni rabbiose e imprevedibili, o se truppe sempre più cospicue di elettori si rifugino in un astensionismo polemico e rancoroso¹⁵⁹.

Esisteva anche prima, ma, in Italia, l'ascesa populista ha acquisito slancio soprattutto all'inizio degli anni '90. Nell'ordine: l'ormai smaccata autoreferenzialità delle formazioni politiche, il venir meno

154 C. Pinelli, *Populismo, diritto e società*, cit.; A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo*, cit., 2036.

155 N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia*, cit.

156 Fascismo e nazismo non erano certo solo populistici ma di certo usavano strategie populiste, le avevano cavalcate per raggiungere il potere e continuarono per lungo tempo a far presa su larga parte della popolazione mediante tali strumenti: sulle differenze e sulle sovrapposizioni tra questi due "ismi" e il populismo v., ad esempio, M. Tarchi, *Italia populista*, cit., 119 e 171 ss. Attualmente, sia nell'Ungheria di Orbán, sia nella Russia di Putin si svolgono elezioni ma con accorgimenti e azioni propagandistiche che rendono praticamente impossibile la vittoria di altri partiti.

157 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 149.

158 M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 9.

159 Da qui l'alternarsi sempre più rapido dei successi elettorali in parte già evocati *supra*. Nell'ordine, si pensi alla migrazione del consenso a Berlusconi, a Renzi, a Salvini, al M5s e ora a Meloni.

del pericolo comunista (con la lacerante trasformazione del vecchio PCI e la conseguente perdita di “funzionalità” della DC), nonché la detonazione di Tangentopoli e la scoperta di una dinamica corruttiva dalle dimensioni ciclopiche, ne hanno costituito un carburante incendiario¹⁶⁰.

Si è così prodotto l'appena evocato “scioglimento” di quel *demos* che, in precedenza, si riconosceva ordinatamente nei partiti di massa: esso si è diluito in un pulviscolo di soggetti “per lo più isolati, autointeressati, spoliticizzati, antropologicamente agli antipodi del tipo ideale del cittadino democratico”¹⁶¹. Uomini e donne vittime predestinate di rapide e mutevoli “ondate emotive”¹⁶².

In un simile spazio privo di solidi punti di riferimento politici, si sono facilmente insinuati i nuovi partiti/movimenti populistici italiani, peraltro molto diversi nei loro tratti identitari, negli obiettivi esposti al pubblico e nello stile di volta in volta ostentato¹⁶³.

La personalizzazione della politica, con la sempre più nitida presenza di *leaders* o capipopolo dallo slogan facile – sia pur con caratteristiche e propensioni non assimilabili – è così divenuta la nuova forza agglomerante post-ideologica e post-partitica¹⁶⁴.

Simili formazioni non svolgono inoltre più, come durante la c.d. “Prima Repubblica”, una funzione di integrazione, mediazione, mitigazione degli estremi, né praticano il confronto sistematico con gli altri partiti, riconoscendone la dignità d'interlocutori. Puntano invece a soffiare sulla rabbia, sull'insoddisfazione delle masse di riferimento, sul desiderio di rivalsa verso il “sistema” o verso un nemico calcolato¹⁶⁵. Fanno insomma principalmente leva sulle “passioni tristi”, come la paura, la delusione, il desiderio di vendetta¹⁶⁶: sembrano solo queste le uniche “ideologie” ora in grado di mobilitare un elettorato di “consumatori del voto”.

Si tratta di sentimenti sorti o comunque acuiti da una fitta serie di fenomeni concomitanti: reiterate crisi economico-finanziarie; il costante declassamento del c.d. ceto medio; un perdurante blocco degli ascensori sociali per sé stessi e per i propri figli; la percezione dell'inutilità del sacrificio scolastico per un passaggio di classe o di ceto; la percepibile esistenza di un divario sociale e finanziario sempre più massiccio tra la “base” (ormai comprensiva di ampie fette dell'ex ceto medio) e sparuti gruppi di privilegiati (icasticamente rappresentata dalla forbice sempre più larga tra i redditi della prima e dei secondi)¹⁶⁷; ai timori generati da politiche sociali sempre più asfittiche (non a caso immediatamente ripristinate nelle democrazie “degenerate” di Polonia e Ungheria)¹⁶⁸.

Sul piano esterno agli Stati ciò si è accompagnato agli effetti ostili della globalizzazione (che ha colpito i gruppi sociali economicamente più deboli)¹⁶⁹; all'azione smodatamente speculativa delle multinazionali e della finanza globale; alla percezione di una sempre più debole sovranità statale, incapace di contrapporsi a decisioni assunte da lontane oligarchie¹⁷⁰; all'affermarsi di teorie liberiste estreme e poco propense ad aiutare chi versi in difficoltà; a un'immigrazione incontrollata (che ha creato nuove linee di frattura tra povertà autoctona e d'importazione); al venir meno delle rassicuranti etichette del passato e alla perdita di antiche certezze (servizi accessibili, prestazioni sociali, il lavoro, le pensioni, la fisionomia delle città, un futuro migliore, persino la vecchia moneta).

Altrove, nel mondo, possono di certo mutare le percentuali e le fisionomie dei vari ingredienti sin qui evocati, ma il composto finale non pare dissimile: da tale magma sono scaturiti – ad esempio – il

160 A. Pertici, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, cit., 626 s.

161 V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 616. F. Pacini, *La rete internet e il diritto: un altro mondo oltre quello reale?*, in G. Allegri - A. Sterpa - N. Viceconte, *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, cit., p. 76, sottolinea pertanto che, oggi, “è la stessa società ad essere suddivisa in una pluralità di individui assai difficilmente afferrabili..., gelosi della propria indipendenza e assai meno disposti del passato a forme di delega”.

162 M. Calise, *La democrazia del leader*, cit., 85.

163 Berlusconi e Lega *in primis*, poi Renzi e il M5s. Sulle assai diverse caratteristiche di alcuni di questi populismi si v., ad esempio, M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 24 ss., 120 ss., 129 ss., 135 ss.

164 A. Pertici, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, cit., 624. Si v. anche F. Bordignon, *Il partito del capo*, cit., 6 ss.

165 V. Pazè, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, cit., 617. Si pensi, ad esempio, al pericolo comunista declamato da Berlusconi, alle élites odiate dal M5s, agli immigrati presi di mira dalla Lega.

166 Così, efficacemente, lo scrittore Antonio Scurati (*la Repubblica* del 22 luglio 2022).

167 Sul drastico indebolimento della borghesia attualmente in corso in Italia e sulle conseguenze nefaste che ciò determina si v. l'illuminante saggio di G. De Rita - A. Galdo, *L'eclissi della borghesia*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

168 A. Spadaro, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale”*, cit., 3886.

169 Cfr., ad esempio, Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 129 ss.

170 Cfr., *ex multis*, Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 136 e L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, cit., 65.

Tea Party e QAnon, l'elezione di Trump, la Brexit, il lepenismo, l'Afd tedesca, i governi del gruppo di Visegrad, i gilet gialli, Occupy Wall Street, Podemos, gli Indignados ecc.

Tutto ciò ha insomma innescato una miscela esplosiva che individua come sbocco la propensione al ribellismo generalizzato (e spesso umorale) verso gli istituti della democrazia rappresentativa, il ceto politico ritenuto complice di ogni nefandezza, le istituzioni interne e sovranazionali (assunte come inevitabilmente ostili ed egoriferite).

Non che manchino le buone ragioni perché i cittadini siano insoddisfatti e portati a diffidare o a contestare, ma le soluzioni adombrate imbracciando la clava populista non sembrano certo quelle più idonee allo scopo.

E se la spiegazione di carattere economico ha senz'altro un peso, le radici del fenomeno sono però più complesse, posto che il populismo è allignato anche in zone geografiche o in paesi ricchi o non interessati dalle crisi sopra ricordate¹⁷¹: affondano nel senso di insicurezza complessiva, nell'idea del tradimento della politica e delle istituzioni, nell'odio verso gruppi di privilegiati sempre più tali, nella perdita delle speranze per il futuro, nel sentirsi aggrediti da minacce interne ed esterne.

Esistono rimedi che possano ricacciare le pulsioni populiste entro i recinti di una presenza di non ferale effetto verso le realtà e le istituzioni democratiche?

Se quelle di cui sopra costituiscono almeno alcune delle cause che stanno provocando l'assalto populista alle democrazie, le eventuali "medicine" devono curare proprio quello "stato febbrile": agendo su nuove ma equilibrate forme di mediazione politica; correggendo i sistemi elettorali (in modo da avvicinare rappresentati e rappresentanti), associandoli a ben calibrati istituti di democrazia diretta¹⁷²; usando la personalizzazione della politica nell'età della "democrazia del pubblico" in chiave virtuosa¹⁷³; intervenendo sul *welfare* e i diritti sociali, su un'istruzione di qualità associata al ripristino degli ascensori sociali, sulla drastica riduzione del divario delle rendite tra manodopera, ceto medio e gruppi di vertice; realizzando un'equa redistribuzione della ricchezza in circolo; producendo una corretta regolamentazione dei *social* che ostacoli la diffusione di orchestrate *fake-news* facilitatrici del caos.

Vaste programme – facile a dirsi, meno a farsi – "che un tempo si chiamava riformismo e che oggi appare rivoluzionario"¹⁷⁴. Il peggio è che non si scorge all'orizzonte chi possa avere la forza d'incarnarlo, né un elettorato disposto a comprendere le cause del proprio disagio e a reagire in forma assennata.

171 Y. Meny - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, cit., 151.

172 A. Pertici, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, cit., 635.

173 Secondo la nota tesi di B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, cit., *passim*.

174 M. Revelli, *Populismo 2.0*, cit., 155.

Interventi

Luciana Goisis*

La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico

Sommario

1. Premessa. – 2. Uno sguardo comparato. – 3. La recente novella spagnola in tema di violenza sessuale. – 4. Conclusioni

Abstract

Il saggio si propone di studiare la violenza di genere in ottica comparata. Concentrandosi su due delle più gravi forme di violenza di genere, il femminicidio e la violenza sessuale, il saggio si focalizza sull'esperienza sudamericana, su quella anglosassone, sull'esperienza tedesca e su quella spagnola in quanto particolarmente significative e rappresentative di approcci olistici piuttosto che disorganici alla disciplina della violenza di genere. Da ultimo, il saggio si appunta sulla recente e innovativa riforma spagnola in materia di violenza sessuale, traendo spunti per il legislatore italiano in prospettiva *de lege ferenda*.

The essay aims to study gender violence from a comparative perspective. Considering two of the most serious forms of gender-based violence, femicide and sexual violence, the essay is centered on the South-American experience, the Anglo-Saxon experience, the German and Spanish experiences as particularly significant and representative of holistic rather than disorganized approaches to the discipline of gender-based violence. Lastly, the essay focuses on the recent and innovative Spanish reform in the field of sexual violence, drawing ideas for the Italian legislator in the de lege ferenda perspective.

1. Premessa

Come è stato acutamente sottolineato, la violenza di genere si presenta con modalità comuni in diversi Paesi. Si tratta infatti di un fenomeno trasversale e mondiale che alcuni Stati hanno affrontato in tempi precedenti e con un approccio più sistematico di quanto abbia fatto il legislatore italiano¹.

Secondo l'*European Union Agency for Fundamental Rights*, che ha condotto un'indagine sulla violenza contro le donne nei Paesi europei, vi è testimonianza della trasversalità del fenomeno e della sua diffusione nell'area comune. Analogamente, i dati statunitensi sulla incidenza del fenomeno sono

* Professoressa associata di Diritto Penale, Università di Sassari. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Si esprime in tal senso, specie con riferimento alla violenza domestica, M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un antico fenomeno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1733. Sul ritardo culturale della legislazione italiana in materia di violenza di genere, ci siamo espressi anche noi. Cfr. L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, p. 25.

eloquenti². Basti infine ricordare che il femminicidio è la principale causa di morte non naturale delle donne e la settima causa di morte prematura delle donne nel mondo³.

Non potendo, nell'economia del presente lavoro, compiere un'indagine comparata a tutto campo, scegliamo di tracciare un affresco delle legislazioni in materia di violenza di genere di alcuni ordinamenti giuridici: richiameremo dunque l'esperienza sudamericana, l'esperienza anglosassone, l'esperienza tedesca e quella spagnola, in quanto particolarmente significative e rappresentative di approcci olistici alla disciplina della violenza di genere (oltre ad un cenno alla esperienza scandinava e a quella francese)⁴, polarizzando l'attenzione sulle due più gravi e diffuse forme di *gender violence*, il femicidio o femminicidio (inteso in senso letterale) e la violenza sessuale.

Dedicheremo, infine, precipua attenzione alla recente novella spagnola in materia di violenza sessuale, con la finalità di trarre spunti utili per il legislatore italiano, in prospettiva *de lege ferenda*, stante l'arcaicità, ampiamente riconosciuta dalla dottrina penalistica, dell'attuale struttura della corrispondente fattispecie del nostro codice penale.

2. Uno sguardo comparato

2.1 Il femminicidio

Scegliamo di volgere la nostra attenzione, in ottica comparata, *in primis* verso la fattispecie di *femminicidio*.

Per ciò che concerne il femminicidio come reato – sull'(in)opportunità di una norma *ad hoc* nel nostro ordinamento ci sarebbe molto da dibattere, ma ragioni di brevità non consentono la relativa tematizzazione – è il contesto americano, o meglio sud-americano, ad assumere un ruolo da protagonista (mentre non si rinvencono fattispecie analoghe nel contesto europeo)⁵.

-
- 2 Cfr. Fra, *La violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione Europea*, Vienna, 2012, i cui risultati possono essere consultati al sito <https://fra.europa.eu>. Da tale indagine emerge che: circa 13 milioni di donne nell'UE hanno subito violenza fisica nel corso dei 12 mesi precedenti l'indagine condotta con il metodo dell'intervista su 42.000 donne in tutti i 28 Stati membri dell'UE. Questo dato corrisponde al 7% delle donne di età compresa fra i 18 e i 74 anni nell'UE. Quanto alla violenza sessuale, circa 3,7 milioni di donne nell'UE hanno subito violenza sessuale nel corso dei 12 mesi precedenti le interviste dell'indagine. Questo dato corrisponde al 2% delle donne di età compresa tra i 18 e i 74 anni nell'UE. Una donna su 20 (5%) è stata stuprata dall'età di 15 anni. Nell'Unione Europea, il 18% delle donne ha subito atti persecutori dall'età di 15 anni, mentre il 5% ne è stata vittima nei 12 mesi precedenti l'indagine. Questo dato corrisponde a 9 milioni di donne che nell'UE hanno subito atti persecutori in un periodo di 12 mesi. Circa il 12% delle donne ha indicato di avere subito una forma di abuso o atto sessuale da parte di un adulto prima dei 15 anni, percentuale che corrisponderebbe a 21 milioni di donne nell'UE. I risultati mostrano che il 30% delle donne che ha subito vittimizzazione sessuale da parte di un *partner* precedente o attuale ha anche subito violenza sessuale durante l'infanzia, mentre il 10% delle donne che non ha subito vittimizzazione sessuale durante la relazione attuale o precedente indica di avere subito violenza sessuale durante l'infanzia. Quanto agli U.S.A., un dato su tutti: la percentuale di violenze sessuali e più in generale di aggressioni sessuali denunciate alla polizia è cresciuta dal 23% nel 2016 al 40% nel 2017. Bjs, *Criminal Victimization, 2017, Summary*, 2018, al sito www.bjs.org. Così come elevato è il tasso di femminicidi: nel 2007 gli *intimate partners* hanno commesso il 14% di tutti gli omicidi perpetrati negli U.S.A., con una vittimizzazione doppia della donna rispetto all'uomo. Cfr. Bjs, *Female Victims of Violence*, September 2009, al sito www.bjs.org. Dati tutti confermati anche per il presente.
- 3 Cfr. sul punto, e per un inquadramento del fenomeno, H. Dayan, *Femicide and the Law. American Criminal Doctrine*, New York, Routledge, 2018, l'intero Cap. I. Si noti che sul punto si è espresso anche il Rapporto tematico dell'Onu sugli omicidi basati sul genere, presentato a Ginevra il 25 giugno 2012 da Rashida Manjoo, Relatrice Speciale dell'Onu contro la violenza sulle donne, la quale ha affermato che "a livello mondiale, la diffusione degli omicidi basati sul genere, nelle loro diverse manifestazioni, ha assunto proporzioni allarmanti" e che, "essendo culturalmente e socialmente radicati, essi continuano ad essere accettati, tollerati e giustificati e che l'impunità costituisce la norma". Cfr. R. Diaz, L. Garofano, *I labirinti del male. Femminicidio, stalking e violenza sulle donne: che cosa sono, come difendersi*, Modena, Infinito Edizioni, 2013, p. 23 s.
- 4 Ciò in quanto queste esperienze sono emblematiche di diversi modi di affrontare giuridicamente il problema della violenza di genere. In modo organico e strutturato, nei Paesi anglosassoni, in Spagna e da ultimo in Germania. In modo frammentario e non sistematico, in Francia, in Italia e (parzialmente) nei Paesi scandinavi. Cfr. sul punto M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1738.
- 5 Sul modo in cui la dottrina nord-americana affronta il fenomeno, benché non esista una norma che preveda il femminicidio come fattispecie penale, al pari di quanto avviene in Sud-America, si veda H. Dayan, *Femicide and the Law*, cit., Capp. II e ss., anche con particolare riferimento all'operare degli istituti della provocazione, della *felony murder doctrine* e della legittima difesa in favore della vittima femminile che si difenda dalla furia omicida maschile. Sull'opportunità di creare una norma che

Indagini comparatistiche recenti consentono di ricostruire il panorama latino-americano, costellato di legislazioni che prevedono quale autonoma fattispecie criminosa l'uccisione della vittima femminile⁶.

La genesi del termine femminicidio – nelle diverse e talvolta confuse varianti che tale termine assume nei Paesi di lingua spagnola: *femicide*, femminicidio, femicidio, e femmicidio, ad indicare, in quest'ultima letterale accezione, l'uccisione del soggetto femminile – si colloca, negli anni Settanta, nell'alveo della criminologia femminista e si afferma, negli anni Novanta, sull'onda della scoperta dei ben noti fatti di Ciudad Juarez in Messico. Non deve stupire dunque che negli ordinamenti sud-americani si sia giunti a prevedere una norma apposita per l'uccisione della donna "in quanto donna"⁷.

Pressoché tutti gli ordinamenti giuridici sud-americani prevedono attualmente una siffatta – anche se diversamente costruita – norma *ad hoc*, con la sola eccezione dell'Uruguay e di Cuba. Si distinguono, in particolare, in tale contesto, legislazioni penali che hanno scelto una tecnica di tipizzazione dell'uccisione della vittima femminile di tipo restrittivo, o meglio, hanno innestato la fattispecie su precedenti fattispecie di parricidio (Costa Rica e Cile), e legislazioni che, diversamente, hanno adottato una tecnica estensiva, prevedendo la fattispecie di femminicidio, quale fattispecie autonoma, all'interno di leggi sulla violenza contro le donne (Guatemala, El Salvador, e Panama) oppure all'interno del codice penale (Messico, Honduras, Perù, Ecuador), nonché legislazioni che hanno scelto la strada della circostanza aggravante prevedendo il femminicidio come aggravante dell'omicidio (Colombia, Argentina e Brasile)⁸.

Richiamando brevemente tali legislazioni, si può osservare come la prima normativa a contemplare l'ipotesi del femminicidio in ordine di tempo sia stata quella della Repubblica di Costa Rica. La previsione dell'art. 21 della *Ley* n. 8.589 del 2007, legge finalizzata a criminalizzare la violenza contro le donne, rubricato *Femicidio*, è molto semplice: improntandosi alla struttura della fattispecie di parricidio, la norma punisce con la pena da 20 a 35 anni chi cagiona la morte di una donna con cui si intratteneva una relazione matrimoniale o un'unione di fatto, sia o meno civilmente dichiarata. Elemento distintivo è dunque legato al sesso della vittima che deve essere femminile, nonché al contesto familiare, anche *more uxorio*. Analoga tecnica è seguita dalla norma cilena (art. 390 *c.p.*) che si innesta direttamente all'interno della norma sul parricidio, prevedendo che, laddove la vittima del reato sia o sia stata la coniuge o la convivente dell'autore, il reato prenderà il nome di *femicidio*⁹. Una norma giudicata di mero valore simbolico (non si commina una pena più severa rispetto al parricidio) e destinata a tutelare, più che la vittima femminile, la famiglia.

Di precipuo interesse, a nostro avviso, si dimostrano piuttosto le legislazioni che hanno previsto la fattispecie autonoma di reato e la circostanza aggravante ossia, rispettivamente, la legislazione guatemalteca e la legislazione argentina.

La prima legislazione, come è stato sottolineato, "è quella che con maggiore spregiudicatezza si propone di trasferire in una norma giuridica con effetti penali la formula sociologica di Diana Russell"¹⁰. La previsione, infatti, introdotta nel maggio del 2008, grazie alla *Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer*, punisce l'uccisione della donna "in quanto donna", secondo la concezione di femminicidio esplicitata dalla criminologia americana, poiché afferma chiaramente che "commette

preveda il femminicidio come reato e sulla sua problematizzazione, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, p. 447 ss. In proposito, si concorda con chi evidenzia le difficoltà di tipizzazione del fatto punibile. La stessa nozione sociologica di femminicidio si caratterizza per una spiccata vaghezza e imprecisione: sarebbe dunque impossibile tradurre in termini giuridici una tale nozione. Ci pare che la contrarietà ad un tale inserimento riposi sul principio di legalità e in particolare sul principio di tassatività o sufficiente determinatezza (o di precisione). Se dunque il rispetto del principio di legalità sconsiglia l'introduzione di una fattispecie autonoma di reato rubricata femminicidio, anche alla luce delle deludenti esperienze comparatistiche, risoltesi spesso in mere norme manifesto, resta aperto l'interrogativo in ordine alla possibile previsione di una circostanza aggravante di femminicidio, quale aggravante di reati *gender-neutral*. Rimane, tuttavia, il dubbio su come potrebbe essere strutturata e delineata una siffatta circostanza aggravante. Cfr. Ead., *op. cit.*, p. 452 s.

6 E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 113 ss. Cfr. altresì sul tema di recente F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*.

7 Cfr., sulla confusione semantica propria dei Paesi sud-americani, M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1735; nonché, sui distinti significati, B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia globale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 29 ss., v. altresì A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2015, 1, p. 452 ss., oltre a L. Goisis, *La "violenza di genere" alla luce della Convenzione di Istanbul e della recente legislazione italiana. Una prima lettura critica*, in Matulović M. - Kunštek E., *Kazneno Pravo, Kazneno Postupovno Pravo I Kriminalistika*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014, p. 161 ss.

8 E. Corn, *op. ult. cit.*, pp. 113, 116 ss., 136 ss. Sul contesto messicano, si veda anche L. Melgar, *Femminicidio en México: insuficiencias de la ley, impunidad e impacto social*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2017, 5, p. 166 ss.

9 Si veda altresì, su tali legislazioni, M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1735 s., nonché E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 118, p. 123.

10 Così Id., *cit.*, p. 139.

il reato di *femicidio* chi, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, uccide una donna a causa della sua condizione di donna”, avvalendosi di determinate circostanze minuziosamente descritte nella fattispecie¹¹.

Una disposizione, dunque, che si segnala per una aperta rottura con la neutralità rispetto al genere, tipica delle disposizioni penali di molti Paesi, costruite, in nome del principio dell’uguaglianza formale, indistintamente per uomini e donne, e che mostra una piena consapevolezza della realtà su cui va ad incidere, ossia la realtà di una forma di violenza riconducibile al sessismo, precisando esplicitamente che la condotta si deve manifestare all’interno delle diseguali relazioni di potere fra uomo e donna.

La legislazione argentina si palesa ancor più interessante per un originale avvicinamento del femminicidio alla categoria del crimine d’odio¹². La norma sul femminicidio assume la forma della circostanza aggravante dell’omicidio, introdotta dalla *Ley* 26.791 del dicembre 2012, attraverso una riforma dell’art. 80 del codice penale. La norma prevede infatti un accostamento fra la violenza di genere e il *gender hate crime*, un accostamento – lo stesso dibattito sul femminicidio in America, si noti, è nato originariamente dalla tematizzazione dei crimini d’odio¹³ – perfettamente calzante.

L’art. 80 c.p.arg., rubricato *homicidios agravados*, recita infatti: “*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediana o no convivencia. (omissis) 4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (omissis). 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediana violencia de género. 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*”¹⁴.

Rilevano in particolare, quanto alla violenza di genere, le circostanze aggravanti, introdotte dalla legge 26.791, contemplate nei numeri 1, 4, 11 e 12, oltre al disposto del secondo comma, dell’art. 80, sopra riportati. Mi soffermo brevemente su tali previsioni aggravatorie. Al numero 1 è prevista una estensione della norma sul parricidio quanto ai soggetti passivi, individuati anche nell’ex coniuge e nella persona con cui si sia avuta una relazione di coppia anche senza convivenza, così prevedendo l’aggravamento di pena per l’omicidio che scaturisce dalla violenza domestica o comunque dalla c.d. *intimate partner violence*. Significativa anche la disposizione di cui al numero 4 che contempla l’aggravante dell’odio razziale e religioso, cui la novella del 2012 ha aggiunto anche il genere, l’orientamento sessuale, l’identità di genere o la sua espressione, così recependo l’indirizzo che si è ampiamente manifestato nel continente nord-americano e in molti altri Paesi europei, volto ad includere tali categorie di gruppo fra quelle meritevoli di protezione. Preme osservare che tale aggravante è strettamente legata alla circostanza di cui al numero 11: l’uccisione di una donna quando il fatto è commesso da un uomo e si è in presenza di violenza di genere: come sottolinea Corn, nel dibattito penalistico argentino, tale ipotesi viene identificata come reato di *femicidio*, mentre trattasi, in realtà, di circostanza in senso tecnico (il femminicidio come reato potrebbe rientrare, tra l’altro, nella lettera del numero 4)¹⁵. A nostro avviso,

11 “A) Aver preteso, infruttuosamente, stabilire o ristabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima. B) Aver, all’epoca in cui si perpetra il fatto, o aver avuto con la vittima relazioni famigliari, coniugali, di convivenza, di intimità o di fidanzamento, amicizia o fraternità o relazioni di lavoro. C) Come risultato della reiterata azione di violenza ai danni della vittima. D) Come risultato di riti collettivi usando o no armi di qualsiasi tipo. E) Con disprezzo del corpo della vittima, per soddisfare istinti sessuali o commettendo atti di mutilazione genitale o qualsiasi altro tipo di mutilazione. F) Per misoginia. G) Quando il fatto si realizzi in presenza delle figlie o dei figli della vittima. H) In presenza di qualsiasi circostanza qualificativa tra quelle indicate nell’art. 132 del codice penale”. La norma prosegue, al comma II, chiarendo che la pena detentiva, non riducibile, è compresa tra 25 e 50 anni, e che le persone processate per tale reato non potranno godere di misure sostitutive”. Cfr. per il testo della legge in lingua originale, il sito <https://www.oas.org/>, nonché la traduzione di E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 136.

12 Cfr. per un’ampia tematizzazione, L. Goisis, *Crimini d’odio*, cit., *passim*.

13 Cfr. Ead., *op. cit.*, p. 32 ss., nonché E. Corn, *op. cit.*, p. 44 ss. Il dibattito statunitense sui crimini d’odio, promosso negli anni Ottanta dagli stessi movimenti per i diritti civili e che ha portato all’approvazione dell’*Hate Crime Statistics Act* nel 1990, interessò anche le discriminazioni di genere. In particolare, fu proprio in occasione di un episodio di uccisione di vittime femminili nell’Università di Montreal avvenuto nel 1989 – un caso noto sotto il nome di caso *Lépine*, dal nome del giovane che uccise numerose vittime femminili proprio in ragione dell’odio di genere, apertamente dichiarato dallo stesso *Lépine* – che le due criminologhe Jane Caputi e Diana Russell, fautrici della teorica del femminicidio, accostarono femminicidio e *hate crimes*, ritenendo questo episodio un chiaro esempio di *gender hate crime*.

14 Cfr. il testo del codice penale argentino, al sito del *Ministerio de Justicia*: www.servicios.infoleg.gob.ar.

15 Cfr. E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 158 e s.

tale previsione avvicina e quasi consente di identificare la violenza di genere al crimine d'odio, fondato sul genere.

Si osservi, infine, che il legislatore argentino ha previsto, al numero 12, un'aggravante in caso di vendetta trasversale e ha escluso la possibilità di applicare attenuazioni di pena per chi abbia già in precedenza commesso atti di violenza contro la vittima. In definitiva, come già osservato per la legislazione guatemalteca, anche le scelte legislative argentine si confermano effettuate nel segno di un'ottica *gender oriented* che, in nome dell'uguaglianza sostanziale, ripudia l'equiparazione, sul terreno penalistico, dell'uomo alla donna.

Benché l'esperienza sudamericana del femminicidio sia ritenuta "sostanzialmente deludente", essa tuttavia costituisce un esempio di come si possano pensare e strutturare fattispecie non *gender neutral* laddove l'uguaglianza formale rispetto al genere possa tradursi in disuguaglianze di fatto, come lo stesso *Tribunal Constitucional* spagnolo, lo vedremo, ha sottolineato pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della *Ley Organica* n. 1/2004, intitolata precipuamente alla violenza di genere¹⁶.

2.2. La violenza sessuale

Veniamo alla *violenza sessuale*, cui dedicheremo più ampia trattazione, anche in ragione della sua incidenza statistica elevata. L'aspetto più qualificante che emerge dal panorama comparatistico in materia di violenza sessuale è la rinnovata impostazione, in molte recenti legislazioni, del rapporto fra *violenza sessuale e consenso*, che sappiamo essere al centro del dibattito anche con riferimento alla disposizione italiana di cui all'art. 609-bis c.p., ancora imperniata sulle condotte di violenza e minaccia e dunque sul c.d. onere di resistenza, chiaro retaggio del passato¹⁷. Analizzeremo, sia pur sinteticamente, le diverse legislazioni straniere da questo angolo visuale, in quanto il più rilevante, a nostro avviso, in ottica *de iure condendo* per il legislatore italiano.

Quanto all'*ordinamento statunitense*, in materia di violenza sessuale, rileva la disciplina del *Model Penal Code*, quale modello cui si ispirano, come noto, le diverse legislazioni statali¹⁸. La disposizione di riferimento è la Sezione 213.1. intitolata *Rape and Related Offences*, che recita: "(1) An actor is guilty of rape, a felony of the second degree, if he or she knowingly or recklessly: (a) uses physical force, physical restraint, or an implied or express threat of physical force, bodily injury, or physical restraint to cause another person to engage in an act of sexual intercourse with anyone; or (b) causes another person to engage in an act of sexual intercourse by threatening to inflict bodily injury on someone other than such person or by threatening to commit any other crime of violence; or (c) has, or enables another person to have, sexual intercourse with a person who, at the time of such act of sexual intercourse: (i) is less than 12 years old; or (ii) is sleeping, unconscious, or physically unable to express nonconsent to engage in such act of sexual intercourse; or (iii) lacks the capacity to express nonconsent to engage in such act of sexual intercourse, because of mental disorder or disability, whether temporary or permanent; or (iv) lacks substantial capacity to appraise or control his or her conduct because of drugs, alcohol, or other intoxicating or consciousness-altering substances that the actor administered or caused to be administered, without the knowledge of such other person, for the purpose of impairing such other person's capacity to express nonconsent to such act of sexual intercourse"¹⁹.

16 Per questo giudizio, E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 170 e p. 144 s. Lo studioso sottolinea come il pregiudizio della dottrina penalistica nei confronti di un inserimento del "genere" sul terreno codicistico, come avvenuto in Spagna, sia mosso "dal nobile e condivisibile intento di difendere i valori del liberalismo penale dalla sempre più presente minaccia dell'espansionismo penale (...)", evidenziando, tuttavia, come la struttura del liberalismo penale del XIX secolo non possa, sulle questioni di genere, essere considerata "quel prezioso punto di riferimento, che è, ancora oggi, in tanti altri ambiti di questo settore dell'ordinamento". *Ivi*, p. 145.

17 Ci sia consentito il rinvio sul punto a L. Goisis, *La violenza sessuale*, cit., p. 15. Si veda altresì A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1163 ss.

18 Nel 1962, l'ALI, l'*American Law Institute*, costituito da un gruppo di studiosi ed esperti di diritto penale impegnati a formulare proposte di riforma della giustizia da attuare nei vari Stati della confederazione, sotto la guida del Prof. Herbert Wechsler, preparò il disegno di un codice penale-modello per tutte le legislazioni statali, il *Model Penal Code*, il quale resta il codice penale cui si ispirano i singoli legislatori nazionali. Cfr. J. F. Anderson-P. Mell, *Criminal Law*, Durham (N. C.), Carolina Academic Press, 2007, p. 605 ss.

19 *Model Penal Code*, Section 213.1. Prosegue la norma: "(2) An actor is guilty of aggravated rape, a felony of the first degree, if he or she violates subsection (1) of this Section and: (a) uses a deadly weapon to cause the other person to engage in such act of sexual intercourse; or (b) acts with the active participation or assistance of one or more other persons who are present at the time of the act of sexual intercourse; or (c) knowingly or recklessly causes serious bodily injury to the other person or to anyone else for the purpose of causing such other person to engage in the act of sexual intercourse; or (d) the act of sexual intercourse in violation of subsection (2) of this Section is a commercial sex act". Il testo del codice penale modello è consultabile al sito dell'*American Law Institute*, <https://www.ali.org>.

Esimendoci da una dettagliata analisi della fattispecie, ci preme sottolineare la struttura della stessa, imperniata sui concetti di violenza e minaccia quali elementi costitutivi del reato, una struttura simile a quella di molte legislazioni in materia di delittuosità sessuale, tra cui quella italiana.

Occorre tuttavia osservare che, nell'ordinamento statunitense, si registra in anni recenti una tendenza a svincolare la violenza sessuale da questi elementi di fattispecie per imperniarla sul consenso, un consenso affermativo, cosciente e volontario, secondo lo *slogan* meglio noto sotto la formula "Yes means Yes". All'origine di tali proposte di riforma della disciplina dei reati sessuali vi è l'allarmante crescita degli episodi di violenza sessuale all'interno dei *campus* universitari americani che ha indotto alcuni legislatori a novellare i testi normativi degli *Education Codes*²⁰. Un primo esempio di legislazione statale che si è posta in questa nuova prospettiva è dato dalla legislazione californiana. Nel 2014, infatti, attraverso il *Senate Bill* n. 967, del 28 settembre 2014, intitolato espressamente *Student Safety: Sexual Assault*, è stato introdotto il suddetto principio nell'ambito dei Codici etici delle università californiane. Nel provvedimento di legge è stata prevista la disposizione 67.386, la quale impone una precisa *policy* da seguire in materia di *sexual assaults* da parte delle istituzioni universitarie: "The policy shall include all of the following: (1) An affirmative consent standard in the determination of whether consent was given by both parties to sexual activity. "Affirmative consent" means affirmative, conscious, and voluntary agreement to engage in sexual activity. It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity. Lack of protest or resistance does not mean consent, nor does silence mean consent. Affirmative consent must be ongoing throughout a sexual activity and can be revoked at any time. The existence of a dating relationship between the persons involved, or the fact of past sexual relations between them, should never by itself be assumed to be an indicator of consent". La disposizione prosegue precisando che il consenso affermativo non può ritenersi esplicitato nel caso in cui il soggetto sia dormiente o incapace a causa dell'assunzione di alcool o sostanze stupefacenti.

Nonostante, all'evidenza, il principio dell'"affirmative consent" – ossia di un consenso positivamente e verbalmente espresso, consapevole e volontario – valga solo sul terreno disciplinare, all'interno del procedimento disciplinare instaurato a carico dello studente autore di reato da parte delle istituzioni universitarie, esso costituisce una novità significativa nel panorama della possibile disciplina dei reati sessuali nell'ordinamento nord-americano. Tuttavia, eminenti studiosi, quali Alan Dershowitz dell'Università di Harvard, additano i difetti di una simile regola: per quanto il richiedere che l'assenso all'atto sessuale sia previamente ottenuto verbalmente ed anche discusso fra i *partners* possa essere, sotto il profilo interpersonale, il modo più sicuro perché l'atto sia pienamente consensuale e voluto, dal punto di vista probatorio, stante il non rispetto da parte delle istituzioni universitarie del principio della prova *beyond a reasonable doubt*, tipico invece dal sistema penale, si ha, nell'ambito dei procedimenti disciplinari a carico degli studenti universitari, una palese violazione della *rule of law* e del *principle of fairness*²¹, imponendo, tra l'altro, all'autore di reato un onere probatorio eccessivo, così come avverrebbe anche in sede di processo penale.

Analoghi provvedimenti – che recepiscono il c.d. *affirmative consent model* sul terreno della violenza di genere nell'ambito delle istituzioni universitarie – sono stati adottati nello Stato di New York e dell'Illinois²². Proposte di legge in tale direzione sono attualmente all'esame di quasi tutti i parlamenti statali

20 In particolare, l'*Association of American Universities* emanava un allarmante rapporto sulle violenze sessuali perpetrate nei *campus* universitari, nel 2015, dal quale emergeva che più del 20% delle studentesse in un ampio campione di eminenti università americane dichiaravano di essere state vittime, nel corso del medesimo anno, di *sexual assault* e *rape*. Cfr. N. Anderson, S. Svrluga, *What a Massive Sexual Assault Survey Found at 27 Top U.S. Universities*, in *The Washington Post*, 21 September 2015. Si veda altresì il sito dell'Associazione delle Università Americane per consultare integralmente gli esiti del sondaggio, condotto su un campione di 150.000 studenti universitari.

21 A. Dershowitz, *Innocent until Proven Guilty? Not under 'Yes means Yes'*, in *The Washington Post*, 14 October 2015.

22 Nello Stato di New York, per esempio, il *Bill* A8244-2015 ha introdotto nei Codici etici universitari analoghe disposizioni. In particolare la Sezione 6441 di tale provvedimento di legge definisce l'*affirmative consent to sexual activity*: "1. Every institution shall adopt the following definition of affirmative consent as part of its code of conduct: "affirmative consent is a knowing, voluntary, and mutual decision among all participants to engage in sexual activity. Consent can be given by words or actions, as long as those words or actions create clear permission regarding willingness to engage in the sexual activity. Silence or lack of resistance, in and of itself, does not demonstrate consent. The definition of consent does not vary based upon a participant's sex, sexual orientation, gender identity, or gender expression. 2. Each institution's code of conduct shall reflect the following principles as guidance for the institution's community: A. consent to any sexual act or prior consensual sexual activity between or with any party does not necessarily constitute consent to any other sexual act. B. consent is required regardless of whether the person initiating the act is under influence of drugs and/or alcohol". La norma prosegue escludendo il consenso nel caso di soggetti incapaci, tra l'altro perché addormentati o sotto l'effetto di alcool o sostanze stupefacenti e quando il consenso sia stato estorto mediante coercizione o minaccia.

nord-americani, benché non sia chiaro quali siano i risvolti che questi provvedimenti di legge avranno sul sistema della giustizia penale²³.

Significativamente un modello consensualistico vige già, sul terreno penalistico, in Gran Bretagna ove il *Sexual Offences Act* inglese del 2003 incrimina, alle Sezioni 1 e seguenti, gli atti sessuali, siano essi il toccamento sessuale o lo stupro, quando non vi sia consenso e quando l'autore ritenga ragionevolmente che la vittima non acconsenta²⁴.

Speculare rispetto al c.d. “*Yes means Yes*” è l'opposto principio del “*No means No*”, ossia “No significa No”, un principio affermatosi assai di recente nell'ordinamento tedesco nell'ambito della riforma dei reati sessuali, sull'onda della richiesta da parte dell'opinione pubblica, specie dei movimenti femministi, di una disciplina maggiormente capace di tutelare la vittima femminile, a seguito dei noti fatti del Capodanno del 2016 a Colonia e ad Amburgo, quando si verificarono aggressioni sessuali ai danni di centinaia di donne, rimaste parzialmente impunte a causa della mancata prova processuale della violenza e della minaccia richiesta dalla legislazione tedesca in materia di delittuosità sessuale²⁵.

In Germania, nel novembre del 2016, è stata varata una riforma dei reati sessuali che si impernia sul § 177 StGB (ora rubricata aggressione sessuale, costrizione sessuale, stupro), una norma che scolpisce il principio della punibilità degli atti meramente dissensuali, ossia commessi contro la volontà riconoscibile della vittima, senza che debbano ricorrere violenza, minaccia o altre modalità di condotta, una norma considerata di forte impatto non solo sul piano giuridico, ma anche su quello simbolico²⁶. Il codice penale tedesco è stato modificato altresì al fine di prevedere la fattispecie autonoma di molestie sessuali (§ 184i), nonché una fattispecie relativa ai c.d. atti sessuali commessi “a sorpresa”. Infine, la riforma contempla anche una fattispecie accessoria (§184j StGB) che punisce la mera partecipazione ad un gruppo, quando il gruppo induca un soggetto a commettere un reato sessuale, a prescindere da un contributo morale o materiale, norma ritenuta di carattere eminentemente simbolico, posto il suo derogare ai principi generali in materia di concorso di persone nel reato, e segnatamente finalizzata a rispondere ai bisogni emotivi di pena originati dai fatti di Colonia ed Amburgo.

La disciplina tedesca della violenza sessuale secondo il “modello del dissenso”, in forza del quale è sufficiente superare il dissenso della vittima ai fini della rilevanza penale della violenza, a prescindere da particolari modalità di costrizione, sembra costituire pressoché un *unicum* nel panorama dei Paesi di *civil law*²⁷ e dunque rappresenta una novità significativa.

L'adozione del modello consensualistico – o meglio dissensualistico, essendo a rigore consensualistico il modello anglosassone, inglese in particolare, come anticipato²⁸ – si evidenzia nel comma primo del § 177 StGB, ove il delitto base di “costrizione sessuale” si impernia sul compimento di atti sessuali “*gegen den erkennbaren Willen*”, ossia “contro la volontà riconoscibile” della vittima, un'espressione criti-

23 Cfr., per una mappatura delle proposte di legge americane sull'*affirmative consent*, il sito www.affirmativeconsent.com.

24 Cfr. <https://www.legislation.gov>. Nonché sul punto F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e “tolleranza zero” verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, p. 3.

25 Si veda F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, cit., p. 1 ss.

26 “(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn 1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, 2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert, 3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt, 4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder 5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat”. La norma si compone di altri sette commi, a seguito della riforma, in cui sono previste diverse ipotesi a coprire tutto l'arco delle condotte sessuali penalmente rilevanti, ad eccezione delle molestie sessuali, contemplate nel § 184i. Si veda, per la legislazione penale tedesca, il sito del Ministero della Giustizia tedesco, in part. la pagina <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>.

27 Cfr. per tale giudizio sulla norma in oggetto, Id., *op. cit.*, p. 2. Legislazioni consensualistiche si riscontrano, tuttavia, anche in Belgio, Lussemburgo e a Cipro.

28 Così è strutturato il *Sexual Offences Act* inglese del 2003. Anche l'ordinamento irlandese segue il modello consensuale. Sull'ordinamento irlandese, K. McDaniel-Miccio, *An American in St. Patrick's Court: Gender Violence, Gender Inequality and the Irish Feminist Response*, in R. Goel, L. Goodmark, (Eds.), *Comparative Perspectives on Gender Violence. Lessons from Efforts Worldwide*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 115 ss. Ivi, si veda, per un approfondimento sull'ordinamento australiano in materia di violenza di genere, soprattutto di violenza domestica e familiare, M. Dragiewicz, *Family Law Reform and Domestic Violence. Lessons from Australia*, p. 127 ss.

cata da una parte della dottrina tedesca sia in ragione dell'indeterminatezza della formula sia per l'uso simbolico del diritto penale operato dalla riforma²⁹. Si evidenzia altresì nella previsione, al § 177, comma 2, n. 3 *StGB*, dell'ipotesi delittuosa degli atti sessuali repentini, ossia sfruttando un momento di sorpresa ("*ein Überraschungsmoment ausnutzt*"). Entrambe le ipotesi sono punite con la pena da 6 mesi a 5 anni di reclusione.

Significativa altresì la previsione di una fattispecie autonoma di molestie sessuali, secondo l'indicazione che proviene anche dalla ben nota Convenzione di Istanbul: si tratta del § 184i *StGB*³⁰. La norma prevede, al primo comma, la pena della reclusione fino a due anni in alternativa alla multa per chiunque molesti un'altra persona toccandola fisicamente "in maniera sessualmente connotata". Al secondo comma, si contempla una fattispecie di molestie sessuali aggravata, prescrivendo una pena detentiva da 3 mesi a 5 anni "nei casi di particolare gravità", menzionando fra questi il compimento del fatto da parte di una pluralità di persone. Si tratta di norma residuale, poiché è prevista una clausola di sussidiarietà rispetto alla fattispecie di cui al § 177 *StGB*.

Una norma (pur non pienamente precisa) da salutare con favore, destinata a punire fatti in precedenza non ritenuti penalmente rilevanti nell'ordinamento tedesco (baci, toccamenti, abbracci intensi non graditi) e che tuttavia andava forse estesa anche alle molestie sessuali che non comportino coinvolgimento corporeo della vittima, come prescritto dalla Convenzione di Istanbul³¹. Una norma che il legislatore italiano potrebbe tenere in considerazione quale potenziale modello per strutturare, dovendo ottemperare sotto questo profilo al dettato della Convenzione di Istanbul, una eventuale fattispecie autonoma di molestie sessuali.

In definitiva, la riforma tedesca si presenta come un modello cui potrebbero ispirarsi i Paesi di *civil law* e segnatamente il legislatore italiano – si tratta infatti, lo ricordiamo, del primo ordinamento di *civil law* ad aver adottato un sistema pienamente consensualistico – al fine di espungere dalla disciplina dei reati sessuali il persistente riferimento a modalità costrittive quali la violenza e la minaccia, imperniandola invece sulla volontà del soggetto passivo.

Veniamo all'*esperienza spagnola*, cui dedicheremo nella trattazione che segue un paragrafo autonomo, in ragione di una recente e interessante riforma della violenza sessuale che va nella direzione dell'accoglimento proprio del principio "*Yes means Yes*".

Guardando a tale ordinamento, ove i dati statistici dimostrano un'incidenza significativa della violenza di genere³², esso si segnala per un approccio integrato e olistico al tema della *violencia de género*³³.

Un simile giudizio origina dalla emanazione della *Ley Organica* n. 1/2004, del 28 dicembre, intitolata specificamente *Medidas de Protección Integral contro la Violencia de Género*. Benché la legge non contenga alcun riferimento all'ipotesi dell'uccisione della vittima femminile, ossia non preveda una fattispecie autonoma di femminicidio, essa si caratterizza per una esplicita declinazione delle fattispecie del *diritto penale classico alla luce del genere*: in particolare, il codice penale spagnolo, a seguito della novella del 2004, prevede differenze sanzionatorie tra uomini e donne, nel caso di reati quali le lesioni, i maltrattamenti, le minacce o la violenza privata lievi se tra i soggetti, all'epoca dei fatti o anteriormente, era intercorsa una relazione affettiva³⁴.

29 F. Macrì, *op. ult. cit.*, p. 3 e p. 20 ss. In particolare, la dottrina tedesca segnala il rischio di punire di fatto condotte colpose, laddove l'agente in buona fede non riconosca la volontà contraria della vittima. La norma novellata, traducendo, così recita, al primo comma: "Chiunque contro la volontà riconoscibile di un'altra persona compie sulla stessa, o fa compiere dalla stessa atti sessuali, oppure la determina a compiere o subire atti sessuali con/da una terza persona, è punito con la reclusione da 6 mesi a 5 anni". Il comma 2, n. 3 prevede l'ipotesi in cui l'autore di reato sfrutti un momento di sorpresa. La disciplina è altresì rivolta a determinare i casi in cui il consenso non si possa validamente formare, nonché le ipotesi più gravi, quali lo stupro.

30 § 184i *Sexuelle Belästigung*: "(1) Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält". Cfr. il sito del Ministero di Giustizia per il testo dello *StGB*.

31 Cfr. Ead., *op. ult. cit.*, p. 29.

32 Nel 2012 si registravano oltre 30.000 denunce per violenza di genere, dati decisamente aumentati per il presente se si pensa che per il primo trimestre 2019 si contano 40.319 denunce per *violencia de género*. Cfr. M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1730 per i dati più risalenti e il sito <https://www.epdata.es>. per i dati più aggiornati provenienti dall'Agenzia Europa Press.

33 Per questo giudizio, Ead., *cit.*, p. 1738.

34 Si tratta degli artt. 148, comma 5, 153, comma 1, 171 comma 5 e 172, comma 2 del codice penale iberico. Cfr. sul punto E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie*, *cit.*, p. 144, nonché M. A. Sánchez, *Aspectos penales del pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2018, 1, p. 5 ss., in part. p. 6.

La legge ha significativamente introdotto il *Juzgado sobre la violencia de género*, organo giudiziario con competenza esclusiva per tutte le ipotesi di aggressione da parte del coniuge o ex coniuge, del convivente o ex convivente o comunque scaturite da un rapporto affettivo anche non più in essere (oltre che per violenze contro minori ed incapaci conviventi in caso di recidiva). Tale giudice può emettere ordini di protezione civilistici. Nel complesso, la legge si segnala per una strategia integrata di contrasto alla violenza di genere: accanto all'arsenale sanzionatorio penalistico si affianca anche una serie di misure di prevenzione del fenomeno (in ambito scolastico e di assistenza psicologica alle vittime di violenza)³⁵.

Il recepimento della Convenzione di Istanbul nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, nonché la stessa Direttiva dell'Unione europea 2012/29/UE, la c.d. Direttiva Vittime, hanno condotto alla promulgazione della *Ley n. 4/2015*, del 27 aprile, sullo statuto della vittima di reato, e soprattutto ad una proposta di riforma della *Ley Organica n. 1/2004*, la quale è contenuta nel *Pacto de Estado en materia de violencia de género "por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias"*. Un provvedimento ratificato dal Parlamento in data 28 settembre 2017.

Il Patto, benché discutibilmente non elaborato con l'intervento di giuristi di estrazione penalistica, bensì solo con quello di cattedratici civilisti e processualisti³⁶, si segnala per un numero elevato di proposte riformistiche, molte delle quali rivolte all'ambito educativo, alla sensibilizzazione e alla prevenzione. Una proposta estremamente significativa è costituita dalla misura, prevista nel numero 51 del provvedimento, di combattere l'apologia della violenza di genere e l'incitamento all'odio per motivi di genere: a tal fine vengono previste sanzioni amministrative nei confronti di *clubs* sportivi che permettano l'apologia *de qua*, anche attraverso una riforma della *Ley n. 19/2007*, dell'11 luglio 2007, contro la violenza, il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza nello sport, al fine di inserirvi le forme di violenza di connotazione sessista.

Una siffatta proposta non può stupire se pensiamo che l'ordinamento spagnolo si segnala per le disposizioni di cui agli artt. da 510 a 521 del codice penale, le quali contemplano una dettagliata disciplina che incrimina gli atti di discriminazione, tra gli altri, per motivi sessisti o di genere³⁷. Anche tale disciplina sui crimini d'odio a sfondo sessista e per odio di genere predisposta in Spagna si inquadra nella efficace e strutturata politica criminale attuata da tempo dal legislatore spagnolo in materia di violenza di genere e testimonia dell'approccio olistico sul tema abbracciato in questo Paese.

Il Patto poi amplia il concetto di violenza di genere, previsto nella precedente *Ley n. 1/2004*, limitato alla violenza domestica e affettiva, per avvicinarlo alla nozione presente nella Convenzione di Istanbul, al fine di contemplare all'interno della violenza di genere anche la violenza al di fuori del contesto familiare e soprattutto al fine di considerare le varie forme della violenza di genere, che è da intendersi, per la Convenzione, quale violenza fisica, sessuale, psicologica o economica e si manifesta nei numerosi reati di genere contemplati dalla Convenzione³⁸. Tale obiettivo di ampliamento della nozione è esplicitato nel numero 84 del citato Patto.

Il Patto contiene disposizioni in ordine alla necessità di disciplinare la c.d. violenza vicaria, ossia quella violenza esercitata da un soggetto maltrattante sui figli al fine di colpire la madre, che viene dunque riconosciuta in tali casi vittima di violenza di genere.

Si conferma la scelta di punire più gravemente i reati comuni (lesioni, maltrattamenti, minacce e violenza privata lievi) commessi tra soggetti legati da attuale o precedente relazione sentimentale. La proposta n. 88 va nella direzione della soppressione di alcune circostanze attenuanti nel caso della violenza di genere. In particolare, la circostanza attenuante della confessione quando le circostanze del fatto permettano di individuare inconfutabilmente l'autore, sempre che siano rispettati gli *standards* di costituzionalità in relazione al principio di uguaglianza. E altresì la circostanza attenuante della riparazione del danno, che, ai sensi della disposizione n. 89 del Patto, non dovrà operare in caso di violenza di genere, previsione che promana dalla Convenzione di Istanbul (art. 48) ed è oggi contemplata anche nel codice penale italiano con riferimento allo *stalking*³⁹.

Infine, accanto ad alcune proposte in materia di conseguenze giuridiche del delitto, in caso di violenza di genere (estendere la pena accessoria della privazione del porto d'armi non solo al delitto

35 Cfr. M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1737, nonché P. Faraldo Cabana y M. de los Angeles Catalina Benavente, *La Formación y especialización de los agentes implicados en el tratamiento penal de la violencia de género. La situación en España*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2017, 1, p. 101 ss., in part. p. 112 ss.

36 M. A. Sánchez, *Aspectos penales del pacto de Estado Español contra la violencia de género*, cit., p. 10.

37 Cfr., sulla disciplina dei crimini d'odio nell'ordinamento spagnolo, si veda L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 120 ss.

38 Cfr. sul punto, M. A. Sánchez, *Aspectos penales*, cit., p. 12 ss.

39 *Ibidem*, p. 18.

di lesioni, come già previsto, bensì anche alle minacce; prevedere la misura della libertà vigilata per il soggetto che opera i maltrattamenti, quando la vittima sia poco protetta), sul terreno del diritto penale sostanziale, si segnala la proposta n. 90 del Patto in esame. La proposta prevede la generalizzazione dell'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 22, comma 4 del *código penal* – che disciplina l'aggravante “del motivo d'odio” (razzista, antisemita, ideologico o legato a convinzioni personali, religioso, omofobico, transfobico, sessista o di genere e in relazione alla disabilità o infermità della vittima)⁴⁰ – anche al reato di mutilazione degli organi genitali femminili. La proposta n. 92, analogamente, raccomanda l'applicazione dell'aggravante – trattasi di aggravante comune – in tutti i casi in cui risulta provato l'elemento soggettivo dei motivi maschilisti o discriminatori verso la donna, o per ragioni di genere, nei casi di aggressione o abuso sessuale di cui agli artt. da 178 a 183-*bis* c.p.⁴¹

La specificazione nasce dalla concezione secondo la quale, nel caso dei reati sessuali, frutto della sopraffazione di genere, a differenza che nel caso dell'omicidio o delle minacce gravi, contestare l'aggravante dell'odio di genere costituirebbe una violazione del principio del *ne bis in idem*. La proposta intende superare questo ostacolo, frapponendosi nella prassi applicativa della circostanza aggravante. Tale apertura sembra essere il frutto di una sentenza della *Audiencia Provincial de Oviedo* n. 18/2017 che ha condannato per omicidio (*asesinado*) aggravato per la premeditazione e per il motivo discriminatorio o d'odio di genere oltre che per il rapporto di parentela, in un caso di omicidio di una donna da parte di un uomo che aveva con la medesima una relazione sentimentale. Di fatto, una sentenza di condanna per femminicidio, benché la fattispecie non sia autonomamente prevista come reato nell'ordinamento spagnolo⁴².

In definitiva, pur con il rischio di alcune duplicazioni di disciplina, la legislazione spagnola sembra quella che meglio di altre si è posta nella direzione di un approccio strutturato ed organico nella lotta contro la violenza di genere. Una normativa, quest'ultima, che il *Tribunal Constitucional* ha ritenuto costituzionalmente legittima in più occasioni, in ragione della necessità di superare la profonda disuguaglianza sostanziale fra uomo e donna, la quale si cela dietro il velo di un'apparente uguaglianza formale⁴³.

Un esempio, dunque, al pari delle legislazioni latino-americane, di un diritto penale non neutrale rispetto al genere che può essere ritenuto, nonostante ciò, compatibile con la Costituzione e in particolare con il principio di uguaglianza, se declinato alla luce dell'idea di un “trattamento differenziato delle situazioni oggettivamente differenti”⁴⁴.

Si osservi incidentalmente che un diverso approccio, disorganico e frammentario, alla violenza di genere si registra in altri Paesi, tra i quali, oltre all'Italia, come diremo, spicca la *Francia*.

Si segnalano infatti in questo ordinamento giuridico interventi legislativi isolati e non coordinati fra loro: a partire da un provvedimento risalente al 2004 che ha previsto *mesures d'urgence* per i casi di violenza coniugale, si è passati nel tempo ad ulteriori riforme, maggiormente incisive, come una legge del 2006 dedicata alla prevenzione e alla repressione della violenza all'interno della coppia o attuata sui minori, attraverso una revisione dell'art. 222-22 del codice penale, finalizzata a chiarire che la violenza sessuale si integra anche quando sia commessa all'interno di una relazione coniugale o sentimentale, nonché attraverso un ampliamento delle circostanze aggravanti per la violenza intra-famigliare, oltre alla previsione di ordini di protezione. Tale provvedimento ha aperto la strada ad una politica più organica di lotta alla violenza di genere, culminata nella legge 9 luglio 2010, n. 769 “*Loi cadre contre les violences fait aux femmes*”, finalizzata a prevedere misure non solo repressive, ma anche preventive e di protezione delle vittime, finalità che animano anche una successiva legge sulla parità di genere, del 23 luglio 2014⁴⁵. Sino ai più recenti progetti di legge, del marzo 2018, volti ad introdurre la possibilità di multare qualcuno per “oltraggio sessista”, cioè per il fatto di imporre a una persona delle osservazioni o degli atteggiamenti a connotazione sessuale che abbiano un carattere degradante o umiliante o che intimidiscano, offendano e creino un'atmosfera ostile. Il progetto di legge è divenuto legge nell'agosto

40 La norma recita: “*son circunstancias agravantes: (...) Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenencia, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*”.

41 M. A. Sánchez, *Aspectos*, cit., p. 19 e p. 27 ss. *Ivi*, per le riforme processuali proposte nel Patto, p. 21 ss.

42 Per questo giudizio, si veda Ead., cit., p. 28.

43 Si vedano le sentenze n. 59/2008, del 14 maggio; n. 52/2010, del 4 ottobre; n. 41/2010, del 22 luglio e n. 45/2010, del 28 luglio. Si veda il sito della Corte Costituzionale spagnola: <https://www.tribunalconstitucional.es>, nonché E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 145.

44 Cfr. G. Dodaro, *Eguaglianza e diritto penale, Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 81.

45 Sull'ordinamento francese, si veda la ricostruzione di M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1738 e s.

2018, la Loi n. 2018/703 del 3 agosto, e prevede attualmente una fattispecie autonoma, all'art. 222-33 c.p., di *harcèlement sexuel*, ossia di molestia sessuale, che è così definita: “*est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante*”⁴⁶.

Nel contesto europeo, da ultimo, una strada intermedia, nel contrasto alla violenza di genere, si rintraccia negli *ordinamenti scandinavi*. Si parla a proposito di questi ordinamenti di “paradosso nordico”⁴⁷. Benché infatti le politiche e le misure per la parità di genere siano molto diffuse e messe in campo a livello governativo con impegno fattivo, in questi Paesi si assiste ad un elevato tasso di incidenza della violenza di genere, specie di *intimate partner violence*.

Si prenda ad esempio l'ordinamento norvegese. Nonostante il tasso di violenza complessiva nel Paese sia relativamente contenuto, si conta che una donna su quattro abbia subito violenza da parte di un *partner* nel corso della vita, un tasso elevato e in linea con quello degli altri Paesi europei. Se si considerano lo stupro e il tentato stupro, si stima che fra le 8.000 e le 16.000 donne vengano aggredite ogni anno, fatti per i quali si riscontra un tasso minimo di condanne e di indagini di polizia⁴⁸. Questi dati sembrano sconfiggere l'ipotesi, spesso avanzata in dottrina, secondo la quale ordinamenti ispirati a politiche di *gender equality* presentano tassi di violenza di genere più contenuti. Non solo. Nonostante il recepimento della CEDAW e della stessa Convenzione di Istanbul all'interno dell'ordinamento giuridico, nel 2013 la Corte Suprema norvegese ha sentenziato che la Norvegia ha violato l'obbligo di rispetto della CEDU per aver fallito nel tutelare alcune vittime femminili di ripetuti abusi, minacce di morte e violenze pari alla tortura⁴⁹.

Dati analoghi, secondo le stime di Amnesty International, si registrano negli altri Paesi scandinavi. Finora la Svezia è l'unico dei quattro Stati del Nord-Europa che, nel tentativo di contrastare l'emergenza della violenza sessuale ai danni di vittime femminili, ha adottato una legge basata sul modello consensualistico. La Danimarca ha recentemente affermato il sostegno a una normativa simile e in Finlandia è in gestazione una riforma complessiva “per rafforzare l'importanza del consenso” nella legislazione sui reati di natura sessuale⁵⁰.

Ci si sofferma dunque sulla legge svedese, che si allinea, piuttosto che al modello dissensualistico tedesco, al modello consensualistico, secondo il principio, già ricordato e accolto dalla legislazione californiana nell'ambito dei codici etici universitari (oltre che nello Stato di New York e dell'Illinois), nonché dall'ordinamento inglese, “*Yes means Yes*”. La condotta di violenza sessuale, secondo il capitolo 6, Sezione 1 del codice penale svedese, si impernia non più sulla violenza o sulla minaccia, bensì sul consenso della vittima, che potrà essere desunto da parole o atti o in qualche altro modo. Un consenso dunque affermativo ed espresso. La pena minima è di due anni e quella massima di sei anni. La vittima che versi in una situazione particolarmente vulnerabile, per esempio se in stato di intossicazione da

46 Prosegue la norma: “*L'infraction est également constituée: 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition. II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis: 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions; 2° Sur un mineur de quinze ans; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice; 6° Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique; 7° Alors qu'un mineur était présent et y a assisté; 8° Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait*”. Cfr. www.legifrance.gouv.fr.

47 E. Gracia-J. Merlo, *Intimate Partner Violence Against Women and the Nordic Paradox*, in *Social Science & Medicine*, 2016, 157, p. 27 ss., nonché Cfr. J. Goldscheid, *The Economics of Gender Violence in Norway. A Comparative Approach*, in R. Goel, L. Goodmark, (Eds.), *Comparative Perspectives on Gender Violence. Lessons from Efforts Worldwide*, cit., p. 141 ss.

48 Cfr. Id., *op. cit.*, p. 142.

49 Su tale decisione, Id., *cit.*, p. 144.

50 Amnesty International, *Stati del Nordeuropa: sopravvissute allo stupro unite per la fine dell'impunità per gli stupratori*, 3-4-2019, Rapporto consultabile al sito <https://www.amnesty.it>.

alcool o stupefacenti, viene tutelata. Vengono altresì previste due nuove fattispecie di violenza sessuale e abuso sessuale colposo, punite con la pena detentiva fino a un massimo di quattro anni⁵¹.

Condotta questo *excursus* comparatistico, occorre ora procedere ad un bilancio complessivo che consenta di trarre indicazioni utili per il legislatore italiano, secondo la ben nota finalità propria della comparazione.

Ebbene, si può dunque concludere, in definitiva, che il modello consensualistico e dissensualistico si stanno imponendo nel panorama comparato – a prescindere dagli *slogans* politici con cui vengono nominati per finalità simboliche – quali strumenti per una più penetrante protezione delle vittime femminili dinanzi alla violenza di genere a sfondo sessuale⁵².

In questa stessa direzione si è posta la Spagna ancor più decisamente con la recente legge di riforma in materia di violenza sessuale, la Legge Organica n. 10/2022.

3. La recente novella spagnola in tema di violenza sessuale

La *Ley Organica* n. 10/2022 *de Garantía integral de la libertad sexual*, meglio conosciuta come legge del “*solo Si è Si*”, ha riformato profondamente i delitti contro la persona nell’ordinamento giuridico spagnolo, innovando la disciplina dei reati contro la libertà sessuale⁵³.

51 Section 1. A person who carries out sexual intercourse or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. In assessing whether the participation is voluntary or not, particular consideration shall be given to whether the voluntariness was expressed through words or deed or in some other way. A person can never be considered to be participating voluntarily if: 1. their participation is a consequence of assault, other violence or a threat of a criminal act, a threat to prosecute or report another person for an offence or a threat to provide detrimental information about another person; 2. the perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, intoxication or other drug influence, illness, bodily injury or mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or 3. the perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person’s position of dependency on the perpetrator. If in view of the circumstances associated with the offence, the offence is considered less serious, the person is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at most four years. If the offence referred to in the first paragraph is considered gross, the person is guilty of gross rape and is sentenced to imprisonment for at least five and at most ten years. In assessing whether the offence is gross, particular consideration shall be given to whether the perpetrator used violence or a threat that was of a particularly serious nature or whether more than one person abused the victim or took part in the abuse in some other way or whether, in view of the method used or the low age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality. - Section 1 a. A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the fact that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape and is sentenced to imprisonment for at most four years. If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person shall not be held responsible. - Section 2. A person who carries out a sexual act not referred to in Section 1 with a person who is not participating voluntarily is guilty of sexual abuse and is sentenced to imprisonment for at most two years. In assessing whether the participation is voluntary or not, the provision in Section 1, first paragraph, second and third sentences applies. If the offence is considered gross, the person is guilty of gross sexual abuse and is sentenced to imprisonment for at least six months and at most six years. In assessing whether the offence is gross, particular consideration shall be given to whether the perpetrator used violence or a threat that was of a particularly serious nature or whether more than one person abused the victim or took part in the abuse in some other way or whether, in view of the method used or the low age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality. - Section 3. A person who commits an act referred to in Section 2 and is grossly negligent regarding the fact that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent sexual abuse and is sentenced to imprisonment for at most four years. If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person shall not be held responsible. Cfr. il sito del Ministero della Giustizia svedese per il testo del codice riformato, <https://www.government.se>.

52 Più in generale, e da ultimo, si osservi che sotto il profilo della tutela della donna rispetto alla violenza di genere, numerose sono anche le norme di carattere processuale previste dai diversi ordinamenti giuridici considerati. Gli ordinamenti anglosassoni, specie l’ordinamento nordamericano, si caratterizzano per la previsione di *Family Justice Centers*, ossia di organi di giustizia deputati alla trattazione delle aggressioni sessuali, oltre all’accoglienza delle vittime femminili, guidati dai pubblici ministeri, nonché dalla previsione dell’arresto obbligatorio da parte delle forze di polizia in casi di violenza di genere, una misura che tuttavia parte della dottrina statunitense ritiene ineffettiva, oltre alla previsione di ordini di protezione. Al modello americano delle misure processuali di contrasto alla violenza di genere si sono ispirati pressoché tutti i Paesi occidentali e anche diversi Paesi extra-europei. Poco sviluppato in quasi tutti gli ordinamenti è, invece, l’istituto della riparazione del danno subito dalle vittime. Cfr. L. Goodmark, *Exporting Without License. The American Attempt to End Intimate Partner Violence*, in R. Goel, L. Goodmark, (Eds.), *Comparative Perspectives*, cit., p. 4 e p. 5 s. Si tratta di una misura voluta dal *United States’ Violence Against Women Act*.

53 La novella definisce un concetto ampio di violenza sessuale, nel Preambolo della legge e definisce i beni giuridici in gioco: “*Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,*

Il dibattito che ha accompagnato la gestazione della legge si è incentrato sul ruolo del *consenso* nella struttura della fattispecie ed è stato caratterizzato da numerose critiche dottrinali: una parte della dottrina penalistica spagnola ha infatti qualificato la riforma come espressione di ‘populismo punitivo’⁵⁴.

Come sottolinea Sánchez, si tratta di una “legge ampia che affronta la riforma dell’ordinamento nel suo insieme con l’obiettivo di garantire pienamente la libertà sessuale di fronte alla violenza sessista”⁵⁵, una forma di violenza che assume, come si diceva, dimensioni preoccupanti, nonostante un grosso problema di cifra oscura (solo l’8% delle violenze sessuali vengono denunciate), come emerge da un’indagine del 2020 condotta dalla Delegazione di Governo contro la violenza di genere, da cui si evince altresì che la denuncia della violenza sessuale spesso non comporta che il processo prosegua fino al suo termine e si concluda con una sentenza di condanna, nella misura in cui, date le difficoltà probatorie esistenti in materia, in molti casi viene pronunciata una sentenza di assoluzione.

L’interesse della società verso tale legge è stato forte in ragione dei noti fatti accaduti durante la notte di San Firmino a Pamplona nel 2016. Il dibattito sociale sulla gravità e sull’intensità dell’aggressione ai beni giuridici tutelati, in occasione di questi eventi, ha rivelato la mancata coincidenza fra la considerazione sociale dei fatti medesimi e la valutazione che ne aveva dato l’Alta Corte in applicazione di un codice penale ritenuto, da una parte della dottrina, foriero di una interpretazione controversa dei limiti delle diverse figure criminose.

Analizziamo i contenuti della novella spagnola, prima di descrivere lo stato del dibattito dottrinale. Nella sostanza, non esisterà più la precedente distinzione tra la fattispecie di ‘aggressione sessuale,’ atti contro la libertà sessuale commessi con violenza e intimidazione, associati a pene più gravi, e la fattispecie di ‘abuso sessuale,’ che non contempla violenza o intimidazione ed è associata a pene più lievi, rimanendo in vigore solo il primo reato, tuttavia profondamente modificato.

Il tenore del nuovo reato di violenza sessuale dopo la riforma operata dalla L.O. n. 10/2022 permette di comprendere meglio la struttura della fattispecie: si tratta di una aggressione sessuale ad un soggetto *senza il suo consenso*. Questa concezione evoca all’evidenza la ben nota posizione di Tamar Pitch la quale da sempre sottolinea che la violenza inizia dove non c’è consenso⁵⁶. Non è più dunque la violenza a rivelare la mancanza di consenso, ma piuttosto è la mancanza di consenso che definisce una relazione sessuale come violenta.

Rilevano in particolare gli artt. 178-180 della Legge Organica, i quali intervengono a modificare il codice penale in relazione ai delitti contro la libertà sessuale. L’art. 178 è la disposizione chiave e così recita: “1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.* 2. *A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.* 3. *El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.*

orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. La presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica. Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia”.

54 Su tale riforma si veda M. A. Sánchez, *La nueva protección de la libertad sexual en España tras la reforma operada por la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual*, in *Criminal Justice Network*, 2022, p. 1 ss., al sito www.criminaljusticenetwork.eu.

55 Ead., *cit.*, p. 2.

56 T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, *passim*.

Il successivo art. 179 chiarisce che: “*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años*”. L’art. 180, infine, prevede delle ipotesi aggravate di violenza sessuale⁵⁷.

Seguono le disposizioni relative alla violenza sessuale su minori che lasciamo sullo sfondo, in ragione della scelta di considerare precipuamente la violenza di genere su soggetti adulti.

Nonostante la novella si ponga, come abbiamo visto, nella direzione intrapresa da molti Paesi europei ed extra-europei, ossia quella dell’accoglimento del modello consensualistico, con la finalità precisa di garantire una maggiore tutela della vittima femminile, parte della dottrina penalistica spagnola, come accennato, ha fortemente criticato la riforma. Quintero Olivares e Portilla Contreras definiscono la riforma “populista”, un “sabotaggio della legge”, altri accusano la riforma di additare al pubblico “le vie della sessualità”, affermando che la legge “costringe a riscrivere ‘l’arte di amare’”⁵⁸.

La dottrina spagnola, in effetti, è scettica rispetto al fatto che la legge abbia seguito le rivendicazioni sociali, manifestatesi a seguito delle prime pronunce giudiziarie sul caso Pamplona. Il governo, in effetti, comprese ben presto, a seguito delle proteste popolari rispetto all’esito giudiziario dei casi relativi agli abusi sessuali occorsi a Pamplona, che era necessario modificare la lettera della legge la cui ristrettezza aveva consentito una sostanziale impunità degli autori di quelle violenze.

In questo senso, la dottrina penalistica parla di “populismo punitivo”, descrivendolo come una reazione della società a crimini che provocano grande allarme sociale e che si caratterizzano per la loro gravità, perché colpiscono fundamentalmente le vittime indifese e per le quali la società rivendica il proprio diritto a punire di più severamente l’autore di reato, a fronte di quello che considera un trattamento troppo benevolo riservato dalla legge ai medesimi crimini⁵⁹.

In realtà, la novella spagnola in materia di violenza sessuale – per quanto, per certi versi, sia effettivamente frutto di “populismo penale” – si iscrive perfettamente nel recente “movimento consensualista”, affermatosi, come abbiamo visto, nel panorama comparato delle discipline penalistiche di contrasto ai delitti sessuali.

La modernità di questa novella, dunque, a dispetto della sua discutibile origine e gestazione, non può essere messa in discussione. E ciò innanzitutto dal punto di vista squisitamente penalistico: le stesse critiche sotto il profilo probatorio, che le legislazioni consensualistiche spesso pongono, sembrano superate dalla novella spagnola laddove essa prevede espressamente quando sussiste il consenso, precisando che “si intenderà che vi è consenso solo quando esso sia stato liberamente espresso attraverso atti che, date le circostanze del caso, esprimano chiaramente la volontà della persona”. Occorrerà cioè una attenta ricostruzione delle circostanze di fatto che caratterizzano la violenza sessuale, ma non più la dimostrazione della violenza e della minaccia, come in precedenza.

Tra l’altro, sempre dal punto di vista penalistico, a dispetto del presunto carattere simbolico della riforma, se si effettua un attento studio delle pene con cui venivano sanzionati i vecchi reati di aggressione e abuso sessuale e di quelle stabilite dalla Legge Organica n. 10/2022 per i reati di violenza sessuale, si può apprezzare lo sforzo compiuto per contenere i limiti edittali della nuova figura vicini ai precedenti.

Come affermato icasticamente, nell’ambito della dottrina spagnola, “il rifiuto estetico che questa legge ha provocato ha impedito ad alcuni di analizzarne il contenuto, dal quale si può dedurre una

57 “1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179: 1. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 2. Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 3. Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181. 4. Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5. Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima. 6. Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis. 7. Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior. 3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”. Per il testo della legge, si veda il sito <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.

58 Cfr. su tali reazioni dottrinali, M. A. Sánchez, *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., p. 5.

59 Sul punto EAd., *op. cit.*, p. 6.

riforma del codice penale, coerente con gli obblighi internazionali assunti dalla Spagna dopo la firma della Convenzione di Istanbul, che l'ha affiancata ai Codici più classici del diritto penale europeo, come quello tedesco o italiano, che la dottrina spagnola si è tradizionalmente preposta di considerare come l'avanguardia del diritto penale moderno, per cui, prima di ogni altra cosa, il diritto risultante è il frutto di un *iter* legislativo durante il quale è giunta a maturazione una riforma approvata all'interno di un Parlamento democraticamente eletto. Questa è la base del principio di legalità penale⁶⁰.

Un'altra critica mossa avverso la riforma, per vero più nell'opinione pubblica che in ambito dottrinale, è che si tratta di una legge discriminatoria in quanto si pone contro gli uomini la cui presunzione di innocenza è violata. Va evidenziato, tuttavia, che se si presta attenzione alla riforma oggetto di critica si capisce che nulla è stabilito in merito al sesso dei soggetti attivi e passivi: soggetto attivo e soggetto passivo dei reati di violenza sessuale può essere chiunque. Solo nell'art. 180, comma 4, è stata inserita una circostanza aggravante specifica, come quella già esistente in altre figure criminali presenti nel codice penale spagnolo, applicabile se la vittima è o era sposata o legata sentimentalmente all'aggressore con o senza convivenza, oppure se la vittima è una persona particolarmente vulnerabile che convive con l'autore del reato. Ulteriore oggetto di censura della legge spagnola "*solo Sì è Sì*", mossa per vero verso tutte le discipline consensualistiche della violenza sessuale, attiene al fatto che essa presupporrebbe la colpevolezza dell'imputato se non c'è il "contratto di consenso": tuttavia la censura non coglie nel segno nella misura in cui le presunzioni di colpa sono vietate dalla legge e la colpevolezza deve essere sempre provata⁶¹. In particolare, secondo il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, questa modifica obbligherebbe l'accusato a dimostrare la volontà della presunta vittima, contraddicendo il principio secondo cui dovrebbe essere l'accusa a presentare le prove.

A dispetto delle molte critiche suscitate, la novella spagnola si segnala, a nostro avviso, per originalità e lungimiranza.

Il pregio della riforma spagnola si apprezza anche e soprattutto sotto il profilo sistemico. Si tratta, infatti, di una legge che non si limita ad intervenire opportunamente sulla struttura della fattispecie di violenza sessuale, nella direzione consensualistica, ma che accompagna questa riforma del codice penale spagnolo con un insieme molto vasto di interventi di prevenzione primaria, nonché di protezione delle vittime di reato, e di più: di interventi di contrasto, a monte, della violenza sessista. Risulta opportuno ricordare le disposizioni essenziali – che precedono quelle penalistiche in senso stretto – come le disposizioni in materia di *Investigación y producción de datos*, di *Prevención y detección*, ossia di sensibilizzazione in campo educativo, sanitario e sociale, con campagne istituzionali di prevenzione e informazione, in ambito digitale e della comunicazione, in ambito lavorativo e pubblicitario, della amministrazione pubblica e degli organi costituzionali e pubblici; disposizioni in materia di *Detección de las violencias sexuales*, in materia di formazione degli operatori sociali e degli operatori del diritto, in materia di *Derecho a la asistencia integral especializada y accesible*, ossia disposizioni relative alla tutela integrale e specializzata delle vittime di reato, disposizioni in materia di *Autonomía económica, derechos laborales y vivienda*, ossia di autonomia economica, diritti al lavoro e alla casa, disposizioni in materia di *Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, ossia di azione delle Forze e dei Corpi di Sicurezza, in materia di *Acceso y obtención de justicia*, ossia di accesso alla giustizia, e misure di accompagnamento, protezione e sicurezza delle vittime, in materia di diritto alla riparazione, aspetto questo di grande innovatività della riforma, perché assai raro negli altri Paesi europei, infine misure di attuazione della stessa Legge Organica.

Una riforma, dunque, ad ampio spettro (ragioni di economia non ne consentono un'analisi integrale) che promette di garantire una tutela effettiva delle vittime di violenza di genere.

4. Conclusioni

La lezione comparatistica – in particolare quella anglosassone, tedesca e da ultimo spagnola – induce a concludere nel senso della affermazione progressiva del modello consensualistico nella disciplina penalistica della violenza sessuale.

Questa lezione dovrebbe essere tenuta ben presente anche dal legislatore italiano, il quale, come abbiamo evidenziato, rimane ancora oggi ancorato, con l'art. 609-bis c.p., ad una visione arcaica e patriarcale della violenza sessuale, imperniata sugli elementi della violenza, della minaccia e dell'abuso di autorità, fattispecie, tra l'altro, ai limiti della incostituzionalità per la sua imprecisione, stante i con-

60 *Ivi*, p. 8.

61 Per queste ulteriori critiche mosse alla riforma, si veda *ivi*, pp. 9-10.

fini elastici della nozione di “atto sessuale” (e la dubbia applicazione dell’attenuante dei casi di minor gravità), e ove l’interpretazione giurisprudenziale contribuisce, attraverso la “spiritualizzazione” del requisito della violenza, a “slabbrare” ulteriormente i confini della norma, di fatto equiparando la violenza alla mancanza di consenso⁶².

La legge n. 66/1996, con l’art. 609-bis c.p., ha mantenuto infatti la scelta, propria della normativa precedente, di imperniare la condotta incriminata sugli elementi della violenza e della minaccia quali mezzi tipici di coercizione al rapporto sessuale, così implicitamente lasciando sopravvivere il tradizionale “onere di resistenza”⁶³, retaggio di un antico passato, laddove avrebbe dovuto invece elevare ad oggetto della tutela la libertà in sé, indipendentemente da coartazioni che si traducano in violenza o minaccia. Come autorevolmente osservato, “da questo punto di vista la riforma non può che considerarsi fallimentare, a dispetto dei tanti trionfalismi che ne hanno accompagnato la nascita. Se si pensa che altri interessi individuali, quale ad esempio l’inviolabilità del domicilio, sono protetti solo sulla base del dissenso, si capisce quanto arretrata sia la tutela della libertà di autodeterminazione sessuale realizzata con la legge simbolo n. 66 del 1996”⁶⁴.

Ci si chiede dunque se non fosse assai più opportuno compiere il salto proposto in sede di riforma del codice penale preferendo la formulazione “contro la volontà” o “contro il consenso della vittima” ed eliminando ogni riferimento a violenza e minaccia, di fatto adottando un modello consensualistico. Come abbiamo visto, in questa direzione si sono orientate di recente le legislazioni anglosassoni (compresa quella irlandese), nonché lo stesso legislatore tedesco (secondo il modello dissensualistico), i legislatori scandinavi (oltre che del Belgio, del Lussemburgo, di Cipro) e, da ultimo, il legislatore spagnolo.

Quest’opzione riposerebbe finalmente sul postulato di un consenso femminile libero di formarsi ed esprimersi, consentendo di superare definitivamente quella concezione settecentesca di una donna incapace di volere e di responsabilità. Ciò in piena coerenza con il fatto che spetti solo alla donna nominare come violento l’atto non voluto⁶⁵. Come è stato sottolineato, “le esigenze di tutela della persona nella sfera della sessualità possono essere soddisfatte, infatti, solo imperniando la fattispecie di violenza sessuale sul requisito della costrizione, indipendentemente dalle modalità di aggressione violente o minacciose, poiché la lesione al bene giuridico protetto consegue semplicemente alla condotta sessuale realizzata contro la volontà della vittima”⁶⁶.

Si pensi in particolare ai casi più recenti e problematici del c.d. *date rape*, cioè della violenza sessuale fra soggetti legati da vincoli di conoscenza, così come il sempre noto caso della violenza del coniuge o comunque del *partner*: se non possono sussistere problemi nel valutare come violenta e dunque criminosa la violenza ad opera di un estraneo, nel caso di persone legate da vincoli pregressi – il caso statisticamente più frequente e grave – le dinamiche interpersonali e la consuetudine alla frequentazione possono lasciare un maggior margine di ambiguità che l’attribuzione di rilevanza al mero dissenso potrebbe almeno in parte eliminare.

Senonché ciò potrebbe portare con sé il rischio, spostando il fuoco sulla vittima e sul suo volere, di una negativa conseguenza: dal punto di vista processuale l’indagine si concentrerebbe sulla vittima, con una sorta di inversione dell’onere della prova per cui sarebbe la vittima a dover provare di non avere acconsentito, con tutti i rischi della c.d. doppia violenza e di vittimizzazione secondaria⁶⁷. A dispetto di questo possibile inconveniente, la lezione comparatistica induce, in materia di violenza sessuale, a considerare con attenzione l’opportunità di una simile soluzione legislativa – in direzione consensualistica o dissensualistica – in funzione di una piena tutela della libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale della vittima femminile. In questa direzione si pone, del resto, lo stesso GREVIO, nel Rapporto sulla violenza di genere in Italia, ove, al par. 191, esorta vivamente le autorità italiane a considerare di

62 Per questi profili di criticità della norma italiana, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *La violenza sessuale*, cit., *passim*, nonché Ead., *Crimini d’odio*, cit., p. 412 ss.

63 A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all’epilogo di un travagliato cammino legislativo*, cit., p. 1163 s. Sottolinea come “inascoltata è rimasta la sollecitazione della dottrina maggioritaria di rinunciare, a livello di tipizzazione del reato, ai requisiti della violenza e della minaccia”, M. A. Ruffo, *Famiglia allargata e violenza sessuale. Oggetto e tecniche della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 51.

64 G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale, Parte Speciale, I delitti contro la persona*, Vol. II, Tomo I, Torino, Zanichelli, 2020, p. 312.

65 M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996, p. 166.

66 Così A. Ruffo, *Famiglia allargata e violenza sessuale*, cit., p. 51, nonché, ampiamente, per la tematizzazione della questione, L. Goisis, *Crimini d’odio*, cit., p. 418 s.

67 M. Virgilio, cit., p. 166 s., nonché L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 419.

modificare la propria legislazione in modo che il reato di violenza sessuale si basi sulla nozione di consenso prestato liberamente, come richiesto dall'Articolo 36, comma 1 della Convenzione di Istanbul⁶⁸.

Ci auguriamo che il legislatore italiano non resti sordo dinanzi ai moniti preziosi e forieri di un approccio moderno – oltre che di maggiore razionalità rispetto alla attuale fattispecie di violenza sessuale – che vengono dalle esperienze straniere sul terreno della disciplina della delittuosità sessuale, adottando altresì finalmente una visione olistica della violenza di genere e, sull'esempio spagnolo, una legge organica ad essa dedicata

68 Cfr. Grevio, *Rapporto di valutazione di base Italia*, al sito www.criminaljusticenetwork.eu. *Ivi*, v. il commento di N. M. Cardinale, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, 13 maggio 2021.

Sarah Grieco*

La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili

Sommario

1. La tutela della maternità reclusa: difficoltà applicative e vuoti di tutela. – 2. Gli ostacoli alla “esternalizzazione della detenzione” delle madri detenute. – 3. Le disparità di trattamento in ambito di regime cautelare. – 4. La preclusione assoluta dell’età del minore. – 5. Il lavoro della Consulta a protezione della continuità genitoriale nel rapporto madre-figlio. – 6. Prospettive de iure condendo. – 7. In conclusione.

Abstract

Il presente contributo rappresenta un’occasione per riflettere sulla dimensione della maternità reclusa. Ripercorrendo le principali tappe a cui è approdato il legislatore e la giurisprudenza costituzionale in questi anni, se ne evidenziano luci e ombre, sotto la lente dell’“interesse complesso” del minore ad un rapporto quanto più possibile “normale” e “continuativo” con i genitori, ed in particolare con la madre. Dall’analisi dei principali ostacoli che ancora si frappongono alla tutela della maternità e dell’infanzia, sia in fase cautelare che in sede di esecuzione della pena, si suggeriscono prospettive *de iure condendo*, in grado di attenuare le ricadute della detenzione delle madri sui figli; soggetti totalmente estranei alla pena, eppure ugualmente “vittime secondarie” della stessa.

*This contribution represents an opportunity to reflect on the imprisoned motherhood aspect. The work follows the main steps developed in the recent years by the legislator and constitutional jurisprudence, highlighting lights and shadows: from the minor’s “complex interest” view to the preservation of a “normal” and “continuous” relationship with the parents, particularly with the mother. Starting from the analysis of the main hurdles still on the way to protect maternity and childhood, both during precautionary and execution of the sentence, a series of *de iure condendo* perspectives are suggested, aiming at mitigating the effects of the mother’s detention on their children who are subjects totally unrelated to the sentence, yet equally “secondary victims”.*

* Docente di diritto dell’Esecuzione Penale - Coordinatore scientifico Polo Universitario Penitenziario UNICAS e Sportello per i diritti dei detenuti - Referente UNICAS Conferenza Nazionale Poli Universitari penitenziari – CNUPP. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. La tutela della maternità reclusa: difficoltà applicative e vuoti di tutela

La detenzione al femminile, con le sue numerose criticità, è un fenomeno ancora troppo poco indagato nel nostro Paese¹. L'inferiorità numerica - oltre a sacrificare, a causa dell'esiguo numero di istituti e sezioni femminili, quel principio di "territorialità", sancito dagli articoli 14 e 42 dell'ordinamento penitenziario² e rafforzato dall'ultima riforma penitenziaria³ - si traduce, inevitabilmente, in una minore attenzione da parte delle istituzioni competenti. Le donne reclusi sono così sempre più confinate nella condizione di "emarginate tra gli emarginati".

In questo quadro di diritti mancati, quello alla maternità è, indubbiamente, l'unico realmente attenzionato dal legislatore che, altrove, si è limitato per lo più a qualche "ritocco"; a dispetto delle indicazioni provenienti dai Trattati internazionali e dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale⁴.

La maggiore attenzione prestata alla dimensione della maternità è, senza dubbio, da attribuire alla presenza, tra i soggetti coinvolti, di soggetti terzi, totalmente estranei alla pena e particolarmente bisognosi di cure: i minori, "vittime secondarie" della detenzione.⁵

È opportuno, fin d'ora, rimarcare che, in questa categoria, rientrano non solo i bambini presenti in carcere, ma anche i cd. "figli invisibili"⁶. Si tratta di quei minori, maggiori di tre anni, che risiedono, nella maggior parte dei casi, nella famiglia d'origine o collocati presso terzi, e che vivono indirettamente la detenzione: dall'esperienza traumatica dell'arresto, alle ridotte telefonate fino ai colloqui in ambienti che poco agevolano l'intimità e l'affettività. La perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore, rappresenta un danno riflesso definito, opportunamente, dalla stessa giurisprudenza "carcerizzazione dell'infante"⁷.

Oltre ai ben noti presidi costituzionali, racchiusi negli articoli 2, 29 e 31 della Costituzione e volti a tutelare la famiglia e la maternità quali diritti inviolabili della persona, dal lato dei minori, figli di detenuti, si assiste ad una palese violazione del diritto del bambino a godere delle cure di ciascun genitore⁸.

L'"interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione"⁹, non solo assume una speciale rilevanza nella nostra Carta fondamentale (segnatamente all'art. 31 comma 2 Cost.), ma rappresenta un valore di rango superiore riconosciuto dall'intera comunità internazionale, a cui il nostro ordinamento è tenuto ad uniformarsi ai sensi dell'art. 117 Cost. Solo per citare uno degli atti sovranazionali più rilevanti sulla tutela dei minori, la Convenzione Onu sui Diritti dell'In-

-
- 1 Per un ritratto collettivo della condizione detentiva femminile in Italia cfr. G. Zuffa e S. Ronconi, *La prigionie delle donne. Idee e pratiche per i diritti*, Futura, Roma, 2020; G. Zuffa e S. Ronconi, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Ediesse, Roma, 2015. Le autrici danno voce alle detenute, raccontando di strategie personale e collettive per contrastare la mortificazione e la perdita di sé.
 - 2 D.lgs. 123/2018, lettera e).
 - 3 Il nuovo art. 42 dell'Ordinamento Penitenziario *post* legge n. 103 del 2017, meglio conosciuta come Riforma Orlando ha, infatti, introdotto un termine di 60 giorni concesso all'amministrazione penitenziaria, per evadere le richieste di trasferimento con atto motivato; in caso di rigetto, ma anche di silenzio, al detenuto sono concessi 60 giorni di tempo per presentare reclamo ex art. 35 *bis*. Per un approfondimento cfr. F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs., n. 121, 123, 124/2018)*, in *Il Penalista*, Giuffrè, 2019, p. 71.
 - 4 *Stati generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 3 - Donne e carcere*, in <http://www.giustizia.it/>.
 - 5 I dati riportati da Antigone, al 28 luglio 2022, consegnano numeri tristemente in risalita: 24 donne con 25 figli al seguito, a fronte delle 15 detenute con 16 bambini a gennaio 2022. Sono, invece, approssimativamente 60mila i bambini e i ragazzi con genitori in carcere, a fronte del dato che quasi un detenuto su due ha figli minori.
 - 6 S. Baldassarri, *Donne in carcere e figli: diritto al colloquio e autorizzazione alla corrispondenza*, in D. Pajardu, R. Adorno, C.M. Leonardo e C.A. Romano (a cura di), *Donne e Carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 234.
 - 7 Corte costituzionale, sentenza dell'11 gennaio 2022, n. 30.
 - 8 Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2013, n. 7 che ha definito la "speciale rilevanza" dell'interesse "complesso" del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia.
 - 9 Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31 con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, comma 2 c.p., consegua di diritto la perdita della responsabilità genitoriale; così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto.

fanzia e dell'Adolescenza¹⁰, strumento dotato di forza obbligatoria, al terzo comma dell'art. 9, comma terzo, afferma che gli Stati parti sono tenuti a rispettare il diritto del fanciullo (dove per fanciullo si intende il minore di anni 18), separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori; a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo (cfr. *infra*).

L'esperienza empirica insegna che la privazione della libertà di una madre, in debito con la giustizia, è in grado di generare impatti devastanti sia sulla madre che sul minore¹¹. Sulla prima, attenta alla sua salute psico-fisico¹²; sul secondo, rappresenta un fattore in grado di minare il suo corretto percorso di crescita e sviluppo. Un'interruzione, o profondo condizionamento, del rapporto affettivo e di cura di cui la detenzione è, spesso, l'unica responsabile: la preservazione del rapporto familiare non viene compromessa dalla condotta criminosa della madre, ma dal suo distacco forzato¹³. Per il minore diventa pregiudizievole non tanto la gravità o il disvalore della condotta del genitore, elementi sui quali non può e non deve dedursi la sua capacità genitoriale, quanto il fatto che detta condotta possa cagionare un danno al suo regolare sviluppo psico-fisico¹⁴.

2. Gli ostacoli alla “esternalizzazione della detenzione” delle madri detenute

La necessaria salvaguardia del benessere psico-fisico del bambino impone l'allontanamento delle madri dal circuito penitenziario come obiettivo primario.

Nonostante la decisa evoluzione normativa, a cui abbiamo assistito a partire dalla seconda metà degli anni ottanta,¹⁵ volta a ridurre l'impatto della detenzione sul rapporto genitoriale e a porre al centro il fascio dei diritti e delle libertà del bambino coinvolto, - riconosciuto come titolare di un diritto all'assistenza materna in modo continuato e in ambiente familiare - la cd. “esternalizzazione della detenzione” è rimasta pressoché inattuata.

Consacrata dalla legge n. 62 del 2011, con la creazione di un apposito circuito penitenziario a custodia attenuata per madri (e, in via residuale, padri) con figli a carico¹⁶, la riforma è stata amputata, *in pri-*

-
- 10 *Convention on the Rights of the Child – CRC*, firmata a New York il 20 novembre e ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 1991.
- 11 L'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare e la particolare situazione delle donne detenute sono affrontati anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 (2007/2116 (INI)).
- 12 Per quanto esuli dal presente lavoro, è di interesse notare come la condizione della madre detenuta sia attraversata da sentimenti di inadeguatezza e di privazione di autorevolezza genitoriali indotti dallo stato detentivo, V. S. Ronconi, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, in N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Mimesis, Milano, 2019, p. 13 ss.; M.L. Fadda, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in www.ristrettiorizzonti.it, 2010; M. Miravalle, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, Milano, 2019, p. 31 e ss.
- 13 Sulla presunzione di inidoneità genitoriale in ragione della commissione dei reati e dello stato di detenzione Cfr. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
- 14 In tal senso è la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di “*Tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata*”, www.csm.it, 31 ottobre 2017.
- 15 Sono note le diverse riforme penitenziarie susseguitesesi negli anni hanno progressivamente esteso la possibilità dei percorsi esterni per le detenute madri: dapprima con l'introduzione della detenzione domiciliare ordinaria ex art. 47-ter ord.pen. (articolo aggiunto dalla l. 10 giugno 1986, n. 663, meglio conosciuta come “Legge Gozzini”, e poi modificato dalla successiva legge 27 maggio 1998, n. 165, cd. “Legge Simeone”, con cui si è aumentato prima a cinque, poi a dieci anni l'età-soglia del figlio, in presenza della quale la madre può essere ammessa alla detenzione domiciliare). Successivamente, ed in modo più incisivo, con la legge 8 marzo 2001, n. 40, cd. “Legge Finocchiaro”, che ha introdotto - oltre alla possibilità di assistenza all'esterno in favore dei figli di età non superiore ai dieci anni (art. 21-bis della legge n. 354 del 1975) - la disciplina della detenzione domiciliare speciale, ex art. 47-quinquies ord.pen. Tale quadro ha visto un'ulteriore implementazione con le modifiche apportate dalla legge 2011, n. 62. Cfr. G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., pp. 195-325.
- 16 La legge 21 aprile 2011, n. 62, con l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 47-quinquies ord.pen., oltre a estendere l'applicazione della misura sin dall'inizio della esecuzione della pena, ha reso utilizzabili a tale scopo anche altri luoghi, diversi dal domicilio, nei quali la madre (o il padre in sua vece) possa restare accanto al figlio minore degli anni 10: gli I.C.A.M. ovvero, “*se non sussiste un concreto pericolo di commissione di altri delitti o di fuga*”, le case famiglia protette. Ciò per porre fine alle di-

mis, dalle evidenti carenze strutturali di adeguate risorse finanziarie per realizzare strutture alternative al carcere, idonee ad ospitare le detenute madri con i loro bambini. Come già emerso in seno al Tavolo 3 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale¹⁷, difatti, il numero degli ICAM¹⁸ è rimasto irrisorio, al pari delle case famiglia protette (due), limitate anche dalla presenza di vincoli economici, legislativamente imposti, per la loro edificazione.

È evidente che, per quanto possa arricchirsi l'elenco normativo dei luoghi potenzialmente idonei all'esecuzione in forma domiciliare della detenzione, diversi dalla privata abitazione, l'esclusione dei soggetti meno attrezzati è comunque destinata a persistere, fino a quando quel catalogo non trovi concreto riscontro nell'effettiva disponibilità di un'adeguata rete di strutture ricettive distribuite su tutto il territorio nazionale.

Davanti a tali evidenze, e nonostante i rilievi degli Stati Generali, il legislatore della Riforma Orlando, anziché riconoscere centralità alla collocazione fuori dal carcere delle madri, potenziandole con stanziamenti opportuni, ha conservato una visione "carcerocentrica". All'art 11, comma 6 dell'ordinamento penitenziario si prevede, infatti, la possibilità di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni, gestiti in appositi asili nido per la loro cura e assistenza, che l'Amministrazione penitenziaria deve obbligatoriamente fornire. Pur riconoscendo la scelta di una più opportuna collocazione della disciplina, la norma sorprende nella misura in cui ammette la presenza di bambini in carcere. L'interesse del minore a crescere in un contesto "di normalità",¹⁹ resta ai margini di una riforma che non fa alcun cenno agli ICAM e alle case famiglia protette; uniche strutture in grado di relegare la soluzione penitenziaria in uno spazio idealmente residuale²⁰.

Alla ridotta applicazione dell'ampio ventaglio di alternative al carcere che la legge fornisce, contribuisce, inoltre, la sempre più rimarcata indicazione del legislatore di una prognosi positiva sul futuro comportamento della donna, come condizione di applicazione delle misure.

L'art. 47-*quinquies* comma 1 della Legge 354/75 richiede, anche dopo la riforma del 2011, all'autorità giudiziaria di accertare che "non sussista il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti". A fronte di un ambito operativo così esteso, il legislatore ha voluto utilizzare una formula generica che ricalca quella cautelare (art. 274 c.p.p., lettera c), concedendo all'autorità giudiziaria di valutare liberamente l'opportunità della concessione della misura.

Il giudice, oltre ai presupposti formali, dovrà inoltre verificare la possibilità sia di un reinserimento sociale che di un effettivo esercizio delle cure parentali²¹.

La scarsa conoscenza, da parte dei giudici di cognizione, oltre che degli stessi magistrati di sorveglianza, delle donne coinvolte e della loro specifica situazione familiare²², rende tali requisiti di indubbio

scriminazioni sorte per quelle donne socialmente deboli, o in condizioni di particolare fragilità, per le quali si presentava una maggiore difficoltà di accesso ai benefici, per mancanza di un domicilio stabile e idoneo. A. Vesto, *Madri detenute e figli minori: il ruolo della responsabilità genitoriale tra affettività e tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 101-119.

17 Cfr. la relazione finale del Tavolo 3, coordinato da T. Pitch e composto da G. Bezzi, L. Cesaris, I. Del Grosso, M. Graziosi, E. Pierazzi, D. Stasio, S. Steffenoni in www.giustizia.it, secondo cui la presenza di bambini all'interno delle strutture penitenziarie è dovuta alla scarsa diffusione, sul territorio nazionale, di istituti a custodia attenuata per detenute madri e di case famiglia protette, nonché allo scetticismo della magistratura che, spesso, in assenza di un domicilio ritenuto "sicuro", non concede la detenzione domiciliare.

18 Gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri (o detenuti padri, quando la madre sia deceduta o comunque impossibilitata a dare assistenza ai figli) hanno caratteristiche strutturali diverse rispetto alle carceri tradizionali. Sebbene restino strutture detentive, richiamano un modello organizzativo di tipo comunitario, da realizzarsi, all'esterno dei tradizionali istituti penitenziari, in strutture dotate di sistemi di sicurezza non riconoscibili da parte dei bambini al seguito delle madri e prive dei tipici riferimenti all'edilizia carceraria (si pensi, ad esempio, alle sbarre, all'assenza di divise etc), con operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli e di assicurare regolari uscite dei bambini all'esterno. Gli ICAM sono attualmente solo 5, con una distribuzione territoriale disomogenea.

19 Concetto ribadito a più riprese dalla Corte Costituzionale in tema di reati ostativi.

20 M. Colamussi, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in M. Colamussi, *La nuova disciplina penitenziaria*, Giappichelli, 2020, Torino, p. 298 e ss.

21 Cfr. Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 19 luglio 2018, n. 47092; Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 7 marzo 2013, n. 38731.

22 *Lo Studio Globale delle Nazioni Unite sui Bambini Privati della Libertà nel contesto italiano: Incontro di follow-up con rilevanti autorità garanti indipendenti in Italia, Relazione finale*, 2021, [https:// repository.gchumanrights.org/](https://repository.gchumanrights.org/)

ostacolo alla concessione delle misure alternative e conduce, con riguardo al pericolo di recidiva, ad un sostanziale appiattimento della magistratura rispetto ai precedenti penali della condannata²³.

Il legislatore – si è osservato – avrebbe così dimostrato di voler collocare il “nuovo” istituto “nell’alveo delle tradizionali misure alternative [...] caratterizzate da valutazioni concernenti una raggiunta, anche se parziale, affidabilità esterna del condannato che si ritiene di poter gradualmente reinserire nella vita sociale, senza apprezzabili rischi di ricadute recidivanti”²⁴. Si tratta di una condizione restrittiva molto rilevante, perché l’esperienza insegna che le principali destinatarie della nuova misura alternativa sono donne nomadi, con pene elevate per la reiterazione nel tempo di piccoli reati contro il patrimonio e con numerosi bambini al seguito: donne rispetto alle quali è molto difficile che la prognosi di recidiva abbia un esito positivo²⁵.

La valutazione rigorosa del Tribunale di Sorveglianza ha, infatti, fino ad ora, limitato l’ambito di applicazione dell’istituto, subordinando, di fatto, l’interesse superiore del minore a (ritenute) esigenze di tutela della collettività dal pericolo di recidiva.

Sul punto si segnala, tuttavia, una recente pronuncia della Corte di Cassazione che potrebbe orientare verso un’interpretazione meno rigorosa del criterio di pericolosità della madre detenuta. La Corte – oltre a dare preminenza all’interesse del minore nel bilanciamento rispetto alla sicurezza sociale²⁶ – ha sottolineato la necessità di una verifica concreta dell’effettivo pericolo di reiterazione del reato che vada ben oltre il “dato anamnastico costituito dai precedenti penali” e che evidenzi la concreta inadeguatezza della misura a contenere il rischio di recidiva²⁷.

Nonostante il reiterato vaglio di costituzionalità del Giudice delle Leggi, modellato su una sempre più penetrante sensibilità della stessa giurisprudenza nei confronti dei diritti fondamentali afferenti alla tutela dell’infanzia e della genitorialità²⁸, sulla detenzione domiciliare speciale permane un’ulteriore criticità non ancora affrontata.

Tutte le istanze *ex art. 47-quinquies* ord.pen., devono essere presentate solo una volta iniziata l’espiazione della pena all’interno di un istituto penitenziario, obbligando così la madre a lasciare da soli i figli in tenera età, sia pure per il solo tempo necessario ad ottenere la misura. Nonostante l’introduzione del comma 1-bis nell’art. 47-quinquies ord.pen., ad opera della legge n. 62 del 2011, con l’applicazione della misura sin dall’inizio della esecuzione della pena, è mancato l’opportuno coordinamento con l’art. 656 c.p.p.. Il comma quinto, infatti, stabilisce che il Pubblico Ministero può chiedere la sospensione dell’ordine di esecuzione solo se la pena da espianare non supera i quattro anni, consentendo così di poter richiedere dalla libertà l’applicazione della sola misura della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter ord.pen.) e non anche di quella – del tutto identica nella finalità – dell’art. 47-quinquies ord.pen. Pertanto, dopo il compimento dei tre anni²⁹, il minore sarà costretto a subire il distacco materno. Tale lacuna, oltre a rappresentare un ulteriore scoglio legislativo al rispetto del superiore interesse del minore, viola il principio di ragionevolezza (se si assumono quale *tertium comparationis* le disposizioni dell’art. 47-ter, comma 1, lettera a) e b), ord.pen.) e di “umanità” dell’esecuzione della pena, laddove impone al condannato detenuto di attendere i tempi di decisione del tribunale di sorveglianza, senza che gli sia consentito l’immediato accesso al beneficio esterno, pur avendone i presupposti.

Il recente intervento costituzionale, che ha sancito l’applicazione provvisoria e in via d’urgenza della misura anche alla detenzione domiciliare speciale, sembra aver escluso, da una prima analisi della

23 Sul rischio che la prognosi di recidiva della donna madre si appiattisca sui suoi precedenti penali, sacrificando così l’interesse del minore a esigenze di difesa sociale del tutto teoriche, cfr. Cassazione Penale, Sezione I, sentenza n. 16945 del 25 maggio 2020.

24 P. Canevelli, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 7, p. 807 e ss.

25 N. Cardinale, *Detenzione domiciliare speciale e interesse superiore del minore*, in *Sistema penale*, 2020.

26 F. Fiorentin, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per le detenute madri* in *Sistema Penale*, 2021.

27 Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 25 maggio 2020, n. 16945.

28 Da ultimo, con sentenza n. 30 depositata il 3.2.2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-quinquies commi 1, 3 e 7 ord.pen. “nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l’istanza di detenzione domiciliare speciale può essere proposta al Magistrato di Sorveglianza, che può disporre l’applicazione provvisoria della misura”.

29 Quando può essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. – cioè fino al compimento dei tre anni del bambino – il Tribunale di sorveglianza può disporre la detenzione domiciliare ordinaria, *ex art. 47-ter* comma 1-ter ord.pen.

motivazione³⁰, tutte quelle detenute madri che chiedono di esservi ammesse nella prima fase di espiazione della pena; ovvero senza aver già espia-to la quota di pena preliminare di un terzo o di quindici anni in carcere.

Tale interpretazione è destinata ad allungare ulteriormente i tempi di attesa, e di distacco, madre-figlio.

3. Le disparità di trattamento in ambito di regime cautelare

Altre distonie subito evidenti si registrano in ambito di applicazione delle misure cautelari³¹, dove la componente femminile è piuttosto diffusa.

Anche le istanze poste alla base di misure restrittive *ante iudicium* non possono indurre ad ignorare l'obiettivo della "tutela di valori coesenziali alla salvaguardia della persona"³².

In sede cautelare, il ventaglio di alternative offerte per la tutela del rapporto madre-figli è infinitamente ridotto, raccogliendosi, essenzialmente, intorno al ricorso agli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) o alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285-bis c.p.p.), in luogo della restrizione carceraria ordinaria. Scarsità di strumenti legislativi che non ha trovato neppure il sostegno degli interventi della Corte costituzionale in grado di conferire quella elasticità al sistema di cui, invece, hanno beneficiato le misure esecutive della pena (cfr. *Infra*)³³.

Il divieto di custodia *intra moenia*, salvo esigenze cautelari di eccezionale rilevanza³⁴, vige per le madri, già conviventi, con figli di età pari od inferiore ai sei anni; con l'ulteriore previsione della restrizione in istituto a custodia attenuata per detenute madri, nei casi in cui ricorrono gravissime esigenze cautelari, e sempre che tali esigenze lo consentano, secondo la previsione dell'art. 285-bis c.p.p.

L'interesse del minore entro i sei anni all'accudimento materno in un ambiente idoneo non viene, così, riconosciuto come oggetto di una protezione assoluta.

Fuori dai casi di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, il giudice individuerà, il luogo di esecuzione della misura nell'abitazione della donna, in altro di privata dimora, in un luogo pubblico di cura o di assistenza o in una casa famiglia protetta, "ove istituita" (art. 284, comma 1 c.p.p). Inoltre, la condizione di "adeguatezza" che tale collocazione deve garantire sembra incontrare parametri di valutazione ancora più ristretti rispetto alle misure domiciliari esecutive: il contesto abitativo deve essere idoneo "non solo alla permanenza del soggetto, ma anche ad assicurare le esigenze cautelari, tenuto conto delle caratteristiche ambientali e strutturali e della effettiva possibilità di effettuare i controlli"³⁵.

Nel caso di perdurante pendenza del processo, dopo il sesto compleanno del bambino, la madre viene condotta in carcere se ricorrono tutti gli ulteriori presupposti della custodia (quindi, quasi "automaticamente", nel caso di imputazioni di mafia, terrorismo, narcotraffico *et similia*). A quel punto, paradossalmente, non resta che sperare nella irrevocabilità della sentenza di condanna, posto che la

30 Sul punto cfr. A. Calcaterra, Un ulteriore passo in avanti nella tutela del minore in ambito penitenziario. Luci ed ombre, in Penale. Diritto e procedura, 2022.

31 Anche in ambito di regime cautelare è stata introdotto una sorta di regime speciale della carcerazione. Se il testo originale del comma 4 dell'art. 275 c.p.p. poneva un divieto (relativo) di applicare la misura estrema solo nei confronti delle madri in fase di allattamento, la riforma attuata con la legge n. 332 del 1995 aveva esteso lo stesso regime anche alle madri conviventi di infanti di età pari od inferiore ai tre anni, poi ampliato a sei dalla già citata legge n. 62 del 2011.

32 Corte di cassazione, Sez. II pen., sentenza del 16 marzo 2012, n. 11714.

33 Corte costituzionale, sentenza del 5 dicembre 2003, n. 350 che - nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1, lettera a) ord.pen. - ha esteso la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare, a prescindere dai limiti di età, per madri di bambini portatori di *handicap* totalmente invalidante e Corte Costituzionale, sentenza n. 18 del 14 febbraio 2020 che ha esteso tale tutela anche al regime della c.d. detenzione domiciliare speciale.

34 Sul concetto di "eccezionale rilevanza" delle esigenze cautelari cfr. *ex plurimis* Corte di cassazione, Sez. IV pen., sentenza del 16 giugno 2005, n. 34218; Corte di cassazione, Sez. VI pen., sentenza del 20 febbraio 2017, n. 7983. L'interpretazione giurisprudenziale si sofferma sul grado di intensità delle stesse, desunta dall'esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerge un "non comune, spiccato, allarmante rilievo" dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.

35 C. Vergine, *La vicenda cautelare: le modalità esecutive delle misure custodiali*, in D. Pajardi, R. Adorno, C.M. Lenardo, C.A Romano (a cura di), *Donne e carcere, cit.*, p. 78.

relativa esecuzione, come si è visto, avverrebbe in regime di detenzione domiciliare, fino al compimento dei dieci anni da parte del figlio³⁶.

Sul punto non convince il ragionamento del Giudice delle leggi che, per giustificare il differente limite di età del minore, insiste sulla differenza intercorrente tra la funzione della sanzione e quella della cautela, per concludere che *“le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, [...] non raggiunge [...] il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l’interesse del minore fornisca esiti non coincidenti”*.³⁷

Alla fissità del limite anagrafico non è prevista una deroga neppure per i bambini portatori di *handicap* invalidante, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale;³⁸ profili che, tuttavia, non hanno trovato il favore della Suprema Corte neppure dopo le “aperture” sul fronte dell’esecuzione penale.³⁹ Al genitore cautelatamente ristretto in carcere restano così solo le visite e l’assistenza al figlio gravemente disabile, nei termini in cui esse sono previste dall’art. 21-ter ord.pen.

Inoltre, per le donne in stato di gravidanza, o con figli al di sotto di un anno, non è applicabile il tradizionale strumento di tutela della maternità risalente già al Codice Rocco⁴⁰: il differimento di pena. Se la presenza di figli d’età inferiore ad un anno fa registrare, nella fase esecutiva, il più cospicuo arretramento delle esigenze in conflitto con l’interesse del minore alla convivenza extramuraria con la genitrice condannata (la sottrazione della donna al carcere è obbligatoria a prescindere dal suo profilo di pericolosità), in ambito cautelare tale tutela non è riconosciuta neppure in via facoltativa. Si è al riguardo argomentato che, mentre il rinvio non risulta incompatibile con le funzioni della pena - le quali *“possono subire compressione (e possono essere anche rimodulate) a seguito di una esecuzione procrastinata”*⁴¹ - diversamente, in sede cautelare, si ravvisa un’insanabile contraddizione fra la necessaria attualità del pericolo, che ne è il presupposto, e la posticipazione della sua esecuzione. Si giustifica, pertanto, in sede interpretativa, che il rinvio compaia fra gli strumenti di tutela della maternità e dell’infanzia soltanto là dove si tratta di eseguire la pena.

Sul piano squisitamente procedurale, infine, un limite di fatto alla tutela della maternità e dell’infanzia, a cui il cd. disegno di legge Siani (cfr. *infra*) sembra porre rimedio, deriva dall’ignoranza del giudice in ordine alla condizione della donna, nei cui confronti è sollecitato l’intervento cautelare dal Pubblico Ministero. Nella fase genetica della misura il giudice provvede di norma *inaudita altera parte* a norma dell’art. 285 c.p.p. L’interessata rischia così di poter far valere la sua condizione, ai fini dell’accesso alla misura degli arresti domiciliari, ma anche alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, soltanto in sede di impugnazione o di modifica della misura, ossia dopo essere stata

36 G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 7, p. 323.

37 Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2017, n. 17.

38 Invero, anche l’art. 275 comma 4 c.p.p. è stato, per tale lacuna, sottoposto all’attenzione del Giudice delle leggi. Tuttavia il merito della questione è rimasto impregiudicato, in seguito alla restituzione degli atti al rimettente, giustificata dalla necessità di una *“nuova valutazione della rilevanza della questione”* (cfr. Corte costituzionale, ordinanza del 19 luglio 2011, n. 239), oppure a causa di un’insufficiente descrizione della fattispecie all’esame del giudice *a quo*, unita all’oscurità, ambiguità, indeterminatazza del *petitum* (Corte costituzionale, ordinanza del 20 luglio 2011, n. 250 e, successivamente, Corte costituzionale, ordinanza del 26 maggio 2015, n. 104).

39 Corte di cassazione, Sez. II pen, sentenza del 7 maggio 2020, n. 13960 con cui la Suprema Corte ha escluso l’estensibilità, in via interpretativa, del divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere ex art. 275 comma 4, c.p.p. per i genitori di prole di età inferiore a sei anni al caso di figlio disabile di età superiore all’indicato limite. La mancata equiparazione del figlio disabile con quello di età inferiore a sei anni non può configurare, secondo la Corte, una disparità di trattamento tale da giustificare un’eccezione di costituzionalità, essendo diverse le esigenze assistenziali relative ad un figlio in età evolutiva, che richiedono la presenza di almeno un genitore, rispetto all’assistenza per un figlio disabile di età superiore, che può essere offerta da altri familiari o da strutture pubbliche di sostegno.

40 La legge n. 103 del 2017 delegava il Governo a *“garantire anche all’imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione [fosse] sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di vita”* (art. 1 co. 85 lettera s); anche tale delega non ha trovato corrispondenza in sede di decreti attuativi.

41 Corte di cassazione, Sez. V pen., sentenza del 12 novembre 2010, n. 6224.

tradotta in un carcere ordinario⁴²; là dove una Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 marzo 2008⁴³, impone che amministrazione giudiziaria si informi circa l'esistenza di bambini, prima di decidere in merito alla detenzione della madre, così assicurando una sorta di individualizzazione del trattamento.

4. La preclusione assoluta dell'età del minore

Sempre sul piano normativo, evidenti vuoti di tutela sono legati al fatto che gli istituti di favore per le madri detenute dipendono primariamente dall'età del bambino, sulla cui base l'ordinamento ha ritenuto di modularli.

Alla luce del quadro normativo vigente, oggi, per le madri condannate in via definitiva, è garantita la temporanea libertà fino al compimento dei tre anni del bambino (art. artt. 146, 147 e 211-*bis* c.p.), nonché, sino ai dieci anni, la detenzione domiciliare, comune (art 147-*ter* ord.pen.) e speciale (art 147-*quinquies* ord.pen.) e l'assistenza extramuraria (art. 21-*bis* ord.pen.).

L'attuale sistema, come visto, ha delineato uno statuto speciale per le detenute madri che presenta – in nome della discrezionalità legislativa – un rigido limite di età, al di sopra del quale non è più possibile accedere ai benefici, fissato in tre, sei o dieci anni; età in cui il bambino, secondo l'impostazione legislativa, può non avere ancora una propria autonomia o non comprendere appieno il contesto nel quale si trova.

Superato lo scaglione temporale dei dieci anni, residua la sola possibilità di ammettere la persona all'assistenza dei figli minori all'esterno dell'istituto, in presenza dei requisiti. Per il potere statale, pertanto, assume preminenza la tutela degli interessi di ordine pubblico, a prescindere da ogni altra circostanza. Non viene data alcuna considerazione alle età successive, fatto salvo il caso di grave disabilità del figlio e la doverosa garanzia di colloqui e contatti, mediante permessi e visite per la salvaguardia del rapporto con i minori; i quali, fra l'altro, nel nostro ordinamento penitenziario vengono considerati tali solo fino al quattordicesimo anno d'età.

Il sistema di connessione fra le tutele e l'età del minore – che non è stato messo in discussione neppure dalla Riforma Orlando - finisce per generare, di fatto, uno spartiacque, predeterminato *ex lege*, della idoneità genitoriale nella dinamica carceraria⁴⁴.

In linea di principio, il Giudice delle leggi ha ribadito che, la scelta di contenere entro un certo limite d'età la salvaguardia del bisogno filiale di un rapporto, continuativo e vissuto all'esterno del carcere, con il genitore, non assume i contorni di *“un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta (inammissibilmente) il totale sacrificio dell'interesse del minore”*. Tale impostazione deve, piuttosto, essere inquadrata fra le ben note massime di esperienza, *“regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela”*, secondo opzioni discrezionali⁴⁵.

Nonostante abbia superato il vaglio della Corte costituzionale, è un fatto incontrovertibile che la tutela della maternità, o meglio del legame tra madre e figlio, non possa considerarsi esaurita dopo le prime fasi di vita del bambino, o nell'inflessibile limite temporale dei 10 anni di vita fissato *ex lege*⁴⁶.

A ben guardare è lo stesso legislatore che, nel prevedere meccanismi di proroga delle misure alternative anche dopo il limite d'età⁴⁷, ha implicitamente riconosciuto l'importanza che la madre possa ac-

42 L'attuale disciplina, infatti, (artt. 293, comma 4-*bis* c.p.p., 387-*bis* c.p.p., 656, comma 3 *bis* c.p.p.), nel prevedere un obbligo di comunicazione al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni del luogo di esecuzione della misura cautelare, della misura precautelare (arresto o fermo), dell'ordine di esecuzione della pena per i figli minori, presuppone in capo all'Autorità procedente la conoscenza delle condizioni della donna destinataria del provvedimento restrittivo. Nell'ipotesi di mancata conoscenza delle condizioni ostative, oggi è prevista unicamente la comunicazione da parte della Direzione del carcere (art. 23, comma 2, reg. ord.pen.) che ha l'obbligo di trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria procedente, qualora risulti che la donna ristretta sia nelle condizioni impeditive all'applicazione della misura cautelare e, in generale, di detenzione in carcere.

43 Risoluzione 2007/2116 (INI).

44 A. Vesto, *Madri detenute e figli minori: il ruolo della responsabilità genitoriale tra affettività e tutela dei diritti umani*, cit., 2019, p. 117.

45 Corte costituzionale, sentenza dell'8 marzo 2017, n. 76.

46 G. Mantovani, *La decarcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?* In *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1, pp. 234-235.

47 L'art. 47-*quinquies* comma 8 ord.pen. prevede il riconoscimento della detenzione domiciliare speciale anche dopo il superamento del decimo anno di età del figlio, prorogando il beneficio qualora ricorrano i requisiti per l'applicazione della semilibertà.

compagnare il minore, nel delicato passaggio dall'infanzia all'adolescenza; condizione che, evidentemente, si realizza soltanto se il rapporto genitoriale è in fase di consolidamento.

5. Il lavoro della consulta a protezione della continuità genitoriale nel rapporto madre-figlio

Come anticipato, in questi anni, il giudice delle leggi ha più volte valorizzato le relazioni umane, specie di tipo familiare, quali fattori determinanti per il pieno sviluppo e la tutela effettiva delle persone più fragili.

Uno degli interventi più incisivi ha riguardato il graduale scardinamento del regime di rigore che prevede il divieto di concessione dei benefici penitenziari per chi – detenuto e internato a seguito di alcuni gravi delitti – non collabori con la giustizia.

Sollecitata dalla “corale attivazione della Cassazione, dei giudici di merito e di sorveglianza all'indomani del deludente esito della breve stagione riformatrice avviatasi con gli Stati generali dell'esecuzione penale e mestamente conclusasi con la “riforma penitenziaria dimezzata”⁴⁸, la Corte ha abbattuto sostanzialmente tutti gli ostacoli normativi insormontabili all'applicazione delle misure domiciliari.

La Consulta ha stabilito che la logica delle preclusioni assolute stride con i canoni costituzionali, soprattutto quando incide non solo e non tanto sul condannato da risocializzare, ma anche, e “*prioritariamente*”, su soggetti terzi estranei al reato, meritevoli di particolare attenzione e tutela, quali i fanciulli; soggetti in capo ai quali vige un autonomo diritto a godere di un rapporto “*continuativo*” e in ambiente “*idoneo*”, con “*ciascuno*” dei due genitori⁴⁹.

A differenza dei benefici che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita, per la tutela dei minori non è giustificabile subordinare l'accesso alle misure alternative a indici legali di pericolosità del condannato. Se negli altri casi considerati, il diniego del beneficio sarebbe proporzionale all'atteggiamento non collaborante del condannato, viceversa, nel caso della detenzione domiciliare speciale, gli effetti negativi della scelta astensionistica ricadono, principalmente, sul minore, il quale è privato dell'assistenza genitoriale, nonostante egli non sia responsabile, né della decisione del genitore di non collaborare né, prima ancora, di commettere il reato⁵⁰.

In particolare, in tema di detenzione domiciliare, ordinaria e speciale, i giudici costituzionali hanno evidenziato come, nonostante la differenza di presupposti nella loro applicazione, l'obiettivo comune ai due istituti è volto non solo alla rieducazione del condannato, ma “*primariamente*” a consentire la cura dei figli e a preservarne il rapporto con la madre⁵¹. L'identità finalistica delle due specie di detenzione domiciliare ha condotto, nel tempo, alla quasi totale assimilazione delle discipline, laddove il preminente interesse del minore non ammetteva che esse restassero distinte⁵².

48 F. Fiorentin, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri*, in *Sistema penale*, 2021.

49 Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2019, n. 187 che ha eliminato la preclusione triennale della misura a causa dell'avvenuta revoca di altro beneficio; per un commento alla sentenza Cfr. P. Bronzo, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1732.

50 Corte Costituzionale, sentenza del 24 settembre 2014, n. 239. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, legge n. 354/1975, nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, la misura della detenzione domiciliare speciale ed ha esteso l'efficacia della dichiarazione d'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, anche alla detenzione domiciliare ordinaria. Per un commento alla sentenza cfr. F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art.4 bis laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; A.M. Capitta, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. pen.. ma impone la regola di giudizio*, in *Archivio Penale*, 2014, 3; L. Pace, *La “scura della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, p. 3948 e ss.; F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, p. 3940 e ss.; M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *AIC*, 2016, 3, p. 27 e ss.

51 Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2018, n. 211; Corte costituzionale, sentenza del 12 giugno 2009, n. 177, per il margine di tolleranza degli allontanamenti ingiustificati del genitore accidentente.

52 Corte costituzionale, sentenza dell'11 gennaio 2022, n. 30.

Per garantire il rispetto di tutti gli interessi costituzionali coinvolti, la Consulta ha progressivamente introdotto un principio di personalizzazione attraverso “bilanciamenti caso per caso, refrattari a qualsiasi preclusione e automatismo”⁵³, in grado di attribuire al giudice della sorveglianza il potere-dovere di verificare le caratteristiche del fatto concreto. Non quindi una deroga al bilanciamento tra interesse del minore ed esigenze di difesa sociale, ma una sua attenta ponderazione; essendo costituzionalmente insostenibile che le ragioni di cura della prole potessero considerarsi recessive rispetto alle esigenze di protezione della comunità⁵⁴.

L’articolato percorso argomentativo intrapreso dalla Corte - prima in termini di irragionevolezza e, successivamente, di vera e propria illegittimità della normativa rispetto allo statuto costituzionale di protezione del minore infante - ha inevitabilmente comportato, al ricorrere di determinati requisiti, un sensibile ampliamento della detenzione domiciliare e, più in generale, di tutte quelle misure *extra moenia*⁵⁵ che ricadono sull’interesse dei minori all’affetto e alle cure materne.

A ben guardare, nelle argomentazioni assunte via via dalla Consulta, ad aver giocato un ruolo decisivo non è stata la protezione della maternità *ex se*, quanto piuttosto la continuità dell’assistenza da parte della genitrice detenuta, sempre laddove la loro interruzione rischi di impattare negativamente sul benessere del figlio⁵⁶. L’espressione “il migliore interesse del minore in tenera età”⁵⁷, utilizzato in alcune pronunce, conferma tale prospettiva e, in qualche modo, la precisa. Il concetto, sebbene alquanto indeterminato⁵⁸, impone all’organo giudicante un esame attento degli effettivi bisogni del minore, sia rispetto alla capacità d’assistenza da parte del genitore sia all’esperienza detentiva stessa, a cui potrebbe essere sottoposto per restare col genitore.

Sebbene il legislatore consideri sempre positiva la presenza del genitore, soprattutto della figura materna, tale valutazione non è assoluta; il giudice deve prestare molta attenzione nel rapportare il diritto del minore a conservare un rapporto col genitore a quello di quest’ultimo a esercitare la funzione genitoriale⁵⁹. Quasi a dire che, nella delicata operazione di bilanciamento da effettuare tra gli interessi costituzionalmente protetti, debba rientrarvi una valutazione, in concreto, del diritto alla maternità – che potrebbe arrivare ad indurre a recludere il minore con lei convivente – rispetto a quella della crescita del bambino, la cui protezione potrebbe indurre alla determinazione di tenerlo lontano dal genitore.

Tale approccio appare assolutamente in linea con le numerose norme sovranazionali a protezione del minore: gli articoli 3, primo comma, e 9 della già citata Convenzione Onu sui diritti del fanciullo; l’articolo 6 della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti del fanciullo, adottata dal Consiglio d’Europa il 25 gennaio 1996, l’articolo 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 7 dicembre 2000, meglio conosciuta come Carta di Nizza; la regola 36 delle *European*

53 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2021, n. 173 in tema di preclusione triennale da revoca di altra misura.

54 Corte costituzionale, sentenza del 12 aprile 2017, n. 76 dove viene censurato l’art. 47-*quinquies* della legge n. 354/1975 nella parte in cui impedisce alle madri detenute per i delitti ex art. 4-*bis* di spiare la prima frazione di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo), sin dall’inizio, secondo modalità agevolate, anche nella propria abitazione o altro luogo di privata dimora. In merito cfr. D. Galliani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?* in *AIC*, 4/2017, p. 16 e ss.; G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario*, cit., p. 321 e ss.

55 La medesima *ratio decidendi* ha condotto alla pronuncia di incostituzionalità, con sentenza n. 174 del 4 luglio 2018, dell’art. 21-*bis* dell’ordinamento penitenziario nella parte in cui non concedeva alle condannate per reati ex art. 4-*bis* non collaboratrici di giustizia, l’accesso all’assistenza all’esterno dei figli minori di dieci anni o lo subordinava all’espiazione di una frazione di pena. Per un commento cfr. M. Picchi, *La tutela dell’interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d’incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell’accesso ai benefici penitenziari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019; D.M. Schirò, *L’interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile “normale” con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11.

56 A. Lorenzetti, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole* Note a margine della sentenza n. 18 del 2020, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020.

57 Corte Costituzionale, sentenza n. 174 del 4 luglio 2018.

58 Sulla indeterminatezza della clausola “interesse del minore” cfr. L. Ferla, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1590; M. Bertolino, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 28 ss.

59 L. Cesaris, *Un’ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 3, p. 1803 e ss.; G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, cit., p. 239 e ss.

Prison Rules, adottate nel 2006 e aggiornate nel 2020⁶⁰. Tutte disposizioni che qualificano come “*considerazione preminente*” l’interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni dell’autorità pubblica che lo riguardano; norme, dunque, che dettano un criterio di bilanciamento specifico per il legislatore, così come per la magistratura nelle decisioni giudiziali.

Il “*best interest of the child*” nella tutela della vita familiare contro eventuali ingerenze dello Stato, sia pure legittime, è un principio ribadito a più riprese anche dall’intensa produzione giurisprudenziale della Corte Edu sull’articolo 8 Cedu, in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶¹, e utilizzato dai Giudici di Strasburgo nel valutare il bilanciamento tra interesse individuale del minore e i confliggenti e collettivi *pressing social needs*⁶².

6. Prospettive *de iure condendo*

Se nel nostro ordinamento la tutela del minore assume un ruolo prioritario, tanto quanto la funzione rieducativa della pena, occorre individuare strumenti alternativi per preservare il rapporto madre detenuta – figlio, sia fuori che dentro al carcere.

Le Regole di Bangkok delle Nazioni Unite⁶³ se, da un lato, esigono che il trattamento della popolazione femminile ristretta sia adeguato alle esigenze della gravidanza, dell’allattamento e della cura dei figli al seguito, dall’altro, richiedono una graduazione del trattamento penitenziario delle donne aspiranti (in stato di gravidanza) o già madri, nel primario interesse per la cura dei figli. Per il raggiungimento di questo secondo scopo, sollecitano gli Stati membri all’adozione di misure che favoriscano il più possibile la fuoriuscita del minore dal circuito penitenziario; soprattutto, facilitando l’accesso alle misure alternative e limitando la carcerazione cautelare.

Su queste premesse, si profila come necessario un avanzamento della normativa a difesa del rapporto detenute madri-figli minori, che vada oltre le tappe segnate dalle leggi “Gozzini”, “Simeone”, “Finocchiaro” e, infine, dalla novella del 21 aprile 2011, n. 62.

6.1. Il passo necessario nella lunga marcia contro gli automatismi preclusivi: oltre il dato anagrafico del minore come unico parametro di valutazione

Anche all’indomani dell’approvazione dell’ultima modifica legislativa della cd. Riforma Orlando, un figlio abile di età superiore ai sei o ai dieci anni, a seconda che si tratti di una misura cautelare o dell’applicazione della pena, continua a non godere della continuità nel rapporto materno; salvo il caso in cui si tratti del prosieguo di una tutela già accordata nei limiti di età previsti, superati durante la privazione della libertà.

Nonostante la decisa strada intrapresa per abbattere i muri degli automatismi preclusivi, come visto, i giudici della Consulta hanno, finora, fatto salvo il limite di età per l’applicazione dei benefici da possibili censure di incostituzionalità⁶⁴.

Eppure detta soglia determina, pur sempre, un meccanismo preclusivo basato su presunzioni insuperabili. Difatti, non tutte le situazioni sono uguali e, comunque, l’interesse del minore – cioè di un

60 Adottate dal Consiglio d’Europa, le (EPR) hanno lo scopo di fornire norme giuridicamente non vincolanti su buoni principi e pratiche nel trattamento dei detenuti e nella gestione delle strutture di detenzione per standardizzare le politiche penitenziarie degli Stati membri per dar vita a norme e prassi comuni.

61 M. Bonetti, A. Galluccio, *Sub art.8. Profili specifici sull’art.8*, in G. Ubertis, F. Viganò, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giapichelli, Torino, 2016, p. 262.

62 Corte Edu, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*; Corte Edu, 16 novembre 1999, *E.P. c. Italia*; Corte Edu, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; Corte Edu, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*. Per una disamina complessiva del principio dei *best interests of the child* nella sua dimensione nazionale e di come esso opera nella giurisprudenza delle due corti europee di Strasburgo e Lussemburgo cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*. FrancoAngeli, Milano, 2016; cfr. anche J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Gli speciali di Questione Giustizia*, 2019.

63 Risoluzione dell’Assemblea generale dell’O.N.U. 21.12.2010 n. 65/229 specificamente dedicata al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato; cfr. P.H. Van Kempen, M. Krabbe, *Women in prison: a transnational perspective*, in P.H. Van Kempen, M. Krabbe (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2017, p. 3 e ss.

64 Corte Costituzionale, sentenza n. 17 del 24 gennaio 2017.

soggetto terzo ed estraneo alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna – diviene recessivo anche in assenza di un' accertata pericolosità sociale del genitore⁶⁵.

Nonostante la questione non sia all'ordine del giorno nell'attuale frangente riformistico, appare indispensabile una soluzione che contempra la possibilità di un trattamento sanzionatorio che non interrompa il *continuum* educativo-assistenziale della madre e, più in generale del genitore, con il figlio; anche oltre il caso di prole di età inferiore a dieci anni o di figli gravemente disabili.

Se, come visto, l'imperativo categorico che arriva dai trattati internazionali già evocati, così come dalla stessa Carta Costituzionale, è quello del *"best interest of the child"* - inteso come considerazione preminente al superiore interesse del minore ogniqualvolta si debbano adottare decisioni che lo coinvolgano - il dato anagrafico, come unico criterio di valutazione, non rispetta tale impostazione. Certamente l'età è un parametro molto significativo, capace di modificare in misura rilevante le esigenze del soggetto. Però non è l'unico. Fattori di natura diversa possono incidere in ordine alla capacità di sopportare l'assenza materna, pur ricavabili dall'età del figlio⁶⁶.

Inoltre l'età del minore è un parametro destinato all'instabilità, per il suo carattere, appunto, convenzionale⁶⁷. Ne rappresenta una prova tangibile che il suo limite è stato, più volte, aggiornato nella concessione delle misure, sia in sede esecutiva che cautelare⁶⁸.

Quanto più impenetrabile è la barriera che il legislatore oppone all'apprezzamento di elementi ulteriori, tanto maggiori sono le perplessità sollevate.

Il principio dell'interesse del minore imporrebbe, al contrario, la sua valutazione caso per caso, senza quel confine anagrafico invalicabile che va contro il bilanciamento ragionevole che l'ordinamento deve operare a sostegno del fanciullo.

Nel rivendicare tale posizione, potrebbe tornare di sicura utilità, a parere di chi scrive, il ragionamento condotto dalla Corte in tema di figli minori con *handicap* totalmente invalidante, anche se di età superiore ai dieci anni.

Ponendo al centro le esigenze di sviluppo e formazione del minore, così come sancito dal secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione - che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale al pieno sviluppo della personalità⁶⁹ - i giudici di legittimità, a più riprese, hanno stabilito che *"il riferimento all'età non può assumere un rilievo dirimente (...) La salute psico-fisica di questo può essere, infatti, notevolmente pregiudicata dall'assenza della madre, detenuta in carcere, e dalla mancanza di cure da parte di questa"*⁷⁰. La Corte, in particolare, argomenta ricordando come la tutela della maternità, o meglio del legame tra madre e figlio, non possa considerarsi esaurita dopo le prime fasi di vita del bambino, dovendosi prioritariamente assumere la prospettiva di chi, incolpevole e bisognoso del rapporto quotidiano e delle cure della madre detenuta, in condizioni di vulnerabilità, indipendentemente dall'età, verrebbe a patire di tale esclusione. I giudici delle leggi hanno, così, *"implicitamente palesato"* l'illegittimità costituzionale del limite di un accesso a un beneficio penitenziario in ragione di un parametro meramente anagrafico.

È ragionevole affermare che l'*handicap* grave *"non può certo esaurire il ventaglio dei fattori in grado di condizionare significativamente le esigenze assistenziali dei figli minorenni, che pure abbiano già compiuto dieci (o, a maggior ragione, sei) anni"*⁷¹. Anche altre circostanze potrebbero richiedere una necessità delle cure genitoriali non inferiore a quella riconducibile al mancato raggiungimento della soglia dei dieci (o sei) anni di vita; basti pensare all'assenza dell'altro genitore.

65 M. Picchi, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziaria*, cit., p. 9.

66 A. Tesaro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 6, p. 4942.

67 A. Presutti, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in A. Presutti (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, 1999, p. 59. L'autore sostiene che l'età è un *"parametro [...] oramai fuori delle capacità di controllo del legislatore"*.

68 Nella sua versione originaria l'art. 275 comma 4 c.p.p. si rivolgeva alla donna *"incinta o che allatta la propria prole"*. Successivamente, con la Legge 8 agosto 1995 n. 332, per le madri si è fatto riferimento all' *"età inferiore a tre anni"* del figlio convivente, limite che abbraccia l'intera categoria dei bambini che tradizionalmente rischiano l'ingresso nelle sezioni-nido degli istituti penitenziari. Infine la protezione è stata estesa alla *"prole di età non superiore a sei anni"*, ossia fino al raggiungimento dell'età scolare (legge 62/2011).

69 Corte Costituzionale, sentenza n. 350 del 5 dicembre 2003.

70 Corte Costituzionale, sentenza n. 18 del 15 gennaio 2020.

71 G. Mantovani, *La decarcerazione delle madri*, cit., p. 238.

Sulla scia di questo percorso argomentativo - come già accaduto per la concessione delle misure alternative per i reati ostativi e per la detenzione domiciliare per i figli gravemente disabili superiori agli anni dieci⁷² - dovrà essere rimessa al giudice la valutazione della vicenda concreta.

Il superamento della stagione degli automatismi, segnati dallo stigma dell'illegittimità costituzionale, dovrebbe travolgere anche quello rigidamente ancorato all'età del minore, lasciando al giudice il potere di decidere con attenzione il singolo caso.

Una giustizia attenta e professionale - posta nelle condizioni di essere tempestivamente e adeguatamente informata sulle condizioni sociali e familiari delle detenute - non avrà bisogno di ripararsi dietro il muro dei parametri fissi imposti dal legislatore.

6.2. La tutela della maternità e dell'infanzia per i "minori visibili"...

Se assolutamente residuale deve essere lo spazio lasciato alla carcerazione materna, qualora il figlio segua la madre in carcere, deve essergli assicurato un ambiente in grado di tenere conto delle sue esigenze in modo appropriato. Lo ha ricordato il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, occupandosi di detenzione femminile nel 2018, così come la Raccomandazione n. 5, adottata sempre nel 2018, dal Comitato dei Ministri e concernente i figli minorenni di persone detenute, riconosciuti come soggetti particolarmente vulnerabili nell'ambito della *Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant*, per il quinquennio 2016-2021.

La spinosa questione dei minori dietro le sbarre⁷³ costituisce un problema sociale dagli orizzonti non ancora del tutto armonizzati.

La recente riforma penitenziaria, come visto, sembra aver definitivamente sdoganato l'espressione "asili nido" nell'ambito del contesto penitenziario, riproponendo, in modo preoccupante a parere di chi scrive, quell'ambiguità di fondo che rende pensabile la detenzione di bambini in tenera età. Una reclusione indiretta resa ancora più allarmante dall'inadeguatezza delle sezioni o delle stanze attrezzate ad "asili nido", messa in luce da recenti monitoraggi⁷⁴.

La prospettiva che, attualmente, sembra meglio conciliarsi con l'esigenza racchiusa nell'ormai noto slogan "mai più bambini in carcere"⁷⁵, appare quella delineata dall'impianto di riforma cd. Siani⁷⁶, dal nome del suo primo firmatario; un disegno di legge salutato con favore anche dalla Commissione per

72 Corte costituzionale, sentenza del 19 aprile 2019, n. 99; Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2019, n. 187; Corte costituzionale, sentenza del 25 ottobre 2018, n. 211; Corte costituzionale, sentenza del 12 aprile 2017, n. 76; Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 239.

73 Dai dati riportati dal XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, al 31 marzo 2022, erano 19 i bambini di età inferiore ai tre anni che vivevano insieme alle loro 16 madri all'interno di un istituto penitenziario. Di questi, il gruppo più consistente è composto da 8 bambini ospitati nell'Istituto a custodia attenuata per madri detenute di Lauro, unico Icam autonomo e non dipendente da un istituto penitenziario. A questo segue un gruppo di 4 bambini all'interno della sezione nido della Casa Circondariale di Rebibbia Femminile. Ospitano poi due bambini ognuno, gli Icam interni alla Casa Circondariale di Milano San Vittore e di Torino e la Casa Circondariale di Benevento. Un solo bambino si trova invece all'interno dell'Icam della Casa di Reclusione Femminile di Venezia, in www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/donne-e-bambini-in-carcere.

74 La "Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà", in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/, 2019, pp. 66-67, evidenzia la carenza di requisiti strutturali (adeguatezza delle stanze alle esigenze del bambino, cucina separata per i bimbi, presenza di un cortile attrezzato con giochi, di una ludoteca, di ambienti idonei per i colloqui con i familiari) e di qualità della vita dei bambini (presenza di volontari/personale specializzato, convenzioni per l'inserimento scolastico, possibilità di uscita accompagnata).

75 Audizione parlamentare in Commissione Infanzia della Ministra della Giustizia Marta Cartabia del 17 febbraio 2022; per l'intera audizione cfr. *Giustizia newsonline - Quotidiano del Ministero della giustizia*, in www.gnewsonline.it, 2022.

76 Disegno di legge n. 2298 (Siani + altri), recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori", approvato alla Camera dei deputati il 30 maggio 2022.

l'innovazione del sistema penitenziario⁷⁷ che, pur non entrando nello specifico, la indica come un "sistema auspicabile per ridurre il numero di bambini in carcere"⁷⁸.

Perseguendo la finalità annunciata di impedire che i bambini varchino la soglia del carcere, il disegno di legge è volto a rafforzare il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, ad ampliare le maglie del differimento di pena, a valorizzare l'esperienza delle case famiglia protette; attesa la connotazione comunque detentiva degli ICAM.

Più in particolare, intervenendo simultaneamente sul comma 4 dell'articolo 275 e sull'articolo 285-bis, che disciplina la custodia cautelare negli ICAM, la misura di riferimento per l'applicazione della custodia cautelare nei confronti di donne (o uomini in casi residuali) con figli minori di sei anni diventa la casa famiglia protetta, sopprimendo la custodia cautelare in carcere e rendendo quella negli ICAM un'ipotesi meramente residuale.

Tale sistema viene sostanzialmente riproposto per le donne con condanne definitive, con l'innalzamento delle soglie di età del minore per il differimento obbligatorio (art. 146 c.p.) e facoltativo (art. 147 c.p.) della pena: a tre anni nel primo caso, da tre e sei anni nel secondo.

In entrambe le ipotesi si prevede che il Tribunale di Sorveglianza, qualora rilevi la sussistenza di un concreto pericolo di commissione di delitti, possa stabilire che il differimento della pena venga disposto nelle forme della custodia in un ICAM o in una casa famiglia protetta.

Si interviene, inoltre, sulla disciplina del procedimento, per garantire una messa a conoscenza tempestiva, da parte dell'autorità decidente, della presenza di condizioni che impongono il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere; ovviando, così, a quelle distorsioni già evidenziate (cfr. *supra*), provenienti da una inadeguata informazione dell'organo giudicante.

Viene, infine, eliminato quello che rappresenta, ad oggi, il maggior ostacolo all'implementazione delle case famiglie protette: il vincolo normativo ed economico connesso alla loro realizzazione senza oneri per lo Stato; con la possibilità (e non l'obbligo) per l'amministrazione centrale di finanziare, anche solo parzialmente, la realizzazione di nuove strutture e l'obbligo (e non più una facoltà) per l'amministrazione di stipulare convenzioni con gli enti locali per l'individuazione di luoghi da destinare alla loro collocazione. Si inserisce, infine, un obbligo per i comuni, dove sono dislocate case famiglia protette, di prendere in carico, attraverso i propri servizi sociali, le persone presenti nelle strutture.

Nell'apprezzare l'impostazione complessiva dell'intervento di riforma, si ritiene che lo stesso, agendo in ambito cautelare, avrebbe ben potuto rappresentare la giusta occasione per eliminare le irragionevoli disparità esistenti tra detenute madri in esecuzione di ordinanze cautelari e detenuti madri in esecuzione pena; con un adeguamento, *in primis*, dei limiti di età tra fase cautelare e fase esecutiva.

Su un piano meno giuridico, ma maggiormente "operativo", non sono mancate perplessità da parte di chi⁷⁹ ritiene che, un ampliamento dell'istituto del differimento di pena, possa, da un lato, incentivare stati di gravidanza forzati e strumentali, soprattutto delle donne straniere, per garantirsi una sostanziale impunità per lunghi periodi di vita; dall'altro, che la progressione trattamentale, così congeniata, non sia realmente adeguata allo stadio evolutivo del minore⁸⁰.

6.3. ...e per quelli "invisibili": la tutela della genitorialità "dentro le mura"

Resta sullo sfondo il tema della genitorialità "dentro le mura", ovvero la possibilità di preservare il rapporto genitoriale, nell'ambito del trattamento dei bambini che accedono in carcere, rendendoli finalmente "visibili", nel rispetto dei diritti dell'infanzia e di quelli degli adulti detenuti.

77 Istituita con D.M. 13 settembre 2021, la Commissione, presieduta dal prof. Marco Ruotolo e composta da giuristi, avvocati, operatori dell'amministrazione penitenziaria e dell'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna, ha perseguito l'obiettivo individuare possibili interventi concreti per migliorare la qualità della vita delle persone recluse e di chi vi opera, nel rispetto di una visione costituzionale della pena, degli *standard* europei e nell'ottica di una "strategia complessiva che agisca sulle strutture materiali, sul personale e sulla sua formazione". La Commissione ha concluso i suoi lavori nel dicembre 2021, in appena tre mesi, con il deposito di una Relazione finale che contiene una serie di proposte di intervento puntuali ma di ampio respiro, in grado di coniugare, a parere di chi scrive, funzionalità e visione.

78 Cfr. Commissione per l'innovazione del Sistema Penitenziario, *Relazione finale*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 2021.

79 Cfr. Audizione parlamentare Associazione La Gabianella, in www.rapportiparlamento.gov.it, 2021.

80 Il bambino si ritroverebbe in stato di libertà fino al terzo anno di vita, fase in cui il figlio dipende maggiormente dalle cure materne, per poi essere sottoposto alla reclusione negli ICAM dai tre anni in poi, età in cui il bambino avverte maggiormente la necessità del contatto col mondo esterno e con la comunità.

Una questione resa quanto mai urgente dalle posizioni assunte, anche di recente, dalla Corte di Cassazione⁸¹, che ha segnato una connessione tra stato di abbandono del minore e condizione di reclusione; con le inevitabili ripercussioni sulla perdita definitiva della genitorialità e sull'adottabilità del minore.

In particolare, precisa la Corte, *“la condizione di abbandono del minore può essere dimostrata anche dallo stato di detenzione al quale il genitore sia temporaneamente assoggettato, trattandosi di circostanza che, essendo imputabile alla condotta criminosa posta in essere dal genitore nella consapevolezza della possibile condanna e carcerazione, non integra gli estremi della causa di forza maggiore di carattere transitorio individuata dalla L. n. 184 del 1983, art. 8 quale causa di giustificazione della mancata assistenza”*⁸².

Se, pertanto, sul piano di adeguatezza alla genitorialità - al di là da considerazioni che esulano dal piano giuridico⁸³ e dal presente contributo - sembra essere stato scardinato qualunque automatismo tra commissione del reato e decadenza della responsabilità genitoriale, in quanto contrastante con il principio di ragionevolezza⁸⁴, in ambito civilistico, si fa strada la presunzione per cui il ristretto è, di per sé, incapace ad attendere alle esigenze e cure del minore.

Una presunzione di inadeguatezza e inattitudine del detenuto, ed ancora più della madre, che affonda le sue origini, a parere di chi scrive, non solo nel pregiudizio del ristretto come *“cattivo modello”*, nel contesto sociale così come in quello familiare, anche quando i reati commessi non coinvolgono la funzione genitoriale. La privazione della responsabilità genitoriale deriva, inevitabilmente, anche dalle condizioni a cui è relegata la genitorialità all'interno delle nostre carceri, con la conseguente constatazione della fisiologica assenza del genitore recluso che, raramente, riesce a partecipare alla vita del minore e ad ottemperare ai suoi obblighi.

L'esercizio dei diritti-doveri del genitore detenuto è, infatti, confinato in sporadici colloqui e conversazioni telefoniche, tenuti per lo più in presenza di terzi e in un ambiente inadeguato per i rapporti familiari. Gli spazi destinati all'affettività sono, di fatto, inesistenti nella maggior parte degli istituti di pena italiani e i luoghi in cui si svolge la vita detentiva costituiscono un trauma, *in primis*, per il minore⁸⁵.

Tali condizioni sono indissolubilmente legate a quel concetto di *“assenza”*, richiamato dai giudici di legittimità, che sta alla base della sospensione e/o decadenza dalla genitorialità; atteso che l'azione educativa di genitori consapevoli passa attraverso l'attenzione e la sollecitudine con la quale essi si occupano dei loro figli.

Eppure una recente circolare del Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria, la n. 137372 del 23 aprile 2018 - anche alla luce della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁸⁶ e della stessa Carta europea dei diritti del fanciullo⁸⁷ - ribadisce che i minori figli di genitori detenuti hanno gli stessi diritti degli altri, inclusa la possibilità di un contatto regolare con i loro genitori.

Oltre al già citato quadro normativo, sempre nel contesto internazionale, è la stessa Corte Europea a porre, in capo agli Stati, l'obbligo di approfondire ogni sforzo per rendere temporaneo l'allontanamento,

81 Vedi da ultimo Corte di cassazione, Sez. VI, ordinanza del 10 gennaio 2020, n. 319.

82 Corte di cassazione, Sez IV civ., sentenza del 19 gennaio 2018, n. 1431; Corte di cassazione, Sez. I, sentenza n. 26624 del 9 novembre 2017; Corte di cassazione, Sez. I, sentenza del 2 ottobre 2015, n. 19735.

83 J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette, cit.*, p. 114 e ss., riferisce di una presunzione forte di incompetenza del genitore che commette alcune tipologie di reato quale scelta in contrasto con il dovere di educare i figli alla legalità.

84 Cfr. Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 7.

85 Dalle interviste condotte presso alcune strutture nell'ambito di una articolata ricerca-intervento che ha visto il coinvolgimento di oltre 230 detenuti e di diversi operatori penitenziari, è emerso come - qualora le modalità dei contatti si fanno più difficoltose in termini qualitativi, come accaduto durante l'emergenza sanitaria, e non solo - sono gli stessi genitori detenuti a decidere di abdicare al proprio ruolo genitoriale, chiedendo di rinunciare al principale strumento a loro concesso per esercitare la propria affettività all'interno del carcere: il colloquio. Cfr. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi, cit.*, Appendice.

86 Raccomandazione n. 5 del 2018 del Comitato dei Ministri degli Stati membri della Unione europea relativa ai figli delle persone detenute. Adottata nell'ambito della Strategia per i diritti dell'infanzia che ha caratterizzato l'attività del Consiglio d'Europa per il quinquennio 2016-2021, essa si applica sia ai bambini in carcere al fianco dei genitori sia a quelli con genitori in carcere. Si ribadisce anche in tale sede che i bambini possono restare in carcere solo se ciò soddisfa il loro interesse. Ove poi risulti opportuno e possibile, occorre prediligere le alternative alla detenzione. E in ogni caso - tiene a sottolineare l'Unione europea - i bambini figli di detenuti devono essere trattati nel rispetto dei diritti umani.

87 La Risoluzione A3-0172/92, al punto 8.15, sancisce che ogni fanciullo, i cui genitori si trovino a scontare una pena detentiva, deve poter mantenere con gli stessi contatti adeguati.

ricostituendo e sostenendo il legame familiare⁸⁸ e le genitorialità “fragili”⁸⁹, nell’ottica dell’attuazione del più volte menzionato principio del *best interests of the child*.

Urge una riforma, *in primis*, del Regolamento penitenziario, in grado di attuare concretamente quei principi già presenti nell’Ordinamento penitenziario riformato⁹⁰ e saldamente ancorati alla carta costituzionale e a quelle sovranazionali. Una riforma che, oltre ad abbattere le presunzioni legali anche per i padri, sia in grado di implementare le insufficienti e inadeguate modalità di contatto tra i detenuti e le proprie famiglie; anche sulla scorta dei preziosi suggerimenti che provengono dalla “Carta dei figli dei genitori detenuti”⁹¹ nonché dal lavoro dei Tavoli 6⁹² e 14 degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale e della successiva Commissione ministeriale Giostra.

La proposta di legge per la “*Tutela delle relazioni affettive e della genitorialità delle persone ristrette*”, presentata dal Consiglio Regionale del Lazio ai due rami del Parlamento il 24 febbraio 2022⁹³, è volta al pieno riconoscimento ed esercizio del diritto all’affettività delle persone reclusi. Il *fil rouge* dell’intervento riformatore è l’attenzione costante prestata al minore coinvolto nel contesto detentivo del genitore, fin dal suo ingresso nell’istituto di pena; un’attenzione in grado di condurlo fuori da quella visione “adultocentrica” alla quale è sottoposto dall’attuale sistema penitenziario. Attraverso l’innalzamento ad anni quattordici del concetto di minore per la concessione dei benefici penitenziari, l’aumento del numero e della durata dei contatti, senza i limiti e le restrizioni per i detenuti imputati e condannati ex art. 4-bis, la “liberalizzazione” del sistema delle telefonate, l’introduzione del collegamento audiovisivo, la previsione di sale distinte per i nuclei familiari con minori - dotate preferibilmente di spazi all’aperto e con possibilità di attività ludiche e ricreative a sostegno dell’infanzia - si tenta la strada di quella “normalizzazione” del rapporto genitoriale ripetutamente indicata dalla normativa sovranazionale e dai giudici di Strasburgo.

Il disegno di legge si preoccupa anche di potenziare gli strumenti extra-murari volti alla tutela della genitorialità, con l’introduzione dell’istituto dei cd. “permessi familiari” e la rivisitazione della disciplina del permesso di necessità, che viene traghettata fuori dal requisito della “gravità”, per approdare a quello della “rilevanza”; modifica da tempo auspicata, proprio al fine di consentire una più ampia applicazione del beneficio per eventi familiari di particolare rilevanza.

Sempre nell’ottica di fornire un sostegno operativo alla genitorialità, favorendo percorsi di mantenimento/ripresa dei legami familiari, viene, infine, valorizzata l’esperienza di “Sportelli famiglia”⁹⁴; servizi volti a promuovere azioni sinergiche per il rinforzo delle funzioni genitoriali e il superamento delle situazioni di disagio familiare⁹⁵. Si vuole andare, così, a rafforzare l’ancora incerta collaborazione

88 Corte Edu, 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*.

89 Corte Edu, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*.

90 In particolare all’art. 18 dell’ordinamento penitenziario si specifica che “*particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici*”.

91 La Carta - siglata il 21 marzo 2014 dal Ministero della giustizia, dall’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza e dall’Associazione “Bambinisenzasbarre”, e rinnovata nel dicembre 2021 - è divenuta il testo guida per la Raccomandazione europea CM/ Rec (2018) 5 del 4.4.2018, firmata da ben quarantasette Stati del Consiglio d’Europa. Sancisce i diritti fondamentali del minore con genitori reclusi. Impegna il sistema penitenziario all’accoglienza dei minori, creando un ambiente che accolga adeguatamente i bambini, trovando il giusto equilibrio tra esigenze di sicurezza e i necessari contatti familiari; istituisce un “tavolo permanente” per il monitoraggio sull’attuazione dei principi, la cooperazione tra soggetti istituzionali e non, lo scambio delle buone prassi e l’analisi delle proposte a livello nazionale ed europeo. Viene data grande rilevanza alla formazione del personale penitenziario; alla presenza di mobilio e sale giochi particolarmente curati ed adeguati, ad un’area verde per fruire di ore all’aperto. Si ribadisce, all’art. 7 del protocollo, l’opportunità, per quanto possibile, di escludere i minori dalla permanenza sia in istituti penitenziari che a detenzione attenuata, incentivando, invece, la predisposizione di sempre più incisive e fruibili misure alternative alla detenzione.

92 *Stati generali dell’Esecuzione Penale, Tavolo 6 – Mondo degli affetti e della territorializzazione della pena*, in <http://www.giustizia.it/>. Il tavolo di esperti ha posto l’accento sulla rilevanza del diritto all’affettività, quale diritto umano fondamentale, e sulla necessità, quanto mai cogente, di pervenire ad una sua positivizzazione, mediante la modifica della disciplina dei permessi premio e delle visite, dei rapporti tra genitori detenuti e minori, nonché con l’introduzione, nell’ordinamento penitenziario, dell’art. 30-*quinquies*, dedicato ai cd. permessi di affettività.

93 C. 3488 e S. 2543 – 18ma Legislatura. Cfr. S. Grieco, *Il diritto all’affettività delle persone reclusi*, cit., p. 99 e ss.

94 Per un esempio di sperimentazione territoriale: “Spazi Neutri”, avviato nel mese di marzo 2020, con durata 12 mesi, nato da un protocollo d’Intesa tra la Casa circondariale, il Tribunale e la Procura per i minori, unitamente all’Ufficio Esecuzione Penale Esterna ed associazioni del terzo settore con l’associazione di volontariato penitenziario “*Noi e Voi Onlus*” di Taranto.

95 S. Baldassari, *Donne in carcere e figli: diritto al colloquio e autorizzazione alla corrispondenza*, cit., p. 235.

fra autorità giudiziaria (penale, civile e di sorveglianza), amministrazione penitenziaria e servizi sociali territoriali⁹⁶.

Tali Sportelli - che andrebbero a trovare la loro collocazione naturale nel cd. "Spazio Giallo" previsto dalla Carta dei figli dei genitori detenuti⁹⁷- potrebbero rappresentare strutture di supporto cruciali nell'ambito del processo collaborativo di risoluzione del conflitto, meglio conosciuto come mediazione familiare. Si tratta di uno strumento che potrebbe così trovare la propria dignità istituzionale anche in ambito penitenziario, con le forme certamente peculiari che la stessa assume tra le mura del carcere ed al di fuori di esse. Un percorso in cui le famiglie sono sostenute da un terzo imparziale (il mediatore) nel processo di ripresa della comunicazione e dell'elaborazione di nuovi assetti di vita. Un intervento che porrebbe il nostro Paese in linea con i dettami delle Regole Penitenziarie Europee⁹⁸ e con il recente orientamento della Corte Edu che impone agli Stati membri l'adozione di *positive obligations*, intese come provvedimenti per assistere i detenuti nella creazione e nel mantenimento dei legami extra-murari, offrendo loro, in questo modo, i mezzi per il reinserimento sociale degli stessi⁹⁹.

Si tratta di un progetto che potrebbe trovare nella recente riforma del processo di civile¹⁰⁰, una significativa leva di attuazione e sviluppo.

Tra le numerose innovazioni introdotte dall'intervento riformatore, che ha istituito il Tribunale unico per la famiglia e le persone, si annovera anche l'ampliamento della mediazione familiare, l'introduzione della figura del curatore speciale del minore ed una più marcata specializzazione dei consulenti tecnici che intervengono in materia familiare. In particolare, con riguardo a quest'ultimi, sono previste nuove figure specializzate in neuropsichiatria infantile, psicologia dell'età evolutiva e della psicologia giuridica o forense.

L'inserimento di nuovi operatori istituzionali¹⁰¹, funzionali al sostegno della maternità e volti a garantire livelli di tutela più marcati e decisivi per i soggetti fragili, potrebbe rilevarsi un prezioso strumento anche al servizio della genitorialità reclusa.

7. In conclusione

Al di là delle non più rinviabili riforme "interne" agli istituti di pena, la strada maestra, per la tutela del minore e del suo diritto all'infanzia, resta esternalizzare la detenzione della genitrice da cui dipende. È indubbio, infatti, che condurre la donna "all'esterno" del carcere rappresenta l'unico strumento realmente in grado di garantire al figlio la possibilità di godere appieno delle cure che può offrire una madre, libera e nel pieno esercizio del suo ruolo.

La recente crisi sanitaria ha insegnato che, un più ampio ricorso a percorsi esterni, è possibile: dai cinquantanove bambini che si contavano nelle carceri italiane al 30 giugno 2020, con la pandemia la percentuale era diminuita di oltre il 44%, scendendo a trentatré, per giungere, a dicembre 2021, a diciannove¹⁰². Segno che soluzioni individualizzate, capaci di limitare, se non azzerare, il numero di minori e di madri che varcano le soglie degli istituti di pena nel nostro Paese, e di ridurre il trauma da distacco, sono attuabili.

96 J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., p. 111 e ss.

97 È il luogo volto alla preparazione degli incontri dei bambini con il genitore detenuto, assistiti da personale specializzato, e dove costruire, con entrambi, nel tempo relazioni e percorsi di sostegno e accompagnamento alla difficile esperienza carceraria.

98 Regola 24-4/5 e Commentario alle Regole Penitenziarie Europee (EPR) individuano in capo alle autorità di facilitare "i contatti con il mondo esterno" e di "permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali", "fornendo loro l'assistenza sociale appropriata allo scopo".

99 Corte Edu, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*.

100 Legge n. 206 del 26 novembre 2021. Per un approfondimento cfr. C. Cecchella, *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minori e per le famiglie*, Giappichelli, Torino, 2022.

101 Sul tema del potenziamento dei servizi di assistenza e affiancamento dei minori cfr. *Le proposte di Antigone per un nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario*, in www.antigone.it, 2021.

102 *Rinnovata la Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti*, in *Giustizia newsonline - Quotidiano del Ministero della giustizia*, in www.gnewsonline.it, 2021.

Costanza Nardocci*

La generalizzazione irragionevolmente discriminatoria: lo stereotipo di genere tra diritto e corti

Sommario

1. Spunti introduttivi su stereotipo, pregiudizio (collettivo) e fenomeno discriminatorio. – 2. Una tipologia di generalizzazione (stereotipata e) discriminatoria: lo stereotipo di genere. – 3. Dallo stereotipo al diritto: implicazioni, rischi, ripercussioni nella dimensione domestica e sovranazionale. – 4. Non solo principi: sì alle Convenzioni, ma no alle leggi? – 5. Qualche spunto dalla giurisprudenza costituzionale: non di stereotipi si parla, ma... – 6. Le Corti sovranazionali: il Comitato ONU alla CEDAW tra “Stereotype” e “Gender Stereotyping”. – 7. L’approccio europeo: “quando” lo stereotipo arriva a Strasburgo. – 8. “Come” lo stereotipo arriva davanti alle Corti: un nuovo accertamento per una nuova forma di discriminazione di genere? – 9. Conclusioni: le conferme, le novità verso una interazione tra sistemi, nazionali e sovranazionali.

Abstract

Il saggio approfondisce i rapporti tra lo stereotipo di genere e il diritto nella prospettiva costituzionale e sovranazionale, con particolare riferimento al diritto internazionale dei diritti umani. In primo luogo, l’articolo si occupa delle indicazioni che promanano dal diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, dalla Convenzione ONU sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne e dalla c.d. Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa per tracciare un quadro delle disposizioni normative che trattano dello stereotipo quale forma di discriminazione ai danni delle donne. In secondo luogo, premessi riferimenti alla giurisprudenza del Comitato ONU alla CEDAW, il saggio analizza la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo allo scopo di verificare se, a livello regionale, siamo di fronte ad un “cambio di passo” e ad una presa di coscienza effettiva della portata lesiva e discriminatoria dello stereotipo.

The essay explores the relationship between gender stereotypes and the law from a constitutional and supranational perspective, with particular reference to international human rights law. Firstly, the article deals with the indications emanating from international human rights law and, in particular, from the UN Convention on the deletion of all forms of discrimination against women and from the so-called Istanbul Convention of the Council of Europe to outline the regulatory provisions dealing with stereotyping as a form of discrimination against women. Secondly, after making references to the jurisprudence of the UN Committee at CEDAW, the essay analyzes the most recent case law of the European Court of Human Rights in order to verify whether, at a regional level, we are facing a “change of pace” and to an effective awareness of the harmful and discriminatory scope of the stereotype.

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Spunti introduttivi su stereotipo, pregiudizio (collettivo) e fenomeno discriminatorio

Vi sono ambiti o, forse sarebbe meglio dire, temi in cui il legame tra il diritto e le altre scienze sociali è particolarmente stretto. Temi che rimandano a fenomeni, che rendono imprescindibile un'analisi complementare e multidisciplinare delle ripercussioni che talune condotte umane riverberano sui diritti umani e costituzionali delle persone.

Un caso emblematico, in questo senso, è rappresentato dal fenomeno discriminatorio e, al suo interno, dallo stereotipo¹.

Una branca di studi che affianca l'interpretazione del fenomeno discriminatorio quale esito del conflitto tra gruppi sociali, contraddistinti da specificità etniche e culturali o religiose, è incline, infatti, a sostenere che la causa primigenia della discriminazione sia da ricercare nel pregiudizio oppure, anche, laddove si ritenga di distinguere le due nozioni, dallo stereotipo.

Soffermandosi su questa seconda ipotesi ricostruttiva, la psicologia analitica e la filosofia del diritto si sono dimostrate favorevoli ad istituire un collegamento molto forte tra il trattamento differenziato riservato all'"altro", il c.d. *out-group*, rispetto a quello di cui beneficia un altro gruppo sociale, solitamente quello di maggioranza o dominante, cioè che occupa una posizione sovraordinata nel contesto delle c.d. società stratificate.

Secondo queste letture, stereotipo e pregiudizio verrebbero ad assumere una connotazione, o forse, una funzione analoga nel meccanismo discriminatorio. In entrambi i casi, le generalizzazioni o classificazioni – altresì definibili ricorrendo al processo denominato "*naming*"² – proposte costituiscono la ratio che sottende, giustifica e dovrebbe rendere ragionevole la disparità di trattamento.

Se non esiste una unanimità in letteratura sui rapporti tra il pregiudizio e lo stereotipo, pare, però, opportuno sottolineare che la dimensione collettiva, del primo oppure del secondo, assolve un ruolo centrale nella genesi delle dinamiche del fenomeno discriminatorio. Sarebbe, cioè, il pregiudizio "collettivo"³, quello che si sostanzia nella generalizzazione, condivisa all'interno di un gruppo sociale, della inferiorità dell'altro gruppo, a presentare le potenzialità più marcate nella origine della discriminazione. In altre parole, la categorizzazione che fonda lo stereotipo diventa essa stessa causa di discriminazione⁴, con la precisazione, ovvia per gli studi costituzionalistici ma non solo, che non ogni distinzione equivale ad una violazione del principio di eguaglianza, ma soltanto quelle che risultano sprovviste di una qualsiasi giustificazione obiettiva e ragionevole.

Quanto precede, e al netto del dibattito sulle relazioni tra pregiudizio e stereotipo, consente di mettere a fuoco alcuni punti fermi. Lo stereotipo (oppure, se così si vuole, il pregiudizio) è esterno, cioè costituisce il prodotto di una generalizzazione creata da un gruppo nei confronti di un altro e senza l'adesione dell'ultimo alla visione fatta propria dal primo; irrigidisce i confini e, con essi, le differenze tra i gruppi secondo logiche di potere; si fonda su associazioni automatiche, attribuendo caratteristiche agli appartenenti ad un gruppo solo perché dall'esterno considerati membri di quella collettività; è eminentemente semplificatorio, in quanto disconosce e si disinteressa delle sfaccettature esistenti; realizza distinzioni su fattori opinabili e decisi, ancora una volta, dall'esterno.

-
- 1 Per un approfondimento si rinvia, diffusamente, al fondamentale lavoro di C. Franklin, *The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law*, in *New York University Law Review*, 2010, 83 e ss. Sulla nozione di stereotipo, si veda, diffusamente, anzitutto, W. Lippmann, *Public Opinion*, Harcourt, 1922 e, anche, R. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010. Nell'ambito della filosofia del diritto, si rinvia agli scritti di F.J. Arena, *Los estereotipos detrás de las normas*, Toledo Ediciones, 2022 e, dello stesso A., anche *The Pragmatics of Stereotypes in Legal Decision-Making*. in F. Poggi, A. Capone (a cura di), *Pragmatics and Law Practical and Theoretical Perspectives*, Springer, 2017; M. Moschel, *La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015.
 - 2 Qualificano la nozione di pregiudizio a partire dal processo di *naming*, R.J. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press 2010, in particolare 9 e ss.
 - 3 Parla di "pregiudizio collettivo", N. Bobbio, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Einaudi, Torino, 2014. Ad avviso dell'A., il c.d. "pregiudizio collettivo" consisterebbe «[l']identificazione col proprio gruppo fa sentire l'altro come diverso o addirittura come ostile. A questa identificazione-contrapposizione contribuisce appunto il pregiudizio, ovvero il giudizio negativo che i membri di un gruppo si fanno dei caratteri del gruppo rivale», cit. 109-110.
 - 4 In questo senso, si vedano anche le conclusioni della Sotto-Commissione per la prevenzione della discriminazione e per la protezione delle minoranze delle Nazioni Unite, che, nel 1949, con il documento *The main types and causes of discrimination, (c.d. memorandum)*, ha fornito un quadro organico delle principali cause del fenomeno discriminatorio. In tema e per un'analisi delle origini del fenomeno discriminatorio, si consenta il rinvio a C. Nardocci, *Razza e Etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

Questo insieme di elementi concorre a delineare alcuni dei tratti ontologici dello stereotipo e, al tempo stesso, consente di comprenderne il nesso, strettissimo, con il fenomeno discriminatorio. Lo stereotipo, potrebbe sostenersi, costituisce causa ed effetto della discriminazione. E, a voler tenerlo distinto dal pregiudizio, potrebbe qualificarsi alla stregua di un prodotto finale, cioè una cristallizzazione temporale e sostanziale-contenutistica del pregiudizio, specie se “collettivo”, e quindi della discriminazione.

Inoltre, e sotto altra angolazione, lo stereotipo, come la discriminazione, si regge e fa corpo con una o più delle qualità individuali che fungono da linee di divisione tra esseri umani, i c.d. fattori di discriminazione. In questo senso, lo stereotipo può assumere le più diverse sfaccettature, a seconda dell'elemento oppure, se si preferisce una prospettiva di tipo intersezionale, una pluralità di qualità individuali adottate quali termini di raffronto essenziali su cui è costruita la classificazione.

Nelle riflessioni che seguono, ci si occuperà dell'intreccio tra generalizzazioni irragionevoli, cioè stereotipate, e genere tenendo insieme anche quei fattori che più spesso interagiscono con la dimensione di genere e che assumono specifica rilevanza se studiate anche a partire dalle teorie dell'intersezionalità⁵.

Premessa una disamina delle specificità dello stereotipo di genere nella sua relazione con i diritti umani delle donne, il saggio intende occuparsi delle risposte del diritto, specie sul versante del diritto internazionale dei diritti umani che ha offerto maggiori risposte sul piano delle Carte dei diritti⁶ e della giurisprudenza, e pur senza tralasciare la prospettiva costituzionalistica.

Obiettivo del lavoro sarà, infine, verificare quali sono state le risposte di alcune Corti, nazionali e sovranazionali, e, soprattutto, della più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che si sta dimostrando maggiormente incline a ricondurre le ricadute pregiudizievole dello stereotipo entro l'ambito applicativo dell'art. 14 CEDU.

2. Una tipologia di generalizzazione (stereotipata e) discriminatoria: lo stereotipo di genere

The most globally pervasive of the harmful cultural practices [...] is the stereotyping of women exclusively as mothers and housewives in a way that limits their opportunities to participate in public life, whether political or economic⁷.

Così, Frances Raday, una delle prime componenti del Comitato ONU alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, riferiva dello stereotipo di genere iscrivendolo nel novero delle prassi culturali che investono la sfera pubblica e privata, associando in modo esclusivo la donna al suo ruolo di genitrice e di moglie.

5 Teoria, come noto, coniata da K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139 e ss. e, in seguito, sviluppata da alter studiose tra cui si vogliono richiamare, in questa sede, C. Talpade Mohanty, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses*, in *Boundary*, 1994, 333 e ss.; G. Chravorty Spivak, *Subaltern Studies: Deconstructing Historiography*, in R. Guha, G. Spivak (a cura di), *Selected Subaltern Studies*, 1988. Più di recente, uno studio interessante sull'evoluzione della teoria dell'intersezionalità, si rinvia a J. Bond, *Foreword: Centering Intersectionality in Human Rights Discourse*, in *Washington and Lee Law Review*, 2022, 953 e ss.

6 Nel novero degli interventi di diritto positivo, merita segnalare, di recente, l'importante intervento dell'Unione Europea che, in occasione della pubblicazione in data 8 marzo 2022 della proposta di direttiva *sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica* ha valorizzato in modo particolare il fenomeno dello stereotipo che fa ingresso nella proposta sia nel *Considerando* (si vedano, in particolare, i punti nn. 37, 59, 61), sia, e soprattutto, in alcune delle norme della proposta. Si segnalano, in proposito: l'art. 23, rubricato *Orientamenti per le forze dell'ordine e gli operatori di settore*, che espressamente richiede agli Stati membri l'adozione di orientamenti che si occupino, tra gli altri, di “evitare gli stereotipi di genere” (lett. f); l'art. 36, *Misure preventive*, dove si legge che: “[l]e misure preventive mirano in particolare a contrastare gli stereotipi di genere dannosi, a promuovere la parità tra donne e uomini e a incoraggiare tutti, compresi gli uomini e i ragazzi, a fungere da modelli di riferimento positivi per agevolare cambiamenti comportamentali in tutta la società, in linea con gli obiettivi della presente direttiva”; l'art. 37 in tema di formazione e informazione dei professionisti, dove il paragrafo 5 stabilisce che gli Stati debbono impegnarsi a “combattere le rappresentazioni stereotipate di donne e uomini, le raffigurazioni sessiste delle donne e la colpevolizzazione delle vittime nei media, così da ridurre il rischio di violenza contro le donne e di violenza domestica”.

7 F. Raday, *Culture, Religion, and CEDAW's Article 5(a)*, in H.B. Schöpp-Schilling, C. Flinterman (Eds.), *The Circle of Empowerment: Twenty-Five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, New York Feminist Press, 2007, 68 e ss., cit. 71.

Muovendo da questa definizione, può altrimenti affermarsi che lo stereotipo di genere rappresenta uno degli esempi paradigmatici del funzionamento di classificazioni che ridondano in trattamenti discriminatori riservati ad un gruppo sociale. Il processo che conduce alla formazione e allo sviluppo dello stereotipo di genere poggia, infatti, sul ricorso all'utilizzo della nozione di genere e al significato ad essa attribuito allo scopo di differenziare l'uomo dalla donna⁸.

A prescindere dal dibattito teorico sulla riconducibilità o meno delle donne ad una categoria a sé stante oppure ad un gruppo sociale, lo stereotipo che fa della differenza di genere la ragione alla base della generalizzazione fallace oppure viziata riposa in ogni caso su una separazione. Una distinzione, in altre parole, che concorre ad attribuire alle appartenenti ad un gruppo identificabile in base al genere, in questo caso, una serie di caratteristiche, spesso rigide, temporalmente indeterminate, di difficile superamento.

Non è questa la sede per ripercorrere la storia dello stereotipo di genere⁹ e, con esso, di quell'insieme di caratteristiche attribuite alle donne in quanto esseri umani, c.d. pregiudizi descrittivi, così come del ruolo assolto in famiglia e nella sfera pubblica, c.d. pregiudizi normativi¹⁰. E, tuttavia, si tratta di associazioni che si rincorrono nei secoli, si scorgono da uno studio dell'evoluzione e dello *status* dei diritti delle donne che ne ripete un tratto essenziale: l'essere il prodotto di costruzioni diseguali delle relazioni tra i sessi. In altre parole, la loro stretta contiguità con il fenomeno discriminatorio.

La collocazione o, sarebbe meglio dire, la segregazione della donna nella sfera domestica e familiare è un esempio di stereotipo di genere; la diffusione di un linguaggio che conosce quasi esclusivamente la declinazione maschile in luogo di quella femminile per descrivere ruoli oppure di posizioni professionali apicali¹¹ riflette, anch'esso, uno stereotipo, cioè la generalizzazione irragionevole quand'anche fondata su basi statistiche¹² secondo la quale le donne tendenzialmente non ricoprono in quei ruoli oppure sono considerate inadatte. La storia giuridica, ma non solo, è ricca di esempi che muovono dalla sfera lavorativa, si pensi all'assunto secondo il quale le donne non potrebbero lavorare di notte oppure assumere incarichi che presuppongano il porto d'armi, sino a quella familiare in cui si parla di "buon padre di famiglia", di "patria potestà", dove, si guardi all'ordinamento nazionale, l'adulterio era punito solo se commesso dalla donna e il cognome dei figli non poteva che essere quello paterno.

La pervasività dello stereotipo di genere nelle norme di legge supera, come noto, la tradizione giuridica occidentale. Si pensi ad alcune norme in tema di diritto successorio della Sharia, alle norme consuetudinarie vigenti all'interno di comunità native oppure diffuse nelle zone rurali dei Paesi del Global South dove lo stereotipo di genere si traduce in violazioni dei diritti umani delle donne che toccano e annullano qualsiasi prospettiva di *empowerment* femminile. L'omesso accesso al sistema educativo appare, forse, l'esempio più emblematico di come lo stereotipo di genere si traduce nell'annullamento *ab origine* del diritto di auto-determinazione.

Ma lo stereotipo non è solo causa di discriminazioni. Esso contribuisce anche al rafforzamento di quelle esistenti e alla genesi di fenomeni di tipo diverso, come la violenza contro le donne, tipica manifestazione di una discriminazione di genere che riposa, a sua volta, su uno stereotipo di genere.

La costruzione degli stereotipi di genere appare, poi, ancora più complessa quando si intreccia l'analisi del fenomeno in esame con le teorie della intersezionalità.

8 Così R.J. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping Transnational Legal Perspectives*, cit., 20.

9 Il tema è stato approfondito e sviluppato in numerosi saggi e volumi da E. Cantarella, tra i quali i segnala, con riferimento alla Grecia antica, *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Feltrinelli, Milano, 2019. In tema, nell'ambito della letteratura costituzionalistica, M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020.

10 A voler utilizzare una terminologia alternativa, si possono, altresì, definire stereotipi i primi, cioè quelli c.d. descrittivi, impiegando invece l'espressione *gender stereotyping* per indicare il processo tramite il quale credenze oppure classificazioni e ruoli vengono attribuite ad un gruppo specifico di soggetti. Utilizza questa terminologia S. Cusack, *Building Momentum towards Change. How the UN's Response to Stereotyping Is Evolving*, in E. Brems, A. Timmer (Eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, 2017, 26 e ss.

11 In tema, si consenta il rinvio a M. Brambilla, M. D'Amico, V. Crestani, C. Nardocci (a cura di), *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, FrancoAngeli, Milano, 2021 e ai saggi *ivi* riportati.

12 Sul ruolo dei dati statistici nella qualificazione di una generalizzazione veritiera, cioè potenzialmente non nociva o, almeno teoricamente, non discriminatoria, si rinvia ai contributi di F.J. Arena, *Assessing the Limits of Statistical Support to Stereotypes. The Case of Disadvantaged Groups*; e di K. Lippert-Rasmussen, "We are all Different": *Statistical Discrimination and the Right to be Treated as an Individual*, in *Ethics*, 2011, 47 e ss. Sul versante opposto e richiamando, viceversa, il concetto di discriminazione statistica, si vedano, anzitutto, F. Schauer, *Statistical (and Non-Statistical) Discrimination*, in K. Lippert Rasmussen, (a cura di), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018, 42 e ss. A. Tilcsik, *Statistical Discrimination and the Rationalization of Stereotypes*, in *American Sociological Review*, 2021, 93 e ss.

In questi casi, lo stereotipo di genere interagisce con stereotipi che evocano fattori di discriminazione ulteriori, come la razza, l'etnia, la lingua, la cultura, la religione, che concorrono nel loro insieme a delineare generalizzazioni ancora diverse, che operano secondo il meccanismo tradizionale dell'associazione automatica che si annida dietro il pregiudizio, e che però possono risultare di più arduo sradicamento, soprattutto in ragione di un diritto e di una prassi giurisprudenziale che, raramente, abbraccia e valorizza la prospettiva intersezionale.

3. Dallo stereotipo al diritto: implicazioni, rischi, ripercussioni nella dimensione domestica e sovranazionale

Oltre i tentativi definitivi delineati e pure a fronte della difficoltà di tracciare una linea di demarcazione precisa tra le nozioni di pregiudizio e di stereotipo, entrambe le fattispecie presentano un legame stretto ed inscindibile con il diritto. Così come incide sulle attività umane o, almeno, esprime un tentativo di delineazione dei loro tratti più caratteristici generando ed influenzando l'agere della persona, lo stereotipo influenza anche il diritto e, con esso, la costruzione delle norme giuridiche.

Lo studio delle relazioni tra lo stereotipo e il diritto si snoda, poi, lungo una prospettiva duplice, che investe sia chi "fa" le leggi, il legislatore, sia chi è chiamato ad "applicarle", i giudici e le Corti, siano esse nazionali e sovranazionali. Le norme e le decisioni giudiziarie diventano, così, ottimi esempi per osservare i meccanismi di funzionamento della categorizzazione e, quindi, dello stereotipo qualora presenti gli elementi che il diritto assegna alle classificazioni o generalizzazioni lesive dei principi di eguaglianza e di non discriminazione¹³.

La centralità del pregiudizio si scorge già nella fase di costruzione della norma giuridica, o meglio, nel processo che presiede alla categorizzazione operata dalla disposizione e dalla regola in essa contenuta.

Lo stereotipo viene, così, ad assolvere ad una molteplicità di funzioni: delinea l'ambito applicativo della norma giuridica e, potenzialmente, il suo scopo; ne identifica i e le destinatari /e; stabilisce in base a quale elemento o fattore si sarà soggetti /e alla regola imposta dalla norma; distingue chi fa parte di un gruppo da chi ve se ne colloca al di fuori; in ultima analisi, cioè, separa i "simili" dai "diversi" sulla base di selezionare qualità individuali; infine, rischio frequente e pericolo principale associato allo stereotipo, quando distingue "male", discrimina e viola il principio di eguaglianza e di non discriminazione¹⁴.

Ma l'incidenza dello stereotipo non si esaurisce nella sola dimensione discriminatoria e, cioè, nella sua potenzialità lesiva del principio di eguaglianza e di non discriminazione.

Piuttosto, la generalizzazione irragionevole, come si è scelto di qualificare la conseguenza che maggiormente connota lo stereotipo, investe diritti umani fondamentali ulteriori, anch'essi facenti parte dei c.d. principi supremi, irrevocabili delle Costituzioni nazionali tramite procedimenti di revisione costituzionale, e parti integranti dei trattati e delle convenzioni di diritto internazionale dei diritti umani.

Ci si riferisce, in estrema sintesi, e, anzitutto, al diritto di auto-determinazione della persona nella sua duplice natura di libertà positiva, ma anche negativa. Detto altrimenti, del diritto del singolo di essere ascritto ad una formazione sociale oppure ad un gruppo¹⁵. L'associazione automatica prodotta

13 Studia diffusamente l'impiego dello stereotipo nel contesto delle decisioni giudiziarie, F.J. Arena, *Los estereotipos detrás de las normas*, Toledo Ediciones, 2022.

14 Un ruolo centrale è, quindi, assolto dal processo che conduce alla identificazione di un individuo come parte di un gruppo sociale oppure di un altro. In tema, sebbene al di fuori della letteratura propriamente giuridica, si rinvia a K.A. Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton University Press, 2005. Il tema della ricostruzione della e delle identità individuale e collettive è stato diffusamente analizzato in dottrina e presenta ripercussioni importanti anche nel contesto degli studi che si occupano dei diritti delle minoranze soprattutto nel contesto delle teorie multiculturali che maggiormente insistono sulla centralità di una costruzione integrata della identità nella sua duplice dimensione individuale e collettiva. In particolare, si segnalano, in questa sede, S.C. Rockefeller, A. Gutman (a cura di), *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994; J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2008; W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, ed. italiana, Il Mulino, Bologna, 1999.

15 In questa prospettiva, il diritto di auto-determinazione potrebbe essere accostato al diritto alla identità personale di cui discorreva la Corte costituzionale nella famosa decisione n. 13 del 1994, definito quale: "diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo", così punto n. 5.1. del *Cons. in Dir.* Inoltre e, come noto, la Carta costituzionale non parla in modo espresso di diritto individuale di auto-determinazione, né ne riconduce l'ambito di operatività al solo art. 2 Cost., venendo in rilievo altri diritti costituzionali fondamentali, quali, anzi-

dallo stereotipo lede, infatti, il diritto del singolo di definire in via autonoma la propria affiliazione ad un determinato gruppo oppure, ancora, l'adesione ad una caratteristica specifica che, viceversa, lo stereotipo assegna a prescindere dall'espressione di una preferenza, di una libera scelta della persona¹⁶. In altre parole, e sotto il versante delle appartenenze individuali ai gruppi sociali, diventano automatiche, rigide, operando su una valutazione compiuta dall'esterno ed in via generale ed astratta.

A voler superare la dimensione nazionale, una simile costruzione delle linee di demarcazione collettiva, cioè dei confini tra i gruppi sociali, frustra anche un ulteriore principio cardine del diritto internazionale dei diritti umani e dei diritti delle minoranze. In particolare, l'affiliazione automatica ad un gruppo, che prescinde cioè dalla scelta individuale del singolo che vi si riconosca come appartenente, non si traduce solo in una violazione del diritto costituzionale nazionale di auto-determinazione di cui all'art. 2 Cost., ma confligge con il c.d. diritto di auto-identificazione sancito dalla Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali¹⁷. A norma del suo art. 3, la Convenzione Quadro pone, infatti, l'accento sul diritto di ogni persona appartenente ad una minoranza nazionale "di scegliere liberamente di essere trattata o di non essere trattata come tale e nessun svantaggio deve risultare da questa scelta o dall'esercizio dei diritti che ad essa sono legati". In ragione delle conseguenze che derivano sul piano del godimento di determinati diritti dall'essere o meno appartenente ad un gruppo sociale, specie quando trattasi di minoranze, e della circostanza che l'appartenenza poggia non su una scelta arbitraria del singolo bensì su tratti identitari obiettivi¹⁸, il diritto di auto-identificazione differisce dall'auto-determinazione individuale operando sul versante collettivo, o meglio, dei rapporti tra singolo e gruppo sociale di riferimento, di cui ci si riconosca o meno parte.

A prescindere dal riferimento esplicito al contesto minoritario, che sembrerebbe restringere la portata della norma in discorso e la sua rilevanza nella prospettiva che si esamina, è però opportuno osservare che la posizione giuridica soggettiva che sottende all'art. 3, § 1, della Convenzione Quadro chiarisce la non conformità delle associazioni automatiche, viceversa, istituite per loro stessa natura dagli stereotipi anche rispetto al sistema di diritto internazionale dei diritti umani.

tutto, gli artt. 13 e 32 Cost. In tema, può richiamarsi la giurisprudenza costituzionale degli anni più recenti che si è occupata del diritto di auto-determinazione in relazione, in particolare, alle scelte di c.d. "inizio vita" (si pensi, alle decisioni sulla l. n. 40 del 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, n. 151 del 2009, n. 162 del 2014) oppure di c.d. "fine vita" bene rappresentate dalle note sentenze della Corte costituzionale sul c.d. "caso Cappato", sentenza, n. 207 del 2018 e n. 242 del 2019 in cui il Giudice costituzionale riferisce in modo espresso di un diritto di autodeterminazione individuale ricavabile dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.

- 16 Su questo aspetto specifico, ossia con riferimento alla tutela costituzionale del diritto individuale proprio della persona di decidere se qualificarsi o meno quale appartenente ad una determinata formazione sociale, cioè ad una comunità intermedia tra il/la cittadino/a e lo Stato, si è occupata la giurisprudenza costituzionale in alcune decisioni, ad esempio, sull'art. 18 Cost. Ci si riferisce, in particolare e perché intreccia anche la prospettiva della appartenenza di tipo etnico, alla famosa pronuncia sulla appartenenza obbligatoria alla comunità israelitica, Corte costituzionale, n. 239 del 1984; interessante, anche, la decisione n. 69 del 1962 in tema di appartenenza obbligatoria alla Federazione della caccia, in cui la Corte pone l'accento su un punto fondamentale, chiarendo che: "la libertà di non associarsi si deve ritenere violata tutte le volte in cui, costringendo gli appartenenti a un gruppo o a una categoria ad associarsi tra di loro, si violi un diritto o una libertà o un principio costituzionalmente garantito; o tutte le altre in cui il fine pubblico che si dichiara di perseguire sia palesemente arbitrario, pretestuoso e artificioso e di conseguenza e arbitrario, pretestuoso e artificioso il limite che così si pone a quella libertà [...]", punto n. 4 del *Cons. in Dir.* Per un approfondimento, in dottrina, sulle relazioni tra individuo e formazione sociale e sulla necessaria tutela del diritto di auto-determinazione individuale, si vedano diffusamente P. Rescigno, *Persona e Comunità*, Cedam Padova, 1966. G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970; C. Mortati, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Eri, Torino, 1971. Per una sintesi di queste posizioni inquadrata nella prospettiva esclusiva dell'appartenenza individuale ad un gruppo sociale secondo un approccio che sviluppo quanto ripreso nel testo, si consenta il rinvio anche a C. Nardocci, *Razza e Etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, cit.
- 17 Per un approfondimento, si rinvia in dottrina, tra gli altri, a A.A. Verstichel, A. Alen, B. Debwitte, P. Lemmens (a cura di), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A Useful Pan-European Instrument?*, Intersentia, Antwerp, 2008. M. Weller (a cura di), *Oxford Commentaries on International Law. The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford, 2005; P. Thornberry, M.A. Estebanez, *Minority rights in Europe*; G. Pentassuglia, *Minorities in international law. An introductory study*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2004; S.M. Poulter, *The rights of ethnic, religious and linguistic minorities*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, 254 e ss.; A. Moucheboeuf, *Minority Rights Jurisprudence. Minority Issues Digest*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2006; A.H.E. Morawa, M. Weller, *Mechanisms for the implementation of minority rights*, Europe Center for Minority Issues, 2005.
- 18 In tema, può essere utile richiamare quanto precisa in proposito l'Explanatory Report alla Convenzione Quadro, laddove chiarisce che: "This paragraph does not imply a right for an individual to choose arbitrarily to belong to any national minority. The individual's subjective choice is inseparably linked to objective criteria relevant to the person's identity".

4. Non solo principi: sì alle Convenzioni, ma no alle leggi?

Oltre le implicazioni teoriche di cui si è detto, lo studio delle modalità con cui il diritto si avvicina e appropria lo stereotipo di genere impone una ricerca delle norme, anzitutto nazionali, ma anche e soprattutto¹⁹ contenute in trattati e convenzioni di diritto sovranazionale, che si propongono di delineare strategie, anche non organiche, di contrasto del fenomeno in esame. Non organiche o strutturate, perché l'analisi comparata dimostra come, assai difficilmente, gli ordinamenti giuridici optino per l'adozione di leggi preposte ad affrontare in modo onnicomprensivo il fenomeno degli stereotipi ed i loro effetti sul versante dei diritti fondamentali della persona. In altre parole, ci si confronta più spesso con sistemi normativi che preferiscono ancorare il tema dello stereotipo di genere alle disuguaglianze di genere oppure alla violenza contro le donne senza, viceversa, isolarlo quale problematica a sé stante.

Se si considera l'ordinamento giuridico italiano, sebbene i meccanismi per il contrasto della discriminazione nei confronti delle donne poggi attualmente su un reticolo di norme composito, lo stereotipo (anche quello di genere, ma non solo) non è oggetto di attenzione specifica da parte del legislatore nazionale.

Si segnala tuttavia, ed incidentalmente, una iniziativa recente che sembrerebbe andare controcorrente. Nel 2020 è stata, infatti, depositata una proposta di legge presso la Camera dei Deputati specificatamente dedicata alla rimozione ed al contenimento della diffusione di stereotipi di genere all'interno dei testi scolastici²⁰. La proposta, il cui esame è attualmente fermo in Assemblea, certamente non copre ad ampio spettro né tutte le tipologie di stereotipo – concentrandosi in via esclusiva su quello di genere – e nemmeno affronta congiuntamente la pluralità di ambiti sui quali lo stereotipo è capace di produrre i suoi effetti. Ciò nonostante, l'iniziativa va segnalata perlomeno perché costituisce espressione di un tentativo di assegnare dignità autonoma ad una manifestazione del fenomeno discriminatorio troppo spesso oscurata da fenomeni contigui ma non del tutto equiparabili, dando seguito contestualmente ad un rapporto del Comitato ONU alla CEDAW che aveva proprio invitato l'Italia ad apportare le doverose modifiche al contenuto stereotipato dei libri scolastici²¹.

L'approccio appena descritto trova conferma anche a livello sovranazionale.

Il diritto internazionale dei diritti umani si occupa in modo esplicito dello stereotipo, anzitutto, nel contesto delle Nazioni Unite.

La Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, c.d. CEDAW²², riferisce espressamente dei rischi connessi a costruzioni stereotipate delle relazioni tra i due sessi, anzitutto a norma dell'art. 2, lett. f), ma, soprattutto, ai sensi dell'art. 5 che invita gli Stati contraenti a “modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne”²³.

19 Sull'opportunità di guardare al diritto internazionale dei diritti umani in un settore, quale quello qui in esame, e che trae la propria linfa da fenomeni di tipo extra-giuridici e intrinsecamente connessi all'“umano”, si rinvia diffusamente all'analisi condotta da C. McCrudden, *Why do National Court Judges Refer to Human Rights Treaties? A Comparative International Law Analysis of CEDAW*, in *The American Journal of International Law*, 2015, 537 e ss., con particolare riferimento alle specificità della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne anche in relazione al fenomeno dello stereotipo.

20 Il riferimento è alla proposta di legge Fusacchia ed altri, *Disposizioni per la promozione della diversità e dell'inclusione nei libri scolastici nonché istituzione di un osservatorio nazionale*, A.C. n. 2634, presentata il 6 agosto 2020 e assegnata alla VII Commissione Cultura in sede Referente il 28 settembre 2020. Il testo della proposta è consultabile al seguente link: <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2634.18PDL0114790.pdf>.

21 Si veda la VII Relazione Periodica dell'Italia al Comitato CEDAW che si occupa specificatamente della implementazione a livello domestico dell'art. 5 CEDAW, il cui testo integrale è consultabile al seguente link: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/ITA/7&Lang=en.

22 La letteratura a commento della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne è vastissima. Tra i molti, si rinvia, in questa sede, a M.A. Freeman, C. Chinkin, B. Rudolf (a cura di), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford University Press, 2003. Sul ruolo delle Raccomandazioni Generali nell'evoluzione del contenuto e dell'ambito applicativo della CEDAW, si rinvia a Three Decades of CEDAW Committee General Recommendations R. Vijayarasa, *A Roadmap for Domestication, Reporting and Stronger Accountability for Women's Rights*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 1 e ss.

23 Nell'ambito della letteratura italiana, si veda in tema A. Pitino, *Gli stereotipi di genere in prospettiva giuridica, dalla CEDAW all'ordinamento italiano (con un cenno alla Francia)*, in *DPCEOnline*, 619 e ss.

In senso analogo e a voler rafforzare il collegamento tra la nozione di stereotipo e di discriminazione, si è, poi, più volte espresso il Comitato ONU alla CEDAW.

In questa direzione, per citarne alcune, muovono la terza Raccomandazione generale alla CEDAW del 1987²⁴, la Raccomandazione generale n. 25 sull'art. 4, § 1, in relazione alle obbligazioni degli Stati nella rimozione di tutte le condotte lesive dell'eguaglianza tra i sessi e, tra tutte, degli stereotipi di genere²⁵ e, soprattutto, la Raccomandazione generale n. 33²⁶ in tema di accesso alla giustizia, in cui il Comitato ha posto l'accento sulle conseguenze pregiudizievoli che sistemi giudiziari informati a norme, procedure – si pensi, per fare un esempio, alle fasi investigativa e di raccolta degli elementi probatori – e prassi stereotipate producono sul versante del godimento pieno dei diritti umani delle donne.

Più recenti e questa volta guardando ai report sullo stato di attuazione della Convenzione all'interno degli Stati firmatari, ma parimenti significative sono anche le successive Osservazioni conclusive del Comitato del 2005²⁷, in cui l'organo preposto al monitoraggio dell'implementazione della Convenzione ha manifestato la propria preoccupazione “a proposito della persistenza e della diffusione profonda dei comportamenti patriarcali e di stereotipi profondamente radicati riguardanti i ruoli e le responsabilità di donne e uomini nella famiglia e nella società. [...] stereotipi [che] minano lo *status* sociale delle donne, rappresentano un concreto ostacolo all'implementazione della Convenzione, e sono una causa primaria della posizione svantaggiata delle donne in una serie di aree, incluso il mercato del lavoro e la vita politica e pubblica”²⁸.

L'articolo 5 della CEDAW non è, però, la sola disposizione della Convenzione che dimostra la sensibilità del trattato al fenomeno dello stereotipo di genere. Ad essa, si affianca l'art. 10 in tema di istruzione, laddove si impone agli Stati di eliminare “ogni concezione stereotipata dei ruoli dell'uomo e della donna a tutti i livelli e di ogni forma di insegnamento, incoraggiando l'educazione mista e altri tipi di educazione che tendano a realizzare tale obiettivo e, in particolare, rivedendo i testi ed i programmi scolastici ed adattando i metodi pedagogici in conformità”.

Un ulteriore aspetto degno di nota e che caratterizza l'approccio della CEDAW e del suo Comitato in tema di stereotipo di genere è la stretta connessione che la categorizzazione irragionevole, in cui si sostanzia il processo di *naming*, instaura con il fenomeno della violenza contro le donne. La Raccomandazione generale n. 19 del 1992 in cui, per la prima volta, il Comitato ha definito la violenza contro le donne quale forma discriminazione in base al genere, contiene un riferimento espresso allo stereotipo iscrivibile nel novero delle cause che originano il fenomeno della violenza contro le donne²⁹.

La CEDAW non è, però, rimasta isolata.

Seppure ampliandone l'ambito di applicazione, e non limitandosi qui ad un riferimento al solo stereotipo di genere, altre Convenzioni ne hanno seguito le orme e, anzitutto, la più recente Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (CRPD) del 2006³⁰.

24 Il riferimento è alla Raccomandazione generale n. 3 (6a sessione, 1987).

25 Il riferimento è al Comitato alla CEDAW, *General Recommendation No. 25, on Article 4, Paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on Temporary Special Measures*, 2004, §. 7.

26 Così il Comitato alla CEDAW, *General Recommendation on women's access to justice*, 2015, con particolare riferimento ai §§ 26 e ss.

27 Spunti sul tema del contrasto agli stereotipi di genere si rinvencono di recente nelle *Concluding Observations* pubblicate dal Comitato alla CEDAW contro il Regno Unito del 2019 anche nella prospettiva intersezionale, occupandosi il Comitato in modo particolare degli stereotipi sofferti dalle donne e dalle bambine appartenenti alle minoranze Rom e Gypsy, dove il Comitato alla CEDAW ha affermato che: “it remains concerned about the persistence of gender stereotypes affecting the educational and career choices of women and girls”. Di intersezionalità, si occupa in modo particolare la Raccomandazione Generale n. 28 del Comitato ONU alla CEDAW *on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 2010, consultabile al seguente link: <https://www.refworld.org/docid/4d467ea72.html>. Per un commento in letteratura, si veda B.M. Alkuwari, *Human Rights of Women: Intersectionality and the CEDAW*, in *International Review of Law*, 2022, 224 e ss.

28 Osservazioni conclusive del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne CEDAW/C/ITA/CC/4-5 (gennaio 2005), consultabile nella versione tradotta in italiano al seguente link: https://cidu.esteri.it/resource/2016/09/48434_f_CEDAWmaterialetraduzione2011.pdf.

29 Così General Recommendation n. 19 del 1992, §§ 11-12; §§ 21 e ss. e, in particolare, § 24. Il Comitato afferma, così, in un passaggio che: “[t]raditional attitudes by which women are regarded as subordinate to men or as having stereotyped roles perpetuate widespread practices involving violence or coercion, such as family violence and abuse, forced marriage, dowry deaths, acid attacks and female circumcision. Such prejudices and practices may justify gender-based violence as a form of protection or control of women”, cit. § 11.

30 Così, l'art. 4(1)(b) e l'art. 8, § 1, lett. b), dove si richiede agli Stati contraenti di “[c]ombattere gli stereotipi, i pregiudizi e le pratiche dannose relativi alle persone con disabilità compresi quelli basati sul sesso e l'età, in tutti i campi”.

Due esempi importanti che palesano una interpretazione chiara della nozione di stereotipo rilevante per il diritto, dei diritti umani anzitutto, quella, cioè, di qualificare lo stereotipo come una forma di discriminazione a sfondo variabile a seconda del fattore di discriminazione assunto ad elemento cardine della distinzione o, per essere più precisi, della generalizzazione (*naming*) irragionevole.

Vi è, poi, un terzo trattato di diritto internazionale, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziali (CERD) che, ancorché non riferisca esplicitamente della nozione di stereotipo, si occupa però del pregiudizio e della sua intima relazione con il fenomeno discriminatorio. Una connessione da considerarsi estesa anche al concetto di stereotipo, come ha avuto occasione di chiarire la giurisprudenza del Comitato alla CERD avvicinando, pertanto, anche questo terzo trattato a fattore di discriminazione specifico ai due precedenti³¹.

Stupisce, invece, che altre Convenzioni parimenti negoziate nell'ambito delle Nazioni Unite, ma ad impostazione viceversa universale e, cioè, non preposte al contrasto di una tipologia discriminatoria specifica, tacciano sul tema in esame, come nel caso dei Patti sui diritti civili e politici, nonché economici, sociali e culturali del 1966³². E, tuttavia, sebbene in questa sede non si possa indagare approfonditamente anche questo aspetto, i rispettivi Comitati hanno assolto ad un ruolo centrale nella enucleazione dello stereotipo quale forma di discriminazione vietata ai sensi di entrambi i trattati, così rafforzando la protezione sovranazionale contro lo stereotipo quale forma di violazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione³³.

Tutto ciò premesso, e rimanendo nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite, la CEDAW e la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità rappresentano, allora, una importante eccezione che tiene insieme due trattati non generalisti, cioè dedicati a gruppi sociali specifici che riposano su altrettanto specifici fattori di discriminazione, temporalmente separati nel tempo, ma accomunati dalla consapevolezza dell'insidie degli stereotipi quando impiegati per descrivere la condizione, rispettivamente, delle donne e delle bambine così come delle persone con disabilità.

Accanto al sistema delle Nazioni Unite e venendo, invece, al diritto internazionale regionale, il Consiglio d'Europa offre qualche spunto, sebbene, anche in questo caso, lo stereotipo entri nelle Convenzioni più quale fenomeno collaterale che come protagonista oppure causa primigenia dei fenomeni oggetto degli interventi di contrasto.

Il collegamento tra il c.d. *gender stereotyping* e la violenza contro le donne è reso evidente soprattutto nel testo della Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, c.d. Convenzione di Istanbul, sebbene non manchino in altri testi riferimenti alle implicazioni pregiudizievoli dello stereotipo in relazione ad altri gruppi e fattori di discriminazione, come quello etnico-razziale³⁴.

La Convenzione contiene un riferimento espresso alla nozione di stereotipo in due norme. L'eliminazione dello stereotipo di genere è ricondotta, anzitutto, nel novero degli obblighi generali imposti agli Stati firmatari a norma dell'art. 12, § 1³⁵. Ancora più significativa è, poi, la previsione contenuta a norma

31 In questo senso, si vedano: General Recommendation n. 34, 2011, §§ 31, 61; CERD; General Recommendation n. 30, 2004, §§ 10, 12; General Recommendation n. 29, 2002; General Recommendation n. 27, UN Doc. A/55/18, § 9. Per un approfondimento in tema, si rinvia a S. Cusack, *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation: Research Report, Prepared for the UN Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2013. Interessante, quanto ai rapporti tra diritto internazionale dei diritti umani e il fenomeno dello stereotipo, è anche la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989.

32 Ancorché la CERD non contenga, come detto, un riferimento espresso allo stereotipo, diverse Risoluzioni affrontano il tema in esame. Tra queste, in particolare, si segnala, la Risoluzione dello Human Rights Council *on combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief*, 2014.

33 Si segnala, in particolare, la General Recommendation n. 16 del Comitato alla CESCR, in cui si insiste sulla necessità di “paying sufficient attention to groups of individuals which suffer historical or persistent prejudice instead of merely comparing the formal treatment of individuals in similar situations”, cit., § 8.

34 A titolo meramente esplicativo, si richiamano, in questa sede, la General Policy Recommendation n. 11 della European Commission Against Racism And Intolerance (ECRI), nonché lo *Statement on Racist Police Abuse, Including Racial Profiling, And Systemic Racism*, adottata tra il 30 giugno e il 2 luglio 2020, consultabile al seguente link: <https://rm.coe.int/statement-of-ecri-on-racist-police-abuse-including-racial-profiling-an/16809eee6a>. Di recente, in tema di *racial profiling*, si segnalano due recentissime pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che costituiscono le prime sentenze in cui la Corte di Strasburgo si è confrontata con il tema in esame. Il riferimento è a Corte EDU, *Basu c. Germania*, [Terza Sezione], n. 215/19, 18 ottobre 2022; e *Muhammad c. Spagna*, [Terza Sezione], n. 34085/17, 18 ottobre 2022. Per un commento sintetico alle due pronunce, si veda M. Möschel, *Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: Room for improvement in the Court's first judgments on racial profiling*, in *StrasbourgObserver*, 2022.

35 Interessante notare la scelta degli estensori di esplicitare sia la nozione di pregiudizio che quella di stereotipo, palesando, pertanto, la propria preferenza per la non perfetta identità di significato tra i due termini. La norma stabilisce, infatti, che:

dell'art. 14 che, occupandosi di uno degli ambiti cardine nella prospettiva delle strategie di prevenzione della violenza contro le donne impone agli Stati di implementare “le azioni necessarie per includere nei programmi scolastici di ogni ordine e grado dei materiali didattici su temi quali la parità tra i sessi, i ruoli di genere non stereotipati, il reciproco rispetto, la soluzione non violenta dei conflitti nei rapporti interpersonali, la violenza contro le donne basata sul genere e il diritto all'integrità personale, appropriati al livello cognitivo degli allievi [corsivo nostro]”.

Oltre la dimensione europea, e rimanendo nell'ambito dei trattati ad approccio *gender-specific*, anche la Convenzione interamericana per prevenire, sanzionare e sradicare la violenza contro la donna (cd. Convenzione *Belèm do Parà*)³⁶ condivide con la c.d. Convenzione di Istanbul analoga *ratio*³⁷, dimostrando però una maggiore sensibilità nei confronti del fenomeno dello stereotipo di genere. L'art. 6 del trattato sancisce, così, il “diritto della donna ad essere considerata ed educata libera da ruoli stereotipati di comportamento o pratiche sociali e culturali basate su concetti di inferiorità o subordinazione”. Interessante è qui la scelta, non comune a livello sovranazionale, di isolare il fenomeno sociale e culturale dello stereotipo, assegnandovi dignità autonoma, e di esplicitarne il collegamento con le dinamiche di potere che soggiacciono alla costruzione delle relazioni tra i due sessi, cioè tra i due gruppi, che ridondano nella discriminazione.

Da ultimo, e spostandosi questa volta verso il sistema africano dei diritti umani, il c.d. Protocollo di Maputo del 2003 alla Carta africana sui diritti umani e dei popoli sui diritti delle donne in Africa riferisce dello stereotipo in diverse delle sue disposizioni. In parte, il Protocollo di Maputo ripete soluzioni vagliate dalle già richiamate convenzioni regionali³⁸, in altra, si avvicina maggiormente alla impostazione della Convenzione inter-americana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne, c.d. Convenzione *Belèm do Parà* quanto al riferimento espresso allo stereotipo quale forma di discriminazione³⁹ più che all'approccio della c.d. Convenzione di Istanbul.

5. Qualche spunto dalla giurisprudenza costituzionale: non di stereotipi si parla, ma...

Lo studio delle implicazioni concrete dello stereotipo di genere non può prescindere da una analisi delle modalità con cui le Corti, nazionali e sovranazionali si rapportano al fenomeno in discorso. Tra queste, un riferimento merita, anzitutto, la giurisprudenza costituzionale nazionale.

Non è questa la sede per uno studio esaustivo di tutte le decisioni della Corte che si sono confrontate con lo stereotipo di genere e con la violazione del principio costituzionale di eguaglianza che ne consegue. Tuttavia, appare utile tracciare alcune linee di tendenza che emergono da alcune fondamentali decisioni della Corte costituzionale, a partire da una considerazione preliminare che soggiace all'indagine che qui si propone.

La giurisprudenza costituzionale non menziona esplicitamente la nozione di stereotipo, ma la sua funzione e i suoi effetti sul piano della tenuta dei principi costituzionali, viceversa, ricorrono sotto traccia in alcune pronunce più e meno recenti. Si tratta di un insieme di decisioni che investono la sfera privata e quella pubblica nei loro rapporti con i diritti delle donne e in cui il Giudice costituzionale avalla, talvolta, costruzioni stereotipate delle relazioni tra i due sessi mentre, altre volte e all'opposto, la Corte identifica correttamente lo stereotipo su cui si regge la *ratio* della norma censurata ovviando alla disparità di trattamento sottoposta al suo sindacato.

“[I]e Parti adottano le misure necessarie per promuovere i cambiamenti nei comportamenti socio-culturali delle donne e degli uomini, al fine di eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull'idea dell'inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini”.

36 Per un approfondimento in dottrina, si veda, tra gli altri, C. Bettinger-Lopez, *Violence Against Women: Normative Developments in the Inter-American Human Rights System*, Routledge Press, 2018

37 Anche la Convenzione “Belèm do Parà”, ad esempio, si occupa specificatamente degli stereotipi laddove affronta il tema dell'educazione delle bambine ai sensi del suo art. 8 in modo pressochè sovrapponibile all'impostazione della Convenzione di Istanbul all'art. 14.

38 Il riferimento, ad esempio, è all'art. 12, in tema di istruzione e formazione, e all'art. 4, “Diritti alla vita, all'integrità e alla sicurezza della persona”.

39 In questo senso, si veda l'art. 2 rubricato *Eliminazione della discriminazione contro le donne*.

Tra le prime, si ricorda la decisione n. 56 del 1958 in cui il Giudice costituzionale ha escluso che costituissero una violazione degli artt. 3 e 51 Cost. la norma che prevedeva una limitazione numerica alla partecipazione femminile nell'ambito dell'amministrazione della giustizia nelle Corti di Assise. Dopo aver ripercorso il dibattito in Assemblea costituente sull'art. 51 Cost. e la scelta raggiunta in quella sede di sostituire la nozione "attitudini" con la formulazione "secondo i requisiti stabiliti dalla legge", la Corte mette, tuttavia, in rilievo due aspetti centrali che oscurano la lettura innovativa ed egualitaria del principio costituzionale evocato quale norma parametro. La Corte, cioè, chiariva che: "pur avendo posto il precetto dell'eguaglianza giuridica delle persone dei due sessi, i costituenti [hanno] ritenuto che restasse al legislatore ordinario una qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone"⁴⁰. In secondo luogo, proseguiva la Corte, "una interpretazione sistematica delle norme costituzionali [...] induce a far ritenere che le leggi ordinarie, che regolano l'accesso dei cittadini ai pubblici uffici [...] e che regolano i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia [...] possano tener conto, nell'interesse dei pubblici servizi, delle *differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso*, purché non resti infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica [*corsivo nostro*]"⁴¹. In altre parole, le attitudini che riposano su costruzioni stereotipate delle relazioni tra i sessi costituiscono secondo la Corte una giustificazione obiettiva e ragionevole a sostegno della non fondatezza della questione di costituzionalità di una norma evidentemente espressiva di una visione diseguale e stereotipata delle relazioni tra i due sessi.

Disconosce la portata discriminatoria dello stereotipo di genere anche la prima nota pronuncia in tema di adulterio femminile. Con la sentenza n. 64 del 1961, di infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 559 c.p. nella parte in cui la norma puniva soltanto l'adulterio della moglie e non anche quello del marito, la Corte qualificava, infatti, come "più grave"⁴² la condotta della donna che "conceda i suoi amplessi ad un estraneo"⁴³ che l'analogo comportamento tenuto dal marito. Si iscrive, invece, nel novero della seconda linea di tendenza più sopra richiamata, la successiva decisione n. 126 del 1968 dichiarativa, come noto, della incostituzionalità della stessa norma oggetto. La Corte non utilizza la nozione di "stereotipo", ma insiste sulla disparità di trattamento e sullo "stato di inferiorità" della moglie; uno stato di inferiorità, che la Corte costituzionale dichiara in violazione anzitutto del principio costituzionale di eguaglianza rifiutando una lettura stereotipata delle dinamiche intra-familiari.

Ancora, emblematica della seconda linea di tendenza e rimanendo nella sfera della vita privata e familiare, è la sentenza n. 1 del 1987 sulla tutela della paternità⁴⁴, e, spostandosi invece verso la dimensione pubblica, la nota decisione n. 33 del 1960 con cui la Corte costituzionale ha, come noto, ammesso le donne alla magistratura⁴⁵.

In senso analogo, nel senso del superamento dello stereotipo della supposta ed intrinseca "debolezza" della donna per sua natura inadatta all'assolvimento di certe mansioni ed occupazioni lavorative si muove la giurisprudenza costituzionale sull'art. 37 Cost. Si pensi, per fare qualche esempio, alla

40 Corte costituzionale sent. n. 56 del 1958.

41 *Ibidem*.

42 Corte costituzionale sent. n. 64 of 1961, punto n. 3 del *Cons. in Dir.*

43 *Ibidem*.

44 La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata su alcune norme della l. n. 903 del 1977, rubricata *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, nella parte in cui non prevedevano che il diritto "all'astensione dal lavoro e il diritto al godimento dei riposi giornalieri, riconosciuti alla sola madre lavoratrice, [... fossero] riconosciuti anche al padre lavoratore ove l'assistenza della madre al minore sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità". Particolarmente significative sono alcune affermazioni del Giudice costituzionale, secondo cui la previsione anche del diritto di astensione per il padre costituirebbe il riflesso "dell'affermazione del principio paritario avvenuta con la riforma del diritto di famiglia [... e dell'indirizzo diretto a modificare la funzione dell'uomo e della donna nella famiglia, anche al fine di consentire un diverso equilibrio tra la funzione di madre di quest'ultima ed il suo lavoro extra-domestico [*corsivo nostro*]. Si afferma così l'esigenza di una partecipazione di entrambi i genitori alla cura ed all'educazione della prole: non viene certo meno la funzione essenziale della madre nei rapporti con il bambino, ma si riconosce semmai, con notevole chiarezza, che anche il padre è idoneo a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore", così punto n. 8 del *Cons. in Dir.* alla cui lettura integrale si rinvia. Richiama la pronuncia in esame affiancandola alla "rivoluzione culturale e giuridica" realizzata dalla riforma del diritto di famiglia con l. n. 903 del 1977, M. D'Amico, *Una parità ambigua*, cit., 119 e ss.

45 La letteratura a commento della pronuncia è sterminata. Si richiamano, in questa sede, i primi commenti alla decisione di V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinali nell'ammissione ai pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, 561 e ss.; C. Esposito, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, 568 e ss.

decisione n. 210 del 1986⁴⁶ in tema di lavoro notturno femminile, in cui la Corte costituzionale afferma che: “il divieto di lavoro notturno comminato a carico delle donne arreca offesa all’art. 37 comma primo il quale riconosce alla donna lavoratrice gli stessi diritti dell’uomo nel rispetto di condizioni di lavoro che le consentano l’adempimento della sua essenziale funzione familiare ed assicurino alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”⁴⁷.

Anche la giurisprudenza costituzionale in tema di rappresentanza politica può essere letta come espressione di un tentativo di voler porre rimedio allo stereotipo della donna dedita alle sole faccende domestiche e familiari, favorendone l’accesso alle cariche elettive, anche tramite la previsione di misure di diritto diseguale di cui ampiamente discute la Corte nelle sue decisioni⁴⁸.

Venendo a tempi più recenti, un caso importante è costituito dalla sentenza n. 215 del 2017⁴⁹ sul reato di ingiuria militare previsto a norma dell’art. 226 c.p.m.p., in cui il Giudice costituzionale, ancorché ancora una volta non utilizzi la nozione di stereotipo, richiama però il termine sessismo, sottolineando l’opportunità di preservare la sanzione penale sancita dalla norma oggetto. La questione di costituzionalità riguardava la ritenuta disparità di trattamento, lamentata dai giudici *a quibus*, tra soggetti appartenenti e non appartenenti alle Forze Armate quanto alla permanenza nell’ordinamento giuridico del reato di ingiuria quale fattispecie penalmente rilevante solo per i primi, ma non, anche, per i secondi. Ad avviso della Corte, invece, la ragionevolezza della differenza di trattamento poggerebbe anche su alcune “considerazioni di fatto”⁵⁰, tra cui “il permanere di episodi di ‘nonnismo’”⁵¹ e “l’insorgenza di ingiurie di natura sessista a seguito dell’accesso delle donne al servizio militare”⁵².

Da ultimo, si segnalano due decisioni che di segno opposto adottate nel corso del 2022, la n. 153 e la n. 131⁵⁴ che evidenziano quanto l’identificazione, prima, e il contrasto, poi, dello stereotipo di genere si dimostri tema ancora non del tutto scontato nella giurisprudenza costituzionale.

Senza potersi dilungare in un’analisi approfondita delle due pronunce, è sufficiente almeno sottolineare l’andamento oscillante dell’ultima giurisprudenza costituzionale.

Con la prima pronuncia, la Corte costituzionale dichiara inammissibile una questione di costituzionalità che differenziava il procedimento di selezione del personale dei convitti e degli educandi in base al genere⁵⁵. Con la seconda, viceversa, il Giudice costituzionale, anche dimostrando di voler dare

46 Su cui si sofferma, di recente, S. Sciarra, *‘Effetto farfalla’ La sentenza n. 33 del 1960*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 49 e ss.

47 Corte costituzionale, n. 210 del 1986, punto n. 3.2. del *Cons. in Dir.* Altrettanto fondamentale, la sentenza n. 137 del 1986, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di quelle norme che, in materia di licenziamento, prevedevano “il conseguimento della pensione di vecchiaia e, quindi, il licenziamento della donna lavoratrice per detto motivo, al compimento del cinquantesimo anno d’età anziché al compimento del sessantesimo anno come per l’uomo”. Particolarmente significativo nella prospettiva di indagine è il passaggio in cui la Corte motiva le ragioni della incostituzionalità sottolineando l’evoluzione della società e, con essa, del ruolo della donna. Il Giudice costituzionale rileva, cioè, che: “[l]a funzione familiare della donna lavoratrice e la stessa funzione di madre hanno ricevuto diversa possibilità di attuazione rendendo maggiormente possibile la compatibilità del loro esercizio e della loro attuazione con l’attività di lavoro, sicché è stata più agevole la distrazione dalle cure familiari e più lungo è diventato il tempo da dedicare al lavoro. [...] la gradualità dell’evoluzione della situazione [...] fa ritenere che siano venute meno quelle ragioni e condizioni che prima potevano giustificare una differenza di trattamento della donna rispetto all’uomo”.

48 Si richiamano, tra le principali, Corte costituzionale, n. 49 del 2003, che supera il deludente precedente reso con la pronuncia n. 422 del 1995; Corte costituzionale, n. 4 del 2010; Corte costituzionale, n. 81 del 2012. In dottrina, per tutti, M. D’Amico, che approfondisce il tema in numerosi scritti. Più di recente, si veda, *Una parità ambigua*, cit. e, in particolare, di qualche anno prima, il volume *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino, 2011.

49 Corte costituzionale, n. 215 del 2017, con note di D. Brunelli, *Il “salvataggio” del reato di ingiuria militare, tra ragionevolezza relativa ed eterogenesi dei fini*, in *Giur. cost.*, 2017, 2016 e ss.; D. Martire, *Disciplina militare e coesione delle Forze armate. Spunti di riflessione a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2028 e ss.

50 *Ibidem*, punto n. 5.3. del *Cons. in Dir.*

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 Corte costituzionale, n. 1 del 2022.

54 Corte costituzionale, n. 131 del 2022.

55 A commento della decisione di inammissibilità e per una panoramica delle possibili implicazioni e ricadute interpretative, si rinvia a C. Siccardi, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2022: tra coscienza sociale e uguaglianza*, in *Federalismi.it*, 2022, 259 e ss.

seguito alla sentenza di condanna del Giudice di Strasburgo⁵⁶ e sviluppando la propria giurisprudenza pregressa⁵⁷, dichiara la non conformità al dettato costituzionale della norma che, forse più di altre, rappresentava l'emblema della costruzione patriarcale del diritto di famiglia e, cioè, l'attribuzione in via automatica ed esclusiva del solo cognome del padre.

6. Le Corti sovranazionali: il Comitato ONU alla CEDAW tra "Stereotype" e "Gender Stereotyping"

Lo stereotipo di genere ha, quindi, conosciuto ingresso in alcune Carte del diritto internazionale dei diritti umani, di impianto globale oppure regionale, tanto che, ad oggi, può ritenersi sussista un consenso almeno sulla sua qualificazione quale forma di discriminazione contro le donne.

Spostandosi dal diritto positivo all'applicazione giurisprudenziale e rimanendo entro l'ambito di applicazione del sistema CEDAW, il primo impulso reale al contrasto dello stereotipo di genere è giunto solo qualche decennio dopo l'entrata in vigore della Convenzione. Il Protocollo addizionale, o c.d. "facoltativo", alla Convenzione, entrato in vigore nel dicembre 2000⁵⁸, ha, infatti, per la prima volta sancito la competenza giurisdizionale del Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne a ricevere e prendere in esame le comunicazioni sullo stato di attuazione dei diritti previsti dal trattato all'interno del territorio degli Stati firmatari.

Dalla giurisprudenza del Comitato CEDAW possono, così, desumersi alcune osservazioni complementari rispetto all'approccio ricavabile dal testo della Convenzione e dalle successive Raccomandazioni generali interpretative delle disposizioni convenzionali esaminate nel paragrafo che precede.

Nella giurisprudenza del Comitato si scorge una sensibilità particolare al tema in esame, che costituisce a sua volta caratteristica, almeno sinora, essenziale, del *Treaty Body* alla CEDAW, viceversa, non rinvenibile nella casistica degli altri Comitati pure operanti entro il sistema delle Nazioni Unite⁵⁹.

Tratto saliente della giurisprudenza del Comitato in tema di stereotipi è sicuramente la distinzione tracciata tra "*gender stereotype*" e "*gender stereotyping*" e, più in particolare, tra "*harmful gender stereotype*"⁶⁰ e "*wrongful gender stereotyping*", nel senso che soltanto in queste ultime due ipotesi è previsto un intervento sanzionatorio in costanza di una violazione delle norme della CEDAW⁶¹.

Volendo fare qualche esempio, si pensi ad una delle prime pronunce, *R.K.B. c. Turchia*⁶², in tema di discriminazione di genere sul luogo di lavoro⁶³, in cui il Comitato ha messo a fuoco la distinzione tra lo stereotipo di genere e il fenomeno che presuppone l'attribuzione di caratteristiche stereotipate ai componenti e a chiunque risulti associabile ad un gruppo sociale specifico, invitando gli Stati contraenti a modificare i primi, cioè gli stereotipi "*harmful*", e a rimuovere i c.d. "*wrongful gender stereotyping*". Un'impostazione simile si rinviene anche nella giurisprudenza in tema di diritti riproduttivi, come in *L.C. c. Perù*⁶⁴, in cui il Comitato ha evidenziato gli effetti che lo stereotipo che concepisce la donna solo

56 Ci si riferisce alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU. Così, Corte EDU, *Cusan e Fazzo c. Italia*, [GC], n. 77/07, 7 gennaio 2014. Si tratta, peraltro, di un caso interessante trattandosi di una pronuncia in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo utilizza l'art. 46 CEDU, richiedendo allo Stato italiano l'adozione di misure generali in attuazione delle c.d. procedura della sentenza pilota.

57 Il riferimento è, in particolare, alle decisioni della Corte costituzionale n. 61 del 2006 e n. 286 del 2016.

58 Su cui si vedano, in particolare, le riflessioni di S. Cusack, L. Pusey, *CEDAW and the Rights to Non-Discrimination and Equality*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, 54 e ss.

59 In questo senso, S. Cusack, *Building Momentum towards Change. How the UN's Response to Stereotyping Is Evolving*, cit., 29.

60 In materia, più di recente, meritorio è il contributo dell'OHCHR in tema di Gender stereotyping, il cui operato può essere consultato al seguente link: <https://www.ohchr.org/en/women/gender-stereotyping>.

61 Per un approfondimento sulle due nozioni, si rinvia diffusamente a S. Cusack, *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation: Research Report, Commissioned by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2013, 20 e ss., consultabile al seguente link: www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/2013-Gender-Stereotyping-as-HRViolation.docx.

62 Comitato CEDAW, *R.K.B. c. Turchia*, Comunicazione n. 28/2010, decisione del 24 febbraio 2012.

63 Approfondisce, anche secondo tramite un'analisi comparata tra Europa e Stati Uniti, il ruolo dello stereotipo di genere sul luogo di lavoro e nelle relazioni tra vita professionale e familiare, si veda J.C. Suk, *Are Gender Stereotypes Bad for Women - Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict*, in *Columbia Law Review*, 2010, 1 e ss.

64 Comitato CEDAW, *L.C. c. Perù*, Comunicazione n. 22/2009, decisione del 17 ottobre 2011.

come madre⁶⁵ era stato in grado di determinare nella decisione dei responsabili di una struttura ospedaliera che avevano negato l'accesso ad una pratica interruttiva di gravidanza ad una giovane donna vittima di stupro⁶⁶.

Il Comitato alla CEDAW non si è, però, sempre dimostrato incline a svelare le potenzialità nocive dello stereotipo. In uno dei primi casi decisi dopo l'adozione del Protocollo Addizionale, *Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña c. Spagna*⁶⁷, in tema di diritto successorio, il Comitato ha omesso di riconoscere l'influenza esercitata dallo stereotipo di genere sottostante alle norme di diritto interno che discriminavano in base al genere, escludendo la violazione dell'art. 5 CEDAW⁶⁸.

La parte forse più consistente e significativa in tema di c.d. *gender stereotyping* della giurisprudenza del Comitato CEDAW riguarda, però, casi di violenza domestica e, in particolare, di c.d. vittimizzazione secondaria.

Si tratta di pronunce importanti, soprattutto se osservate dalla prospettiva della casistica in materia sviluppatasi in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo nel *post* Convenzione di Istanbul. Il Comitato insiste, infatti, in diverse decisioni sulla doverosità di interventi statali funzionali ad assicurare: l'attivazione della fase investigativa, lo svolgimento di un procedimento giurisdizionale scevro da stereotipi; l'accesso al giudice da parte delle vittime di violenza. Così in *A.T. c. Ungheria*⁶⁹, il Comitato ha condannato lo Stato per aver omesso di assicurare una protezione effettiva nei confronti di una donna sottoposta per 4 anni ad abusi e, soprattutto, nel *leading case* del 2008, *Karen Tayag Vertido c. Filippine*⁷⁰, in cui il Comitato ha condannato lo Stato per aver escluso la perseguibilità di una violenza sessuale richiamandosi a fatti e costruzioni stereotipate piuttosto che alla legge.

In senso analogo, muovono altre due pronunce⁷¹. La prima, del 2014, *R.P.B. c. Filippine*⁷², in cui il Comitato ritorna sul ruolo assolto dallo stereotipo nelle aule di giustizia, giungendo a condannare lo Stato per non aver fondato le decisioni adottate dalle Corti nazionali alle norme di legge esistenti⁷³; una pronuncia significativa soprattutto se posta a raffronto con un precedente di qualche anno prima, del 2011, in cui, all'opposto e in un caso di violenza sessuale dalle circostanze pressoché sovrapponibili, il Comitato aveva viceversa escluso la violazione della Convenzione dichiarando inammissibile il ricorso, *S.M. c. Filippine*⁷⁴. La seconda decisione ancora una volta in tema di violenza contro le donne è, invece, del 2015, *X e Y c. Georgia*⁷⁵, in cui si va sottolineato, da un lato, l'obbligo posto dal Comitato in capo allo Stato al fine di predisporre percorsi di formazione obbligatoria per gli operatori del settore, le forze dell'ordine e le autorità giudiziarie in attuazione di quanto stabilisce la Raccomandazione ge-

-
- 65 Una costruzione simile dei rapporti di genere, questa volta emersa in costanza di omesse indagini in un caso di violenza domestica, è stata parimenti condannata dal Comitato in *Isatou Jallow c. Bulgaria*, Comunicazione n. 32/2011, decisione del 23 luglio 2012.
- 66 Sull'impatto del c.d. *gender stereotyping* sul diritto alla salute, si è pronunciato non soltanto il Comitato CEDAW, ma, anche, lo Human Rights Committee senza, però, mai giungere ad accertare una violazione del Patto sui diritti civili e politici per effetto del ruolo assolto nelle circostanze del caso di specie dallo stereotipo di genere. In questo senso, si vedano, Human Rights Committee, *L.M.R. c. Argentina*, 29 marzo 2011 e, anche, *K.L. v. Peru*, 17 novembre 2005.
- 67 Comitato CEDAW, *Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña c. Spagna*, Comunicazione n. 7/2005, decisione del 9 agosto 2007.
- 68 Si segnala, proprio per la prospettiva opposta e nel senso del ritenere sussistente nel caso di specie di una violazione dell'art. 5 CEDAW, l'opinione dissenziente della componente del Comitato Mary Shanthi Dairiam, §§ 13 e ss.
- 69 Comitato CEDAW, *A.T. c. Ungheria*, Comunicazione n. 2/2003, decisione del 26 gennaio 2005, in particolare si veda § 9.4.
- 70 Comitato CEDAW, *Karen Tayag Vertido c. Filippine*, Comunicazione n. 18/2008, decisione del 16 luglio 2010.
- 71 Si segnalano anche alcune pronunce del Comitato CEDAW di qualche anno successivo, tra cui *O.G. c. Russia*, Comunicazione n. 91/2015, decisione del 20 novembre 2017; *L.R. v. Moldova*, Comunicazione n. 58/2013, decisione del 21 marzo 2017 (peraltro, interessa qui segnalare come nello stesso arco temporale si siano pronunciate su casi analoghi sia il Comitato CEDAW sia la Corte europea dei diritti dell'uomo con esiti non sempre del tutto sintonici; per un commento, si veda I. Crivet, *Ecthr or Cedaw: Spoilt for Choice in Moldova?*, in *StrasbourgObserver.com*); *J.I. c. Finlandia*, Comunicazione n. 103/2016, decisione del 5 marzo 2018, quest'ultima ancora una volta affronta il tema della c.d. vittimizzazione secondaria della vittima nel corso del procedimento giurisdizionale.
- 72 Comitato CEDAW, *R.P.B. c. Filippine*, Comunicazione n. 34/2011, decisione del 21 febbraio 2014.
- 73 In senso analogo, si veda, anche, Comitato CEDAW, *Isatou Jallow c. Bulgaria*, Comunicazione n. 32 del 2011, decisione del 28 agosto 2012, in cui il Comitato ha affermato che: "[t]he Committee also observes that the authorities based their activities on a stereotyped notion that the husband was superior and that his opinions should be taken seriously, disregarding the fact that domestic violence proportionally affects women considerably more than men", cit. § 8.6.
- 74 Comitato CEDAW, *S.M. c. Filippine*, Comunicazione n. 30/2011, decisione del 16 luglio 2014.
- 75 Comitato CEDAW, *X e Y c. Georgia*, Comunicazione n. 24/2009, decisione del 13 luglio 2015.

nerale n. 19⁷⁶; dall'altro, il collegamento istituito tra la nozione di stereotipo a quelle di pregiudizio e di "customs"⁷⁷ ritenute responsabili della costruzione diseguale delle relazioni tra i generi e della genesi del fenomeno della violenza contro le donne.

A voler formulare qualche considerazione sull'operato del Comitato CEDAW e al netto delle difficoltà di identificazione dei tratti caratterizzanti la nozione di stereotipo di genere, così come i suoi rapporti con altre tipologie di stereotipo e con gli altrettanto centrali e contigui concetti di pregiudizio e stigma⁷⁸, la giurisprudenza del Comitato appare di sicuro meritevole di apprezzamento. Una valutazione positiva che si coglie, soprattutto, se si guarda alla casistica sviluppatasi in tema di violenza contro le donne che ha avuto il pregio di istituire quasi subito un nesso tra l'omessa tutela della vittima di violenza a livello interno e il ruolo assolto dallo stereotipo nel determinare l'esito negativo dei giudizi domestici.

Sicuramente ha svolto una funzione essenziale l'art. 5 alla Convenzione che ha consentito al Comitato di avvalersi di una norma di diritto positivo, senza doversi cimentare in interpretazioni estensive del divieto di discriminazione. E, tuttavia, un più vasto scambio tra i Comitati ONU e il sistema del Consiglio d'Europa, di cui si dirà, potrebbe senza dubbio rafforzare, rendendo più organico e coerente l'impianto di tutela di diritto internazionale dei diritti umani.

7. L'approccio europeo: "quando" lo stereotipo arriva a Strasburgo

Il sistema europeo di diritto internazionale dei diritti umani si è confrontato solo di recente con il fenomeno dello stereotipo e del "gender stereotyping". Si tratta di un effetto che si lega a doppio filo con le difficoltà della Corte europea dei diritti dell'uomo di sindacare discriminazioni strutturali e storicamente radicate e che sconta la altrettanto nota debolezza, cioè scarsa pervasività, dell'art. 14 CEDU entro il sistema convenzionale e l'ancora scarso numero di ratifiche del Protocollo n. 12 da parte degli Stati contraenti

Ciò nonostante, ancorché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contenga un riferimento espresso allo stereotipo quale forma di discriminazione e il diritto anti-discriminatorio complessivamente inteso si sia dimostrato negli anni più debole rispetto ad altri sistemi (si pensi, tra tutti, al diritto euro-unitario), tutti gli Stati contraenti del Consiglio d'Europa, gli attuali 46, non hanno espresso riserve rispetto alla ratifica dell'art. 5 CEDAW sopra richiamato⁷⁹; impostazione, quella, cioè che recepisce il "peso" dello stereotipo nell'agere concreto del fenomeno discriminatorio, destinata a rafforzarsi in considerazione della successiva entrata in vigore della Convenzione di Istanbul che, viceversa e come premesso, si occupa anche dello stereotipo (di genere).

Sul versante dell'applicazione giurisprudenziale, l'omesso esplicito rilievo al fenomeno dello stereotipo non ha però compromesso del tutto la capacità della Corte europea di verificarne la ricorrenza in alcuni casi portati alla sua attenzione. Non si tratta, almeno inizialmente, di casi di discriminazione di genere, ma il Giudice di Strasburgo ha tuttavia istituito un collegamento molto stretto tra lo stereotipo, che confluisce in norme di legge, e la lesione dei diritti umani. Si pensi, per primo, ad *Alajos Kiss c. Ungheria*⁸⁰, riguardante il diniego opposto ad una persona affetta da disabilità di esercitare il proprio diritto

76 Cfr. § 9, dove, in particolare, il Comitato osserva che le circostanze del caso di specie: "show a failure by the State party in its duty to take all appropriate measures to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices that are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women".

77 Cfr. § 11.

78 Quanto al collegamento tra la nozione di stereotipo e di stigma, si vedano, a titolo di esempio, il Report dello Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief *Heiner Bielefeldt*, 2010; il Report dello Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, 2012; e il Report dello Special Rapporteur on minority issues, *Comprehensive study of the human rights situation of Roma worldwide, with a particular focus on the phenomenon of anti-Gypsyism*, 2015.

79 La CEDAW soffre, tuttavia, di numerose riserve da parte degli Stati contraenti a partire dagli Stati Uniti d'America. In tema, si veda M. De Pauw, *Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention*, in *Merkourios - Gender in European and International Law*, 2013, 51 e ss. Sulla omessa ratifica degli Stati Uniti e sulle criticità che ne conseguono, si rinvia, invece, tra i molti, a S. Al Shraideh, *Cedaw in the eyes of the United States*, in *Journal of Legal Studies*, 2017, 18 e ss.; nella letteratura nazionale, svolge alcune riflessioni in tema a A. Simonati, *La C.E.D.A.W. negli U.S.A. e il ruolo del diritto amministrativo: elogio dellatecnica dei piccoli passi... che risuonano nel silenzio assordante*, in *DPCEOnline*, 2021.

80 Corte Edu, *Alajos Kiss c. Ungheria*, [Seconda Sezione], n. 38832/06, 20 maggio 2010.

di voto sulla base dello stereotipo secondo il quale le persone affette da quella patologia non sarebbero state nella condizione di esercitare in modo autonomo e consapevole il proprio diritto di partecipare alla competizione elettorale. In quell'occasione, la Corte ha precisato che, in presenza di discriminazioni strutturali e radicate, il sindacato sulla dedotta violazione delle norme convenzionali e il corrispondente margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato devono necessariamente essere ridotti (*narrower*), poiché alcuni gruppi sociali "*were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion* – con la conseguenza che – [*such prejudice may entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs*]"⁸¹.

Un altro caso interessante in cui la Corte di Strasburgo ha rintracciato e sanzionato l'effetto di costruzioni stereotipate, questa volta in base al genere, è *Andrle c. Repubblica Ceca*⁸², in cui, senza affermare che lo stereotipo costituisce di per sé stesso una forma di discriminazione, il Giudice europeo ha, però, stabilito che la norma all'origine del caso concreto si fondava su una presunzione irragionevole e prodotto di una associazione automatica e stereotipata che presupponeva che le donne fossero sempre madri e lavoratrici a tempo pieno⁸³.

Prima di giungere a tempi recenti, ancora più significativo è *Aksu c. Turchia*⁸⁴. In *Aksu*, il ricorrente aveva lamentato dinanzi alla Corte di Strasburgo la lesione della propria identità, quale appartenente alla comunità di etnia rom, per effetto delle espressioni discriminatorie contenute in due pubblicazioni. Senza potere indugiare sulle criticità legate all'esito della pronuncia della Grande Camera, che ha omesso di accertare la violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, valga, però, sottolineare che *Aksu* rappresenta uno dei primi casi in cui la Corte europea ha istituito un collegamento esplicito tra lo stereotipo e il razzismo. Non si afferma, non ancora, che lo stereotipo è di per sé stesso discriminatorio, lasciandolo nella fase antecedente alla realizzazione della condotta discriminatoria vera e propria e, tuttavia, esso costituisce un primo passo che avvicina i due fenomeni nel senso di una loro progressiva identificazione in luogo di un approccio che intenda il primo quale mera causa del secondo, impedendone la censura a prescindere dal verificarsi di una disparità di trattamento misurabile e concreta.

Un caso che ha, però, segnato la storia del "*gender stereotyping*" nel sistema convenzionale è *Konstantin Markin c. Russia*⁸⁵. Il caso riguardava l'omesso riconoscimento di un congedo parentale ad un componente, uomo, delle forze militari russe sulla base di una norma che, viceversa, ammetteva l'esercizio di tale diritto in favore delle donne appartenenti al medesimo corpo armato. Il ricorrente lamentava, pertanto, la violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, in una vicenda che, quindi, riguardava la differenza di trattamento riservata ai padri nell'attribuzione del congedo parentale. Superando il proprio precedente reso in *Petrovic c. Austria*⁸⁶, in *Konstantin Markin*, la Grande Camera afferma in modo netto che la disparità di trattamento in esame ha l'effetto di favorire il persistere di stereotipi di genere e, in modo ancora più severo, che "*difference in treatment cannot be justified by reference to traditions prevailing in a certain country*"⁸⁷, poiché gli Stati non possono imporre ruoli tradizionali e

81 Cfr. § 42. In senso analogo, si vedano sempre in tema di diritti delle persone con disabilità, anche, Corte EDU, *Kiyutin c. Russia*, e la *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Tsotsoria e Pardalos in Corte EDU, *Aksu c. Turchia* già citata *supra*.

82 Corte Edu, *Andrle c. Repubblica Ceca*, [Prima Sezione], n. 6268/08, 20 giugno 2011.

83 Cfr. §§ 53-55.

84 A commento, A. Timmer, *Stereotypes of Roma: Aksu v. Turkey in the Grand Chamber*, in *Strasbourgobserver.com*.

85 Corte EDU, è *Konstantin Markin c. Russia*, [Grande Camera], n. 30078/06, 2 marzo 2012. Viceversa, un esempio in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha disconosciuto la dimensione di genere appoggiandosi alla sola norma convenzionale sostanziale nonostante le circostanze del caso di specie riguardassero un fenomeno che interessa in modo proporzionalmente maggiore le donne, cioè il c.d. *sexual trafficking*, è il famoso caso *Rantsev c. Cipro e Russia*, 2010, (Corte EDU, [Sezione Prima], n. 25965/04, 7 gennaio 2010). Pronuncia che rimane, tuttavia, famosa perché, per la prima volta, la Corte di Strasburgo ha ricondotto il traffico di essere umani entro l'ambito applicativo dell'art. 4 CEDU. Ne riferisce A. Timmer, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, cit., 730 e ss. Per una visione del caso nella prospettiva, viceversa, favorevole all'accertamento di una violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 4 CEDU e non solo di quest'ultimo isolatamente considerato, si veda l'atto di intervento depositato dall'associazione non governativa *Interights*, consultabile al seguente link: <https://www.interights.org/rantsev/index.html>.

86 Caso altrettanto interessante, poiché la Corte europea all'epoca affermava l'impossibilità di censurare disparità di trattamento in base al sesso nell'attribuzione del congedo parentale a motivo dell'inesistenza di un *consensus* tra gli Stati contraenti in merito alla assegnazione anche ai padri di un ruolo analogo a quello "tradizionalmente" assolto dalle madri nella cura dei figli e delle figlie.

87 Cfr. § 41.

stereotipi di genere⁸⁸. In definitiva, la Grande Camera ha accertato la violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto all'art. 8 CEDU, iscrivendo il processo all'origine dello stereotipo di genere nel novero delle forme di discriminazione che non possono trovare giustificazione entro il sistema convenzionale⁸⁹.

Un punto di svolta ancora più decisivo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di stereotipi di genere è, poi, giunto nel 2017 con *Carvalho Pinto De Sousa Morais v. Portugal*⁹⁰. Il caso concerneva una donna, sottoposta ad un intervento chirurgico seguito da un danno per *malpractice*, a cui era stata accordata una riduzione nell'ammontare del risarcimento in ragione della statuizione in base alla quale una donna, raggiunti i 50 anni di età, non potrebbe più considerarsi sessualmente attiva. La ricorrente lamentava, quindi, la violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

L'importanza della pronuncia, nel senso della condanna delle autorità nazionali e che rappresenta la vera novità rispetto alla giurisprudenza precedente, si coglie in relazione a due aspetti tra di loro intimamente connessi.

Il primo attiene alla centralità che la Corte europea ha scelto di attribuire ai desideri (presunti) e ad alcuni tratti ontologici assegnati in modo automatico ed irragionevole alla ricorrente sulla base di una lettura stereotipata e di carattere intersezionale, fondata contestualmente sul genere e sull'età della donna.

La struttura argomentativa è particolarmente interessante. Lo stereotipo cessa di essere fattore solo tangenzialmente rilevante nello scrutinio sulla invocata violazione del dettato convenzionale, diventando piuttosto protagonista dell'*iter* motivazionale. È sulla presunzione, cioè sullo stereotipo, su cui si fonda la riduzione dell'ammontare del risarcimento del danno previsto in favore della ricorrente ed è su questa medesima circostanza fattuale che la Corte europea imposta il proprio sindacato.

Nella pronuncia si precisa, così, che la questione su cui occorre pronunciarsi non è il ruolo assolto dai fattori di discriminazione del genere e dell'età come in un classico sindacato sulla dedotta violazione del principio di non discriminazione, bensì l'effetto prodotto dalla presunzione, viziata da uno stereotipo, secondo cui la sessualità non sarebbe "importante" per una donna di 50 anni con due figli rispetto a quanto non accada, viceversa, nel caso di una donna più giovane. Secondo la Corte, cioè, "*that assumption reflects a traditional idea of female sexuality as being essentially linked to child-bearing purposes and thus ignores its physical and psychological relevance for the self-fulfillment of women as people*"⁹¹, con la conseguenza che l'età e il sesso della ricorrente hanno svolto una funzione decisiva nel favorire la disparità di trattamento sofferta dalla ricorrente⁹².

Il secondo profilo meritorio è dato, poi, dal corretto inquadramento del caso quale fattispecie discriminatoria. La Corte europea, cioè, rifiuta letture riduttive dell'art. 14 CEDU⁹³, oscurando la dimensione legata alla disparità di trattamento per privilegiare la sola violazione della norma convenzionale sostanziale, cioè l'art. 8 CEDU.

Altrettanto degna di nota è la centralità assegnata al linguaggio utilizzato dalle autorità nazionali per descrivere la condizione della ricorrente e le caratteristiche presuntivamente ricavabili in base alla sua età e al suo genere. La Corte europea segue l'approccio del Comitato alla CEDAW e sottolinea come le parole impiegate dai giudici nazionali non possano, non debbano essere interpretate alla stregua di

88 Cfr. § 42. In senso conforme, si veda, poi, più di recente, anche Corte EDU, *Gruba e altri c. Russia*, [Grande Camera], 6 luglio 2021.

89 Cfr. § 43, dove la Grande Camera afferma che: "gender stereotypes, such as the perception of women as primary child-carers and men as primary breadwinners, cannot, by themselves, be considered to amount to sufficient justification for a difference in treatment, any more than similar stereotypes based on race, origin, colour or sexual orientation".

90 Corte EDU, *Carvalho Pinto De Sousa Morais v. Portugal*, [Quarta Sezione], n. 17484/15, 25 luglio 2017. Per un commento alla pronuncia, si veda S. Gurol, *Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal*, in EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law, 2017l, consultabile al seguente link: <https://www.ejiltalk.org/challenging-gender-stereotyping-before-the-ecthr-case-of-carvalho-pinto-v-portugal/>.

91 Cfr. § 52.

92 Cfr. § 53.

93 Per questa tesi, per tutti, si rinvia al famoso lavoro di R. O'Connell, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, 2009, 211e ss.

“unfortunate turn of phrase”⁹⁴. Piuttosto, esse sono lo strumento che “fa vivere” lo stereotipo e che fa corpo con la discriminazione che ne discende⁹⁵.

Dopo *Carvalho Pinto De Sousa Morais*, il c.d. “gender stereotyping” ha cominciato a farsi strada in modo meno sporadico nella giurisprudenza della Corte europea, tanto da aver indotto parte della letteratura a leggere nell’art. 14 CEDU una regola c.d. “anti-stereotipi”⁹⁶.

Ci si riferisce ad un *trend* giurisprudenziale che, negli ultimi due anni, ha registrato alcune pronunce degne di nota. In *Yocheva e Ganeva c. Bulgaria*⁹⁷, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha riconosciuto che la disparità di trattamento sofferta dalla ricorrente, una donna *single* madre di un minore non riconosciuto dal padre e a cui era stata negata l’indennità mensile, costituiva il prodotto dell’applicazione di una norma di legge *rea* di riprodurre una concezione tradizionale, obsoleta e stereotipata di famiglia, cioè una visione necessariamente bi-parentale.

Ancora, nella coeva *Jurčić c. Croazia*⁹⁸, il Giudice europeo ha ritenuto sussistente una discriminazione diretta in base al sesso *ex art. 14 CEDU*, letto in combinato disposto con l’art. 1, Protocollo n. 1, CEDU, ai danni di una donna che, in stato di gravidanza previo trattamento di fecondazione medicalmente assistita, si era vista negare un’indennità di retribuzione durante il congedo richiesto per malattia. Nell’accogliere il ricorso e con un approccio non frequente ma da guardare con favore nella sua giurisprudenza sull’art. 14 CEDU, merita enfatizzare la scelta della Corte di soffermarsi sulla vasta gamma di fattori che hanno assolto un ruolo nella disparità di trattamento sofferta dalla vittima, definita “*even more striking*”⁹⁹. Tra questi, l’esplicito riferimento allo stereotipo che avrebbe influenzato le autorità nazionali in forza del quale una donna incinta non dovrebbe lavorare oppure cercare un impiego¹⁰⁰.

Altrettanto istruttiva è, poi, – anche se non senza eccezioni deludenti¹⁰¹ – la giurisprudenza convenzionale in tema di violenza domestica, come dimostrano la recente pronuncia *Tkheldidze c. Georgia*¹⁰² e alcuni casi contro l’Italia, a partire dall’ormai noto *Talpis c. Italia*¹⁰³. In quel caso, tuttavia, lo stereotipo trovava ingresso solo nelle argomentazioni della parte. All’opposto, la Corte europea accertava la dedotta violazione del principio di non discriminazione *ex art. 14 CEDU* in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 CEDU, senza collegare la censurata inerzia delle autorità nazionali di fronte alle denunce della vittima alla circostanza, espressione del meccanismo di *gender stereotyping* qui in esame, che l’omessa protezione della donna poggiasse su costruzioni viceversa stereotipate¹⁰⁴.

94 *Ibidem*.

95 Degni di nota sono i riferimenti ricavabili nella pronuncia al ruolo assolto dal Comitato alla CEDAW così come da alcuni Reports in tema di stereotipi di genere che la Corte di Strasburgo richiama e che testimoniano quella positiva contaminazione tra sistemi, che dovrebbe favorire la circolarità delle strategie di contrasto di prassi, condotte e fenomeni lesivi dei diritti fondamentali. In questo senso, si veda § 54.

96 Così L.N. Henningsen, *The Emerging Anti-Stereotyping Principle under Article 14 echr. Towards a Multidimensional and Intersectional Approach to Equality*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2022, 185 e ss.

97 Corte Edu, *Yocheva e Ganeva c. Bulgaria*, [Quarta Sezione], nn. 18592/15, 43863/15, 11 maggio 2021.

98 Corte Edu, *Jurčić c. Croazia*, [Prima Sezione], n. 54711/15, 4 febbraio 2021.

99 Cfr. § 78.

100 Cfr. § 83, dove la Corte precisa che: “[it] cannot but express concern about the overtones of the domestic authorities’ conclusion, which implied that women should not work or seek employment during pregnancy or mere possibility thereof [...]. In the Court’s view, gender stereotyping of this sort presents a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality, which, as already stated, is one of the major goals in the member States of the Council of Europe [...]. Moreover, such considerations by the domestic authorities have not only been found in breach of the domestic law [...] but also appear to have been at odds with relevant international gender equality standards [...]”.

101 Si pensi, per tutte, alla sentenza della Grande Camera sul caso *Kurt c. Austria*, 15 giugno 2021, che rappresenta un esempio emblematico di omesso accertamento di uno stereotipo di genere e di vittimizzazione secondaria di una donna vittima di violenza domestica. Per un commento alla pronuncia, si vedano J. Ristikj, *Developments regarding Domestic Violence in the Case-Law of the European Court of Human Rights: Kurt v. Austria*, in *Iustinianus Primus Law Review*, 2020, 1 e ss.; L. Weinberger, *Kurt c. Austria: a Missed Chance to Tackle Intersectional Discrimination and Gender-Based Stereotyping in Domestic Violence Cases*, in *Strasbourgobserver.com*, 2021.

102 Corte Edu, *Tkheldidze c. Georgia*, [Quinta Sezione], n. 33056/17, 8 luglio 2021.

103 Corte Edu, *Talpis c. Italia*, [Prima Sezione], n. 41237/14, 2 marzo 2017. In senso analogo, anche, Corte Edu, *Opuz c. Turchia*, [Sezione Terza], n. 33401/02, 9 giugno 2009.

104 In senso analogo e più di recente, anche, Corte Edu, *Landi c. Italia*, [Prima Sezione], n. 10929/19, 7 aprile 2022, in cui l’accertamento della dimensione discriminatoria non è, similmente, associato al funzionamento dello stereotipo di genere. Qui, la violazione dei parametri convenzionali riguardava l’art. 2 CEDU, isolatamente considerato e l’art. 14 CEDU, letto in combi-

Ben più significativa, perché innovativa sul versante del ruolo che le parole assolvono nella costruzione di stereotipi e, quindi, di associazioni automatiche ed irragionevolmente discriminatorie è, poi, *J.L. c. Italia*¹⁰⁵ in cui la Corte di Strasburgo, dando ingresso al fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria, ha sottolineato il “posto” che lo stereotipo si riserva nelle aule di giustizia e nelle fasi processuali precedenti indebolendo le tutele pure esistenti per contrastare forme di violenza¹⁰⁶. Si legge, così, nella pronuncia, che: “[l]a Corte è convinta che l’azione penale e la repressione assolvano ad un ruolo cruciale nella risposta istituzionale alla violenza di genere e nel contrasto della disuguaglianza di genere – con la conseguenza, che – [è...] essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi di genere nelle proprie decisioni, minimizzino la violenza di genere ed esponano le donne a una vittimizzazione secondaria, utilizzando un linguaggio colpevolizzante e moraleggiante che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario”¹⁰⁷.

Purtroppo, ma sorprendentemente data la debolezza di cui soffre l’art. 14 CEDU nell’impianto convenzionale e con qualche rammarico, la Corte di Strasburgo omette di soffermarsi sulla discriminarietà che, viceversa, soggiace alla vicenda disconoscendo il collegamento, al contrario, inscindibile tra stereotipo e discriminazione. La violazione è, infatti, accertata solo sull’art. 8 CEDU e non anche sull’art. 14 CEDU, in combinato disposto con il primo.

Degna di nota è però, forse tra tutte, una pronuncia del 2020, che si colloca a cavallo tra violenza contro le donne e forme contemporanee di schiavitù e che costituisce un esempio emblematico di corretta valutazione e interpretazione della condizione di particolare vulnerabilità in cui versano le vittime di questa tipologia di abusi e del corrispondente pregiudizio che, spesso, permea e influenza le condotte delle autorità giudiziarie e delle forze di polizia. *S.M. c. Croazia*¹⁰⁸ presenta svariati profili di interesse la cui analisi non può certo esaurirsi in questa sede¹⁰⁹, ma vi è un aspetto della sentenza che merita di essere sottolineato. La Corte di Strasburgo ha, da un lato, ricondotto, per la prima volta, la fattispecie della prostituzione forzata entro l’ambito applicativo dell’art. 4 della Convenzione¹¹⁰; dall’altro, ha appuntato esplicitamente l’attenzione, come non era viceversa accaduto in occasione del precedente in *Rantsev c. Cipro e Russia*, sui rischi connessi ai “pregiudizi” di cui è viziata l’attività delle autorità al cospetto delle testimonianze delle vittime¹¹¹.

Non si parla di stereotipi, né di discriminazione di genere: la Corte europea preferisce parlare di “pregiudizi”. Al di là, però, delle differenze terminologiche e definitorie che rimangono irrisolte a livello sovranazionale e domestico, non va sottaciuta la sensibilità del Giudice europeo che traspare dal

nato disposto con l’art. 2 CEDU. A commento di quest’ultima pronuncia, si veda A. Lorenzetti, *Violenza domestica e (mancata) protezione delle vittime, tra Roma e Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, 654 e ss. Le più recenti pronunce rese nel 2022 contro l’Italia sempre in tema di violenza domestica – *De Giorgi c. Italia*, [Prima Sezione], n. 23735/19, ; *M.S. c. Italia* [Prima Sezione], n. 32715/19, 7 luglio 2022; *I.M. e altri c. Italia* [Prima Sezione], n. 25426/20, 10 novembre 2022 – nonostante le condanne, appaiono invece deludenti non ravvisandosi alcun riferimento né allo stereotipo – nemmeno in *I.M. e altri c. Italia* che riguardava un caso di sospensione della responsabilità genitoriale di una madre ritenuta dai giudici “ostile” rispetto alla permanenza di contatti tra i propri figli e il marito maltrattante – né alla discriminazione sofferta dalle donne ricorrenti per effetto delle violenze subite

105 Corte Edu, *J.L. c. Italia*, [Prima Sezione], n. 5671/16, 27 maggio 2021.

106 Ulteriori esempi di pronunce in cui lo stereotipo accede al sindacato della Corte di Strasburgo si rinvencono, in alcune occasioni, nella sua giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare. Una sentenza interessante che vede sullo sfondo uno stereotipo di tipo intersezionale che gioca tra i fattori di discriminazione etnico-razziale e l’origine nazionale è offerto da Corte EDU, *Biao c. Danimarca*, 2016. Approfondisce questa peculiare tipologia di stereotipo, E. La Spina, *Indirect discrimination and racist stereotypes in the european court of human rights’ case law on family migration*, in *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto Cultura Giuridica*, 31 e ss.

107 Corte Edu, *J.L. c. Italia*, § 141. Altrettanto interessanti è il paragrafo precedente, § 140.

108 Corte Edu, *S.M. c. Croazia*, [Prima Sezione], n. 60561/14, 19 luglio 2018.

109 Tra i principali, anche in prospettiva di giustizia costituzionale sovranazionale: la re-impostazione del ricorso, presentato in relazione ai parametri degli artt. 3 e 8 CEDU e riscritto dalla Corte EDU che lo ha, viceversa, inquadrato nella prospettiva dell’art. 4 CEDU; il riferimento pregnante ad una ulteriore Convenzione, negoziata nell’ambito del sistema del Consiglio d’Europa, cioè la Convenzione per il contrasto del traffico di esseri umani; l’utilizzo non solo quale ausilio argomentativo, ma ai fini dell’accertamento della violazione dei reports prodotti dal *Monitoring Body* della Convenzione, cioè del GRETA.

110 Sul tema dei rapporti tra prostituzione e violenza nei confronti delle donne, si è di recente pronunciata in due occasioni anche la Corte costituzionale, anzitutto, con la pronuncia n. 141 del 2019 che affrontava, e questo è un profilo interessante, un caso opposto rispetto a quello risolto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e, cioè, una ipotesi di prostituzione viceversa consensuale. Oggetto della questione di costituzionalità portata dinanzi alla Corte costituzionale era, infatti, la norma di legge che puniva e punisce penalmente la prostituzione anche laddove tale pratica costituisca il prodotto di una scelta consapevole.

111 Cfr. § 262.

riferimento ai reports del GRETA (*Council of Europe Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*), dove similmente si parla di pregiudizi più che di stereotipi, e dall'accertamento della violazione degli obblighi procedurali imposti dall'art. 4 CEDU per le omesse e negligenti indagini delle autorità nazionali rispetto al ricorso della vittima¹¹². La Corte ammette, cioè, che la ricorrente sia stata oggetto degli effetti pregiudizievole del fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria che riposa, a sua volta, su uno stereotipo o pregiudizio di genere e lo fa anche senza evocare il divieto di discriminazione¹¹³.

Da ultimo, si segnala un caso di qualche mese fa contro il Portogallo. *Patrício Monteiro Telo De Abreu c. Portogallo*¹¹⁴ concerneva la diffusione di cartellonistica raffigurante stereotipi sessisti¹¹⁵. Un caso diverso dai precedenti e che ha offerto l'occasione alla Corte di Strasburgo per confrontarsi con una manifestazione ancora diversa del "gender stereotyping", cioè quella scaturita dalle interazioni tra lo stereotipo e il settore della comunicazione pubblicitaria.

Non così sorprendentemente, il caso è stato costruito sul solo art. 10 CEDU, senza evocare a supporto l'art. 14 CEDU e, a differenza di molte delle pronunce precedenti in cui, correttamente, i ricorsi erano stati impostati e poi recepiti dal Giudice europeo valorizzando le ricadute discriminatorie della condotta¹¹⁶, *Patrício Monteiro Telo De Abreu v. Portugal* non si sofferma sul connotato sessista e discriminatorio del cartello pubblicitario, limitandosi a inquadrare la vicenda entro i confini, troppo riduttivi, dell'art. 10 CEDU.

La scarsa attenzione allo stereotipo sessista che caratterizzava il contenuto essenziale del cartellone pubblicitario non è, però, sfuggita alla giudice Motoc che, in una densa opinione concorrente, ha viceversa suggerito una lettura diametralmente opposta della vicenda che, a suo avviso, costituisce un tipico esempio di violenza contro le donne resa manifesta dallo stereotipo retrostante al contenuto del messaggio pubblicitario.

Passi in avanti, soprattutto in vicende direttamente qualificate e qualificabili come casi di violenza contro le donne e di forme contemporanee di schiavitù¹¹⁷, passi indietro quando la matrice violenta e stereotipata è subdola, nascosta tra le pieghe di ricorsi impostati su parametri convenzionali diversi e, solo apparentemente, non contigui con le norme a tutela della dignità e dell'eguaglianza.

8. "Come" lo stereotipo arriva a davanti alle Corti: un nuovo accertamento per una nuova forma di discriminazione di genere?

La giurisprudenza del Comitato CEDAW e la più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno dimostrato maggiore propensione a registrare le implicazioni discriminatorie legate all'impiego dello stereotipo di genere da parte del legislatore, delle Corti e, più in generale, delle autorità nazionali che a vario titolo si interfacciano con chi si ritenga vittima di una violazione di un diritto fondamentale.

112 Per un approfondimento sul contenuto e sulla giurisprudenza sull'art. 4 CEDU, si rinvia a *Guide on Article 4 of the European Convention of Human Rights, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022*, consultabile al seguente link: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_4_eng.pdf.

113 L'auspicio per il futuro dovrebbe essere una lettura integrale e corretta dello stereotipo di genere che costituisce sempre una discriminazione, quindi rilevante ex art. 14 CEDU, a prescindere dalle specificità della condotta principale, in questo caso il *sexual trafficking*.

114 Corte Edu, *Patrício Monteiro Telo De Abreu c. Portogallo*, [Prima Sezione], n. 42713/15, 7 luglio 2022.

115 Per un approfondimento sulle problematiche che circondano la raffigurazione di immagini stereotipate di donne, si veda, diffusamente, M. D'Amico, *Pubblicità, comunicazione e immagini sessiste: l'Italia e la dignità femminile*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, II volume, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 189 e ss. e, della stessa A., più di recente, *Lingua e linguaggio discriminatorio*, relazione tenuta nell'ambito Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lingua, Linguaggi, Diritti*, Messina – Taormina, 27, 28, 29 ottobre 2022, in corso di pubblicazione.

116 Non così, ad esempio, Corte Edu, *S.M. v. Croatia*, come visto, nonostante la valutazione positiva sulla sentenza.

117 Per una panoramica e per dei dati sull'impatto delle nuove forme di schiavitù si veda il report del *Global Estimates of Modern Slavery: forced labour and forced marriage*, realizzato dall'*International Labour Organization* in collaborazione con la *Walk Free Foundation* e con l'*International Organization for Migration*. Il report del 2022 è consultabile al seguente link: https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_854733/lang-en/index.htm. Per uno studio del tema in prospettiva di genere, si consenta il rinvio a C. Nardocci, *Schiavitù contemporanea e genere nella dimensione sovranazionale e costituzionale*, in B. Del Bò, A. Bassani (a cura di), *Schiave e schiavi. Riflessioni storiche e giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2020, 107 e ss.

La sensibilità al fenomeno dello stereotipo da parte del Comitato CEDAW presenta, come visto, radici più profonde e si radica nell'art. 5 che costituisce la base legale per sanzionare condotte statali non conformi.

La propensione della Corte di Strasburgo a rintracciare la ricorrenza dello stereotipo conosce, invece, una storia diversa che si lega a doppio filo con la sua accentuata capacità e volontà di fare uso dell'art. 14 CEDU per censurare condotte che originano da stereotipi¹¹⁸. Non stupisce, così, che le pronunce in cui più pregnanti sono state le statuizioni contro il c.d. "gender stereotyping" sono le stesse in si è registrata la violazione del principio convenzionale di non discriminazione e, soprattutto, in cui la dimensione discriminatoria della fattispecie *sub iudice* è fatta vera protagonista del giudizio, talvolta solo implicitamente¹¹⁹.

Il collegamento tra lo stereotipo e la discriminazione viene, cioè, nelle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, isolato, rendendo i due concetti – la discriminazione di genere e lo stereotipo, anch'esso, di genere – aspetti o corollari di un medesimo fenomeno. Le valutazioni sull'impatto dello stereotipo non sono collaterali oppure evocate quali argomenti *ad adiuvandum* della ritenuta violazione del principio di non discriminazione, ma fondano, nelle pronunce più meritorie, la violazione dell'art. 14 CEDU. Ne costituiscono elemento ontologico e inscindibile rispetto alla dedotta lesione della norma convenzionale sostanziale.

In entrambi i casi e a prescindere dall'operato della Corte che si decida di analizzare, se lo stereotipo è la discriminazione, nel senso che ne costituisce una manifestazione, e non si risolve, viceversa, soltanto in una sua mera concausa, si rende opportuna una disamina delle specificità che ne contraddistinguono l'accertamento in sede giurisdizionale.

Il punto di partenza, come precisa la letteratura¹²⁰, è che lo stereotipo può essere oggetto di censura soltanto qualora ne consegua un effetto pregiudizievole, cioè "harmful", ai danni della vittima. Simile scrutinio rende necessaria una indagine che si snodi lungo alcuni passaggi: la ricostruzione delle radici storico-tradizionali condivise da un gruppo e che sorreggono la presunzione potenzialmente nociva, poiché discriminatoria; l'indagine sugli effetti avversi concreti provocati dalla presunzione individuata rispetto al c.d. "out-group", cioè l'appartenente alla comunità a cui si attribuisce un tratto negativo che vorrebbe motivare la differenza di trattamento; la qualifica della presunzione come stereotipo, il c.d. "unmasking"¹²¹.

La discriminazione che opera "solo" sulla base dello stereotipo presenta, infatti, tratti propri che non ricorrono, sempre, nelle teorie classiche della discriminazione e nelle categorie tradizionali del *disparate treatment* (discriminazione diretta) e del *disparate impact* (discriminazione indiretta).

La non traslabilità *de plano* delle categorie classiche del diritto anti-discriminatorio alla discriminazione "stereotype-based", si motiva alla luce di alcuni elementi che si illustrano sinteticamente qui di seguito e che accomunano la discriminazione "stereotype-based" ad altre tipologie discriminatorie "nuove"¹²².

Innanzitutto, l'effetto discriminatorio originato dallo stereotipo non è sempre intenzionale. L'assenza di una volontà discriminatoria potrebbe non costituire un problema poiché, come noto, il c.d. "discriminatory intent" solitamente difetta anche nella discriminazione indiretta. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, nel caso dello stereotipo possono verificarsi contestualmente due condizioni che non si realizzano, viceversa, contestualmente nelle ipotesi della discriminazione diretta e indiretta: della prima, lo stereotipo ripete il riferimento esplicito al fattore di discriminazione; della seconda condivide, invece, la potenziale non intenzionalità.

Venendo ad elementi ritenuti ontologicamente propri della discriminazione, merita sottolineare che nella discriminazione "gender-based", spesso, il *tertium comparationis*, il c.d. *comparator*, manca¹²³. In

118 Su questo aspetto, emblematici, come detto, Corte Edu, *Rantsev c. Cipro e Russia*, e *Kurt c. Austria*.

119 Il riferimento è a *M.S. c. Croatia*.

120 Così, ancora, R.J. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping Transnational Legal Perspectives*, cit.

121 Così A. Timmer, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, cit. 722.

122 Il riferimento è, ad esempio, alla discriminazione per associazione, alla c.d. "AI-derived discrimination", su cui si consenta il rinvio a C. Nardocci, *Discriminazioni e intelligenza artificiale*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa*, 2021.

123 Sulla configurabilità di una disparità di trattamento censurabile quale violazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, si vedano, diffusamente, S. Goldberg, *Discrimination By Comparison*, in *Yale Law Journal*, 2011, 728 e ss.; S. Moreau, *Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups*, in *Journal of Law and Equality*, 2006, 81 e ss. e, della stessa A., anche, *Equality Rights and Stereotypes*, in R.J. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping Transnational Legal Perspectives*, cit., 293 e ss. In prospettiva comparata, un caso interessante di applicazione del c.d. "stereotyping approach" in un caso di discriminazione in

altre parole, quando si fa riferimento all'effetto discriminatorio generato dalla discriminazione "stereotype-based" difficilmente si è in presenza di un gruppo oppure di un individuo con il quale operare il giudizio ternario che sottende alla prova della sussistenza di una violazione del principio di eguaglianza.

Non si tratta di una novità assoluta per il diritto anti-discriminatorio che allo stato attuale, almeno a livello euro-unitario, ammette la pacifica configurabilità di fattispecie discriminatorie a c.d. "comparator" ipotetico. Ipotesi, cioè, in cui la condotta discriminatoria si "limiti" a produrre un effetto non concreto, ma viceversa dissuasivo, come nel caso delle discriminazioni che derivano da dichiarazioni oppure da incitamenti all'odio e alla violenza (c.d. *hate speech*).

Lo stereotipo, o meglio, il c.d. "gender stereotyping" bene si inserisce in questa tipologia discriminatoria che non poggia sulla identificazione del *tertium comparationis*. Ne discende che, più che alla verifica della condizione, non egualmente pregiudizievole in cui versano un gruppo oppure un individuo in situazione comparabile in assenza di una giustificazione obiettiva e ragionevole a sostegno della disparità di trattamento, si suggerisce di guardare al solo danno causato alla vittima¹²⁴.

Un elemento che, in definitiva, qualifica come tale la discriminazione "gender-based" poggia sulla opportunità di operare il c.d. "disadvantage test"¹²⁵ in luogo della ricerca del "comparator" al fine di verificare la violazione del principio di non discriminazione. La *ratio* di simile approccio presuppone, quindi, che sia lo stereotipo di per sé stesso a causare il pregiudizio alla vittima, all'appartenente al c.d. "out-grup", a prescindere dalla doverosità di un accertamento da parte del giudice dell'effetto lesivo e concreto della condotta discriminatoria sofferta dalla vittima rispetto a chi si trovi in condizioni assimilabili, passando, cioè, dal giudizio comparativo.

L'insieme di tipicità della discriminazione definita "stereotype-based" che si è voluto evidenziare potrebbe favorire il più agevole sindacato sulla violazione del principio di eguaglianza e di non discriminazione in presenza di condotte non propriamente inquadrabili entro la fattispecie classica della disparità di trattamento.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Comitato CEDAW dimostrano le potenzialità ancora non del tutto svelate di questa peculiare forma di discriminazione. A differenza, però, del Comitato CEDAW che più difficilmente sarà indotto a sottolineare la violazione anche del principio di eguaglianza, potendo avvantaggiarsi di una norma anti-stereotipo (l'art. 5 CEDAW), la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sta invece percorrendo in modo più esplicito e diretto – sebbene tra gli alti e bassi di cui si è detto – un percorso che risulta attualmente improntato all'ancoraggio dello stereotipo al fenomeno discriminatorio, tramite inedite valorizzazioni dell'art. 14 CEDU.

Si tratta di un approccio che andrà vagliato alla luce di prossime pronunce, ma che fa ben sperare sulla capacità e volontà della Corte europea di occuparsi del fenomeno discriminatorio anche oltre il recinto della "stereotype-based discrimination".

9. Conclusioni: le conferme, le novità verso una interazione tra sistemi, nazionali e sovranazionali

Lo stereotipo di genere o, meglio, il fenomeno del "gender stereotyping", si è visto, assume svariate sfaccettature. Passa da comportamenti, si trasforma in tradizioni, costumi e prassi, si esprime attraverso parole ed espressioni, si concretizza in giudizi e pre-giudizi.

Sul piano definitorio, poi, difficilmente viene tracciata una linea di demarcazione netta tra stereotipo e pregiudizio secondo una tendenza condivisa dalle Carte e dai trattati di diritto internazionale dei diritti umani, per primi, così come dalla giurisprudenza sovranazionale che mostra un atteggiamento oscillante, soprattutto quella continentale-europea¹²⁶, utilizzando entrambe le nozioni allorché si tratti di censurare condotte oppure manifestazioni verbali a contenuto discriminatorio.

base al genere è rintracciabile nella sentenza della Corte Suprema USA, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 1989, su cui si sofferma, in una analisi più estesa e volta a tracciare alcuni punti fermi in tema di accertamento di discriminazioni fondate su stereotipi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ma utili ben oltre il recinto del saggio, H. Van Dijke, *Pregnant transgender people: what to expect from the court of justice of the european union's jurisprudence on pregnancy discrimination*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 2022, 179 e ss.

124 Così, in particolare, J.H. Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Martinus Nijhoff, 2005.

125 *Ibidem*.

126 Per un approfondimento dell'approccio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea allo stereotipo di genere, si veda A. Timmer, *Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice*, in *European Equality Law Review* 2016, consultabile al

Accanto alla possibilità di definire il concetto di stereotipo e il processo che vi accede, particolarmente interessante si è dimostrata l'analisi della giurisprudenza delle due Corti sovranazionali, il Comitato CEDAW e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Pure di fronte alla eterogeneità che le contraddistingue, le due Corti hanno messo a fuoco il tratto più importante per lo studio del fenomeno discriminatorio a livello nazionale e sovranazionale: l'attitudine del "gender stereotyping" ad isolarsi quale fattispecie discriminatoria a sé stante.

Una discriminazione che non necessita di un giudizio comparativo e di un necessario, concreto ed individualizzabile effetto lesivo, di una dimostrazione della intenzionalità che sorregga la parola, l'azione stereotipata, in definitiva, la condotta primigenia.

L'opportunità di operare questa operazione di categorizzazione a sé stante della discriminazione "stereotype-based" diviene opportuna soprattutto se si inquadra la trattazione entro la prospettiva del diritto anti-discriminatorio di derivazione euro-unitaria recepito pressoché *de plano* dall'ordinamento costituzionale italiano.

Una tesi diversa, cioè non prona ad isolare integralmente il "gender stereotyping" ritenendo viceversa che la fattispecie in esame già costituisca una discriminazione sanzionabile e senza dover ricorrere a rimodulazioni dei criteri fondanti le categorie classiche del diritto anti-discriminatorio, si scorge nella giurisprudenza costituzionale.

Si tratta di una postilla di chiusura però necessaria e che richiama quella giurisprudenza, pacifica, della Corte costituzionale che, poggiando sul principio di ragionevolezza, si oppone a norme rigide che riproducano schemi di comportamento automatici ispirati a presunzioni assunte quali veritiere ed in assenza di un sindacato sugli effetti applicativi concreti della norma di legge.

A voler richiamare siffatto orientamento giurisprudenziale, sembrerebbe potersi sostenere che il sistema costituzionale nazionale sia già dotato di antidoti forti contro le ricadute discriminatorie dello stereotipo. Certo, si tratterà – e non è cosa da poco – a monte di individuare lo stereotipo e di qualificarlo come tale, tramite quel processo di "naming" su cui tanto si sofferma la letteratura sovranazionale. In altre parole, la riferibilità della giurisprudenza costituzionale richiamata al "gender stereotyping" non potrà prescindere dalla previa e corretta qualificazione della regola portata dinanzi alla Corte quale presunzione, prima, e quale presunzione affetta da stereotipo, poi. Le difficoltà che accompagnano tale procedimento ricognitivo non ostano, tuttavia, a ritenere che siffatta interpretazione del principio costituzionale di ragionevolezza rappresenti uno strumento fondamentale per il contrasto dello stereotipo almeno sul piano nazionale.

Il riferimento alla giurisprudenza costituzionale assume ancora maggiore pregnanza se ci si sposta a livello sovranazionale. L'auspicio, cioè, sarebbe una contaminazione forte tra sistemi, nazionali, sovranazionali ma anche comparati, che favorisca la circolazione dei modelli decisorii e delle tecniche argomentative e processuali impiegate dalle Corti. Si pensi, per tutte, alle ipotesi di manipolazione dei termini delle questioni portate dinanzi alle Corti, come accaduto in modo emblematico dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo in *M.S. c. Croatia*, secondo uno schema ben noto alla Corte costituzionale in caso di manipolazione, appunto, del *thema decidendum*.

Una contaminazione che potrebbe condurre ad un approccio organico ed integrato al tema dello stereotipo di genere che ne renda omogenea la interpretazione quale forma di discriminazione ai danni, in questo caso trattando dello stereotipo di genere, anzitutto delle donne.

Ciò che sembra mancare, e da qui le sollecitazioni per la circolazione e lo scambio tra i modelli, è una piena consapevolezza della equivalenza tra stereotipo e discriminazione. Troppo spesso, ancora, lo stereotipo "entra" quale elemento collaterale nelle vicende portate davanti alle Corti, di frequente e, ancora prima, non è identificato in quanto tale con conseguente compressione del principio di eguaglianza e dei diritti delle minoranze maggiormente esposte alle marginalizzazioni generate dagli stereotipi.

seguinte link: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3867-european-equality-law-review-1-2016>. Nel novero della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE la cui analisi supera l'obiettivo del presente saggio, appare ugualmente opportuno richiamare alcune decisioni che si sono dimostrate particolarmente significative nella prospettiva di indagine. Tra queste, si segnalano il famoso caso "Marshall", EUCJ, C-409/97, *Marschall*, 1997, in tema di azioni positive sul luogo di lavoro, con particolare riferimento all'affermazione contenuta ai §§ 29-30 dove la Corte di Giustizia ha dimostrato di avere piena consapevolezza della ricorrenza di uno stereotipo di genere laddove ha affermato che: "nelle promozioni si tende a preferire i candidati di sesso maschile a quelli di sesso femminile, anche in caso di pari qualificazioni, a causa, segnatamente, di taluni pregiudizi e di talune idee stereotipe sul ruolo e sulle capacità della donna nella vita attiva, nonché del timore, ad esempio, che le donne interrompano più spesso la carriera lavorativa, che, dati i loro compiti di mogli e di madri, esse organizzino il loro tempo di lavoro in maniera meno flessibile o che si assentino dal lavoro più sovente a motivo di gravidanze, parti e periodi di allattamento. Per questi motivi, il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualificazioni non implica, in sé e per sé che essi abbiano pari opportunità". Altrettanto interessante, EUCJ, C-104/09, *Roca Álvarez*, 2010, § 36.

La giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo, così come anche della Corte costituzionale italiana – si pensi alla recente decisione sul c.d. “cognome materno”¹²⁷ – palesa un avvicinamento a quella più virtuosa del Comitato CEDAW.

Si tratterà, allora, di verificare la stabilizzazione effettiva del nuovo passo, che sembrerebbe finalmente assegnare autonomia anche all'art. 14 CEDU, e non invece il suo arretramento nella speranza di uno scambio sempre più stretto tra Corti dei diritti sovranazionali, comparate e domestiche.

127 Il riferimento è alla già citata Corte costituzionale n. 131 del 2022. A commento della decisione, si veda E. Scalcon, *L'attribuzione del cognome ai figli: una disputa durata più di trent'anni*, in *Federalismi.it*, 2022, 155 e ss. Per un'analisi della decisione costituzionale sotto il profilo specifico del ruolo assolto dallo stereotipo di genere, si rinvia a M. Borrello, *Non arrendersi all'ovvio. Considerazioni sugli stereotipi di genere in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 sull'attribuzione del cognome*, in *Stato e Chiese*, 2022, 19 e ss.

Alessandro Nascosi*

Profili processuali del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso in Italia e in Francia

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Il rito applicabile. – 3. La fase istruttoria. – 4. La sentenza costitutiva del nuovo *status*. – 5. La regolamentazione del giudizio di riassegnazione del genere anagrafico in Francia. – 6. Rilievi conclusivi.

Abstract

Lo scritto prende in esame gli aspetti processuali del giudizio di riassegnazione del genere nell'ordinamento italiano e in quello francese, ove la regolamentazione della materia è piuttosto recente. Come si osserverà nel presente contributo, l'ordinamento d'oltralpe predilige un accertamento dell'aspetto psicologico dell'identità di genere (che valorizza l'autodeterminazione dell'individuo), prescindendo del tutto da ogni aspetto medicalizzante della vicenda, a differenza del nostro sistema che conserva tuttora un accertamento giurisdizionale del percorso medico-psicologico compiuto dall'istante.

The paper examines the procedural aspects of the reassignment of gender in the Italian and French legal systems, where the regulation of the matter is quite recent. Certainly important, as will be observed in this contribution, the order beyond the Alps prefers an assessment of the psychological aspect of gender identity (which values the self-determination of the individual), completely disregarding every medicalizing aspect of the story, unlike our system that still retains a judicial assessment of the medical-psychological path made by the instant.

1. Considerazioni introduttive

Nell'ordinamento italiano, il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso trova la propria disciplina nella legge 14 aprile 1982, n. 164, fonte piuttosto risalente (anche se all'epoca fu tra le prime legislazioni europee ad occuparsi della questione¹) sulla quale ha inciso, una decina di anni or sono, il

* Professore Associato di diritto processuale civile, Università di Ferrara.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 G. Cardaci, *Per un "giusto processo" di mutamento di sesso*, in *Dir. fam.*, 2015, p. 1460. Giova fin da queste prime battute sottolineare che anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 164/1982 l'intervento chirurgico di riassegnazione di sesso era precluso non soltanto per ragioni di certezza giuridica in virtù dei riflessi che esso avrebbe potuto avere sul matrimonio, bensì era ritenuto illecito ai sensi dell'art. 5 c.c. in quanto costituente atto di menomazione dell'integrità fisica e della capacità di procreare (L. Ferri sub art. 454, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Parma, Zanichelli-Soc ed. del Foro italiano, 1973, 126 ss.). Tale chiave di lettura è radicalmente mutata con la legge n. 164/1982 in quanto si è fatta strada l'affermazione secondo cui gli atti di disposizione del proprio corpo, in forza dell'autodeterminazione della persona, non devono essere considerati illeciti (anche se comportano una diminuzione permanente della propria integrità fisica) in virtù della loro natura terapeutica ex art. 32 Cost., essendo finalizzati a salvaguardare lo stato psico-fisico della persona (G. Palmeri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, p. 1350; sul possibile mutamento

d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 che ne ha ridisegnato i confini processuali, sostituendo il modello camerale con il rito ordinario di cognizione. La legge n. 164/1982 rappresenta senza ombra di dubbio un passo importante nella tutela giuridica delle persone che si trovano nella condizione della disforia di genere (ossia la circostanza secondo cui un individuo non si identifica nel sesso enunciato nell'atto di nascita), dal momento che tale previsione normativa stabilisce i presupposti e regola il processo che consente all'interessato di addivenire ad un riallineamento tra sesso fisico e sesso psichico, oltre a far conseguire una rettificazione dell'identità anagrafica mediante un provvedimento giudiziale che ordina all'ufficiale di stato civile di procedere alle necessarie modifiche.

Nelle riflessioni che seguiranno si focalizzerà principalmente l'attenzione sugli aspetti processuali del giudizio di rettificazione nel nostro Paese e nel limitrofo ordinamento francese, al fine di porre in evidenza i punti di contatto e le differenze nella delicata materia oggetto del presente contributo².

2. Il rito applicabile

L'art. 1 della legge n. 164/1982 non specifica la sfera di operatività della normativa, ossia non stabilisce se il procedimento di riassegnazione di sesso possa trovare spazio solo per gli individui che affrontino un intervento chirurgico per mutare la propria identità di genere (quale diritto personalissimo, esplicitazione dell'autodeterminazione della persona) od altresì se possa estendersi anche a persone che hanno subito un mutamento dei caratteri sessuali a causa di evoluzioni naturali da un sesso verso un altro (è il caso degli ermafroditi e degli intersessuali)³.

Nel silenzio della norma credo sia preferibile adottare un'interpretazione ampia del dato testuale come idoneo a contemplare tutte le ipotesi di intervenute modificazioni (a prescindere che siano naturali o volontarie mediante un intervento chirurgico), nel senso che il procedimento di rettificazione potrebbe essere incardinato altresì dagli individui che siano incorsi, a seguito di disfunzioni o malformazioni fisiche, in una sopravvenuta variazione del sesso che gli era stato attribuito al momento della nascita in virtù dell'ambiguità esteriore dei caratteri sessuali⁴. Orbene, per questi soggetti è altresì prevista la possibilità di ricorrere al procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile di cui agli artt. 95 ss. d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, attraverso la richiesta di rettifica di un errore materiale nell'attribuzione del sesso effettuata al momento della nascita in virtù dell'ambiguità esteriore rilevata in quel frangente

del profilo sessuale di un individuo v. già P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giudizi del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 1970, p. 835 ss.). Per un approccio della materia dal punto di vista sostanziale si rinvia, tra i contributi più recenti, a: T. Maurceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1475 ss.; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2013, *passim*; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/1982*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 713 ss.; v. altresì le considerazioni di B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 465 ss.

- 2 Dal punto di vista squisitamente processuale, il procedimento anteriore alla riforma del 2011 era strutturato in senso bifasico. La prima fase era impostata sulle regole del rito ordinario e si concludeva con una sentenza che accertava il diritto del ricorrente ad ottenere l'attribuzione di un sesso diverso a cui faceva seguito l'autorizzazione a sottoporsi al trattamento chirurgico; la seconda fase si svolgeva in camera di consiglio e si definiva con una sentenza (e non con un decreto, dal momento che la sentenza creava una situazione giuridica di nuovo contenuto rispetto a quella enunciata nell'atto di nascita ed i cui effetti si producevano col passaggio in giudicato) volta ad accertare l'avvenuta modificazione e la conseguente variazione del sesso. La competenza spettava al tribunale in composizione collegiale a cui si collegava l'intervento obbligatorio del p.m. La sentenza aveva natura costitutiva con efficacia *ex nunc* (per ulteriori approfondimenti sul rito camerale con tratti di specialità previgente v. M. Dogliotti, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 467; S. Patti, M.R. Will, *La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 729; per una critica sull'applicazione del rito camerale a fattispecie ove sono in gioco diritti soggettivi v. A. Proto Pisani, *Uti e abusi della procedura camerale ex art.737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss., in particolare p. 454 ss.). È bene sottolineare che la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 150/2011 giustifica il passaggio dal rito camerale a quello ordinario facendo leva sulla mancanza di elementi che consentono di ritenere il procedimento connotato da peculiari esigenze di concentrazione processuale, di ufficiosità dell'istruzione, di semplificazione della trattazione e di istruzione della causa.
- 3 Per un'ampia interpretazione della norma si esprimono C. La Farina, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 341; R. Ciliberti, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir. fam.*, 2001, pp. 351-352; A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in www.articolo29.it, p. 21; in senso restrittivo invece v. P. Stanzione, voce *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 884 ss.; P. D'Addino Serravalle, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza n. 98 della Corte Costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 220
- 4 In questa direzione v. M. Dogliotti, voce *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Novissimo digesto italiano, Appendice, VII*, Torino, 1987, p. 789; La Farina, *op. cit.*, p. 341.

temporale⁵. Ciò nonostante credo che entrambe le procedure possano concorrere a tutelare la persona intersessuale o ermafrodita che deciderà liberamente se percorrere la via del ricorso ex artt. 95 del d.p.r. n. 396/2000 (che si conclude con una decisione avente efficacia *ex tunc*) volto a censurare un errore materiale nell'attribuzione di sesso compiuta al momento della nascita o instaurare il procedimento di riassegnazione di sesso ai sensi dell'art. 1 legge n. 164/1982 (definito con un provvedimento che spiega i propri effetti *ex nunc*)⁶ qualora persista in capo alla persona un disallineamento tra lo stato fisico e psichico che mina il benessere dell'interessato nella propria identità di genere. Da tali osservazioni si può dedurre che il procedimento di rettificazione di genere si presenta come lo strumento di stampo generale idoneo ad abbracciare tutte le ipotesi in cui il soggetto si dolga di un intervenuto mutamento di sesso.

Avvicinandoci all'esame delle regole procedurali del giudizio di rettifica, l'art. 31, comma 1, della legge n. 150/2011⁷, superando la scelta originaria del rito camerale (caratterizzato nel precedente vigore da alcuni tratti di specialità), ha previsto l'applicazione del rito ordinario di cognizione (salvo quanto non sia diversamente disposto dalla legge n. 164/1982)⁸, con la conseguenza che l'*iter* processuale è introdotto con un atto di citazione dall'interessato⁹ dinanzi al tribunale in composizione collegiale del luogo di residenza dell'attore (art. 31, comma 2, legge n. 164/1982, in deroga al foro generale del convenuto).

La legittimazione ad attivare il giudizio appartiene alla persona che aspira ad una variazione del sesso, dovendosi escludere, in difetto di interesse ad agire, la possibilità di esercizio dell'azione da parte del coniuge dell'interessato, nonché ad opera dei figli, dal momento che gli obblighi genitoriali verso questi ultimi rimangono intatti anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettifica¹⁰.

-
- 5 Sul versante dell'applicabilità del procedimento ai sensi degli artt. 95 ss. d.p.r. n. 396/2000 v. G. Cardaci, *Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex*, in questa *Rivista*, 2018, I, p. 44 ss.; B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare le frontiere del corpo e del diritto*, in *Riv. resp. medica*, 2017, p. 449.
- 6 A. Venturelli, sub art. 1 ss., l. 164/1982, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di Zaccaria, Padova, Cedam, 2020, p. 2184.
- 7 Per un commento dell'art. 31 d.lgs. n. 150 del 2011 v. M. Pilloni, art. 31, in *Codice di procedura civile commentato: la semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2011-2012*, diretto da Consolo, Milano, Ipsoa, 2012, p. 396 ss.; C. Delle Donne, sub art. art. 31, *La semplificazione dei riti civili*, a cura di B. Sassani, R. Tiscini, Roma, Dike giuridica, 2011, 279 ss. Tra i contributi più recenti v. C. Perago, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all'identità di genere*, in *Foro it.*, 2020, c. 23 ss.
- 8 Il giudizio assume le vesti di un procedimento costitutivo necessario (con effetti non retroattivi), in quanto l'attore può ottenere l'autorizzazione al trattamento chirurgico o, in assenza di questo, la sola rettificazione anagrafica, transitando inderogabilmente per la via giurisdizionale ordinaria. In altri termini, la riassegnazione del sesso e gli effetti ad essa connessi, non possono realizzarsi mediante il compimento di un atto di autonomia privata; da tali rilievi discende che la sentenza resa al termine del giudizio determina la costituzione di un nuovo *status* in capo all'individuo a fronte della (pregressa e differente) identità sessuale enucleata nell'atto di nascita.
- 9 La citazione a comparire, oltre ai tradizionali elementi dell'art. 163 c.p.c., dovrà contenere la richiesta di rettificazione del sesso, l'istanza per il cambiamento del nome dichiarato nell'atto di nascita con conseguente ordine del giudice rivolto all'ufficiale di stato civile del comune di nascita dell'individuo di disporre la rettificazione nei registri anagrafici (intesa quindi come variazione del sesso della persona e non come correzione di un errore nei documenti dello stato civile) e la richiesta di autorizzazione giudiziale (qualora la parte lo ritenga opportuno) ad effettuare l'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali. La narrativa dell'atto di citazione risulta, generalmente, assai dettagliata attraverso una ricostruzione storica delle vicende che hanno coinvolto la persona nei momenti salienti della propria esistenza (si pensi a titolo esemplificativo alla fase adolescenziale, all'identità assunta dalla persona all'interno del percorso di studi, sul lavoro, nel contesto sociale ed in genere alla descrizione delle circostanze che portano l'interessato ad atteggiarsi nelle relazioni sociali come un soggetto appartenente al sesso rivendicato in giudizio). Inoltre, dall'angolo visuale del processo, non vi sono più dubbi nel ritenere cumulabili a norma degli artt. 103-104 c.p.c. all'interno del medesimo atto di citazione la domanda di autorizzazione all'intervento, nonché la domanda di rettificazione degli atti dello stato civile in quanto fondate sulla medesima condizione vissuta dal soggetto che non si identifica nel sesso enunciato nell'atto di nascita (che rappresenta in buona sostanza la *causa petendi*); la giurisprudenza, infatti, sul cumulo non nutre dubbi dal momento che vengono a soddisfarsi ragioni di economia processuale e di ragionevole durata del processo: sul punto v. C. Perago, *op. cit.*, c. 28; F. Bilotta, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, Utet, 2013, p. 755. In giurisprudenza si esprimono per la cumulabilità delle due istanze: Tribunale di Napoli, 23 maggio 2022 in *www.dejure.it*; Tribunale di Savona 30 marzo 2016, *ivi*; Tribunale di Bari, 14 dicembre 2015, *ivi*.
- 10 La domanda può essere presentata dal cittadino italiano anche se residente all'estero (in tale circostanza l'istanza va indirizzata al tribunale dell'ultima residenza in Italia per ottenere la modificazione dei documenti anagrafici e ciò a prescindere dal fatto che il percorso di transizione sia stato avviato all'estero, in quanto il soggetto potrà impiegare nel giudizio italiano che mira alla determinazione anagrafica, tutte le certificazioni conseguite nel Paese estero). Inoltre l'istanza di rettificazione (sia con trattamento medico-chirurgico, sia che prescinda dall'intervento medico) può essere promossa in Italia anche dal cittadino straniero che ha diritto al riconoscimento del diritto fondamentale all'identità di genere (nel prisma della garanzia offerta a livello costituzionale dagli artt. 2 e 32) e ciò a maggior ragione qualora all'interno del proprio Stato di origine l'attribuzione di sesso sia esclusa dal legislatore: Tribunale di Milano 17 luglio 2000, in *www.dejure.it*

Il punto centrale sulla legittimazione attiva però riguarda la figura del minore; ci si è chiesto, infatti, se la parte (genitore o tutore) che ha la rappresentanza legale del minore, possa radicare l'azione manifestando, per conto del soggetto minorenne, la sua volontà. Nonostante parte della giurisprudenza abbia fornito risposta negativa al quesito, in ragione della natura strettamente personale dell'azione di rettifica ed in difetto pertanto della capacità di agire del minore¹¹, credo che la soluzione possa essere affermativa consentendo l'esercizio dell'azione da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale¹², a cui dovrà seguire l'espressa manifestazione di volontà del minore in udienza, tenendone in considerazione l'età (si pensi per esempio al grado di maturità raggiunto dai cd. "grandi minori") e la capacità di discernimento¹³. A sostegno di questa posizione, occorre poi considerare che l'art. 1, comma 30, della legge delega n. 206/2021 consente al giudice (anche d'ufficio) di nominare un curatore speciale per i giudizi incardinati dopo il 22 giugno 2022. Tale norma prevede che la nomina del curatore speciale sia disposta in tutti i procedimenti in cui si discute della decadenza dalla responsabilità genitoriale, in caso di pronuncia dei provvedimenti ex art. 403 c.c. o di affidamento del minore a mente degli artt. 2 ss. legge n. 184/1983, nelle ipotesi in cui emerga nel procedimento una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte dei genitori, od ancora quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto gli anni quattordici. Inoltre, il giudice può nominare il curatore ove ravvisi che i genitori appaiano temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore (v. il novellato art. 78 c.p.c. all'interno del quale rimane invariata la nomina del curatore nel caso di conflitto di interessi tra genitori e minore)¹⁴. Orbene, lasciando da parte i procedimenti di decadenza dalla responsabilità genitoriale, nonché i procedimenti di cui all'art. 403 c.c. e quelli di affidamento familiare, le altre fattispecie sembrano avere una portata applicativa generalizzata, potendo trovare spazio in ogni giudizio civile in cui si delinei una contrapposizione di interessi tra genitori e minore. In definitiva, la nomina del curatore speciale (che nella nuova prospettiva potrà vedersi attribuita anche la rappresentanza e la difesa tecnica del minore, potendo altresì essere investito di "specifici poteri di rappresentanza sostanziale del minore": art. 80, comma 3, c.p.c.) sembra possa assumere un ruolo di primo piano nei procedimenti di rettificazione, provvedendosi alla nomina ogni volta in cui si riscontri una delle fattispecie indicate dal nuovo art. 78 c.p.c. e, aspetto che mi pare di sicuro rilievo, potrà essere chiesta la nomina anche dal minore ultraquattordicenne.

Trattandosi di una "controversia" come emerge dal recitativo di cui all'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2011, la notifica dell'atto introduttivo deve essere indirizzata al coniuge o ai figli in qualità di legittimati passivi dell'attore¹⁵, mentre in mancanza di un pregresso matrimonio e/o di filiazione, la prassi ha ritenuto come opportuna (al solo fine di individuare una sorta di "convenuto" al quale indirizzare l'atto di citazione) la notifica della citazione al Procuratore della Repubblica, la cui partecipazione al giudizio è necessaria¹⁶, stante l'interesse pubblico e generale sotteso alla controversia in oggetto che investe lo *status* della persona ed i relativi diritti della personalità¹⁷.

Del tutto singolare è dunque la posizione del coniuge e dei figli (nonché in difetto di questi del p.m.¹⁸) legittimati passivi, in quanto se per un verso il suddetto art. 31 enuncia espressamente che il giudizio di mutamento di sesso costituisce una "controversia" per la quale trova spazio dal 2011 il rito ordinario di cognizione, per altro verso è difficile scorgere in capo al coniuge e ai figli una ragionevole opposizione al diritto al cambiamento di sesso, oggi pienamente tutelato quale diritto all'identità di

11 Tribunale di Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1107.

12 In tali casi l'esercente la responsabilità genitoriale sul minore dovrà preventivamente indirizzare al giudice tutelare apposita istanza di autorizzazione (dal momento che si tratta di un atto di straordinaria amministrazione) con la quale si chiede di avviare il procedimento di rettificazione di riassegnazione del sesso, adducendo la sussistenza di un rilevante interesse del minore a realizzare il mutamento di genere.

13 In senso positivo v. Tribunale di Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 136; Tribunale di Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 253. In dottrina si era già espressi sulla possibilità di instaurare l'azione in favore del minore: M. Dogliotti, voce *Transessualismo*, cit., p. 792.

14 Sulla figura del nuovo curatore speciale v. A. Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 386 ss.; R. Donzelli, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *www.judicium.it*; B. Poliseo, *Il curatore speciale del minore*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minori e per le famiglie*, a cura di C. Cecchella, Torino, 2022, p. 85 ss.

15 I quali pur non essendo tecnicamente convenuti nel giudizio assumono la qualifica di litisconsorti necessari: C. Asprella, *Rettificazione di attribuzione di sesso (semplificazione dei riti)*, in *www.ilprocessocivile.it*, 2016, p. 6.

16 Tribunale di Venezia, 24 settembre 2014, in *www.articolo29.it*.

17 F. Bilotta, voce *Transessualismo*, cit., p. 755; A. Venturelli, *op. cit.*, p. 2185.

18 Nel giudizio *de quo* la figura del p.m. assumerà il ruolo di verificare la regolarità formale del procedimento.

genere (il quale costituisce un'estrinsecazione del più generale diritto all'identità personale) e del diritto alla salute (intesa anche nella sua accezione psichica) a norma degli artt. 2 e 32 Cost.¹⁹. Una eventuale posizione soggettiva, anche se fatta valere dal coniuge o dai figli, non può comprimere il diritto dell'interessato alla riattribuzione del sesso a sviluppare liberamente la propria personalità e a vedersi riconosciuto il diritto alla propria identità di genere. Da tale assetto discende che il coniuge e i figli, regolarmente citati, parteciperanno al processo non già quali interessati ad opporsi a norma dell'art. 100 c.p.c. al diritto al mutamento di sesso di parte attrice²⁰, ma perché occorre necessariamente renderli edotti dell'imminente variazione di sesso dell'attore e delle conseguenze giuridiche che possono derivare (si pensi alla rettificazione come motivo di scioglimento del matrimonio *ex art. l. n. 898/1970*, oppure alla conversione del matrimonio in unione civile a mente dell'art. 1, comma 27, l. n. 76/2016)²¹. A livello processuale, la rituale notifica dell'atto di citazione al coniuge e ai figli dà origine ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario *ex art. 102 c.p.c.*, senza che, per quanto osservato sopra, si determini l'instaurazione di una lite in senso stretto (caratterizzata da una contrapposizione di interessi tra le parti) versandosi in una fattispecie processuale soltanto formalmente contenziosa, non essendo il coniuge e i figli tecnicamente convenuti nel giudizio²².

3. La fase istruttoria

Passando alla fase istruttoria, nel giudizio in esame credo sia essenziale disporre l'ascolto dell'interessato da effettuarsi mediante l'esperimento dell'interrogatorio libero, istituto che permette al giudice di instaurare un dialogo direttamente con la parte in modo da comprenderne le ragioni del percorso di transizione e raccogliere la manifestazione di volontà di autodeterminarsi relativamente all'identità di genere.

Oltre all'audizione del richiedente, un ruolo centrale compete alla documentazione medica offerta in comunicazione dall'istante²³. Tendenzialmente la prassi formatasi in molte aule di giustizia, ritiene

-
- 19 Corte costituzionale, 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2162, la quale ha affermato che l'identità sessuale della persona non fosse da ricondursi solo ai caratteri fisici, bensì dovesse prendere in esame anche fattori di natura psicologica e sociale; nella giurisprudenza di merito v. Tribunale di Perugia, 18 gennaio 2022, in *www.dejure.it* che annovera il diritto all'identità sessuale tra i diritti fondamentali della persona. In dottrina v. F. Bilotta, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1116 e ss.; A. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 50; M. Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur. merito*, 2012, p. 571.
- 20 Nel caso sia già intervenuta la separazione tra i coniugi, la notifica andrà comunque indirizzata al coniuge separato (non così invece se le parti fossero già addivenute allo scioglimento del matrimonio), mentre nel caso di figlio minore la notifica andrà effettuata nei confronti dell'altro genitore che avrà la rappresentanza legale della prole.
- 21 G. Cardaci, *Per un "giusto processo" di mutamento di sesso*, cit., pp. 1474-1475; N. Posteraro, *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 1097-1098; e meno recente in questi termini P. D'Addino Serravalle, *Mutamento volontario di sesso ed azione di rettificazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 231, la quale già sottolineava che "...il diritto al riconoscimento della propria identità sessuale, fondamentale diritto della persona, deve essere tutelato contro ogni altro interesse, che altrimenti si affermerebbe in violazione della persona".
- 22 C. Asprella, *op. cit.*, p. 6; G. Cardaci, *Per un "giusto processo" di mutamento di sesso*, cit., pp. 1476, 1488.
- 23 Nonostante la l. n. 164/1982 e l'art. 31 del d.lgs. n. 150/2011 non compiano alcun riferimento al percorso di transizione intrapreso dall'individuo, costituisce un dato acquisito nella prassi invalsa nei tribunali la produzione in giudizio da parte dell'attore di una certificazione proveniente da uno psicologo o uno psichiatra volta a dimostrare la sussistenza della disforia di genere, nonché la documentazione attestante il percorso di affermazione di genere (da cui si evince la volontà irreversibile del soggetto di rettificare il proprio genere anagrafico, unita alla immedesimazione definitiva e irreversibile nel genere vissuto e percepito come il proprio) ed, infine, la certificazione di un ginecologo e di un endocrinologo che attestino l'assenza di fattori di rischio significativi (di carattere fisico e psicologico) sia per la terapia endocrinologica intrapresa che per l'eventuale adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali. Oltre a tali documenti (ai quali potrebbe aggiungersi una certificazione comprovante lo svolgimento di interventi di chirurgia estetica), l'attore offrirà in comunicazione l'atto di nascita, nonché l'ulteriore documentazione dalla quale si potrà evincere la presenza del coniuge e dei figli (si pensi al certificato contestuale di stato e famiglia e all'estratto di matrimonio) quali destinatari della notificazione della domanda giudiziale. Discusso se le certificazioni mediche devono provenire da strutture sanitarie pubbliche (così Tribunale di Bologna, 27 luglio 2016, in *www.dejure.it*) o se sia sufficiente la documentazione redatta da una struttura privata (così Tribunale di Belluno, 30 novembre 2016, in *www.dejure.it*). È dunque auspicabile (e la giurisprudenza di legittimità mi pare si collochi in questo senso, v. Corte di cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138, in *www.dejure.it*, che richiama l'esperimento della consulenza solo se necessario) che il giudice disponga la consulenza soltanto se la documentazione medica prodotta risulti lacunosa, insufficiente o contraddittoria. Sembra dunque possa ritenersi sufficiente, ai fini dell'accertamento compiuto dal giudice (su cui v. le riflessioni da noi mosse al § 6), il vaglio

congrua e soddisfacente la produzione delle certificazioni mediche compiuta dall'attore, la cui disamina nella maggioranza dei casi, esclude il ricorso alla nomina del consulente tecnico d'ufficio con una notevole contrazione dei costi e dei tempi di giustizia. Proprio in ordine alla consulenza tecnica, l'art. 31 del d.lgs. n. 150/2011 ha disposto l'abrogazione dell'art. 2 della legge n. 164/ del 1982 che prevedeva l'espletamento – allorquando risultasse necessario - di una consulenza tecnica d'ufficio finalizzata ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'attore. Invero, l'abrogazione della suddetta disposizione non cambia le regole del gioco, dal momento che il magistrato può comunque disporre d'ufficio la nomina di un consulente²⁴, anche se, all'atto pratico credo che il ricorso a tale mezzo di integrazione dall'attività istruttoria debba essere piuttosto circoscritto in questi processi, poiché l'attore, nel momento della costituzione in giudizio, avrà senz'altro depositato la certificazione medica necessaria rilasciata dagli operatori sanitari impiegati presso la struttura ospedaliera ove si è avviato il percorso di transizione. Soltanto nelle ipotesi in cui la cartella clinica e le certificazioni sanitarie non risultino complete e generino incertezze nell'organo giudicante sull'opportunità di eseguire il trattamento chirurgico e/o sul percorso di transizione avviato, diverrà necessario l'espletamento di una consulenza medico-psicologica per verificare la serietà e irreversibilità della richiesta, ovvero la fattibilità dell'intervento, nonché per effettuare tutte le valutazioni e gli accertamenti ritenuti necessari nel singolo caso (per esempio affidando al consulente l'incarico di accertare il definitivo completamento del percorso di transizione verso il nuovo genere con la realizzazione del pieno benessere psico-fisico della persona).

Per quanto concerne il possibile impiego di altri mezzi di prova, la legge non pone particolari limitazioni al riguardo, con la conseguenza che il giudice, oltre a ricorrere alle presunzioni, potrà ammettere ulteriori strumenti probatori quali, a titolo esemplificativo, la prova per testi volta a corroborare le circostanze che hanno portato alla transizione.

Ai fini della riassegnazione del genere in capo all'attore, il tribunale, secondo la previsione normativa dell'art. 1 legge n. 164/1982, dovrà quindi accertare la sussistenza delle "intervenute modificazioni" dei caratteri sessuali dell'interessato che conducono l'individuo verso una nuova identità di genere. Orbene proprio l'accertamento dell'intervenuta trasformazione fisica della persona ha suscitato un notevole dibattito fin dall'entrata in vigore della l. 164/1982 sulla necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento quale presupposto indispensabile per giungere alla rettificazione del genere.

Negli anni '80 era opinione comune (dettata probabilmente dai costumi e dal modello socio-culturale dell'epoca) che la decisione sulla rettificazione di sesso costituisse necessariamente la diretta conseguenza di un preventivo trattamento medico-chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari²⁵; tale impostazione trovava un addentellato normativo nel previgente disposto dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 (poi abrogato con l'entrata in vigore della l. n. 150 del 2011²⁶) e nell'art. 6 della l. n. 164 del 1982 che stabilisce un termine annuale dalla data di entrata in vigore della legge per presentare la domanda di rettificazione da parte di chi ha già effettuato l'intervento chirurgico²⁷. Oltre a ciò la sentenza che dispo-

delle certificazioni mediche prodotte dalla parte, certificazioni che se rilasciate da medici o psicologi clinici che svolgono la propria prestazione in qualità di pubblici ufficiali all'interno della struttura pubblica, costituiscono piena prova fino a querela di falso.

- 24 Sulla nomina del consulente in tale giudizio v. le osservazioni di L. Ferraro, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Quest. giust.*, 2016; critico sul punto è anche N. Posteraro, *op. cit.*, p. 1099. In giurisprudenza ritengono non necessario l'esperimento della consulenza tecnica, riscontrando la sufficienza della documentazione prodotta dall'attore: Tribunale di Mantova, 27 gennaio 2017, in *www.dejure.it*; Tribunale di Perugia, 30 novembre 1985, *ivi*.
- 25 Tribunale di Sanremo, 7 ottobre 1991, in *www.dejure.it*; Tribunale di Milano, 2 novembre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, c. 587; Tribunale di Cagliari, 25 ottobre 1982, in *www.dejure.it*; Tribunale di Pescara, 18 luglio 1983, *ivi*. Tuttavia, una parte minoritaria della giurisprudenza di merito continua a subordinare la rettificazione dell'attribuzione di sesso alla condizione della sottoposizione dell'istante all'intervento chirurgico: Tribunale di Vercelli, 12 dicembre 2014, in *www.dejure.it*; Tribunale di Trento, 20 agosto 2014, *ivi*; Tribunale di Pavia, 2 febbraio 2006, *ivi*; Tribunale di Brescia, 27 dicembre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, 1832; Tribunale di Brescia, 15 ottobre 2004, in *Corr. mer.*, 2005, p. 505. In dottrina per la prospettiva della necessità dell'intervento chirurgico v. M. Mantovani, *Commento alla l. 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 4; C. Lorè, P. Martini, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, rist. emendata, Milano, 1986, p. 77; v. altresì le considerazioni di R. Ciliberti, *op. cit.*, p. 347 ss.; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82 in Dir. fam.*, 2009, p. 713.
- 26 La disposizione dell'art. 3 prevedeva che "Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata l'effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio".
- 27 Sul termine annuale v. Corte di cassazione, 14 dicembre 2017, n. 30125, in *Foro it.*, 2018, I, c. 136, secondo la quale la presentazione della domanda dopo un anno non determina alcuna decadenza in capo all'individuo che abbia già effettuato l'intervento prima dell'entrata in vigore della l. n. 164/1982.

neva la rettificazione di sesso (che aveva effetti *ex nunc*) determinava automaticamente lo scioglimento del matrimonio (fondato tradizionalmente sulla diversità di sesso tra i due consorti) e ciò a prescindere da una diversa manifestazione di volontà dei coniugi (su cui v. §. 4).

Ciò nonostante, la giurisprudenza (anche in virtù dell'evoluzione della scienza e degli studi medici sulla materia) formatasi nell'ultimo decennio, in maniera del tutto condivisibile anche in virtù del mutato contesto culturale, non ha più collocato²⁸ l'intervento chirurgico come condizione necessaria per giungere alla rettificazione degli atti dello stato civile e ciò non soltanto per ragioni di salute o di età che potrebbero sconsigliare l'esecuzione dell'intervento per modificare i caratteri sessuali primari, bensì valorizzando la volontà dell'interessato di non assoggettarsi ad un trattamento chirurgico di tale portata per ragioni maturate nel suo intimo volere attraverso un processo individuale che non postula la necessità di compiere l'intervento²⁹. Ne discende che il percorso che conduce alla rettificazione anagrafica non è più costellato dall'effettuazione preliminare dell'intervento chirurgico, il quale ora costituisce uno dei possibili mezzi nella disponibilità dell'individuo che presenta istanza di rettificazione al fine di soddisfare il proprio benessere psico-fisico³⁰; in tale frangente l'attore potrà limitarsi all'instaurazione di un giudizio ordinario di cognizione all'interno del quale il magistrato, riscontrando la piena consa-

- 28 L'azione di rettificazione appare altresì esperibile allorché l'attore abbia compiuto l'intervento chirurgico all'estero ed intenzione modificare gli atti dello stato civile: Tribunale di Catanzaro, 19 ottobre 2005, in *www.dejure.it*; Tribunale di Milano, 5 ottobre 2000, *ivi*. In dottrina v. le osservazioni di S. Rodotà, *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, p. 88 ss.
- 29 Solo per citare le più recenti v. Tribunale di Cuneo, 3 dicembre 2021, in *www.dejure.it*; Tribunale di Milano, 6 luglio 2021 *ivi*; Tribunale di Firenze, 3 maggio 2021, *ivi*; Tribunale di Milano, 11 luglio 2019, *ivi*; Tribunale di Torino, 5 dicembre 2018, *ivi*; Tribunale di Bari, 16 maggio 2018, *ivi*; Tribunale di Roma, 5 luglio 2017, *ivi*; Tribunale di Roma, 7 giugno 2017, *ivi*; Tribunale di Treviso, 12 aprile 2017, *ivi*; Tribunale di Genova, 5 marzo 2015, *ivi*. Di primaria importanza è stato l'apporto sul tema fornito da Corte costituzionale, 5 novembre 2015, n. 221, in *www.dejure.it*, secondo la quale (conformemente alla giurisprudenza della Corte Edu, v. la decisione 10 marzo 2015, Y.Y. contro Turchia n *www.echr.coe.int*. e la decisione 6 aprile 2017 A.P. contro Francia) l'intervento chirurgico non costituisce più l'unica via per accedere al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, ma esso rappresenta una delle possibili tecniche per addivenire all'adeguamento dei caratteri sessuali e garantire il conseguimento del pieno benessere fisico e psichico della persona; la Corte ha dunque interpretato l'art. 1, comma 1, legge n. 164/1982 nel senso che spetta al giudice decidere sull'effettiva necessità della conversione dei caratteri sessuali in relazione alle peculiarità del caso concreto, mentre l'art. 31, d.lgs. n. 150/2011, non avrebbe fatto altro che confermare la volontà del legislatore di attribuire al giudice (e non al singolo) l'apprezzamento del requisito della "necessità" dell'intervento chirurgico ai fini del completamento del percorso di "transizione sessuale" (a tale decisione hanno fatto seguito anche altre due pronunce di simile tenore: Corte costituzionale, 13 luglio 2017, n. 185; Corte costituzionale, 13 luglio 2017, n. 180, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3555) nella giurisprudenza di legittimità v. Corte di cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138, *cit.*, che, sulle orme della decisione della Consulta, ha ritenuto che l'acquisizione di una nuova identità di genere non richieda come presupposto l'effettuazione dell'intervento chirurgico, demandando al giudice la verifica (affidata in sede giudiziaria a "rigorosi accertamenti tecnici") circa la serietà ed univocità del percorso scelto dal richiedente. In buona sostanza, secondo la Consulta e la Corte di cassazione si deve escludere che la sola volontà espressa nella citazione corredata dalla certificazione medica "possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione (Corte costituzionale, 5 novembre 2015, n. 221, *cit.*); spetterà pertanto all'autorità giudiziaria disporre un rigoroso accertamento che avrà per oggetto non soltanto la serietà e univocità dell'intento di mutare sesso, bensì dovrà includere l'intervenuta oggettiva transizione (anche senza il trattamento chirurgico) dell'identità di genere emersa nel percorso intrapreso dall'istante. La giurisprudenza di merito si è allineata a questo orientamento: solo per citare le decisioni più recenti v. Tribunale di Perugia, 18 gennaio 2022, in *www.dejure.it*; Tribunale di Milano, 6 luglio 2021, *ivi*; Tribunale di Sassari, 23 aprile 2021, *ivi*; Tribunale di Milano, 11 febbraio 2020, *ivi*; Tribunale di Bari, 16 maggio 2018, *ivi*; Tribunale di Roma, 5 luglio 2017, *ivi*; Tribunale di Roma, 7 giugno 2017, *ivi*; Tribunale di Catania, 18 novembre 2016, *ivi*. Dal momento che l'effettuazione dell'intervento chirurgico non costituisce più *condicio sine qua non* della rettificazione, ci si è interrogati su come devono interpretarsi gli aggettivi attinenti alla serietà, univocità, irreversibilità della modificazione dell'identità di genere, dal momento che la giurisprudenza (Tribunale di Torino, 25 gennaio 2022, in *www.dejure.it*; Tribunale di Milano, 5 dicembre 2019, *ivi*; Tribunale di Bologna, 3 agosto 2017, *ivi*) richiede un attento vaglio del magistrato sul quadro psico-fisico dell'istante che ha scelto di vivere in maniera coerente con la nuova condizione di genere. Ebbene, in assenza di precisi parametri legali in forza dei quali si possano individuare le intervenute modificazioni, al giudice è lasciato un ampio margine di discrezionalità nella valutazione dell'adeguatezza delle modificazioni, discrezionalità che dovrà essere parametrata sulla base delle esigenze del caso concreto di cui è investito il giudice (per esempio si ritiene soddisfatto il requisito delle intervenute modificazioni qualora, pur in assenza di intervento medico-chirurgico, sia stata intrapreso un percorso di trattamenti ormonali da parte del soggetto: Tribunale di Pavia 16 gennaio 2018 in *www.dejure.it*; Tribunale di Messina, 4 novembre 2014 *ivi*; Tribunale di Rovereto, 3 maggio 2013, in *www.articolo29.it*); ne discende che le intervenute modificazioni per essere considerate rilevanti ai fini del mutamento dell'identità di genere, devono assecondare in buona misura la struttura corporea a quella mentale (Tribunale di Messina, 5 dicembre 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2571; Tribunale di Monza, 5 dicembre 1983, in *Dir. fam.*, 1984, p. 169).
- 30 Tribunale di Nola, 23 maggio 2022, in *www.dejure.it*; Tribunale di Milano, 6 luglio 2021 *ivi*; Tribunale di Vicenza, 7 agosto 2020, *ivi*; Tribunale di Monza, 4 febbraio 2020, *ivi*; Tribunale di Mantova, 21 aprile 2017 *ivi*; Tribunale di Savona, 30 marzo 2016, *ivi*. La dottrina è pacifica in questa direzione: T. Mauceri, *op. cit.*, p. 1483; A. Astone, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 305 ss.; A. Venturelli, *op. cit.*, p. 2187.

pevolezza ed univocità del percorso di transizione intrapreso dall'interessato verso la nuova identità di genere, circoscriverà l'accertamento alla disforia di genere e allo *status* maschile o femminile, ordinando all'ufficiale di stato civile di provvedere alla rettificazione degli atti anagrafici.

Inoltre, dallo stesso dato testuale dell'art. 31, comma 4, d.lgs. n. 150/2011 emerge con palmare evidenza che l'autorizzazione all'intervento è richiesta e concessa dal giudice soltanto quando risulta "necessario" lo svolgimento dell'operazione chirurgica, non costituendo quest'ultimo un passaggio condizionante per la rettificazione del genere³¹. Da tali osservazioni discende che l'ordinamento italiano ha preferito valorizzare un concetto di identità sessuale non più soltanto in chiave biologica³², ma ponente l'accento sull'elemento della personalità psichica dell'individuo. Tuttavia la giurisprudenza richiede a tutt'oggi un preciso controllo del percorso di transizione, divenendo dirimente ai fini dell'accertamento dell'identità di genere, il trattamento medico-psicoterapeutico seguito dall'interessato, e ciò a prescindere dal fatto che tale percorso sfoci in un intervento chirurgico (v. le osservazioni al § 6).

4. La sentenza costitutiva del nuovo status

La sentenza che definisce il procedimento si compone di due capi decisori, uno relativo all'autorizzazione al trattamento qualora sia esplicitamente richiesto dall'interessato ed uno che dispone la rettificazione dell'attribuzione di genere tramite l'ordine impartito all'ufficiale di stato civile del comune del luogo di nascita dell'interessato di provvedere alla modifica del nome e dell'identità di genere.

La sentenza ha efficacia *ex nunc*, dal momento che la decisione non viene ad accertare una situazione preesistente fin dalla nascita dell'individuo, bensì riscontra la sussistenza di una nuova e diversificata situazione sostanziale meritevole di riconoscimento giuridico³³. L'effetto *ex nunc* consente di conservare i pregressi rapporti dei quali era parte il soggetto che ha acquisito la nuova identità (si pensi al rapporto di filiazione, all'interno del quale non vengono scalfiti i diritti del figlio ad essere mantenuto, educato e istruito da entrambi i genitori, ma si pensi anche alla conservazione del rapporto lavorativo).

La sentenza che dispone la rettificazione stabilisce anche il nuovo nome (*rectius* prenome) scelto liberamente dall'individuo, ossia senza che vi sia una modifica di genere del prenome, potendo il soggetto optare anche per un nome diverso da quello originario, in forza di una precisa richiesta avanzata nell'atto introduttivo del giudizio di rettificazione³⁴.

L'acquisto della nuova identità di genere in capo all'interessato consegue al passaggio in giudicato della sentenza da cui discende, in fase esecutiva, la trascrizione nei pubblici registri da parte dell'ufficiale di stato civile del comune in cui è stato compilato l'atto di nascita della persona.

Peculiari sono poi gli effetti che la sentenza di rettificazione passata in giudicato produce sul precedente rapporto coniugale di cui è parte il soggetto che ha mutato l'identità di genere. Originariamente l'art. 4 della l. n. 164/1982 stabiliva che la sentenza di rettificazione comportasse l'automatico scioglimento (o la cessazione degli effetti civili) dell'unione coniugale stante il difetto della diversità di genere

31 Qualche perplessità è sorta in merito alla rettificazione di attribuzione di sesso in caso di assenza di autorizzazione all'intervento chirurgico da parte del giudice. Se una parte minoritaria della giurisprudenza ha risposto negativamente rigettando in maniera consequenziale l'istanza di rettificazione sulla base del fatto che l'intervento determinerebbe una modificazione irreversibile del proprio corpo e, in quanto tale, dovrebbe ritenersi vietato ai sensi dell'art. 5 c.c. (Tribunale di Brescia, 27 dicembre 2004, in *www.dejure.it*; Tribunale di Brescia, 15 ottobre 2004, *ivi*), il prevalente indirizzo ha affermato che gli atti di disposizione del proprio corpo sono leciti anche se sono orientati verso la tutela della salute psichica dell'individuo, tra i quali si ascrive certamente l'intervento medico che assicura il pieno esercizio del diritto all'identità di genere, tutelato nella sfera costituzionale dagli art. 2 e 32; ne discende che il trattamento chirurgico non costituisce di per sé un atto illecito di disposizione del proprio corpo, ma svolge finalità terapeutiche: Corte d'appello di Genova, 23 aprile 1990, in *www.dejure.it*; Tribunale di Pisa, 15 gennaio 2000, *ivi*; Tribunale di Milano, 5 ottobre 2000, *ivi*; Tribunale di Salerno, 5 marzo 1998, *ivi*; Tribunale di Pistoia, 24 maggio 1996, *ivi*. In dottrina v. S. Patti, M.R. Will, *op. cit.*, p. 751; R. Ciliberti, *op. cit.*, p. 365 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, p. 75 ss.

32 V. in arg. le motivazioni di Corte costituzionale, 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2162.

33 Corte d'appello di Bologna, 14 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, p. 114.

34 In questo senso in giurisprudenza v. di recente Corte di cassazione, 17 febbraio 2020, n. 3877, in *www.dejure.it*; Tribunale di Salerno, 4 giugno 2013, *ivi*; Tribunale di Novara 15 febbraio 2010, *ivi*; Tribunale di Pisa, 15 gennaio 2008, in *Dir. fam.*, 2008, p. 1288.

tra i coniugi in adesione ai principi sottesi al tradizionale concetto di matrimonio operante nel nostro ordinamento³⁵.

Qualche anno più tardi, l'entrata in vigore dell'art. 7 della legge n. 74/1987 sulla riforma del divorzio determinava un'attenuazione del profilo dell'automatico scioglimento del matrimonio, collocando la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso passata in giudicato tra le cause che possono determinare (senza dunque alcun automatismo) lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio a norma dell'art. 3, n. 2, lett. g.) l. div.³⁶; ne discendeva che il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del genere non cagionava automaticamente il venir meno del vincolo coniugale, bensì occorreva che uno dei coniugi si attivasse per ottenere una pronuncia giudiziale di divorzio che, per tali ragioni, non poteva più essere dichiarato dal tribunale adito in sede di domanda di rettificazione³⁷.

In tale contesto normativo è intervenuto, dopo oltre due decenni, l'art. 31 del d.lgs. n. 150/2011 che ha segnato un ritorno al passato (ossia all'analogia disciplinata contenuta nell'art. 4 della legge n. 164/1982) nel prevedere l'automatico scioglimento del matrimonio contestualmente al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione del genere³⁸. L'evoluzione del quadro di riferimento è poi mutata a seguito di due importanti passaggi dettati prima dalla Consulta e successivamente dalla l. 20 maggio 2016, n. 76. La Corte costituzionale con la sentenza 11 giugno 2014, n. 170 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982 nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione di sesso di un coniuge (che comporta lo scioglimento del vincolo matrimoniale) consenta, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti di entrambe le parti attraverso modalità da fissarsi da parte del legislatore³⁹. Del pari e in via consequenziale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del d.lgs., n. 150/2011 nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio (o la cessazione degli effetti civili) consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con al-

-
- 35 F. Finocchiaro, *Matrimonio civile. Formazione, validità, divorzio*, Milano, 1989, p. 106; G. Cattaneo, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, p. 159; critico verso questa interpretazione si è mostrato M. Finocchiaro, *Divorzio e transessualismo*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 998. In giurisprudenza si riteneva poi che all'interno del giudizio di rettificazione di sesso, il giudicante dovesse disporre automaticamente lo scioglimento del matrimonio: App. Bologna 18 maggio 2011, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 629; Tribunale di Modena, 26 maggio 2011, *ivi*, 2011, p. 792; Tribunale di Fermo, 28 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1998, c. 2083; Tribunale di Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, c. 996.
- 36 G. Giusti, *Commento all'art. 7 della l. n. 74/1987*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 872 ss.; L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 46; E. Quadri, voce *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 531; ma v. *contra* S. Patti, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 245 ss., il quale evidenzia che la soluzione che nega l'automatismo dello scioglimento del matrimonio consentirebbe la permanenza del vincolo coniugale tra persone dello stesso sesso successivamente alla sentenza di rettificazione, rimanendo pertanto nella disponibilità dei coniugi scegliere se divorziare o mantenere in vita il rapporto matrimoniale; in questa direzione v. anche A. Musio, *Il divorzio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, Torino, 2005, p. 295.
- 37 All'atto pratico, la novella del 1987 aveva fatto sorgere alcune perplessità, in base alla circostanza della duplicità di giudizi (rettificazione e divorzio) da attivare per ottenere lo scioglimento del matrimonio. Infatti, in assenza di una domanda di divorzio presentata da parte di uno dei coniugi, si riteneva che permanesse il vincolo coniugale tra i soggetti divenuti del medesimo sesso a seguito della sentenza di rettificazione: M. Dogliotti, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, p. 159; E. Quadri, *op. cit.*, p. 531.
- 38 La disposizione normativa pur prevedendo un automatico scioglimento del matrimonio, richiama l'applicazione delle disposizioni del codice civile e della l. n. 898 del 1970 in virtù del fatto che uno o entrambi i coniugi possono ricorrere al tribunale non tanto per ottenere la dichiarazione di divorzio (che opera automaticamente al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione) ma soltanto per conseguire dall'organo giurisdizionale una regolamentazione degli ulteriori effetti del divorzio (si pensi per esempio al mantenimento ed all'affidamento della prole minore): così G. Bonilini, M. Boselli, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, a cura di G. Bonilini, Utet, 2022, p. 573; G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31, d.lgs., n. 150/2011*, in *Fam. per. succ.*, 2011, p. 807; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2021, p. 175 ss. Per una ricostruzione del dibattito prima dell'intervento della Consulta del 2014, v. M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1076 ss.
- 39 La decisione della Consulta è reperibile in *Fam. dir.*, 2014, p. 861, con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139 con nota di A. Lorenzetti, A. Schuster, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*. In linea con la decisione della Corte costituzionale italiana v. anche la decisione adottata dalla Corte Edu, 16 luglio 2014 (ric. 37359/09) in www.articolo29.it con nota di P. Pustorino, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*.

tra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Il rilevante principio enucleato dalla Corte costituzionale che consente ai coniugi di comune accordo di conservare e tutelare giuridicamente il rapporto di coppia consolidatosi nel tempo, è confluito nella l. n. 76/2016 che, come noto, ha rappresentato un passaggio decisivo nel nostro sistema per il riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex*. Per quanto ora interessa, l'art. 1, comma 27 della menzionata disposizione legislativa ha statuito che in forza della sentenza di rettificazione dell'identità di genere, qualora i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il vincolo matrimoniale, questo si converte automaticamente in unione civile. In pratica, il legislatore ha stabilito che fino all'udienza di precisazione delle conclusioni (termine quindi da considerarsi come arco temporale entro cui rendere la dichiarazione), la parte che ha promosso il giudizio di rettificazione e l'altro coniuge, possono formulare personalmente una dichiarazione congiunta diretta a convertire il rapporto matrimoniale in unione civile in modo che le parti potranno continuare ad esercitare i diritti patrimoniali e personali riconosciuti alla coppia unita civilmente; il tribunale, ricevuta la dichiarazione congiunta delle parti, con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione ordina all'ufficiale di stato civile del comune in cui si è celebrato il matrimonio di iscrivere la costituzione dell'unione civile nell'apposito registro, nonché di annotare le dichiarazioni dei *partner* relative alla scelta del cognome e al regime patrimoniale (art. 31, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 150 del 2011)⁴⁰.

L'ultima osservazione è dedicata all'art. 1, comma 26 della l. n. 76/2016 il quale prevede un differente regime ove una persona, unita civilmente, modifichi la propria identità di genere. In tal caso la suddetta norma prevede lo scioglimento automatico dell'unione civile al contestuale passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione⁴¹. Dal disposto normativo emerge un'irragionevole disparità di trattamento (peraltro sospetta di legittimità costituzionale⁴²) con la produzione degli effetti della sentenza di rettificazione in caso di matrimonio (che come notato sopra consente ai coniugi il passaggio dal vincolo coniugale ad un'unione civile tramite una dichiarazione di volontà congiunta), dal momento la legge non consente alle parti di transitare dall'unione civile verso il matrimonio mediante una manifestazione comune di volontà⁴³. Per colmare tale ingiustificata lacuna si potrebbe sostenere che nulla impedisce alle parti, dopo il cambiamento di sesso di un suo componente, di addivenire al matrimonio, tenendo però a mente che nel periodo tra lo scioglimento dell'unione e il successivo matrimonio, le parti si trovano di fronte ad un vuoto di tutela, essendo venuti meno i diritti patrimoniali e personali di cui godevano in costanza dell'unione civile. Non appare dunque giustificata la differente regolamentazione normativa dettata in materia di scioglimento del matrimonio e dell'unione civile nell'ipotesi in cui uno dei componenti ottenga la rettificazione anagrafica, in quanto il contesto in cui si muovono le parti (di un'unione civile e di quella matrimoniale) è il medesimo e come tale meritevole di una tutela parificata della posizione dei soggetti coinvolti.

40 A. Venturelli, *op. cit.*, p. 2199; T. Bonamini, *Lo scioglimento dell'unione civile in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso una delle sue parti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, IV, a cura di G. Bonilini, Utet, 2022, p. 473 ss.

41 Si esprimono per l'automatico scioglimento dell'unione civile: C. Rimini, *Commento all'art. 1, 26° comma, L. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Commentario del Codice civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a cura di S. Patti, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc ed. del Foro italiano, 2020, p. 392 ss.; B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 245; T. Bonamini, *op. cit.*, p. 474.

42 In questo senso, giova sottolineare che con ord. del 14 gennaio 2022, il tribunale di Lucca ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, l. n. 76/2016, nella parte in cui prevede che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta dell'attore e dell'altro contraente dell'unione, in caso di accoglimento della domanda di rettificazione. Il testo dell'ordinanza è consultabile sul sito www.articolo29.it. La questione è stata trattata nella camera di consiglio del 9 novembre 2022; nel momento in cui si scrive, a quanto consta, non risulta ancora edita la decisione della Consulta.

43 In arg. v. le osservazioni di L. Bardaro, *La transizione sessuale: stato dell'arte e prospettive evoluzionistiche*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 33 ss.

5. La regolamentazione del giudizio di riassegnazione del genere anagrafico in Francia

A chiusura di queste riflessioni sul giudizio di rettificazione nel nostro sistema, desidero rivolgere lo sguardo al vicino ordinamento francese ove l'azione finalizzata al *changement de sexe* è governata da una recente normativa, la *loi* 2016-1547 del 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle*. Come si osserverà in queste ultime pagine, il percorso che ha portato alla regolamentazione della materia parte da lontano e non è stato affatto un *iter* lineare, costellato da orientamenti giurisprudenziali contrastanti e condanne dello Stato francese da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Fino al 2016, in mancanza di una normativa sul punto, la Cassazione francese con due pronunce del 16 dicembre 1975 e del 21 maggio 1990⁴⁴, non aveva ammesso il cambiamento di sesso ai fini della rettificazione dello stato civile da parte del transessuale che aveva intrapreso un percorso di trattamenti ormonali a cui era seguito un intervento chirurgico, imperniando la propria decisione sul principio dell'indisponibilità dello stato della persona. Tuttavia già negli anni '90 alcuni giudici di merito, allontanandosi dalla giurisprudenza di legittimità, manifestarono qualche apertura verso il riconoscimento del mutamento di sesso⁴⁵. Proprio in quegli anni giocò un ruolo fondamentale la condanna della Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁶ per violazione dell'art. 8 (inerente il diritto al rispetto della vita privata) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in virtù del fatto che lo Stato francese si rifiutava di procedere all'annotazione nei registri dello stato civile del cambiamento di identità di una persona transessuale. Pochi mesi dopo la suddetta condanna, la Cassazione riunita in *assemblée plénière*⁴⁷, con un'inversione di rotta a fronte del precedente orientamento, autorizzava (per la prima volta) l'annotazione nei registri dello stato civile della conversione dell'identità di una persona transessuale, motivando che il principio del rispetto della vita privata giustificava l'aspirazione del soggetto alla corrispondenza del sesso attribuitogli alla nascita con quello soggettivamente percepito e vissuto. Tuttavia, precisava la Corte, l'ammissione del mutamento di sesso era subordinata al soddisfacimento di una serie di condizioni quali, la sussistenza di una *syndrome transsexuel*, l'effettuazione di un intervento medico, la scomparsa almeno parziale del sesso originario, l'aver assunto un aspetto prossimo al sesso verso cui l'individuo intende indirizzarsi e, infine, un atteggiamento sociale corrispondente al sesso psicologico. Ebbene, in ordine all'accertamento della sindrome, la giurisprudenza riteneva che tale ricognizione fosse demandata ad un consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice nel corso del giudizio di rettificazione, mentre relativamente all'effettuazione del trattamento medico-chirurgico, la giurisprudenza si divise sostenendo, per un verso, la necessità di aver compiuto un intervento chirurgico, mentre per altro verso si riteneva fosse sufficiente un trattamento di carattere ormonale che poteva prescindere dall'operazione chirurgica⁴⁸.

La Cassazione intervenne nuovamente con un *arrêt* nel 2012⁴⁹ nel quale riduceva a due le condizioni per conseguire la rettificazione, ossia la sussistenza della *syndrome transsexuel* (la cui esistenza poteva essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, dal momento che la Corte, mutando opinione, aveva ritenuto facoltativa la nomina del consulente tecnico d'ufficio)⁵⁰ e l'irreversibilità del mutamento di sesso (corrispondente al compimento di un'operazione chirurgica di riassegnazione del sesso che comportava una sterilizzazione dell'interessato).

Lo scenario è radicalmente mutato nel 2015 ove è emersa in Francia una precisa volontà politica di pervenire all'approvazione di una normativa che regolamentasse la conversione del sesso; tale volontà è poi sfociata nell'adozione della *loi* 16 novembre 2016, la quale ha introdotto per la prima volta nel *Code*

44 La prima decisione si trova pubblicata in *JCP*, 1976, II, 18503, con nota di J. Penneau, mentre la seconda pronuncia è edita in *Bull. civ.*, I, 1990, n. 117.

45 M. Brusorio-Aillaud, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Paradigme, 2021, p. 68.

46 Cedh, 25 marzo 1992, Botella/France, in *JCP*, 1992, II, 21955, con nota di T. Garé.

47 Cour de cassation, ass. plén., 11 dicembre 1992, in *RTD civ.*, 1993, p. 325, con nota di J. Hauser.

48 C. Bernard-Xémard, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2020-2021, p. 86.

49 Corte di cassazione, 7 giugno 2012, in *Dr. Famille*, 2012, Comm. n. 131, con nota di P. Reigné; nella medesima direzione v. anche Corte di cassazione, 13 febbraio 2013, *ivi*, 2013, comm. n. 48, con nota di P. Reigné.

50 Giova segnalare che la *syndrome transsexuel*, non è più considerata come un'affezione psichiatrica: A. Batteur, L. Vielpeau, *Droit des personnes, des familles et de majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 2021, p. 52; A. Schuster, *op. cit.*, p. 8 ss.

civil alcune disposizioni relative alla rettificazione anagrafica (v. artt. 61-5 a 61-8 c.c.)⁵¹. L'art. 61-5 c.c. prevede espressamente che possono ottenere la rettificazione tutte le persone maggiorenni o i minori emancipati⁵² che, in forza di una "réunion suffisante de faits", diano prova che l'indicazione del sesso risultante nei registri dello stato civile non corrisponde più allo *status* con il quale la persona si presenta e con il quale essa è conosciuta nel contesto sociale. Il menzionato articolo stabilisce che i suddetti *faits* (la cui prova può essere fornita dall'istante con ogni mezzo) possono riguardare la circostanza che la persona si presenta pubblicamente come appartenente al genere cui aspira, che essa è conosciuta con quelle caratteristiche nel contesto familiare, sociale, professionale e che la persona abbia già ottenuto il cambiamento del nome al fine di realizzare una corrispondenza col sesso rivendicato⁵³. La sussistenza di tali circostanze ha superato le due condizioni richieste dalla giurisprudenza (la sindrome psichica e il perfezionamento di un intervento chirurgico) dando luogo ad una sorta di "possesso di stato sessuale"⁵⁴ in un contesto che è del tutto *démédicalisée*. In altri termini, il cambiamento di sesso nell'ordinamento francese viene autorizzato dal giudice senza che il richiedente abbia l'onere di dimostrare di aver seguito un percorso medico (chirurgico od ormonale) e psicologico per addivenire alla rettificazione del genere; ciò si ricava altresì dall'art. 61-6 c.c. ove si prevede esplicitamente che l'assenza di un trattamento medico (qualunque esso sia), di un intervento chirurgico o di una sterilizzazione non possono costituire motivo per rigettare la richiesta. È dunque importante porre in evidenza che per ottenere il mutamento di genere è sufficiente soddisfare le condizioni legali sopra riportate (ossia quelle circostanze che dimostrano un possesso di stato) che prediligono la sussistenza di una dimensione del genere di tipo psichico, nettamente distinta da quella biologica. Per tali ragioni, la scelta, seppur tardiva, del legislatore d'oltralpe appare certamente apprezzabile, poiché viene a privilegiare l'aspetto psicologico dell'identità di genere e valorizza l'autodeterminazione dell'individuo, prescindendosi del tutto da ogni aspetto medicalizzante della vicenda.

Delineato l'oggetto del giudizio di riassegnazione francese, gli ulteriori profili attengono al giudice competente verso cui dirigere la domanda ed alle regole processuali applicabili (v. gli artt. 1055-5 ss. c.p.c.). A tal fine l'istanza di rettificazione si propone al *tribunal judiciaire* del foro di residenza dell'istante o in alternativa nel luogo ove è stato formato l'atto di nascita dell'interessato (art. 1055-5 c.p.c.). La domanda (contenente la richiesta di modifica dell'identità di genere, a cui si può aggiungere l'istanza finalizzata al cambiamento del nome) veste la forma di una *requête* che può essere inoltrata alla cancelleria anche dalla parte personalmente, non essendo obbligatorio il patrocinio di un difensore (art. 1055-7 c.p.c.), figura di cui è invece richiesta l'assistenza per il soggetto che desidera intraprendere il giudizio di rettificazione in Italia.

A differenza del nostro sistema processuale che adotta il rito ordinario di cognizione, il procedimento di rettificazione francese rientra nella *procédure en matière gracieuse*⁵⁵, ossia una procedura sem-

51 La norma ha uno spettro d'azione piuttosto ampio potendo trovare applicazione per i soggetti intersessuali, transessuali e *transgender*: B. Teyssié, *Droit des personnes*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 465. La *loi* del 2016 è intervenuta anche sugli artt. 60-61 ss. c.c. relativi al cambiamento del *prénom*. La novellata disposizione stabilisce che chiunque abbia un *intérêt légitime* possa chiedere la rettifica del nome, facendone richiesta all'ufficiale di stato civile del luogo di residenza o del luogo in cui l'atto di nascita è stato redatto. L'art. 60 c.c. non indica dei motivi tassativi per giungere alla modifica del *prénom*, ma fa riferimento a formule di carattere generale tra le quali è possibile annoverare il caso della persona che desidera cambiare nome al fine di adeguarlo alla percezione che ha di sé e alla propria apparenza esteriore, indipendentemente dall'intenzione di intraprendere poi anche la procedura per il cambio di sesso. Poco dopo l'entrata in vigore della legge, la Corte europea dei diritti dell'uomo (6 aprile 2017, *Garçon e Nicot/France*, ric. 79885/12) ha nuovamente condannato la Repubblica francese per violazione dell'art. 8 della Convenzione, in ragione del fatto che costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata rifiutare la rettificazione allorché l'interessato che desidera mutare l'identità di genere, non pone in essere un trattamento sterilizzante.

52 Anteriormente alla legge del 2016, la conversione del sesso, nel rispetto delle condizioni dettate dalla giurisprudenza, poteva compiersi soltanto per i maggiori di età. La novella del 2016 ha rappresentato quindi una novità di rilievo poiché consente al *mineure émancipée* (che abbia compiuto gli anni sedici) di presentare istanza per la riassegnazione di sesso.

53 Tali parametri (la cui sussistenza congiunta darà luogo alla variazione dell'identità di genere) non sono stati ritenuti dalla dottrina tassativi (B. Teyssié, *op. cit.*, p. 465) potendosi integrare la manifestazione di volontà del ricorrente con ulteriori criteri (si pensi per esempio all'impegno svolto dall'individuo nelle associazioni a tutela dei diritti delle persone *transgender*, all'allegazione di fotografie, all'audizione di persone a titolo di sommarie informazioni).

54 C. Bernard-Xémard, *op. cit.*, p. 91.

55 Nell'ordinamento francese la *procédure en matière gracieuse* (artt. 25-29, 60-62 c.p.c.), assimilabile per certi versi alla nostra volontaria giurisdizione, designa un procedimento caratterizzato dall'assenza di una lite tra le parti su una materia per la quale la legge richiede un controllo da parte del giudice in base alla natura della situazione sostanziale o alla qualità del ricorrente (art. 25 c.p.c.). Per ulteriori ragguagli su tale peculiare procedura si rinvia a N. Fricero, *Procédure civile*, Paris, 2022, p. 205; Y. Strickler, A Varnek, *Procédure civile*, Paris, Paradigme, 2022, p. 337 ss.

plificata, snella, all'interno della quale il giudice può provvedere (anche d'ufficio) all'assunzione di sommarie informazioni e dove è previsto l'intervento del p.m. (art. 1055-6 c.p.c.)⁵⁶.

Il *tribunal judiciaire*, come osservato poco sopra, provvede ad accertare la libera e consapevole scelta della persona di addivenire al mutamento di sesso e contestualmente procede alla valutazione degli elementi probatori dedotti dal ricorrente volti a comprovare la ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 61-5 c.c., tenendo conto che il mancato compimento di un trattamento medico-chirurgico, ormonale o di sterilizzazione, non può costituire ostacolo per la riassegnazione dell'identità di genere. Per accertare tali profili, il giudice può ascoltare l'interessato (art. 1055-9 c.p.c.) ed utilizzare i mezzi di prova offerti in comunicazione dall'istante a sostegno della propria *requête*.

A definizione della procedura il tribunale ordina il cambiamento dell'indicazione di genere negli atti dello stato civile e, se richiesto, il mutamento del *prénom* (art. 1055-9 c.p.c.)⁵⁷. L'art. 61-7 c.c. prevede che, su richiesta del p.m., l'indicazione del mutamento di sesso e del nome siano annotate a margine dell'atto di nascita dell'interessato decorsi i quindici giorni dal passaggio in giudicato del provvedimento. L'art. 61-8 c.c. stabilisce che il provvedimento di rettificazione ha carattere costitutivo ed opera *ex nunc*⁵⁸ (allineandosi a quanto previsto nel nostro ordinamento) con la conseguenza che non produce effetti sulle obbligazioni e sui contratti anteriormente stipulati con terzi (si pensi al contratto di lavoro o quello di assicurazione che rimangono inalterati), né incide sui rapporti personali e patrimoniali con gli eventuali figli dell'istante.

Restano, infine, da esaminare gli effetti che possono riverberarsi sul matrimonio nell'ipotesi in cui una persona coniugata decida di intraprendere il percorso di transizione. Orbene, dal momento che in Francia è vigente dal 2013 il matrimonio tra persone *de même sexe* (v. art. 143 c.c.), nulla impedisce che i coniugi mantengano in vita il rapporto coniugale anche successivamente alla rettificazione del genere⁵⁹. Diversamente, qualora un coniuge od entrambi di comune accordo desiderino sciogliere il rapporto coniugale, occorrerà intraprendere la via del divorzio su base congiunta oppure in via contenziosa, optando in tale ultimo frangente per il *divorce pour altération définitive du lien conjugal* (che comporta un intervallo temporale di almeno un anno decorrente dalla cessazione della convivenza) oppure il *divorce pour faute* (questa soluzione presuppone la "colpa" della persona che ha mutato genere e pertanto mi pare di difficile percorribilità, non potendosi configurare la riassegnazione del sesso come un'ipotesi di violazione dei doveri coniugali ex art. 242 c.c.)⁶⁰. Inoltre, nel vigore dell'art. 143 c.c.⁶¹, non è revocabile in dubbio che il soggetto che ha acquisito la nuova identità di genere possa contrarre matrimonio con un'altra persona appartenente al suo sesso di origine o al nuovo *status*.

6. Rilievi conclusivi

Per trarre le fila dal raffronto tra l'ordinamento italiano e quello francese, oltre alle differenze già evidenziate nel precedente paragrafo, credo venga alla luce un dato non trascurabile, ossia che il procedimento francese è del tutto *demedicalisé*, mentre il nostro sistema processuale conserva un approccio improntato, per alcuni tratti, al carattere medico della procedura. Più precisamente, se da un canto non vi è dubbio che nell'ordinamento italiano il trattamento medico-chirurgico non costituisce più una condizione necessaria per addivenire alla variazione dell'identità di genere, dall'altro lato la giurisprudenza consolidata ritiene che il giudice debba effettuare un accertamento rigoroso del completamento del percorso medico-psicologico individuale, attraverso l'esame della documentazione portata dall'istante relativa ai trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti e, se ritenuto necessario, integrati da indagini tecniche

56 A. Batteur, L. Vielpeau, *op. cit.*, p. 53; M. Douchy-Oudot, *Introduction personnes famille*, Paris, LGDJ, 2021, p. 268.

57 Qualora il richiedente abbia contratto matrimonio prima di intraprendere il percorso di transizione, l'art. 61-8 c.c. prevede che l'annotazione nell'atto di matrimonio e negli atti di nascita dei figli sia disposta soltanto con il consenso degli interessati e ciò, oltre che per ragioni di riservatezza, mira ad evitare che i figli appaiano generati da due uomini o da due donne: B. Teyssié, *op. cit.*, p. 466; M. Brusorio-Aillaud, *op. cit.*, p. 69; M. Douchy-Oudot, *op. cit.*, p. 268.

58 P. Vannier, *Fiches de droit des personnes*, Paris, Ellipses, 2020, p. 111; Teyssié, *op. cit.*, p. 466.

59 B. Beignier, J.R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2017, p. 170; A. Batteur, L. Vielpeau, *op. cit.*, p. 53.

60 Il divorzio per colpa era stato ammesso dalla giurisprudenza negli anni 2000, ossia in un frangente temporale nel quale non era ancora disciplinato il matrimonio tra persone dello stesso sesso e mancava una normativa specifica sulla rettificazione legale del genere: C.A. Nimes, 7 giugno 2000, in *RTD civ.*, 2001, p. 335; TGI Caen, 28 maggio 2001, *ivi*, 2002, p. 274

61 La previsione normativa stabilisce che "*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*".

officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta (v. § 3). La giurisprudenza italiana, pur riconoscendo l'autodeterminazione della persona che avvia un percorso di transizione, richiede sempre un momento giudiziale di accertamento in ordine alla definitività della strada intrapresa e tale accertamento si fonda in larga misura sulla certificazione medico-psicologica prodotta dall'interessato (integrata sovente da una consulenza tecnica d'ufficio) che attesta il buon esito dei trattamenti medici e psicoterapeutici indirizzati all'acquisizione della nuova identità di genere.

Nessun passaggio di questa portata è invece previsto in Francia ove il legislatore con la recente normativa ha valorizzato esclusivamente (e credo in maniera condivisibile) l'aspetto psicologico della persona, facendo riferimento a circostanze di fatto che riguardano l'ambiente familiare, lavorativo, sociale in cui si muove l'individuo, stabilendo peraltro che l'assenza di qualunque trattamento medico (altresì di carattere ormonale) non può ostacolare la riassegnazione dell'identità di genere. Orbene, se si osserva la fattispecie impiegando l'angolo visuale francese, una soluzione di questo tipo potrebbe trovare spazio anche nel nostro sistema processuale al fine di giungere a riconoscere l'identità di genere quale frutto esclusivo dell'autodeterminazione dell'individuo, senza che alla stessa segua un rigoroso accertamento da parte del magistrato del percorso medico-psicologico precedentemente intrapreso. Agendo in tal modo, si verrebbe a dare risalto all'elemento psichico che si esprime nei comportamenti e nei ruoli sociali assunti dalla persona che aspira a realizzare una nuova identità di genere. L'oggetto del giudizio sarà pertanto sempre rinvenibile nell'identità di genere (quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, annoverato tra i diritti fondamentali della persona), il cui accertamento dovrebbe essere effettuato attraverso il vaglio di quegli elementi (nella loro dimensione socio-psicologica) che consentano di ritenere che il soggetto richiedente la rettificazione ha acquisito un ruolo sociale che rispecchia il genere di cui si chiede il riconoscimento, senza che il percorso medico-psicologico possa essere considerato decisivo per la riassegnazione della nuova identità.

Stefania Stefanelli*

Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.

Sommario

1. Evoluzione dell'adozione in casi particolari. – 2. Regime della parentela e conseguenze rispetto ai rapporti personali, ai diritti patrimoniali e successori dell'adottato. – 3. Alternatività e *rationes* specifiche dell'adozione in casi particolari. – 4. Valutazione dell'interesse del minore alla dichiarazione di adottabilità ovvero all'adozione mite. – 5. Valorizzazione dell'affettività del minore. – 6. Evoluzione di diritto positivo. – 7. Difficoltà o impossibilità di accedere all'adozione piena. – 8. Residuali criticità del ricorso all'adozione in casi particolari, con particolare riguardo alla filiazione da due donne o attraverso gestazione per altri.

Abstract

Il saggio analizza l'evoluzione interpretativa e normativa che ha condotto l'adozione in casi particolari a fungere da clausola di garanzia del diritto del minore ad avere uno stato giuridico coerente con la sua consolidata affettività, nonché a vedersi riconosciuto il pieno inserimento nella rete parentale dell'adottando. Conclusivamente, l'autrice evidenzia i limiti e le residuali criticità evidenziati dall'applicazione di tale istituto giuridico all'accerto dello stato di figlio del nato in Italia attraverso la procreazione medicalmente assistita praticata all'estero su richiesta di coppie femminili, oppure grazie alla gestazione per altri.

The essay analyzes the evolutionary interpretation that led adoption in special cases to serve as a guarantee clause for the child's right to a legal status consistent with his or her established affectivity, as well as to be granted full inclusion in the adoptee's parental network. In conclusion, the author highlights the limitations and residual critical issues highlighted by the application of this legal institution to the formation of child status for those born in Italy through medically assisted procreation practiced abroad at the request of female couples, or through surrogacy.

1. Evoluzione dell'adozione in casi particolari

Una analisi critica sull'applicazione e sulle prospettive evolutive dell'adozione in casi particolari prende necessariamente le mosse da una nota pronuncia, di incostituzionalità dell'art. 55 l. 184/1983 sulla parentela dell'adottato in casi particolari¹, con cui la Consulta ha consacrato l'opinione dottrinale secon-

1 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, in G.U., I serie spec., 30 marzo 2022, n. 13, in *Questione giustizia*, con commento di G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*; in *Osservato-*

* Associata di diritto privato, Università di Perugia.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

do cui tale prototipo adottivo – originariamente caratterizzato nella l. 184/1983 da spiccata residualità rispetto alla forma che si diceva legittimante, perché recidendo i rapporti con la famiglia di origine costituiva al minore lo stato giuridico di figlio legittimo degli adottanti – ha finito per veder «rovesciarsi» l'ordine di priorità, in quanto il diritto vivente «ha iniziato a valorizzare alcune specificità di tale adozione e ad ampliarne gradualmente il raggio applicativo», soprattutto attraverso l'estensione, in via ermeneutica, della nozione di impossibilità di affidamento preadottivo, di cui all'art. 44, lett. d)².

Nel sistema della l., l'elisione dello *status* originariamente goduto consegue, infatti, unicamente alla sentenza di adozione ex art. 27, comma 3, mentre l'impossibilità di vederselo attribuito con titolo giudiziale consegue già alla dichiarazione di adottabilità con affidamento preadottivo, in ragione dell'accertamento dell'abbandono morale e materiale³, ex art. 11, comma 7. E proprio in ciò stava la netta ed esplicita inversione di tendenza dettata dalla l. cit. rispetto alla disciplina codicistica, già riformata nel 1967, che nella sua applicazione pratica aveva consentito di vestire di rilievo giuridico veri e propri episodi di illegittima sottrazione dei bambini al loro ambiente familiare⁴.

rio AIC, 2022, con nota di M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*; in *Biodiritto*, 2022, con nota sintetica di T. Andreani; in *Famiglia*, 2022, con note di R. Trezza, *I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari*, e N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*; in *Giustizia civile*, 2022, con commento di G. Pacini, *L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale*; L. Spoletini, *Bambini adottati: il diritto alla parentela con la famiglia dell'adottante*, in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, 105. Per la dottrina che ha preparato la pronuncia cfr. almeno G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. successioni famiglia*, 2017, 79 ss.; A. Sassi, S. Stefanelli, *Artt. 591-609*, in *Commentario c.c. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2014, 117 ss.; S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner*, in *questa Rivista*, 2016, 102 ss.

- 2 A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, II ed., Torino, 2018, 302 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, 223 ss.; M.C. Ebene Cobelli, *Art. 44*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1984, 172 ss.; Id., *Le adozioni. Prospettive di una riforma ed esperienze giuridiche europee*, Padova, 1981, 54 ss.; L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia*, in *Tratt. Lipari-Rescigno-Zoppini*, Milano, 2009, 1.2, 477 ss., con riferimento alla «offerta di disponibilità da parte del singolo (...) presa in considerazione in ipotesi residuali e con effetti "meno pieni"», e per questo «di rilievo residuale», che ritiene confermato (492) anche dalla collocazione nel titolo IV, «a chiusura del micro-sistema che concerne l'adozione dei minori, quasi a testimoniare la residualità che il legislatore considera estremamente circoscritta e nella quale si determina una sorta di raccordo tra la disciplina specifica dell'adozione del minore e l'adozione codicistica, secondo l'espresso rinvio operato dall'art. 55». Secondo l'A. (494), non è residuale «bensì concorrente rispetto all'adozione legittimante» solo il caso inserito dalla novella del 2001 all'art. 44, lett. c), nel quale unicamente con riferimento al minore disabile non è richiesto un tentativo infruttuoso di adozione piena, in accordo con quanto sostiene M. Dogliotti, *La riforma dell'adozione*, in *Famiglia e dir.*, 2001, 251. Conf. Corte di cassazione, 27 settembre 2013, n. 22292, in *Guida al dir.*, 46/2013, 34, «l'adozione legittimante appresta, nella visione del legislatore, una migliore realizzazione dell'interesse del minore con il suo inserimento a pieno titolo nel nucleo familiare dei genitori adottivi». È essenziale ricordare che tale pronuncia è stata resa sull'opposizione degli affidatari avverso l'adozione parentale del minore da parte di coppia diversa, nella quale dunque il minore era stato dichiarato adottabile ed era stato disposto l'affidamento preadottivo. In tal senso la Corte statuisce «è contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento pre-adottivo" ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione. La valutazione dell'interesse del minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante e non può essere messa sullo stesso piano e comparata con la concreta possibilità di un affidamento-preadottivo. Vi è in sostanza nel sistema normativo una scelta del legislatore per l'adozione legittimante che può essere disattesa solo nel caso in cui il suo esito sia negativo».
- 3 Lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità sussiste allorché i genitori non siano in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità, e tale situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio: così da ultimo Corte di cassazione, 10 luglio 2013, n. 17096, cit. La riforma del 2013 ha inserito nel comma 3 dell'art. 8 l'ulteriore precisazione per cui non sussiste la causa di forza maggiore allorché i genitori o i parenti rifiutino le misure di sostegno offerte dai servizi sociali, a meno che il rifiuto sia ritenuto dal giudice giustificato. In dottrina v. almeno S. Ciccarello, *Della dichiarazione di adottabilità*, cit., 82; L. Rossi Carleo, *Adozione dei minori*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 1997, 10; P. Morozzo della Rocca, *Adozione*, in *Digesto civ., Agg.*, Torino, 2003, 39 ss.; M. Dogliotti, *Affidamento e adozione*, in *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo*, Milano, 1990 269 ss.; A. Giusti, *Affidamento e adozione di minori di età*, in *Tratt. Bonilini Cattaneo*, III, II ed., Torino, 2007, 430 ss.; L. Fadiga, *L'adozione legittimante di minori*, in G. Collura, I. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Filiazione*, nel *Tratt. Zatti*, II, II ed., Milano, 2012, 830 ss.
- 4 Sebbene l'art. 314, comma 4, c.c. richiedesse esplicitamente, per avviare il procedimento che avrebbe condotto a quella che definiva "adozione speciale", l'accertamento del fatto che la mancanza di assistenza morale e materiale in cui visse il minore di otto anni non fosse «dovuta a forza maggiore», e il comma 11 prescrivesse la verifica giudiziale del «persistere della mancanza di assistenza morale e materiale e la impossibilità di ovviarvi», i casi lamentati erano tutt'altro che rari.

La novella del 1983 innovò dunque il regime degli effetti dell'adozione, affermando la parentela dell'adottato con la famiglia degli adottanti, mentre conservò gli impedimenti matrimoniali con quella di origine. Fino alla declaratoria di incostituzionalità in commento, tale era il principale effetto differenziale rispetto all'adozione in casi particolari: in ragione del rinvio contenuto nell'art. 55 all'art. 300 c.c., sull'adozione di maggiorenni, il minore la cui adozione sia pronunciata ai sensi del Titolo IV, non conserva intatto lo statuto giuridico che lo lega alla propria famiglia, ma, proprio per tale ragione, non acquistava legami di parentela con la famiglia dell'adottante. Derivava che questo minore restasse estraneo alla successione dei parenti dell'adottante, in ragione dell'applicabilità dell'art. 304 c.c., che a propria volta rinvia all'art. 567 c.c., evidenziando l'indissolubile legame tra disciplina della filiazione e della successione legittima⁵.

Nella vigenza della disposizione dichiarata incostituzionale, alla previsione di requisiti meno rigidi degli adottanti ed alla semplificazione procedimentale, corrispondeva dunque una diversa e più limitata efficacia con riguardo all'inserimento del minore nella famiglia dell'adottante, della cui compatibilità con il principio costituzionale di pari trattamento di tutti i figli, attuato dal legislatore del 2012-2013 e sancito anche dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si interrogavano, assieme alla dottrina⁶, i giudici rimettenti, oggi che l'art. 315 c.c. afferma l'unico *status filiationis*.

La Consulta era chiamata a «valutare se il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determinasse, in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali».

Necessita, a questo punto, chiarirsi anche rispetto ai termini, in quanto, all'esito della riforma di unificazione dello *status* che spetta a i figli di genitori coniugati e non, non può più discutersi di adozione legittimante⁷, posto che il titolo matrimoniale della filiazione ha perso quel rilievo il quale, per il tramite dell'art. 27, comma 1, l. 184/1983, spettava anche al minore adottato, e lo distingueva dall'adottato in casi particolari, cui si riconosceva invece il titolo di «figlio adottivo». Ed era proprio per l'esclusione della parentela dell'adottato con la famiglia dell'adottante, che avevamo preferito definire l'adozione in casi particolari come solo genitoriale, definendo invece parentale quella disciplinata dai Titoli II e III della l. adozione⁸.

All'esito della pronuncia di incostituzionalità, ed in ragione del canone generale dettato dall'art. 315 c.c., tutti coloro cui sia stato costituito lo *status* di figlio, con l'atto di autoresponsabilità dei genitori o con un titolo giudiziale godono, dunque, dei medesimi diritti e sono soggetti ad identici doveri nei confronti di coloro che, in forza degli stessi titoli, ne sono genitori⁹. Ed è sempre stato uno *status filiationis*, in questo senso inteso, quello che consegue all'adozione in casi particolari, come nota la Consulta in ragio-

5 Cfr. Editoriale, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, 1 ss.; A. Sassi, F Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 704 ss.

6 Cfr., per primo, A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. it. dir. civ.*, 2013, 245 ss., in forza della considerazione per cui: «Si potrebbe affacciare un dubbio di legittimità costituzionale posto che è incostituzionale il divieto di adozione ex art. 291 c.c. quando risulti il consenso dei figli maggiorenni, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, e "non sono ipotizzabili profili di incompatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima che giustifichino un trattamento normativo differenziato" secondo quanto statuito da Corte costituzionale, 26 maggio 2004, n. 245, non ha senso escludere, in questi casi il vincolo di parentela, pena la violazione dell'art. 30 Cost. Si verifica anzi, spesso, in questi casi la sussistenza di un rapporto di affettività più concreto rispetto all'adozione di un bambino che non si conosce e con cui il rapporto è tutto da costruire, mentre l'adozione di maggiorenne si fonda sulla volontà di dare forma giuridica ad un rapporto personale affettivo consolidato». Così S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., 46 ss., 255 s., 267 ss.

7 Mantiene tale definizione, seppure imprecisa in ragione dell'abrogata distinzione della categoria della filiazione legittima cui si riferisce, oggi definita matrimoniale, Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Giur. It.*, 2016, 2573, con nota di A. Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. Rivera, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1135; in *Corr. giur.*, 2016, 1203, con nota critica di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. Attademo, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; in *Famiglia e dir.*, 2016, 1025, con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Foro it.*, 2016, I, 2342; su cui M. SESTA, *La disciplina dell'unioni civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 881 ss.; sul tema v. G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*, cit., 1213 ss.; S. Stefanelli, *Status discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e dir.*, 2017, 83 ss.

8 A. Sassi, F Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 39, 379, 303 s.;

9 Se, infatti, i diritti ed i doveri dettagliati dagli artt. 315 bis e ss., che costituiscono la responsabilità da procreazione, spettano in ragione della nascita, si specificano nel rapporto tra il nato e soggetti determinati solo in conseguenza dell'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori, ovvero anche di uno solo. Lo riconosce Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., già al par. 7, indagando sulla «*ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali».

ne «della tendenziale stabilità e permanenza, nonché dell'indisponibilità, come è tipico di uno *status*»¹⁰: premessa da cui discende la pronuncia di accoglimento della sollevata questione di costituzionalità.

L'affermazione conseguente, secondo cui «l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva: ... il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie, tra loro non comunicanti»¹¹, merita di essere ricordata, esprimendo la sensibilità della Corte all'evoluzione sociale e normativa. E non stupisca la coincidenza col proverbio africano secondo cui «per crescere un figlio serve un intero villaggio», giacché sono la stessa origine e lo sviluppo dell'adozione in casi particolari a dimostrarlo, nella direzione dell'individualismo degli *status*, teorizzata da attenta dottrina¹².

Così per il minore, riconosciuto o dichiarato figlio matrimoniale dei propri genitori biologici, adottato dal/lla nuovo/a coniuge di uno di essi¹³, oppure da un parente, in conseguenza della loro morte, che si trova di conseguenza ad essere inserito, di fatto e oggi anche giuridicamente, in più aggregati familiari, o nello stesso ma per titoli differenti, e ad essere cresciuto da più di due figure genitoriali di riferimento.

L'attenzione a tale canone si rivela fondamentale anche per risolvere le questioni attinenti all'esercizio della responsabilità genitoriale¹⁴, col giustificare l'argomentazione della pronuncia in commento, secondo cui tale adozione «vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico»¹⁵.

Al contempo, elisa la disparità di trattamento in questione, la differenza dei presupposti e degli effetti dei due prototipi adottivi è valorizzata dalla Consulta quale ispirazione per guidare la scelta dei Tribunali tra adozione c.d. piena e adozione in casi particolari, in tutti i casi in cui, essendo entrambe concretamente percorribili, sia questo ultimo prototipo a garantire il diritto del minore a conservare rapporti – anche giuridici – con la propria famiglia di origine, a mente dell'art. 1 l. cit., e in ossequio criterio fondamentale del suo *best interest*. Il riferimento è all'adozione c.d. mite, rispetto alla quale la Corte Costituzionale non ha timore di citare l'orientamento della Corte di Strasburgo¹⁶ a tutela del diritto alla

10 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 8.1., che prosegue ricordando il lessico inequivoco che identifica il rapporto tra l'adottante e il figlio; l'assunzione della responsabilità genitoriale; l'obbligo di mantenere, istruire ed educare conformemente all'art. 147 c.c.; l'assunzione del cognome dell'adottante; l'operatività della revoca del testamento di costui per sopravvenienza di figli; la qualità di legittimario dell'adottato; il suo essere ricompreso tra i familiari ai fini della commisurazione del diritto di abitazione; la rilevanza del legame ai fini dei divieti matrimoniali; l'insorgenza di reciproci obblighi alimentari.

11 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 8.3.

12 Secondo la ricostruzione originale di A. Sassi, *Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell'Unione Europea*, in *Urbe et ius*, 2015, 62 ss., e sulle orme di G. Dalla Torre, *Famiglia senza identità?*, in *Iustitia*, 2012, 129, per cui «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*», su cui cfr. anche A. Sperandio, *Individualismo dello status*, in *Diritto e processo*, 2021, 733 ss.

13 In questo senso argomenta Corte di cassazione, ord. 5 aprile 2022, n. 10989, in *Osservatoriofamiglia.it*, e in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, 234; rispetto a domanda di adozione ex art. 44 lett. b), ritenendo che la coesistenza di significativi rapporti della minore col padre non osti all'accoglimento della domanda avanzata dal marito della madre, in applicazione dell'esegesi della norma fornita da Corte costituzionale n. 79/2022, cit., in quanto «l'adozione, da parte del ricorrente, della figlia della moglie, realizza appieno il preminente interesse della minore, anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, e dunque sulla base della coesistenza dei legami sia con la famiglia di quest'ultimo che con quelli della famiglia del padre biologico».

14 Cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 334 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., 256 ss., in ragione dell'applicazione del canone generale di cui all'art. 316 c.c., che svincola l'esercizio della responsabilità dalla convivenza col minore, mentre l'art. 48 l. adozione, in quanto norma speciale, trova applicazione solo all'ipotesi di cui all'art. 44, lett. b), in cui il coniuge è parte della fattispecie.

15 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, par. 8.3.

16 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 gennaio 2014, ric. 33733/11, *Zhou c. Italia*, par. 60; Id., G.C., 10 settembre 2019, *Strand Lobben e a. c. Norvegia*, parr. 202-213; Id., 13 ottobre 2015, S.H. c. *Italia*, parr. 48-50, 57, su cui E. Battelli, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Dir. fun. pers.*, 2021, 838 ss.; J. Long, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1096 ss.; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Ariccia, 2015, 109 ss.; A. Pasqualetto, *L'adozione mite al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 155 ss.; F. Occhiogrosso, *Con la sentenza CEDU Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*, in *Minorigiust.*, 2014, 268 ss.; G. Ferrando, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, 1049 ss.; Ead., *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. Iudica, G. Alpa (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, 131 ss.; Ead., *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 263 ss.; F. Pesce, *La tutela dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir.*

vita familiare ex art. 8 Conv. EDU, che «cautamente suggerisce» questo percorso per garantire al minore, in condizioni di «semi-abbandono permanente», di «sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei»¹⁷. È questa una delle ipotesi in cui, secondo la Consulta, si realizza la *ratio* acquisita dal modello adottivo in esame attraverso l'evoluzione normativa, che ha introdotto la lett. c) nell'art. 44, di pari passo con quella di diritto vivente, che ha letto in senso giuridico l'impossibilità di affidamento preadottivo, di cui alla lett. d).

2. Regime della parentela e conseguenze rispetto ai rapporti personali, ai diritti patrimoniali e successori dell'adottato

Adozione parentale e genitoriale sono, nella prospettiva dell'adottante, parimenti funzionali a soddisfare l'aspirazione alla genitorialità. Nella prospettiva filiale, invece, solo i bambini adottati ai sensi del Titolo II, l. cit., vedevano costituirsi, per conseguenza dello *status* di figlio matrimoniale degli adottanti, anche i vincoli con le loro famiglie, ai sensi del novellato art. 74 c.c.¹⁸.

L'adozione in casi particolari era retta, invece, dalle regole dettate per l'adozione di maggiorenni, in ragione del rinvio operato dall'art. 55, l. cit. all'art. 300 c.c., e dunque costituiva il vincolo solo nei riguardi dell'adottante, con effetti che si estendevano alle tutele patrimoniali e ai diritti successori, disciplinati dall'art. 304 c.c., il quale limita (tuttora, non essendo inciso dalla declaratoria di incostituzionalità) i diritti dell'adottato alla successione dell'adottante attraverso il riferimento all'art. 567, cpv., c.c. escludendolo dalla successione dei parenti dell'adottante, e viceversa i parenti dell'adottante non nutrono speranze successorie rispetto all'adottato.

In tal senso si esprimevano la giurisprudenza costituzionale¹⁹, il massimo organo di nomofilia²⁰, la più recente giurisprudenza di legittimità²¹, e anche quella di merito²².

Eppure, nota la pronuncia in commento, «la riforma del 2012-2013, nel valorizzare i legami parentali attratti dalla filiazione, ha disegnato un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali»²³.

Dal sorgere di legami di parentela dipendono, infatti, anche il diritto a mantenere rapporti significativi, di cui all'art. 315 *bis* c.c., anche a prescindere dalla sussistenza o dalla permanenza di legami tra i genitori, ex art. 336 *ter* c.c.; l'obbligo dei nonni di concorrere, in via sussidiaria, al mantenimento dei

umani e dir. int., 2016, 5 ss.; S. Praduroux, *L'attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 705 ss.; P. Rescigno, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 325 ss.; F. Uccella, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001; Id., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *Giur. it.*, 1997, 125 ss. Per una recentissima applicazione, cfr. Corte d'Appello di Roma, sez. min., n. 1/2022, su cui E. Battelli, *Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta*, in *Giustiziainsieme.it*. Nello stesso senso, cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 ottobre 2015, ric. 52557/2014; S.H. c. Italia; Id., 16 luglio 2015, ric. 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*; Id., 10 aprile 2012, ric. 19554/09, *Pontes c. Portogallo*; Id., 10 gennaio 2008, ric. 35991/04, *Kearns c. Francia*; Id., 26 febbraio 2002, ric. 46544/99, *Kutzner c. Germania*.

17 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, par. 5.2.1.

18 Cfr. M. Mantovani, *Lo stato di figlio, artt. 231-249*, in *Commentario c.c. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2022, 16 ss.

19 Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5, che discute di «un legame giuridico col genitore (...) diverso da quello derivante dal riconoscimento», su cui v. M. Mantovani, *Lo stato di figlio*, cit., 35 s. e *ivi* nt. 81; C. Ingenito, *Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *questa Rivista*, 2021, 337 ss.

20 Corte di cassazione, S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, cit., con riferimento a un legame «diverso da quello previsto dall'art. 8 della l. n. 40 del 2004». In senso diverso sembrerebbe diretta l'espressione, contenuta nel §13.4, secondo cui le disposizioni della l. adozione «parificano la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato nel matrimonio».

21 Corte di cassazione, ord. 29 aprile 2020, n. 8325, sui cui F. Ferraro, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2020, 533 ss.

22 *Ex multis*, da ultimo, Corte d'Appello di Roma, decr. 27 aprile 2020, n. 1453, cit., per cui l'adottato potrebbe vedersi immotivatamente privato della possibilità di diventare erede degli ascendenti della madre intenzionale.

23 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 7.1.1.

nipoti ex art. 316 *bis* c.c.; e il rispettivo diritto a mantenere rapporti significativi coi nipoti minorenni, di cui all'art. 317 *bis* c.c.

Escludere dalla parentela l'adottato in casi particolari significava realizzare l'unica eccezione, vera e propria, allo *status filiationis* unificato in ossequio agli artt. 3, 30 e 31 Cost, essendo solo apparente l'altra, relativa alla pronuncia ex art. 279 c.c., nella quale l'accertamento della discendenza è solo incidentale, non costituisce lo *status* ed è funzionale alla condanna al mantenimento, nonché alle spese per l'educazione e l'istruzione²⁴.

Parte della dottrina aveva ritenuto di poter superare il dubbio di incostituzionalità per impari trattamento – già denunciato all'alba dell'approvazione della l. 219/2012²⁵ – in ragione della tacita riforma dell'art. 74 c.c., che definisce la parentela come discendenza da uno stipite anche «nel caso in cui il figlio è adottivo» con esclusione espressa dei soli «casi di adozione di maggiori di età», e soprattutto per ragioni di ordine sistematico²⁶. La delega, contenuta nell'art. 2, comma 1 della l. 219/2012, si dirigeva, infatti, all'introduzione di modifiche alle «disposizioni vigenti in materia di filiazione e dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi».

La pronuncia in commento e il giudice rimettente respingono tale interpretazione, valorizzando la «presenza di un ostacolo chiaro e inequivoco, qual è il rinvio della disposizione censurata all'art. 300, comma 2, c.c., la sua mancata inclusione nell'art. 106 d.lgs. 154/2013 ... nonché il carattere fortemente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante»²⁷.

Ulteriore conferma può desumersi dalla relazione della Commissione ministeriale allo schema del decreto attuativo, secondo cui dall'equiparazione dei figli adottivi a quelli nati nel matrimonio operata da tale legge dovevano essere esclusi gli adottati maggiore di età nonché, in ragione dell'analogia con tale ultima categoria di soggetti, anche coloro che siano stati adottati nei casi particolari, atteso che in entrambe le ipotesi si conservano i legami tra adottato e famiglia d'origine²⁸.

Conforme interpretazione era stata già precedentemente offerta dalla Consulta, che la definiva «un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante"»²⁹, e l'orientamento è stato ribadito più volte dalla giurisprudenza di nomofilachia³⁰.

Il riferimento al figlio adottivo contenuto nel testo dell'art. 74 c.c., doveva, dunque, essere ancorato non ad uno *status* peculiare, posto che dalla sentenza che pronuncia l'adozione parentale deriva la costituzione dello stato di figlio matrimoniale degli adottanti, ma piuttosto al titolo di quello stato, che si specifica nella sentenza di cui al Capo IV, l. cit., che è titolo giudiziale da cui scaturiscono effetti parificati a quelli che l'atto volontario di riconoscimento o la dichiarazione di nascita, ovvero i corrispondenti titoli giudiziali (artt. 269, 239, 240 c.c.), producono per la nascita in matrimonio o fuori di esso. La norma poteva dunque intendersi nel senso per cui il figlio parentale ha legami con la famiglia dei genitori: sia che la sua nascita – ovvero il suo concepimento, ai sensi dell'art. 231 c.c. – siano avvenuti durante il loro matrimonio; sia quando sia nato da genitori non coniugati; sia, infine, quando la sua generazione biolo-

24 Cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 402 ss.

25 A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, cit., 258 s.

26 J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., 256 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II; G. Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus civile*, 2013, 528; P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e adozione in casi particolari*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 202, sul fondamento del carattere tutt'altro che eccezionale dell'adozione in casi particolari, sia per numerosità – costituendo circa un terzo delle adozioni di minori pronunciate ogni anno – che per funzione, dirigendosi a realizzare il diritto del minore ad una famiglia e non la semplice trasmissione di patrimonio e cognome che caratterizzano l'adozione di maggiorenni, ritiene che sarebbe altrimenti pleonastico il riferimento all'adozione inserito nell'art. 74 c.c.; in termini analoghi, B. De Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura, voi*, 2013, 292; F. Prospero, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 278.

27 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 6.

28 Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti alla famiglia e l'elaborazione di proposte di modifiche alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva*, cit., 149 ss.; conformi C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2 ss.; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 231 ss.; Id., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 2 ss. Critica sul modo di procedere della Commissione M. Dossetti, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219 del 2012*, cit., 93.

29 Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

30 A partire da Corte di cassazione, 22 luglio 2016, n. 12962, cit., per la quale «l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radica differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso (oltretutto di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo)».

gica risulti inconoscibile per effetto della sentenza che ne ha pronunciato l'adozione, ai sensi dell'art. 27, l. citata, ma non altrettanto può dirsi con riferimento all'adozione *ex art.* 44.

Non si comprendeva, altrimenti, la ragione per cui non sarebbe stato abrogato tacitamente anche l'art. 304 c.c., con particolare riferimento al comma 2³¹: tale quadro normativo rispondeva, infatti, alla medesima limitazione della parentela al solo adottante.

Conseguiva che, in applicazione dell'art. 567 c.c., i figli adottati in casi particolari vantavano diritti successori verso la propria famiglia di origine, e quindi anche verso i parenti in linea collaterale e gli ascendenti, mentre le loro pretese si arrestavano alla successione dell'adottante, restando esclusi da quella di eventuali altri suoi figli, biologici o adottivi, ascendenti o altri parenti. L'adottante, inoltre, non succede al figlio adottivo premorto (art. 304, comma 1, c.c.).

Il risultato era chiaramente paradossale e palesemente discriminatorio: non solo nell'adozione c.d. incrociata in coppia di donne del figlio partorito dall'altra ai sensi dell'art. 44, lett. d), ma anche nell'adozione funzionale a costituire rilevanza giuridica ai rapporti affettivi nelle famiglie ricomposte ai sensi della lett. b), coloro che crescono «come fratelli e sorelle in una comunità familiare, sono tra loro degli estranei, in quanto parenti del coniuge del genitore»³², nonostante l'atto costitutivo di *status*, conseguente all'apprezzamento positivo della domanda di colui che, per tutti, è genitore. I figli di costui restavano dunque, tutt'al più affini tra di loro, nella sussistenza di vincolo matrimoniale tra il genitore dell'uno e quello dell'altro, ma non in caso di unione civile, poiché la l.76/2016 non richiama la relativa disciplina codicistica (argomentando dall'art. 1, comma 20), al pari di quanto sarebbe avvenuto in difetto di adozione. Non trovava applicazione, dunque, l'art. 570, comma 2, c.c., a norma del quale i fratelli unilaterali hanno diritto alla metà della quota di eredità che spetta ai germani, ed altrettanto può dirsi rispetto al concorso con altri successibili (art. 581 e 582 c.c.).

L'incoerenza del sistema è ulteriormente segnalata dalla pronuncia in commento, notando che, «nel decidere sull'adozione in casi particolari, il giudice deve verificare non soltanto "l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore" dell'adottante, ma anche valutare "l'ambiente familiare degli adottanti"» *ex art.* 57, comma 2, per poi privare il minore adottato «della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare che il giudice è chiamato ... a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione»³³.

Il riconoscimento dei legami parentali realizza, invece, la tutela dell'identità che il minore «deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità»³⁴. Ne costituisce, del resto, apparenza il cognome, che *ex art.* 299 c.c. si compone di quello originario del minore con l'anteposizione di quello dell'adottante, come ha insegnato la giurisprudenza, anche recentissima, della stessa Consulta, sulla trasmissione del cognome paterno³⁵.

Dalla pronuncia deriva dunque che il minore adottato in casi particolari, conservando la parentela con la famiglia di origine ed acquisendo i legami con quella dell'adottante, è giuridicamente inserito in due o più famiglie: quella/e del/i genitore/i biologico/i e quella/e adottiva/e, applicandosi a tutte

31 Così J. Long., *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, cit., 259, e nt. 34, in considerazione dell'ispirazione della norma ad evitare il rischio di utilizzo distorto dell'adozione da parte degli adottanti, per lucrare aspettative successorie sul patrimonio dell'adottato.

32 M. Dossetti, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, cit., 94, che sostiene la tesi dell'abrogazione tacita, conseguente al contenuto innovatore della novella dell'art. 74 c.c.

33 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 8.2.

34 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., *ibidem*; Tribunale per i minorenni di Venezia, 22 settembre 2022, n. 123, in *Osservatoriofamiglia.it*, argomenta la posposizione del cognome dell'adottante a quello già esistente sulla considerazione per cui, posto che la condizione giuridica del minore adottato in casi particolari deve essere equiparata allo *status* di figlio minore, non sussistono neppure ragioni che giustificano il mancato instaurarsi di rapporti civili "tra l'adottato e i parenti dell'adottante". Analogamente, Tribunale per i minorenni di Sassari, 18 gennaio 2022, *ibidem*, e, nell'adozione di maggiorenne, cfr. Tribunale di Torino, sez. VII, 27 maggio 2022, n. 22, *ibidem*.

35 Cfr. Corte costituzionale, 27 aprile 2022, n. 131, in *G.U.*, I serie spec., 1° giugno 2022, n. 22; Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giur. it.*, 2017, 815, con nota di R. Favale, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*; in *Corr. giur.*, 2017, 165, con nota di V. Carbone, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 818, con nota di C. Favilli, *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*; in *Famiglia e dir.*, 2017, 213, con nota di E. Al Mureden, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Foro it.*, 2017, I, 1, con nota di richiami di G. Casaburi; in *Dir. fam.*, 2017, 13; su cui C. Fioravanti, *La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno*, in *Studium iuris*, 2017, 678 ss. Sia permesso per l'approfondimento il richiamo, per esigenze di brevità, alle argomentazioni svolte in proposito e agli ulteriori riferimenti, anche bibliografici, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 450 ss.

l'art. 74 c.c. Rispetto a tutte queste famiglie dovrebbe anche vantare anche diritti successori, in ragione della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 567, comma 2, c.c., che lo riferisca ormai solo all'adozione di maggiorenni, funzionale esclusivamente alla realizzazione di interessi patrimoniali e successori³⁶.

3. Alternatività e *rationes* specifiche dell'adozione in casi particolari

Sembra, dunque, preferibile discutere di alternatività, e non più di residualità, dell'adozione in casi particolari rispetto a quella di cui al Titolo I della l.184/1983, anche in ragione del tenore testuale dell'art. 11, comma 1, l. cit., riferito all'orfano di entrambi i genitori che versa in stato di abbandono, in quanto gli manca altresì la cura dei parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi³⁷.

Di questo minore potrebbe, infatti, dichiararsi l'adottabilità con procedura semplificata, poiché non è necessario verificare il fallimento dei tentativi e delle misure di sostegno alla genitorialità di cui agli artt. 12 e ss., ma il Tribunale, decidendo «nell'esclusivo interesse del minore», può decidere di pronunciare l'adozione in casi particolari per evitargli il trauma del distacco dalle persone che abbiano proposto corrispondente istanza, ai sensi dell'art. 44, l. cit. Si tratta specificamente della circostanza di cui alla lett. a), riferita appunto all'orfano di entrambi i genitori, e disegnata intorno alla conservazione dei rapporti coi parenti entro il sesto grado o di stabili e duraturi vincoli affettivi³⁸, consolidati prima della morte dei genitori. E tanto nell'una quanto nell'altra circostanza, all'accoglimento della domanda necessita l'accertamento ulteriore, ex art. 57, comma 1, l. cit., della concreta realizzazione, attraverso l'adozione, del «preminente interesse del minore».

Torna, dunque, l'affermazione, già ricordata nell'art. 11, comma 1 cit., della regola di un giudizio che non dipende da altro che dalla verifica non tanto della semplice attitudine del provvedimento a realizzare l'interesse del bambino, ma addirittura della concreta realizzazione di quell'interesse, da accertarsi attraverso le indagini dei servizi territoriali e degli organi di sicurezza «sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia» (art. 57, comma 2), con particolare riguardo ai sintomi della affettività reciproca (art. 57, comma 3).

In particolare, la valutazione circa le conseguenze dell'eventuale adozione rispetto alla famiglia di origine del minore si giustifica in ragione del fatto che i rapporti tra l'adottato in casi particolari e la sua famiglia sono conservati, e consente di evidenziare la ragione fondamentale per la quale tale modello adottivo può realizzare al meglio quell'interesse che abbiamo visto essere l'argomento chiave cui la decisione deve ancorarsi, e che la pronuncia in esame ascrive alla *ratio* di «valorizzare l'effettività di un rapporto instauratosi con il minore». La sentenza che pronuncia l'adozione in casi particolari conserva, infatti, al bambino orfano dei genitori il nido affettivo e la consuetudine educativa in cui è cresciuto, ed al contempo riveste della giuridicità propria del rapporto filiale un vincolo affettivo che già da tempo lo lega agli istanti.

36 Più problematica appare, invece, a N. Chiricillo, *op. cit.*, la questione circa l'estensione dei diritti successori dell'adottante e dei suoi parenti all'adottato e ai relativi parenti, in contrasto con l'affermazione dell'unicità dello *status filiationis*.

37 Cfr., per l'affermazione per cui è l'adozione piena a rappresentare l'*extrema ratio*, in ragione del prioritario interesse del minore, e dunque a sostegno del ricorso al modello dell'adozione in casi particolari, nei casi di abbandono semipermanente o ciclico in cui alla sussistenza di una pur grave fragilità genitoriale si associa, tuttavia, la permanenza di un rapporto affettivo significativo, tale da consentire la non interruzione dei rapporti giuridici e di fatto con la famiglia di origine, Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit.; Corte di cassazione, ord. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Quotidiano giur.*, 2021; Id., 22 novembre 2021, n. 35840, in *Famiglia e dir.*, 2022, 777, con nota di A. Figone, *Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite*; id., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Foro it.*, 2021, I, 2055 ss.; Id., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Famiglia e dir.*, 2020, 1063, con nota di A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 830, con nota di P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, in quale evidenzia tuttavia il rischio di «fare incancrenire contesti familiari nei quali sono già chiari sia il grave pericolo per lo sviluppo del minore ancora in tenera età, sia l'inidoneità dei genitori biologici». L'antecedente di questo orientamento si trova in Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giur. cost.*, 1999, 2951, con nota di richiami di A. Celotto.

38 L'istanza potrebbe provenire da parenti di quinto o sesto grado, posto che l'art. 11, comma 1, presuppone che manchino quelli fino al quarto grado, i quali peraltro non necessitano di questo titolo giudiziale di accertamento della filiazione per prendersi cura del minore, essendo prevista soltanto la loro audizione e l'eventualità che il Tribunale detti prescrizioni idonee a garantire l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, a norma dell'art. 12, comma 3, salvo che non ritenga opportuno dettare i provvedimenti temporanei di cui all'art. 10, comma 2, in cui si comprendono il collocamento temporaneo in una comunità familiare o presso una famiglia, la sospensione della responsabilità genitoriale, la sospensione dell'esercizio delle funzioni del tutore e la nomina di un tutore provvisorio.

L'altra *ratio* era chiara nel laboratorio giurisprudenziale, che ha evidenziato come nelle medesime condizioni di questi orfani possano trovarsi anche bambini ed adolescenti i cui genitori sono in vita, ma non riescono a sostenere le proprie responsabilità per le più varie ragioni, eppure non può dirsi che abbiano abbandonato moralmente e materialmente i figli, perché continuano ad essere per loro figure essenziali, sebbene insufficienti, di riferimento affettivo ed educativo³⁹.

In siffatte condizioni, i bisogni dei minori trovano una protezione *medio tempore* attraverso l'affidamento temporaneo, ma il protrarsi dello stesso senza il consolidamento di uno stato giuridico conforme all'affettività maturata, e, peggio, il succedersi di affidamenti temporanei, contraddicono l'esigenza di garantire quella stabilità che è fondamentale alla realizzazione dell'interesse fondamentale del minore.

A rivestire di forma giuridica questa affettività consolidata risponde l'adozione *ex art. 44*, e non a caso la Consulta aveva già disegnato l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggi contenuta nell'art. 44 lett. d), proprio con riferimento alla necessità, ritenuta illegittima dai giudici rimettenti, di constatare preliminarmente il fallimento dell'affidamento preadottivo di minori che non erano stati dichiarati adottabili – e dunque non potevano essere affidati per l'adozione – sebbene i genitori fossero decaduti dalla potestà parentale, perché di loro si prendevano validamente cura gli zii affidatari, che ne domandavano l'adozione in casi particolari⁴⁰.

Delle due ordinanze di rimessione, una era allora riferita alla domanda proposta dallo zio materno e da sua moglie, ai quali una bambina di otto anni era stata affidata fin dal settimo mese di vita, dopo la morte della madre, nell'impossibilità del padre di prendersene cura. Sussisteva il consenso del genitore superstite all'adozione, e anche la bambina, ascoltata dai giudici, aveva dichiarato di sentirsi «ormai figlia dei ricorrenti e di desiderare vivissimamente essere da loro adottata e portarne il cognome». L'inchiesta condotta dal servizio materno-infantile territoriale aveva confermato l'ottimo inserimento della bambina nella famiglia degli zii, e che i loro due figli matrimoniali la consideravano come una sorella, ricambiati di uguale affetto. Rilevava il Tribunale rimettente che «la minore di cui viene chiesta l'adozione non è stata dichiarata adottabile né potrebbe esserlo. Il fatto stesso che di lei si sia validamente occupato lo zio materno vale infatti ad escludere l'esistenza uno stato di abbandono giuridicamente rilevante ai fini degli artt. 8, 12 e 15, n. 1 della l. cit., per cui la minore, benché orfana di madre e non allevata dal padre, non è in abbandono e non può essere dichiarata adottabile».

Nell'altro caso, i genitori decaduti dalla potestà conducevano vita errabonda, e non si erano mai occupati del figlio, affidato fin dal primo mese di vita alla sorella paterna, che ne domandava l'adozione assieme al marito. Anche per questo bambino non poteva dichiararsi l'adottabilità, eppure il Tribunale notava che «La situazione sopra considerata è del tutto analoga a quella dell'orfano. Come l'orfano infatti il bambino abbandonato è privo di rapporti con i genitori, e come l'orfano subisce per la loro scomparsa gravi sofferenze e gravissimo pregiudizio. Ma per l'orfano la legge provvede diversamente. L'orfano infatti, anche se non adottabile con adozione piena perché validamente assistito da un parente, può da quello stesso parente essere adottato a norma dell'art. 44, lett. a), della legge n. 184 del 1983. La diversa formulazione di questa norma, che non richiede fra i presupposti dell'adozione "la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", e quindi non richiede la dichiarazione dello stato di adottabilità, giustifica tale interpretazione».

In questo fondamentale precedente, anch'esso costruito intorno al giudizio antidiscriminatorio, la Consulta notava che proprio a questi bambini, dei quali non sussiste la condizione di abbandono di cui all'art. 7, comma 1, è necessario assicurare pari trattamento rispetto a quello che a loro verrebbe offerto dall'art. 44, lett. a), se fossero orfani, senza richiedere l'infruttuoso tentativo di affidamento preadottivo. Evidenziava che «sarebbe assurdo pensare, come fanno i giudici *a quibus*, che dalla disciplina impugnata discenda l'impossibilità di far luogo all'adozione in casi particolari da parte di parenti che già si prendono cura del minore. Ma l'interpretazione logica e sistematica della lett. c) del citato art. 44 della legge n. 184 del 1983 non conduce a tale conclusione». Specificava, ancora, che «esistendo già un nucleo con vincoli di parentela disposto ad accogliere stabilmente il minore per fornirgli l'ambiente adatto alla sua crescita, non è necessario tentare di trovarne altri, né si deve formalmente constatare l'impossibilità di

39 Corte di cassazione, ord. 12 luglio 2022 n. 22063, in *Osservatoriofamiglia.it*: «il Giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, in quanto l'adozione legittimamente costituisce l'*extrema ratio* cui può pervenirsi quando non si ravvisi tale interesse, e ciò considerato che nell'ordinamento coesistono sia il modello di adozione fondato sulla radicale recisione dei rapporti con i genitori biologici, sia modelli che escludono tale requisito e consentono la conservazione del rapporto, quali le forme di adozione disciplinate dagli artt. 44 e ss. delle L. n. 184 del 1983, e in particolare l'art. 44, lett d)».

40 Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit., richiamata dalla pronuncia in commento. I giudizi di legittimità costituzionale erano stati promossi con ordinanze emesse il 15 gennaio 1998 dal Tribunale per i minorenni di Ancona e l'11 novembre 1998 dal Tribunale per i minorenni di Roma.

un affidamento diverso da quello già in atto» proprio perché «l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera c)» [oggi d) – *n.d.r.*].

Lo conferma il già ricordato art. 11, comma 1: «è evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore».

Della motivazione è essenziale sottolineare ancora due aspetti: 1) la previsione oggi contenuta nell'art. 44, lett. d), è costituzionale solo in quanto sia interpretata come finalizzata ad agevolare la costituzione di vincoli giuridici corrispondenti a quelli in atto ed all'interesse esclusivo del minore⁴¹; 2) in tutte in tutte le fattispecie che contempla valgono i medesimi principi.

Richiamando esplicitamente anche l'ipotesi di cui alla lett. b), dell'adozione domandata dal coniuge del genitore, la sentenza evidenziava, infatti, come sia in questo caso che in quello della domanda avanzata dal convivente, ai sensi della lett. d), non necessita alcun tentativo di affidamento preadottivo, che sarebbe impossibile non solo giuridicamente ma anche di fatto, perché il bambino non versa in stato di abbandono⁴².

E altrettanto ricorda la pronuncia più recente, argomentando nel senso per cui «i suoi presupposti applicativi, avulsi dall'accertamento di uno stato di abbandono – che pure nel caso dell'art. 44, comma 1, lett. d), può di fatto sussistere – spiegano il necessario assenso dei genitori, ove questi vi siano, e il persistere di legami con la famiglia di origine»⁴³.

4. Valutazione dell'interesse del minore alla dichiarazione di adottabilità ovvero all'adozione mite

Il principio è consolidato nella giurisprudenza di legittimità, che si è espressa, anche a S.U.⁴⁴, nel senso per cui l'adozione in casi particolari costituisce una «clausola di chiusura del sistema», quale strumento a cui ricorrere tutte le volte in cui sia necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed

41 Lo evidenzia Corte d'Appello di Torino, 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1910.

42 Tribunale per i minorenni di Bologna, 10 gennaio 2008, in *Il merito*, 4 del 2008, 9, ritiene che «quando il minore non è in stato di abbandono l'unica possibilità di adozione è quella in casi c.d. particolari, prevista dall'art. 44 l. n. 184 del 1983».

43 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, par. 5.1.

44 Corte di cassazione, S.U., 13 maggio 2020, n. 8847, in *Il familiarista*, con nota di G. Montalcini, *Adozione in casi particolari: giurisdizione tra residenza abituale del minore e Paese d'origine*, citata dalla pronuncia in commento, sull'esclusione dell'adozione mite dall'applicazione della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, ratificata con l. 18 giugno 2015, n. 101, proprio in ragione della considerazione per cui la stessa crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue, non estinguendo il rapporto con la famiglia di origine, e dunque non realizza la collocazione in una famiglia sostitutiva, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Convenzione e del Preambolo alla stessa; Corte di cassazione, S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Articolo29*, su cui G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in questa rivista, 2020, 152 ss., e V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019, ivi*, 2019, 19 ss.; in *Diritto e processo*, 2019, 411 ss., con nota di A. Sassi e S. Stefanelli, *Nascita da gestazione per altri e accertamento della maternità*. Cfr. anche Corte di cassazione, ord. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Ced* 663429 – 01, ancora con riferimento all'adozione mite e alle situazioni di semiabbandono, in cui la idoneità non piena dei genitori biologici non escluda l'opportunità della loro presenza nella vita del minore, in considerazione dell'affetto e dell'interesse da essi dimostrato nei confronti del minore; Corte di cassazione 22 novembre 2021, n. 35840, in *Ced* 281884-01; Corte di cassazione, 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Famiglia e dir.*, 2021, 586 con nota di F. Zanovello, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. La Cassazione ribadisce il ricorso all'adozione "mite"*; Corte di cassazione, 13 febbraio 2020, n. 3643, *ivi*, 2020, 1063, con nota di A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, e (830) di P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*; Corte di cassazione, 22 aprile 2020, n. 8029 e Corte di cassazione, 3 aprile 2020, n. 7668, *ibidem*, 537, con note di A. Scalera, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*, e di R. Calvigioni, *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori samesex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*. Conformi, da ultimo, Corte di cassazione 5 aprile 2022, n. 10989, *cit.*; Corte di cassazione 14 settembre 2021, n. 24714, in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, 282, in tema di natura non assoluta, ma bilanciabile, del diritto del minore di rimanere nel suo nucleo familiare, anche allargato, che impone «un esame approfondito, completo e attuale delle condizioni

educativa, all'unica condizione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non soltanto come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo».

La citata disposizione interna è, anche ad avviso della ricordata giurisprudenza della Corte EDU, pienamente conforme alla protezione offerta al diritto alla vita familiare del bambino e dei suoi genitori dall'art. 8 della Convenzione, in quanto risponde all'identico quadro assiologico ed alla sua costante interpretazione, nel senso per cui è tendenzialmente sempre preferibile conservare i legami familiari in atto, salvo che la famiglia di origine si sia dimostrata particolarmente inidonea ad assicurare lo sviluppo del bambino in un ambiente sicuro e protetto, ed unicamente allorquando siano state tentate tutte le alternative allo scopo di ricostruirne l'armonia.

Tra tali legami si comprendono anche quelli di fatto, che legano un bambino agli affidatari temporanei⁴⁵ e dunque costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione la decisione di dichiarare l'adottabilità, e affidare a una coppia idonea all'adozione parentale, un minore in tenerissima età, che aveva vissuto i suoi primi diciannove mesi con una coppia affidataria provvisoria, nonostante la relativa domanda di adozione in casi particolari.

In sintesi, secondo la Corte EDU costituisce violazione dell'obbligo convenzionale il provvedimento di allontanamento giustificato esclusivamente dalla disponibilità di ambienti teoricamente più convenienti alla cura ed allo sviluppo del minore, mentre quell'allontanamento si impone allorquando il mantenimento dei legami familiari ponga in pericolo la sua salute o la crescita libera ed armoniosa, e tale rischio non sia altrimenti evitabile⁴⁶.

La Consulta aveva già fatto propria questa interpretazione, affermando l'applicabilità dell'adozione ex art. 44 a tutela del miglior interesse del nato da procreazione medicalmente assistita praticata da coppia femminile, pur segnalando 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», ed allo scopo aveva invocato l'intervento indifferibile del legislatore, non essendo «più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore», riscontrato in ragione della previsione della necessità di assenso all'adozione da parte del genitore legale⁴⁷. Analogamente, rispetto alla nascita da

di criticità dei genitori e dei familiari entro il quarto grado disponibili a prendersi cura del minore e delle loro capacità di recupero e cambiamento, ove sostenute da interventi di supporto adeguati anche al contesto socioculturale di riferimento».

- 45 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*. Del principio così affermato ha dato corretta applicazione Tribunale per i minorenni di Brescia, 21 dicembre 2010, in *Dir. fam.*, 2010, 1276, pronunciando l'adozione ex art. 44, lett. d), da parte della coppia affidataria fin dalla nascita e per tre anni di un neonato, prematuro e bisognoso di speciali attenzioni, nell'irreperibilità dei genitori biologici ed in ragione dell'instaurato «legame fortissimo ed inscindibile» all'interno della triade ed esteso all'intera famiglia, «divenuto un legame genitoriale e filiale profondo per tutti e tre, legame che se si dovesse spezzare sarebbe traumatico, per tutti, soprattutto per» il bambino. Cfr. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 luglio 2015, *Nazarenko c. Russia*, par. 66; Id., 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, paragrafo 51; Anche AG Melchior Wathelet della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nelle conclusioni depositate il 9 giugno 2016 nelle cause riunite C-401/15, C-402/15, C-403/15, si è espresso in favore del riconoscimento del permesso di soggiorno, ai sensi della dir. UE 2004/38, al discendente del coniuge o del convivente del lavoratore migrante, a lui legato affettivamente e da lui dipendenti economicamente. L'opinione è stata accolta da Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. II, 15 dicembre 2016, par. 55, secondo cui «purché rientrino nella definizione di «familiari», ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lett. c) della dir. UE 2004/38, di un lavoratore frontaliero avente egli stesso legami sufficienti con la società dello Stato membro di accoglienza, risulta che i figli del coniuge o del partner riconosciuto da detto Stato membro di accoglienza di tale lavoratore frontaliero possono essere considerati come figli dello stesso al fine di poter beneficiare del diritto di percepire un sussidio economico per il compimento dei loro studi superiori considerato come un vantaggio sociale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del reg. UE n. 492/2011».
- 46 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 febbraio 2016, *Soares de Melo c. Portogallo*, con riferimento alla dichiarata adottabilità dei sette figli minori di una donna, cui era stato impedito qualsiasi incontro con i bambini, allontanati dalla madre a causa della sua incapacità di offrire loro condizioni materiali di vita adeguate, essendosi lo Stato limitato a consigliare alla donna la sterilizzazione per evitare nuove nascite, ed avendo valutato il rifiuto della donna come prova della sua incapacità genitoriale; principi già affermati da Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 marzo 2012, *Y C. c. Regno Unito*, su cui C. Simmonds, *Paramountcy and the ECHR: A Conflict Resolved?*, in *Cambridge Law Journal*, 2012, 498 ss., anche per i riferimenti ai precedenti.
- 47 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32, in *Famiglia e dir.*, 2021, 704, con note di G. Ferrando, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, e di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*; in *Giur. it.*, 2022, 311, con nota di C. Favilli, *Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*; in *Corti supreme e salute*, 2021, 401 ss., con nota di S. Checchini, *Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*; in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2021, 623 ss., con nota di G. D'Amico, *La preminente... discrezionalità del legislatore e il “giuoco delle parti”*, su cui A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa Rivista, *Online first*, 2021; A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa*

surrogazione di maternità e nella stessa data, aveva ritenuto che l'adozione in parola da parte del genitore intenzionale non legato da vincolo genetico al nato, in ossequio alla ricordata interpretazione delle S.U.⁴⁸, «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», in quanto «è ancora controverso ... 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" ... che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così 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»⁴⁹.

Anche di recente, la Corte di Strasburgo ha confermato il proprio coincidente indirizzo giurisprudenziale, che ascrive alla tutela offerta alla vita privata di fatto dall'art. 8 della Conv. EDU il rapporto instaurato e consolidatosi nei primi quattro anni e mezzo di vita di un bambino con la coppia di donne che lo hanno cresciuto, dopo aver condiviso il progetto genitoriale che ha portato alla sua nascita, da p.m.a.⁵⁰.

La valutazione della condizione del minore, ai fini della sua dichiarazione di adottabilità, deve dunque essere ispirata al suo superiore interesse, avendo riguardo non tanto ai comportamenti di ciascun genitore, quanto piuttosto alle possibili loro conseguenze sullo sviluppo psicofisico della personalità del fanciullo, considerato non in astratto ma in concreto. Al contrario, le condizioni personali dei genitori non rivestono, da sole, alcuna rilevanza⁵¹, «dovendosi considerare "situazione di abbandono", oltre al rifiuto intenzionale e irrevocabile dell'adempimento dei doveri genitoriali, anche una situazione di fatto obiettiva del minore che impedisca o ponga in pericolo il suo sano sviluppo psico-fisico, avendo

accade se il diritto tradisce il fatto), in *Riv. Biodiritto*, 2021, 13 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 609, con nota di B. Checchini, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Corriere giur.*, 2021, 1034, con nota di S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*. Cfr. Corte costituzionale, 20 ottobre 2020, n. 230, in *Foro it.*, 2021, I, 39 ss., con nota di C. Bona, *La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, e, *ibidem*, 44 ss., con nota di S. Stefanelli, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*; in *Quot. Giuridico*, 2020, con nota di C. Trapuzzano, *Unioni civili: il riconoscimento della filiazione verso due madri spetta al legislatore*; in *Diritti comparati*, con nota di A. Di Martino, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla p.m.a.*; in *Rivista AIC*, con nota di E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*.

48 Corte di cassazione, S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

49 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.8., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 609, con nota di B. Checchini, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2021, 1034, con nota di S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni interpretative*; in *Famiglia e dir.*, 2021, 704, con nota di G. Ferrando, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, cit.

50 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. V, 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, par. 50 s.

51 Corte di cassazione, 24 novembre 2015, n. 23797, in *Guida dir.*, 3/2016, 60, con nota di S.A. Galluzzo, *Irrilevante l'esigenza di non separare due fratelli unilaterali*: la vicenda riguarda la dichiarazione di adottabilità di due minori, nonostante la disponibilità ed idoneità dei nonni paterni ad assumersene la cura, nel corso del giudizio viene accertato che uno dei bambini non fosse figlio dello stesso padre dell'altro, ed il Tribunale, per non dividere i due minori affidando solo uno ai nonni paterni, preferisce disporre l'affidamento preadottivo ad una stessa famiglia. Sull'opposizione dei nonni, la Corte, ribadito il diritto del nipote a crescere con la sua famiglia di origine, in cui si comprendono gli ascendenti, gli zii, i prozii ed i cugini, annulla la decisione con riguardo al bambino la cui paternità è confermata, mentre non può accogliere l'opposizione nei confronti dell'altro, non sussistendo legami di parentela, e ne conferma l'adottabilità. Poteva, altrimenti, disporsi l'adozione ex art. 44 lett. d), da parte della medesima coppia, con la quale senza dubbio esistevano solidi rapporti affettivi. Conf. Corte di cassazione, 16 aprile 2014, n. 8877, in *Quotidiano giur.*, 2014; Id., 8 novembre 2013, n. 25213, in *Famiglia e dir.*, 2015, con nota di D. Morello Di Giovanni, *Adozione: stato di abbandono e irrilevanza dell'età dei genitori*; Id., 22 ottobre 2013, n. 26204, *Ced* 629006, di annullamento della dichiarazione di adottabilità senza l'adeguata verifica del perdurare delle condizioni di inadeguatezza fisiopsichiche della madre, cittadina keniota, e dello stato attuale del suo rapporto con il figlio, tenendo conto delle criticità derivanti dal fatto che era stato allontanato da lei dalla nascita, in forza della considerazione per cui: «La preferenza verso un modello familiare diverso da quello prospettato dalla ricorrente (ritorno in Kenya per poter ricevere il sostegno anche economico dai propri parenti ed in particolare dallo zio materno) non può avere alcuna incidenza su una decisione che sia volta ad accertare esclusivamente l'esistenza di un'irreversibile condizione di abbandono del minore da parte dei genitori o del genitore. Nella specie, al contrario, è stato proposto un progetto d'inclusione che può essere contestato nel merito ove non siano indicate o condivise le condizioni di fattibilità, anche in considerazione dell'idoneità soggettiva del genitore a svolgere il proprio ruolo, ma non in virtù di opzioni culturalmente orientate».

riguardo alla personalità del fanciullo, considerato in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche psicologiche e fisiche, alla sua età e al suo grado di sviluppo»⁵².

Di tali principi non fece buon governo, secondo l'apprezzamento della Corte EDU, il Tribunale per i minorenni che dichiarò l'adottabilità dei tre figli minori di donna affetta da depressione ed in terapia, ordinandone l'affidamento preadottivo a tre diverse coppie, senza tenere il minimo conto dei risultati della consulenza tecnica, secondo cui «la genitrice era disposta ad accettare gli interventi necessari al fine di migliorare il loro rapporto con i figli», e di conseguenza era opportuno «mantenere l'affidamento dei bambini all'istituto, predisporre un percorso di riavvicinamento tra i genitori e i figli e intensificare gli incontri»⁵³.

L'adottabilità era stata dichiarata in ragione non solo delle anomalie caratteriali e della personalità della madre, unico genitore, ma anche del pregiudizio all'equilibrato sviluppo psicofisico del minore, in ragione del principio per cui: «il ricorso all'adozione non è consentito sulla base di una verifica dell'adeguatezza delle capacità (affettive o economiche) dei genitori mediante una valutazione in via comparativa e astratta dell'esistenza di una diversa opzione in vista di un più sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico del minore. Al contrario, è necessario appurare che la crescita all'interno della famiglia biologica sia di grave pregiudizio per il minore, ogniqualvolta si accerti l'inadeguatezza dei genitori naturali a garantirgli il normale sviluppo psico-fisico, così da far considerare la rescissione del legame familiare come strumento adatto ad evitare al minore un più grave pregiudizio ed assicurargli assistenza e stabilità affettiva». L'istruttoria aveva dimostrato, infatti, «la mancanza di autonomia della madre nell'accudimento del bambino, rivelatasi nell'adempimento delle funzioni essenziali quali la preparazione dei pasti, la cura dell'igiene, la capacità di interagire con lui e di affrontare una situazione critica come il pianto, ecc.».

In una distinta fattispecie, non era stato neppure disposto l'accertamento tecnico-psicologico circa la capacità genitoriale ed il legame tra il padre, giunto in Italia dalla Nigeria e richiedente protezione per motivi umanitari, e la bimba che aveva portato con sé, nonostante egli avesse cercato di contattarla perfino durante l'ingiusta detenzione per un'accusa di associazione per delinquere finalizzata al traffico di clandestini, di cui era stata accertata l'infondatezza prima che la bambina fosse dichiarata adottabile, e nonostante l'opposizione paterna. La decisione di rescindere il legame tra i due era stata assunta, invece, in ragione della osservazione di un unico loro incontro⁵⁴.

Analoga violazione degli obblighi nascenti dall'adesione alla Convenzione la Corte ha ravvisato nel provvedimento che dispose l'adozione con procedimento semplificato *ex art. 11 cit.*, dei due neonati partoriti in anonimato da una donna, immigrata in condizioni di clandestinità, nonostante costei avesse subito espresso il proprio ripensamento e domandato di essere ricevuta dal Tribunale per i minorenni, che le aveva invece vietato perfino di visitare i bambini nel centro di accoglienza in cui erano stati ricoverati, e ne aveva pronunciato l'adozione in appena due mesi⁵⁵. Nello stesso senso, l'apprezzamento delle condizioni di indigenza materne, nonostante le quali la donna conservava un ruolo significativo nella cura del proprio bambino, non avrebbe dovuto determinare la dichiarazione di adottabilità e l'adozione parentale⁵⁶ di altro minore, in violazione di quel diritto alla vita privata e familiare alla cui tutela la Corte suggerisce piuttosto l'istituto dell'adozione in casi particolari, che definisce "semplice", perché assicura la conservazione dei rapporti del minore col genitore biologico.

Pochi anni prima venne analogamente sanzionata, perché confliggente con l'interesse superiore del bambino ad acquisire legami giuridici corrispondenti alla maturata affettività, la decisione di affidare in vista dell'adozione parentale un bambino a coppia diversa da quella, non avente i requisiti di legge di cui all'art. 6, l. adozione, cui era stato affidato temporaneamente per i suoi primi mesi di vita, pur

52 Corte di cassazione, 18 giugno 2014, n. 13911, in *Quotidiano giur.*, 2014

53 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, cit. La Corte «dubita dell'adeguatezza dell'intervento scelto e ritiene che le autorità nazionali non abbiano fatto abbastanza per salvaguardare il legame madre-figli, e osserva che, in effetti, erano praticabili altre soluzioni, come quelle suggerite dal perito, e in particolare la realizzazione di un'assistenza sociale mirata, di natura tale da permettere di superare le difficoltà legate allo stato di salute della ricorrente, preservando il legame familiare assicurando comunque la protezione dell'interesse supremo dei minori». La pronuncia riafferma il principio per cui «il fatto che un minore possa essere accolto in un contesto più favorevole alla sua educazione non può di per sé giustificare che egli venga sottratto alle cure dei suoi genitori biologici; una tale ingerenza nel diritto dei genitori, sulla base dell'articolo 8 della Convenzione, di godere di una vita familiare con il loro figlio deve altresì rivelarsi "necessaria" a causa di altre circostanze».

54 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*.

55 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 gennaio 2009, *Todorova c. Italia*.

56 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, cit.

sussistendo tra loro “un forte legame”, e nonostante gli affidatari ne avessero domandato l’adozione⁵⁷ ai sensi degli artt. 44 e ss. della stessa legge.

La lunga serie di condanne prosegue fino a tempi recentissimi, quando la Corte di Strasburgo ha censurato la decisione di recidere i legami familiari di una bambina con la famiglia biologica, in difetto di valutazione delle capacità della madre di svolgere il suo ruolo di genitore o da una valutazione da parte di uno psicologo, e non essendo stato posto in essere alcun tentativo di preservare i legami familiari, in ragione dell’esistenza di una serie di difficoltà, che avrebbero potuto essere superate mediante un’attività assistenziale mirata. Non essendosi ancora conclusa la procedura di adottabilità, i giudici europei hanno invitato le autorità nazionali a riconsiderare, in breve tempo, la situazione e a vagliare la possibilità di determinare un avvicinamento tra di loro, anche applicando soluzioni meno radicali come l’adozione in casi particolari, e tenendo conto della situazione attuale della minore e del suo superiore interesse, rimettendo la stessa e la madre nella condizione in cui si sarebbero trovate in difetto della decisione di adottabilità, che ha disconosciuto la tutela loro offerta dall’art. 8 Conv. EDU⁵⁸.

Il principio ha ricevuto, infine, consacrazione costituzionale⁵⁹, avendo la Consulta rilevato che il minore, i cui genitori versino in condizioni che impediscono loro di esercitare appieno la responsabilità genitoriale ma conservino comunque un ruolo importante nella vita affettiva del figlio, e che per questo si trovi in condizioni di semiabbandono permanente, deve essere sottratto all’affidamento preadottivo, in ragione del difetto del presupposto dello stato di abbandono, e può essere avviato all’adozione in casi particolari, per affiancare ai genitori biologici uno o più adottanti, e le loro famiglie.

L’interpretazione ha avuto corretta applicazione nel più recente arresto in materia⁶⁰, valorizzando proprio la coesistenza dei legami sia con la famiglia dell’adottante che con quella del padre biologico, allo scopo di accertare la piena realizzazione del preminente interesse del minore all’adozione *ex art. 44*: si trattava della domanda avanzata dal marito della madre di una bambina, di cui i servizi sociali avevano accertato il pieno inserimento nella famiglia creata dalla madre e dal ricorrente, sussistendo altresì il consenso del padre all’adozione, ed essendo accertata anche la sua impossibilità assoluta di far fronte al mantenimento della figlia, per ragioni economiche.

Infine, il d. lgs. 150/2022, attuativo della c.d. riforma Cartabia del processo civile, ha introdotto nella l. 184/1983 l’art. 5 *bis*, sull’affidamento ai servizi sociali territoriali dei minori che si trovano nelle condizioni che giustificano i provvedimenti *de responsabilitate* di cui all’art. 333 c.c., quando gli interventi di sostegno alla genitorialità si sono rivelati inefficaci o i genitori non hanno collaborato alla loro attuazione, e fatto salvo l’affidamento temporaneo in caso di necessità e urgenza, di cui all’art. 2, comma 3, l. 184/1983. La disposizione evidenzia la possibilità di conservare ai genitori la capacità a compiere atti in rappresentanza del minore e, tra i compiti del servizio sociale, quello di riferire all’autorità giudiziaria o al giudice tutelare, con periodicità determinata dal provvedimento di affidamento, e comunque non superiore a sei mesi, dei rapporti mantenuti dal minore coi genitori stessi⁶¹, le cui indicazioni – se non dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale – devono essere tenute in conto nell’adozione delle scelte demandate al servizio.

La disposizione, che avrebbe trovato più coerente collocazione nell’articolato codicistico⁶², disciplina a ben vedere un caso di affidamento eterofamiliare, di cui all’art. 337 *ter*, 2° comma, c.c., qualificato dall’adozione di provvedimenti limitati della responsabilità dei genitori, e prevede anche la nomina di un collocatario, i cui poteri sono definiti con lo stesso provvedimento di limitazione della responsabilità genitoriale. Degno di nota, nel senso della valorizzazione della conservazione del rapporto del minore con i propri genitori, è l’aver subordinato espressamente l’affidamento ai servizi sociali al constatato fallimento del previo esperimento di interventi di sostegno e aiuto alla genitorialità (ai sensi degli artt. 1, commi 2, 3 l. 184/1983), per ovviare alle condizioni che hanno posto i genitori stessi nelle condizioni

57 Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit.

58 Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sez. I, 20 gennaio 2022, *D.M. ed N. c. Italia*.

59 Corte costituzionale, 28 marzo 2022, n. 79, cit.

60 Corte di cassazione, ord. 5 aprile 2022, n. 10989, cit.

61 Da conservarsi in applicazione dell’art. 8 Conv. EDU, su cui v. Corte EDU, 10 settembre 2019, ric. 37283/13, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*

62 Critico, negli stessi termini, G. De Cristofaro, *Le modifiche apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, spec. 1440 ss.

di esercitare in modo scorretto la propria responsabilità, o di omettere la cura dovuta «alla crescita e all'educazione» dei propri figli (art. 1, comma 4, l. cit.)⁶³.

5. Valorizzazione dell'affettività del minore

Sono numerose le decisioni di merito e di legittimità che hanno disegnato uno statuto giuridico rispetto alla consuetudine di affettività tra i bambini e gli adulti che essi riconoscono come genitori, perché di loro si sono presi cura con affetto e dedizione. Emblematica è la vicenda di un neonato di tre mesi, ospedalizzato perché prematuro e mai visitato dai genitori durante il ricovero, affidato prima con provvedimento di urgenza e poi con provvedimento di affidamento temporaneo ad una coppia di coniugi. Resisi irreperibili i genitori biologici, gli affidatari proposero domanda di adozione in casi particolari, accolta dal Tribunale in ragione del forte ed inscindibile legame filiale instauratosi, nonostante il parere negativo del pubblico ministero, che domandava l'adozione parentale in ragione della condizione di abbandono del minore⁶⁴.

Voci critiche, pur condividendo la decisione di merito, ne hanno denunciato l'introduzione in via pretoria di «una nuova prassi adottiva non espressamente contemplata dalla normativa», illegittima in difetto di novella legislativa, in ragione del presupposto per cui sarebbe necessaria ed imprescindibile, in ogni caso di abbandono, la dichiarazione di adottabilità, con conseguente avvio dell'ordinaria procedura adottiva, e dunque sarebbe impossibile, *de lege lata*, riconoscere precedenza alle eventuali domande di adozione c.d. speciale, da parte degli affidatari⁶⁵.

Il descritto quadro normativo, illuminato dai principi di legalità costituzionale e sovranazionale, giustifica, al contrario, nell'argomentazione della Consulta⁶⁶, simile pronuncia, in quanto funzionale all'esigenza prioritaria di conservare i «legami affettivi significativi» ed il «rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria», enucleati dalla giurisprudenza di nomofilachia in tema di adozione del figlio del convivente e trascrizione dell'atto di nascita estero, con l'indicazione di due madri⁶⁷, come anche dall'interpretazione offerta dalla Consulta degli artt. 330 e 337 *ter* c.c., con riferimento alla tutela da garantirsi attraverso i provvedimenti *de potestate* alla conservazione del significativo rapporto affettivo che lega un bambino all'ex convivente del genitore, dopo la crisi della coppia⁶⁸.

63 Sostiene l'applicazione dell'affidamento temporaneo, di cui agli artt. 2 ss. l. 184/1983, in caso di semiabbandono, pur forzando la *ratio* normativa, P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, cit., ancora in ragione della constatata esistenza di un sistema di relazioni che non è opportuno cancellare, e senza omettere di censurare le gravi carenze di risorse in capo al servizio sociale e la mancanza di disponibilità di coppie e singoli all'affidamento temporaneo o all'adozione mite.

64 Tribunale per i minorenni di Brescia, 21 dicembre 2010, cit.

65 R. Ielasi, *Una nuova prassi da utilizzare solo in caso di danno al minore o irreperibilità dei genitori*, in *Arch. fam. e minori*, 4/2011, 4, 61.

66 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.1.

67 Corte di cassazione, 22 giugno 2012, n. 12962 cit.; Id., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., la quale fonda il riconoscimento del diritto del minore a conservare lo *status* corrispondente alla consolidata affettività che lo lega alla donna che non l'ha partorito, specificando che «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti». Analogamente, Id., 15 giugno 2017, n. 14878, cit. Interessa ricordare che l'art. 7, comma 3, della *Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* del 26 maggio 2006, n. 14, modificato dalla *Disposición Adicional Primera* della *Ley* 15 marzo 2007, n. 3, dispone che «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

68 Corte costituzionale, 20 ottobre 2016, n. 225, in *Questioni dir. fam.*, 10/2010, 3, con nota di richiami di V. Cianciolo; su cui A. Carrato, *Già tutelato dall'ordinamento il diritto del «genitore sociale» di frequentare i figli minori dell'ex omosessuale*, in *quotidiano-giuridico.it*, 2016; in *Corr. giur.*, 2017, 175, con nota di G. De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Famiglia e dir.*, 2017, 305, con nota di F. Tommaseo, *La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*. Sulla decisione di primo grado, Tribunale di Palermo, 15 aprile 2015 (che aveva applicato l'art. 337 *ter*, sostenendone l'interpretazione estensiva a tutela dell'interesse del minore presidiato dall'art. 8 CEDU e dall'art. 24 C.d.f.U.E.), e sull'ordinanza di remissione della questione alla Consulta, Corte d'Appello di Palermo, 31 agosto 2015, cfr. A. Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 47 ss.

Alla garanzia del diritto fondamentale del minore all'affettività si dirigeva, del resto, la novella alla l. 184/1983 dettata con l. 19 ottobre 2015, n. 173⁶⁹, esplicita nell'accordare preferenza alla domanda di adozione parentale degli affidatari che ne abbiano i requisiti (art. 4, comma 5 *bis*), ovvero a quella di adozione in casi particolari, in adesione al «rapporto stabile e duraturo» maturato con l'orfano di entrambi i genitori [art. 44, lett. a)].

Quel diritto riceve garanzia perfino allorché vengano disposti l'adozione o l'affidamento ad altra famiglia, restando «comunque tutelata, se risponde all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio affettive consolidate durante l'affidamento» (art. 4, comma 5 *ter*). Si tratta, come è imposto dalle fonti sovranazionali⁷⁰, di un interesse superiore alla cui verifica è necessario l'ascolto del bambino, se capace di discernimento (art. 4, comma 5 *quater*), mentre gli adulti affidatari o collocatari devono essere convocati nei procedimenti che ne decidono l'affidamento, l'adottabilità, la responsabilità genitoriale, e possono presentare memorie (art. 5, comma 5).

La valorizzazione dei sentimenti che reciprocamente legano i bambini e coloro che se ne sono presi cura si realizza, così, attraverso la verifica, *ex art.* 57, comma 1, n. 2, della realizzazione dell'interesse preminente del minore per mezzo della costituzione di coerenti vincoli giuridici (ora anche con la famiglia dell'adottante), da cui discendono diritti e doveri direttamente azionabili, corrispondenti alla matura affettività.

Resta invece da chiarire la regola di giudizio da applicare allorché difettino i presupposti per l'adozione parentale in capo agli affidatari, ma il minore non sia orfano, giacché la novella si limita a dettare protezione per i soli casi di cui all'art. 44, comma 1, lett. a).

Anche a questo riguardo possono invero evidenziarsi le medesime relazioni affettive, altrettanto positive nell'interesse del minore, allorché costui non abbia perso entrambi i genitori, ma sia stato affidato per un lungo periodo, nella loro temporanea difficoltà a prendersene cura, ad altri adulti (art. 2, comma 1).

La condizione che più si avvicina all'unica incisa dalla novella è quella del bambino i cui genitori si siano resi irreperibili o siano incapaci: ciò in ragione della previsione contenuta nell'art. 46, comma 2, che esplicitamente si riferisce all'adozione in casi particolari pronunciata «quando è impossibile ottenere l'assenso per incapacità o irreperibilità delle persone chiamate ad esprimerlo», tali essendo i genitori esercenti la responsabilità e il coniuge convivente dell'adottando⁷¹.

Residua, tuttavia, ulteriore casistica ampiamente rappresentata nella giurisprudenza di merito e ricordata anche dalle citate decisioni della Corte di Strasburgo, che accomuna la condizione di bambini che non sono orfani, ed anzi hanno conservato un significativo affetto verso i genitori biologici, ma riconoscono anche altre figure genitoriali nelle persone affidatarie, quando l'affidamento si è prolungato tanto da consentire il consolidamento di legami familiari significativi.

69 Su cui v. A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Dir. fam.*, 2016, 303 ss.; A. Cordiano, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 255 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173 del 2015*, cit., 602 ss.; C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus vita e pensiero*, 2021. Di diritto all'affettività e alla verità affettiva nella costituzione degli *status filiationis* scriveva già A. Palazzo, *La filiazione*, cit., 257 ss.

70 Il riferimento è essenzialmente all'art. 24 C.d.f.U.E. primo comma, che prevede il diritto dei fanciulli alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione, che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. Sulla rivoluzione culturale, prima che giuridica, che ha condotto all'affermazione di un diritto paidocentrico cfr. A. Palazzo, *La filiazione*, cit., spec. 547 ss.; G. Cian, *Recensione ad Antonio Palazzo, La Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007 (1^a ed.), cit., spec. 482 e 485. Nel medesimo senso si dirigono la FGG-Reform tedesca che ha riscritto il § 1626, comma 2, BGB; il *Children Acts* del 1989 e del 1991 e il *Family Act* del 1996 nel diritto inglese; la novella al *code civil* introdotta con l. 2002-305 in Francia; l'art. 154 *código civil* spagnolo, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero. Corte d'Appello di Roma, sez. min., n. 1/2022, secondo la ricostruzione di E. Battelli, *Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta*, in *Giustizia insieme*, 2022, applica i medesimi principi, disponendo, tuttavia, non un'adozione mite, ma un'adozione aperta, frutto di una lettura evolutiva dell'art. 27 l. 184/1983, inteso nel senso "meramente giuridico" della cessazione dei soli rapporti con la famiglia di origine, e della conservazione dei rapporti affettivi della bambina adottata con la nonna materna, accertata la disponibilità della coppia adottante.

71 Cfr. Corte d'Appello di Perugia, 22 marzo 1996 e Tribunale per i minorenni di Perugia, 10 ottobre 1995, entrambe in *Rass. giur. umbra*, 1996, 28: la prima conferma l'adozione in casi particolari da parte del secondo marito della madre di un bambino, nonostante fosse stata pronunciata, difettando lo stato di abbandono ed il consenso del genitore biologico, che non aveva mai riconosciuto il figlio; nel secondo si ritiene superabile il diniego del padre, nei cui confronti lo *status* era costituito, quando non fondato sulla valutazione del contrasto con l'interesse del minore, ma sul risentimento nei confronti della madre e del suo nuovo marito.

Il Tribunale, all'esito degli accertamenti di cui agli artt. 12 e 13, si trova dinnanzi all'obbligo di dichiarare lo stato di adottabilità di questi minori quando accerti che le condizioni di difficoltà della famiglia di origine non sono transitorie o dovute a causa di forza maggiore (art. 8, comma 1), ma solo allorquando il minore sia privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi.

La precisazione non è tautologica, e lo conferma il fatto che la novella dettata con d.lgs. 154/2013, di unificazione degli *status* di filiazione, abbia aggiunto un'importante precisazione all'art. 15 l. 184/1983t, che dettaglia i presupposti necessari alla dichiarazione dello stato di abbandono, ed in specie alla lett. c), riferita all'eventualità in cui i genitori abbiano mantenuto un ruolo attivo nella vita del bambino, intervenendo anche nel giudizio minorile e collaborando coi servizi sociali in vista di «più validi rapporti tra il minore e la famiglia» (art. 12, comma 4). L'adottabilità non può oggi dichiararsi quando le prescrizioni impartite alla famiglia biologica non «sono rimaste inadempite per responsabilità dei genitori», ovvero non «è provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali dei genitori in un tempo ragionevole».

A dire il vero, neppure prima della novella⁷² avrebbe potuto pronunciarsi lo stato di adottabilità di un minore i cui genitori non abbiano potuto, senza loro colpa, adempiere alle prescrizioni dettate dal Tribunale per garantirgli assistenza morale, mantenimento, istruzione ed educazione, né quelli le cui capacità genitoriali possano essere recuperate durante il periodo di affidamento temporaneo, preordinato appunto ad offrire al bambino un ambiente familiare idoneo durante l'applicazione degli interventi di sostegno e aiuto disposti a favore della sua famiglia (art. 1, comma 1), oggi attivabili dai servizi sociali territoriali anche su segnalazione giudiziale (art. 79 *bis*, anch'esso introdotto dal d.lgs. 153/2014)⁷³. La valutazione, infatti, è sempre stata estranea al confronto tra le condizioni ed il progetto di vita eventualmente più desiderabile offerti dalla famiglia affidataria rispetto a quello che potrebbe garantire la famiglia di origine⁷⁴.

Eppure la proposizione normativa novellata ci sembra conservare autonomo rilievo, nel suo ricordarsi con il diritto del bambino a "crescere" nella propria famiglia, nonché a "mantenere rapporti significativi con i parenti" sancito dall'art. 315 *bis*, comma 2, c.c., e nel collegamento con tale disposizione si giustifica la delega alla novellazione della l. 184/1983, in vista della «specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori (...) non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia» [art. 2, comma 1, lett. n), l. 219/2012].

Il caso è proprio quello dei minori in condizioni di semiabbandono⁷⁵, e l'adozione *ex art.* 44 lett. d) realizza lo scopo di coniugare la conservazione dei rapporti giuridici ed affettivi con la famiglia di ori-

72 Lo rilevano, criticamente, M. Dogliotti, *Adozione di minori e stato di abbandono. Perché una specificazione?*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 751 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 535 ss., che evidenzia il rischio di strumentalizzare a danno del bambino il giudizio prognostico di irrecuperabilità genitoriale; J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, cit., 252 ss., che sottolinea come i tempi di recupero dei genitori possano differire da quelli imposti dalle esigenze del minore in crescita. Aggiunge G. Recinto, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca dell'adottabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1161 ss.; Id., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam.*, 2014, 1485 ss., che si rischia di attendere troppo, con pregiudizio irreparabile del minore, o di intendere l'adozione in termini sanzionatori della condotta genitoriale.

73 Ne consegue, per P. Perlingieri e A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'affidamento del minore nell'esegesi della nuova disciplina*, Napoli, 1984, 40, che agli affidatari non spetta la potestà, oggi responsabilità genitoriale, pur esercitando poteri analoghi, ma per un tempo limitato ed allo scopo di aiutare i genitori ed il minore a superare la difficoltà per rientrare in famiglia. Contesta la consacrazione di «formidabile supplenza» della magistratura rispetto all'autorità amministrativa M. Dogliotti, *Adozione di minori e stato di abbandono*, cit., 751; in termini analoghi G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione*, cit., 535, sottolinea che dovrebbe essere l'ente preposto ai servizi socio assistenziali ad essere in grado di monitorare le situazioni di difficoltà e porvi rimedio, mentre J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., 255 nota che all'obiettivo opposto si dirigeva la riforma della giustizia minorile. Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., evidenzia una ulteriore conferma della tutela dell'affettività consolidata nel regime di prescrizione cui soggiacciono le azioni demolitorie dello *status* non corrispondente alla verità biologica, introdotte con la riforma di parificazione, su cui v., in termini critici, R. Pane, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, cit., 2015, 441 ss.

74 Cfr. M. Bessone, G. Alpa, And. D'Angelo e G. Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, 334; F. Ruscello, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Famiglia e dir.*, 2003, 191 ss.

75 Tribunale per i minorenni di Bari, 7 maggio 2008, in *Famiglia e dir.*, 2009, 393, con nota di S. Caffarena, *L'adozione «mite» e il «semiabbandono»: problemi e prospettive*; v. anche A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit. 533 ss. Ritiene la necessità di tale «interpretazione volutamente alternativa dell'art. 44, comma 1, lett. d)», «stante la radicale inadeguatezza dello strumento normativo ad hoc», la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010*, in *Giust. civ.*, 2011, 371 ss.;

gine, con il riconoscimento degli ulteriori vincoli affettivi maturati nei confronti degli affidatari. Sono, come ricorda recentemente la Consulta, proprio questi i casi ai quali si riferisce la ricordata giurisprudenza di Strasburgo, segnalando l'opportunità e la conformità alla Convenzione di siffatta interpretazione della legislazione vigente, perché aderente al dovere statale di proteggere i legami familiari in atto; e in questi casi «il combinarsi delle due finalità sottese all'adozione in casi particolari – quella volta a tutela l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica impossibilità ad accedere all'adozione piena – ha indotto la giurisprudenza a consentire, anche nelle citate ipotesi, l'accesso all'adozione in casi particolari»⁷⁶.

Anche per la giurisprudenza di merito «rientra nel concetto di semiabbandono permanente la condizione di grave disagio del minore, in affidamento familiare oltre il tempo limite, di cui la famiglia d'origine è parzialmente e permanentemente insufficiente per il pieno e adeguato sviluppo della sua personalità, ancorché svolga un ruolo attivo e positivo tale da escludere declaratoria di adottabilità di cui all'art. 7 l. 184/1083. In tale ipotesi può farsi luogo alla cosiddetta adozione mite, applicando in via interpretativa l'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 in materia di adozione non legittimante, norma da coordinare con le disposizioni di cui agli artt. 45 e 46 della stessa l., in base alle quali non si esige il presupposto della situazione di abbandono morale e materiale del minore, ma solo il consenso dei genitori o del tutore all'adozione, oppure, in caso di mancato consenso e assenso, la circostanza che i genitori non esercitino la potestà sul figlio e, quindi, che sia stato pronunciato nei loro confronti un provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale. Per effetto del provvedimento di adozione così pronunciato, il minore può assumere il cognome dell'adottante, sostituendolo al proprio, quando esso costituisca ormai segno distintivo della sua identità personale»

In un caso, «il curatore del minore chiese alla Corte d'appello di non procedere a un'adozione legittimante, ma a un'adozione legittimante aperta o adozione mite ..., ossia un'adozione che avrebbe permesso alla ricorrente di incontrare il figlio sotto la sorveglianza dei servizi sociali in modo tale da mantenere un legame tra loro».

Il rigetto dell'istanza è stato, come abbiamo visto, sanzionato dalla Corte di Strasburgo, pur «ben consapevole del fatto che il rifiuto da parte dei Tribunali di pronunciare un'adozione semplice risulta dall'assenza nella legislazione italiana di disposizioni che permettano di procedere a questo tipo di adozione», ma altrettanto conscia del fatto che «anche che alcuni Tribunali italiani (...) avevano pronunciato, per mezzo di una interpretazione estensiva dell'articolo 44 d), l'adozione semplice in alcuni casi in cui non vi era abbandono»⁷⁷.

in senso conforme Consiglio Superiore della Magistratura, *Comunicazione* del 23 maggio 2006, su cui F. Santanera, *L'adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima non autorizzata dal Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Prospettive assistenziali*, n. 154/2, 2006, 34 ss.; Circolare Pres. Tribunale per i minorenni di Bari, *La presentazione dell'adozione mite*, in *Minori giust.*, 2003, 278 ss. In dottrina discute di affido permanente M. Dogliotti, *Adozione*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, 2ª ed., Milano, 2009, II, *sub art. 4, l. 184 del 1983*, 2821 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Artt. 1-28 legge 4 maggio 1983, n. 184*, in AA.VV., *Della famiglia*, in *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2010, 149 ss.; S. Caffarena, *L'adozione «mite» e il «semiabbandono»: problemi e prospettive*, cit., 398 ss.; A. Batà e A. Spirito, «Semiabbandono permanente» e «adozione mite», *ivi*, 2005, 301 ss.; L. Errico, *L'adozione mite: i ruoli*, in *personaedanno.it*, 2008; AA.VV., *Affido forte e adozione mite: culture in trasformazione*, Milano, 2007, *passim*; J. Long, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. fam.*, 2007, 1432 ss.; F. Occhiogrosso, *L'adozione mite due anni dopo*, in *Minori giust.*, 2005, 149 ss.; L. Lenti, *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e adozione accolti nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 2001, 86 ss. V., in termini critici, anche M. Dogliotti, A. Figone, F. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, 2ª ed., Torino, 2009, 504 ss.

76 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.2.2. Coerente l'apprezzamento di Corte di cassazione, ord. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Famiglia e dir.*, 2022, 241, con nota di S. Corso, *Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*, di riforma della sentenza di adottabilità, e in direzione dell'adozione mite, ex art. 44 lett. d), l. cit., in una situazione di semiabbandono permanente connotata da gravi carenze genitoriali difficilmente recuperabili, accompagnata, però, da un significativo legame affettivo con uno o entrambi i genitori, ritenendo che il giudice «in applicazione degli artt. 8 CEDU, 30 Cost., 1, l. n. 184 del 1983, e 315 bis, comma 2, c.c., deve accertare l'interesse del medesimo (minore - n.d.r.) a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, poiché l'adozione legittimante integra una *extrema ratio*, cui può pervenirsi nel solo caso in cui non si ravvisi tale interesse». Cfr. anche Corte di cassazione, ord. 1 luglio 2022, n. 22024, in *Osservatoriofamiglia.it*, secondo cui il giudizio di accertamento dello stato di adottabilità di un minore in ragione della sua condizione di abbandono, e il giudizio volto a disporre un'adozione mite, costituiscono due procedimenti autonomi, di natura differente e non sovrapponibili fra loro, dato che il primo è funzionale alla successiva dichiarazione di un'adozione cd. piena o legittimante, costitutiva di un rapporto sostitutivo di quello con i genitori biologici, con definitivo ed esclusivo inserimento in una nuova famiglia del minore, mentre il secondo crea un vincolo di filiazione giuridica coesistente con quello con i genitori biologici, non estinguendo il rapporto del minore con la famiglia di origine.

77 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, cit., par. 21

6. Evoluzione di diritto positivo

Quanto sia – e sia sempre stata – preziosa e tutt'altro che residuale l'adozione genitoriale è, del resto, dimostrato dal fatto che ogni anno vengono pronunciate almeno lo stesso numero di sentenze di adozione genitoriale che parentale, e spesso le prime superano le seconde⁷⁸, in piena conformità con l'evoluzione non solo del diritto vivente, ma anche di quella normativa.

Nel senso della progressiva alternatività tra l'adozione ai sensi del Titolo I e quella del Titolo IV, vanno segnalati ulteriori interventi legislativi, che hanno caratterizzato l'adozione in casi particolari, in ragione sia di una peculiare valorizzazione dell'affettività del minore, nella prospettiva di tutela del suo diritto a conservare i legami, sia a garanzia della sua identità, attraverso la realizzazione dell'interesse a veder stabilizzato, con la costituzione dello *status filiationis*, l'ulteriore vincolo che intrattiene con alcuni adulti⁷⁹, che svolgono in modo stabile ed amorevole per lui funzioni di cura e accudimento genitoriali, quando ciò coincida con la domanda adottiva di costoro.

Il riferimento è anzitutto all'art. 25, l. 28 marzo 2001, n. 149, che ha aggiunto all'art. 44 la lett. c), dedicata al minore che si trovi nelle condizioni di grave *handicap* di cui all'art. 3, comma 1, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre. Nella medesima direzione si apprezza il già ricordato art. 4, comma 3, della l. 19 ottobre 2015, n. 173, che ha inserito nella lett. a) dell'art. 44, dedicata all'orfano di padre e madre, la specificazione del preesistente rapporto stabile e duraturo con l'adottante, «anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento».

I primi commentatori evidenziavano come fosse contraddittorio specificare, alla lett. c) dell'art. 44, una delle ipotesi in cui si sostanzialmente impossibilitava l'affidamento preadottivo qual è la disabilità grave, e contemporaneamente limitare la previsione ai soli minori orfani: allo stesso modo di costoro, infatti, «trovano difficoltà all'adozione non solo gli handicappati, ma pure i minori difficili, gli adolescenti ecc. E a tale esigenza già sopperiva la previsione relativa alla constatata impossibilità di un affidamento preadottivo»⁸⁰.

Non si vedeva, inoltre, come tutelare l'adottando rispetto ad una sentenza di adozione che prescindere dalla verifica di congruo periodo di affidamento⁸¹, sebbene la delicatezza della condizione in cui versa il minore “difficile”⁸² ed il difetto di istruttoria sull'idoneità dell'adottante sembrerebbero imporre maggiori cautele, e nonostante la possibilità che coesistano due processi diversi, eventualmente innanzi a distinti uffici giudiziari⁸³, con esiti nefasti per la stabilità affettiva del minore protetto⁸⁴.

Al contrario, e secondo l'impianto della pronuncia in commento, si può ritenere che la mancata previsione di un affidamento ha senso nelle restanti ipotesi dettagliate dal citato art. 44, ed anzi, ne manifesta la *ratio* nella garanzia offerta alla maturata affettività, in quanto non richiede farsi luogo ad

78 Camera dei Deputati, Seconda Commissione, Giustizia, *Indagine conoscitiva sull'attuazione della legislazione in materia di adozioni ed affido*, resoconto stenografico del 13 giugno 2016, audizione del Presidente del Tribunale per i Minorenni di Salerno.

79 Corte costituzionale, 28 novembre 2002, n. 494, cit., enunciò il diritto fondamentale del figlio a vedersi riconosciuto lo *status* nei confronti del genitore incestuoso, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c., che escludeva dalla dichiarazione di giudiziale di paternità o maternità e dalle relative indagini i casi in cui era vietato il riconoscimento, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c. In termini conformi v. Corte costituzionale, 10 febbraio 2006, n. 50, cit. La riforma ha, coerentemente, ammesso il riconoscimento dei figli di genitori incestuosi, previa autorizzazione dettata nell'interesse del minore: cfr. S. Troiano, *Diritto allo stato e figli «senza stato»*, ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione, cit., 243 ss. Sulle conseguenze successorie cfr. A. Sassi e S. Stefanelli, *Incapacità testamentarie*, cit., 84 ss.; più in generale, anche per riferimenti bibliografici, S. Stefanelli, *Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell'ordinamento italiano*, cit., 337 ss.

80 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 809.

81 Cfr. M. Bessone e G. Ferrando, *Minori e maggiori di età (adozione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1984, 90, criticano anche la mancanza di selezione degli adottanti ed il fatto che l'adozione non abbia effetti legittimanti.

82 E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, in *Dir. fam.*, 2016, 257, esemplifica: «Si tratta, in questa ultima previsione, del classico bambino difficile, vuoi perché dotato di “caratteraccio”, vuoi perché ormai grandicello, per far adottare il quale non si riescono a seguire le ordinarie procedure perché, al pari del bambino handicappato, nessuno lo vuole e, pertanto, non si riesce ad affidarlo, ovvero, ove dato in affidamento preadottivo, detto affidamento non giunge a buon fine con anticipata “restituzione” del minore medesimo».

83 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 811.

84 L'eventualità si è effettivamente verificata, ed è stata oggetto della decisione di merito sul contrasto di giudicati rispetto alla domanda di adozione di un minore in condizioni di disabilità da parte di un singolo, presso il quale era stato collocato, e di una coppia, cui era stato affidato con provvedimento interinale, nella constatata impossibilità di far luogo ad un affidamento preadottivo: si legga Corte d'Appello di Milano, 19 aprile 2000, in *Famiglia e dir.*, 2000, 603, con nota di M.C. Vanz, *Decreto di adozione e contrasto di giudicati: la doppia famiglia di un «senza famiglia»*.

alcun esperimento di convivenza quando è in atti il felice esito della stessa, come figlio e genitore, che giustifica la costituzione del vincolo giuridico, in adesione a quel vincolo che nei fatti è maturo, e viene accertato attraverso l'indagine di cui all'art. 57, comma 2, l. adozione.

La lettera c) dell'art. 44, è allora l'unica norma eccezionale⁸⁵, in cui si manifesta uno speciale *favor legis* per l'adozione di minori portatori di «grave minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione»⁸⁶. Per questi bambini si apre dunque la strada, quando siano altresì orfani di padre e madre, all'adozione da parte di persone che non rivestirebbero i requisiti previsti per l'adozione parentale: persone singole, coppie conviventi, coniugate da meno di tre anni o separate di fatto, ovvero adulti troppo anziani.

7. Difficoltà o impossibilità di accedere all'adozione piena

La pronuncia in commento ascrive alla *ratio* di «risolvere situazioni di giuridica impossibilità di accedere all'adozione piena»⁸⁷ anche la fattispecie di cui all'art. 44 lett. d), e abbiamo visto che, se l'impossibilità di affidamento dovesse intendersi necessariamente in senso fattuale, la disposizione finirebbe per perdere giuridica rilevanza, posto che la giurisprudenza valorizzava proprio la disabilità tra le condizioni di fatto impedienti l'affidamento preadottivo di cui alla precedente formulazione. Di conseguenza, le ipotesi di cui alle lett. c) e d) si distinguerebbero esclusivamente perché si farebbe luogo a quella della lett. c) quando siano deceduti entrambi i genitori.

Riferire, invece, l'impossibilità a ragioni ulteriori, e non solo alla difficoltà di reperire adottanti disposti all'affidamento, risponde all'imperativo di conservazione del valore giuridico della disposizione.

Nello stesso senso, abbiamo visto che la novella dettata con l. 173/2015, ribadisce il principio fondamentale che deve ispirare la decisione giudiziale circa la scelta di un prototipo adottivo piuttosto che dell'altro, e della famiglia in cui inserire il minore: quello di conservazione dei «legami affettivi significativi» e del «rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria».

L'adozione in casi particolari è, del resto, retta dalla clausola di apertura dell'art. 44, che ammette l'adozione di minorenni «anche⁸⁸ quando non ricorrono» le condizioni di abbandono che legittimerebbero, ai sensi dell'art. 7, comma 1, la dichiarazione di adottabilità⁸⁹. Un primo punto fermo è dunque l'esclusione della necessità di tale requisito⁹⁰.

85 A. e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori*, cit., 173 ss.

86 Tribunale per i minorenni di Roma, 30 ottobre 2015, in *Famiglia e dir.*, 2016, 584, con nota di A. Scalera, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*, chiarisce che la novella del 2001 ha introdotto la lett. c) «relativa al minore in condizione di disabilità, proprio per sgombrare il campo alla *vexata quaestio* se l'espressione impossibilità di affidamento preadottivo dovesse essere intesa come impossibilità di fatto o invero giuridica». V. anche Id., 30 luglio 2015, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 686, con nota di G. Salvi, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, cit. Ritieni G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in G. Collura, L. Lenti e Man. Mantovani (a cura di), *Filiazione*, cit., 995, che «con la possibilità di "percorrere immediatamente" la via dell'adozione in casi particolari, il legislatore intende dare rilievo alla manifestazione di consenso dell'adottante e dell'adottato *handicappato* e forse sta qui la *ratio* di questa nuova ipotesi, che non pare contrastare con l'interesse dell'adottando».

87 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.1.

88 Corsivo nostro.

89 Lo rilevava Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.; lo ribadisce Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., rigettando l'appello proposto dal Procuratore generale (avverso Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015), censurando la nullità del procedimento per mancata nomina di un curatore speciale del minore e sostenendo che la constatata impossibilità di affidamento preadottivo presuppone sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, essendo l'adozione «un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo, che mira a offrire tutela a situazioni di adozioni difficili od impossibili di fatto». In dottrina, cfr. almeno R. Pane, *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Napoli, 2003, 162, secondo cui: «La nuova tendenza volta a rivalutare il modello adottivo ha evidenziato la flessibilità dello schema formale dell'istituto, che consente di offrire uno strumento tecnico efficace per tutelare gli interessi del minore alla presenza delle molteplici e nuove situazioni prospettate dalla realtà sociale, ove sono in atto sempre più arcate differenziazioni dei modelli familiari, rese evidenti anche dall'incremento del numero delle separazioni e dei divorzi. La varietà delle ipotesi nelle quali è possibile il ricorso a tale forma di adozione, infatti, nel rivelare la variabilità di finalità che possono, in concreto, essere realizzate dall'istituto, accentua il suo fondamento personalistico, enunciato solennemente dall'art. 57, n. 2, che subordina la pronuncia di adozione in casi particolari alla verifica del preminente interesse del minore».

90 Corte d'Appello di Torino, 27 maggio 2016, cit.

Dottrina e giurisprudenza si sono divise ritenendo che l'espressione sottintenda una impossibilità di diritto, oltre che di fatto⁹¹, o piuttosto che potessero qualificarsi casi di impossibilità di diritto quelli di cui alle lett. a) e b), mentre necessita l'impossibilità di fatto negli altri delle lett. c) e d)⁹², legati a concrete difficoltà di inserire il minore, in ragione della sua disabilità, età, problematicità o patologia psico-fisica, in una famiglia avente i requisiti per l'adozione parentale. Di conseguenza, riguardo alla lett. d), si evidenziava che «ove il legislatore avesse inteso estendere la portata della previsione, non di impossibilità avrebbe parlato, ma di "inopportunità" di affidamento preadottivo»⁹³. Sarebbe pertanto escluso dall'adozione ex art. 44 lett. d) il minore che non sia stato dichiarato adottabile, in ragione del presunto principio di univocità dello *status*, che soffrirebbe eccezioni solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge⁹⁴.

Tra le condizioni dettate dall'art. 44, si tratta all'evidenza di quella di più complessa interpretazione, mentre le precedenti sono sufficientemente dettagliate con riguardo alla situazione soggettiva del minore – orfano di entrambi i genitori nelle lett. a) e c) – e/o a quella dell'adottante, che nella lett. b) è il coniuge del genitore, e nella lett. a) un parente o altra persona legata all'adottando da stabile rapporto affettivo, anche maturato nel corso di un affidamento temporaneo.

Il dubbio circa la connotazione fattuale piuttosto che giuridica della impossibilità di affidamento preadottivo non può superarsi restringendo l'indagine al confronto con le disposizioni dettate dalle lett. a) e b), essendo anche queste situazioni nelle quali «non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7» di fatto oltre che in diritto, in quanto la dichiarazione di adottabilità sarebbe impedita dall'essere il minore validamente accudito dai parenti più stretti o dal genitore.

Del resto, anche il minore che versi in condizione di stabile abbandono morale e materiale da parte dei suoi genitori potrebbe trovarsi nella giuridica impossibilità di essere destinatario di una sentenza di adottabilità, quando resti inerte il pubblico ministero, unico legittimato a promuoverla dall'art. 9, comma 2⁹⁵, oppure sia proprio lui, compiuti i quattordici anni, a rifiutare il consenso all'affidamento preadottivo alla coppia prescelta dal Tribunale, ai sensi dell'art. 22, comma 6, o a negare più in radice quello all'adozione parentale, ovvero ancora a revocare quello precedentemente prestato, ai sensi dell'art. 7, comma 2, esercitando un diritto che mantiene fino alla pronuncia definitiva dell'adozione. Non può dunque sostenersi che l'unica fattispecie di impossibilità giuridica di affidamento sarebbe quella dell'adozione da parte del convivente del genitore, in cui trova frequente applicazione nella giurisprudenza più recente.

L'interpretazione più attenta, sostenuta dal ricordato orientamento della Consulta⁹⁶, è stata offerta dalla Cassazione⁹⁷ in riferimento all'adozione coparentale in coppia omosessuale. Tale tesi intende la lett. d) «quale clausola residuale in cui valutare tutte quelle condizioni, non sempre preventivamente, che nella realtà possono presentarsi e non possono farsi rientrare nelle ipotesi previste dalle lett. a), b) e c)», e di conseguenza valorizza la normativa esclusione della necessità di dichiarazione di adottabilità per far spazio alla valutazione, ulteriore ai sensi dell'art. 57, l. adozione, dell'interesse del bambino ad ottenere, con lo *status* adottivo, la «instaurazione di vincoli giuridici significativi tra il minore e chi di lui si occupa»⁹⁸.

91 Tribunale per i minorenni di Roma, 30 ottobre 2015, cit. (corsivo nostro).

92 L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, cit., 493, riprendendo le argomentazioni già svolte da Id., *L'affidamento e le adozioni*, cit., 472, con riferimento all'originaria lett. c): «mentre nei primi due casi viene in considerazione una impossibilità giuridica di pronunciare l'adozione, in quanto si tutela un rapporto preesistente, in questa ipotesi rileva esclusivamente una impossibilità di fatto, per cui, nella impossibilità di affidamento preadottivo, si cerca comunque di offrire al minore la possibilità di instaurare un rapporto sostitutivo di quello originario che manca. A differenza, quindi, delle ipotesi precedenti, il minore si trova in stato di adottabilità».

93 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 809.

94 P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., 397 ss. lo evidenzia con riferimento alla sentenza che, con apprezzamento equitativo dell'interesse del minore, ne aveva dichiarato l'adozione in casi particolari da parte degli affidatari revocando al tempo stesso la dichiarazione di adottabilità allo scopo di conservare i rapporti con la madre biologica, che erano rimasti significativi.

95 Corte di cassazione, 10 aprile 2013, n. 8677, *Ced* 626078, sulla scorta del principio di garanzia della terzietà del giudice minorile affermato da Corte costituzionale, 4 luglio 2002, n. 314, in *Giur. cost.*, 2002, 2418, nonostante il Collegio abbia certezza della condizione di grave pregiudizio in cui versa il minore.

96 Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015, in *Dir. civ. contemporaneo*, 26 dicembre 2015.

97 Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

98 Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015, cit.

In questa ottica, la previsione si apprezza come «un'ulteriore “valvola” per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere»⁹⁹ che precedono, nei quali, come ha insegnato la Consulta, è opportuno «favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella “legittimante”, ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima»¹⁰⁰.

La decisione, interpretativa di rigetto, si riferiva all'originaria lett. c) dell'art. 44, dell'identico tenore dell'attuale lett. d), rispetto alla quale le ordinanze di rimessione ritenevano «di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lett. c) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento». La Consulta evidenziava, invece, la peculiarità dell'adozione in casi particolari, che «non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore», e sottolinea che «in realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla “assenza delle condizioni” previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima l. n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lett. c)», e pertanto «non esige che sia concretamente tentato l'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore venga richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno».

È questa l'interpretazione accolta anche dalle S.U.¹⁰¹ nella decisione sul riconoscimento dell'atto di nascita straniero da gestazione per altri, definendo l'art. 44 lett. d) cit. «una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo».

Le Corti hanno, dunque, preso le distanze dall'opposto orientamento che denunciava il rischio di favorire «aggiramenti e attacchi all'adozione legittimante»¹⁰², realizzati dando «luogo alla trasformazione di affidamenti abusivi in adozioni in casi particolari, incoraggiando così comportamenti captativi, soprattutto da parte di coppie prive di figli e sprovviste dei requisiti dell'adozione legittimante, a scapito dei minori e dei genitori che versino in condizioni di momentanea e grave difficoltà»¹⁰³.

99 Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

100 Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

101 Corte di cassazione, S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

102 M. Dogliotti, A. Figone e F. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, cit., 507; E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens»*, condendum, cit., 265, con riferimento alle sentenze che hanno pronunciato l'adozione coparentale, censura l'aver avallato «per sentenza una vicenda *ab origine* tutta fraudolenta, per consentire al convivente omosessuale ciò che all'eterosessuale, in mancanza di un rapporto di coniugio in atto, il diritto positivo non ha mai riconosciuto: la possibilità di veder pronunciata una adozione in proprio favore». *Contra*, Tribunale per i minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 309, ritiene che l'inciso iniziale dell'art. 44 va inteso nel senso per cui l'adozione può pronunciarsi in difetto di stato di abbandono solo ai sensi della lett. b), o in altri casi peculiari in cui «il legislatore ha ritenuto che, pur sussistendo l'abbandono, per la peculiare situazione in cui si trova il minore non è opportuno procedere all'adozione legittimante per favorire il mantenimento del minore in un contesto familiare che sia però sostitutivo della famiglia di origine proprio per garantirgli i due 'genitori' che altrimenti non avrebbe». Per una critica v. S. Stefanelli, *Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in articolo29.it*. La decisione è stata riformata, in linea con Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., da Corte d'Appello di Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 2061.

103 P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., 353 ss. Di «un ampliamento delle ipotesi di adozione in casi particolari; ampliamento il cui uso distorto potrebbe lasciar sopravvivere un pericoloso varco idoneo a consentire quegli aggiramenti alla legge che la riforma, come primo obiettivo, ha inteso abolire», e di «prassi deviante» da scoraggiare, discute anche L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., 474 ss., con riferimento al «timore che, intendendo la impossibilità di affido preadottivo nella sua accezione più lata, si vengano a creare le premesse perché l'adozione possa essere chiesta anche da coloro che non ne abbiano i requisiti». Ritiene G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Dir. fam.*, 2015, 1339, che «si finirebbe per privare di qualsiasi significato la casistica dettata dal legislatore per la “adozione in casi particolari”: qualunque minore, invero, ancorché non venga a trovarsi in stato di abbandono, potrebbe essere adottato ai sensi dell'art. 44, esito interpretativo, questo, che appare francamente paradossale» (corsivo nel testo). Nello stesso senso anche F. Tommaso, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, 277 s., per il quale l'orientamento opposto «va criticato non soltanto per essere manifestamente *contra legem* ma anche poiché consentirebbe un'indiscriminata apertura verso adozioni che non avrebbero più soltanto la funzione di proteggere i minori nelle situazioni

Era stata dichiarata l'adozione *ex art. 44, lett. d)*, da parte del convivente eterosessuale della madre¹⁰⁴, ritenendo «costituzionalmente necessitato lo sforzo antidiscriminatorio tra le due tipologie di unione (matrimonio e convivenza) quando non si discuta dei diritti/ doveri reciproci dei conviventi, ma dei diritti/ doveri dei terzi estranei alla coppia, che verrebbero incolpevolmente pregiudicati da una scelta alternativa al matrimonio compiuta dagli interlocutori, sebbene ne derivino conseguenze del tutto analoghe». Analoga decisione si è fondata sull'aver ritenuto che «l'evoluzione dei costumi e delle diverse forme dei legami affettivi significativi ha via via ampliato la portata della norma di carattere residuale in esame, giacché ciò che deve costituire il principio fondamentale cui ispirarsi è il preminente interesse del minore nel caso concreto. Del resto, sarebbe paradossale consentire l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro coniuge pur dopo la separazione o il decesso del coniuge stesso, come affermato in dottrina e in giurisprudenza, e non consentirla al convivente che mantenga stabili rapporti di convivenza con il genitore del minore»¹⁰⁵.

L'originaria intenzione del legislatore si dirigeva, in effetti, proprio allo scopo di porre fine alle prassi devianti diffuse sotto l'imperio della disciplina dell'adozione ordinaria, a danno del diritto del minore a crescere nella propria famiglia biologica, salve le ipotesi eccezionali in cui ne derivino rischi per la sua serenità e sicurezza, in conseguenza dell'abbandono stabile ed irreversibile da parte dei genitori¹⁰⁶.

Tali rischi sono tuttavia estranei alla domanda di adozione del figlio del *partner*, che mira anche al medesimo risultato di conferire forma giuridica ad una affettività di fatto esistente e maturata nel tempo, cui si dirigono non solo l'adozione del figlio del coniuge di cui alla lett. b), ma anche l'adozione dell'orfano da parte di chi gli sia legato stabilmente e durevolmente di cui alla lett. a), recentemente novellata proprio a tutela del diritto del minore alla stabilità affettiva.

L'obiezione conserva al contrario attualità rispetto all'ipotesi di cui alla lett. c), che prescinde dalla sperimentata affettività, e consente l'adozione di un minore disabile orfano anche da parte di persone a lui totalmente estranee, con le quali l'idonea convivenza può apprezzarsi solo in termini "possibilistici", ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. d), e non è accertata prima della pronuncia del titolo costitutivo di *status*.

Cosa debba intendersi per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» sembra apparire, in trasparenza, da tutta una serie di indici sistematici.

Abbiamo già ricordato che l'impossibilità di diritto è condizione che si riempie di significato non solo riguardo alla domanda avanzata dal convivente del genitore, ma anche rispetto alla mancata attivazione del pubblico ministero o al rifiuto del minore, e come sia arduo giustificare¹⁰⁷ la mancata previsione di un periodo di affidamento che preceda l'adozione in casi particolari di minori "difficili".

Elementi testuali si rintracciano anche nell'essere le ipotesi di cui alle lett. a) e d) accomunate dalla previsione del necessario divario di età tra adottante ed adottato (all'art. 44, ult. comma), mentre tale limite che non vige per la lett. c): se ne può dedurre il comune fondamento delle prime nella valorizzazione di un legame affettivo preesistente¹⁰⁸, che invece può mancare nell'adozione di minore disabile.

d'emergenza che giustificano l'applicazione delle regole sull'adozione in casi particolari, ma anche quella di sanare rapporti familiari di fatto illecitamente precostituiti». L'A. condivide, al contrario, la decisione di riconoscere gli effetti e la trascrizione del provvedimento estero di adozione parentale, in ragione del principio di ordine pubblico che vieta ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione personale, di cui all'art. 2 Cost, artt. 8 e 14 CEDU.

104 Corte d'Appello di Firenze, 4 ottobre 2012, in *aiafavvocati.it*

105 Tribunale per i minorenni di Milano, 28 marzo 2007, in *personaedanno.it*

106 Cfr. M.C. Ebene Cobelli, *Le adozioni*, cit., 54 ss.; secondo Id., *Art. 44*, cit., 172, «la cosiddetta adozione in casi particolari, che della "vecchia" adozione ordinaria riprende a dire il vero taluni aspetti normativi, ma che il legislatore ha inteso rigorosamente distinguere, nella disciplina, dall'istituto riservato ai maggiorenni». V. anche G. Cattaneo, *Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento di minori*, in *Quadrim.*, 1984, 50.

107 «Grave carenza legislativa» per L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., 473.

108 Cfr. F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam.*, 2011, 1398, e in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine 2011, 163 ss.: «l'adozione in casi particolari è diretta a «rinsaldare, attraverso la creazione di un legame giuridico, la tutela che deriva al/la minore dall'ambiente familiare che lo circonda», mentre quella piena si fonda sullo stato di bisogno». V. anche Id., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. Cesaro, P. Lovati e G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 120 ss.

La lett. b) conserva peraltro significato anche ove si ammetta, in applicazione della d) l'adozione da parte del *partner* perché, se è vero che non necessiterebbe allo sposo che sia anche convivente¹⁰⁹, permette però, a differenza della lett. d), la pronuncia anche quando l'adottante superi di meno di diciotto anni l'età dell'adottato¹¹⁰.

Del resto, l'art. 44, comma 3, dispone proprio per il caso di cui alla lett. d) – oltre che a) e c) – che l'adottante può anche essere non coniugato, e quindi persona singola, convivente o unita civilmente, mentre se è coniugato il periodo successivo richiede la domanda congiunta del coniuge. Il caso può essere quello di una persona coniugata che chiede di adottare *ex art. 44, lett. d)*, il minore che abbia negato il consenso necessario all'adozione piena, pur versando in stato di abbandono, e consenta invece all'adozione in casi particolari, oppure quello in cui il minore non sia mai stato dichiarato adottabile per difetto di iniziativa del p.m., o infine nell'ipotesi dell'art. 11, comma 1, quello del neonato che verrebbe in stato di abbandono perché lo *status* non risulta costituito verso i genitori biologici, ma vi sono domande di adozione in casi particolari e il Tribunale per i minorenni le ritiene corrispondenti al suo esclusivo interesse.

Rispetto, invece, alla domanda di adozione di un bambino che non versa in stato di abbandono le coppie coniugate hanno due possibilità, a seconda che l'adottando sia già figlio di uno dei coniugi oppure no: nel primo caso si applicherà la lett. b), nel secondo la lett. d), che mantengono quindi inalterata la loro precettività, proprio in applicazione del comma 3 dell'art. 44¹¹¹.

L'opinione si rafforza alla luce della previsione, risultante dal combinato disposto degli artt. 19, comma 1, 50 e 52, comma 1, l. 184/1983, per cui la responsabilità dei genitori di origine, il cui esercizio si sospende per effetto della dichiarazione di adottabilità, può riprendere in conseguenza della revoca dell'adozione in casi particolari o della cessazione dell'esercizio della responsabilità dell'adottante, se il Tribunale lo ritiene conveniente¹¹². L'applicazione della regola condurrebbe ad un evidente paradosso rispetto al minore abbandonato e adottato in casi particolari che, prima allontanato dalla sua famiglia di origine anche attraverso la secretazione dei dati degli affidatari preadottivi¹¹³, per ragioni di "convenienza" veda la cura della sua persona, la rappresentanza e l'amministrazione dei propri beni restituite a quei genitori che non frequenta più da anni, e dunque venga esposto, dopo il fallimento dell'adozione, al riaprirsi della ferita del primo abbandono. Potrebbe, inoltre risorgere in capo al genitore biologico anche l'obbligo di mantenimento¹¹⁴, in conseguenza dell'incapienza dell'adottante.

7.1. Il procedimento alla luce della riforma Cartabia e l'acquisizione dei consensi

Quanto al procedimento, la giurisprudenza lo ha qualificato come camerale di natura informale, secondo quanto dispone l'art. 313 c.c., richiamato dall'art. 56, l. 184/1983, specificando che da ciò derivano talune conseguenze: 1) la sua natura determina l'assenza di particolari vincoli di rigida priorità temporale tra i vari atti della procedura, unicamente permanendo l'esigenza di tutelare l'interesse superiore del minore, la cui indiscutibile prevalenza porta a negare l'esistenza di qualsivoglia interruzione processuale, non giustificata da incompatibilità della disciplina, tra le due procedure camerali per la dichiarazione

109 Con G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., 1342. Cfr. anche G. Perlingieri, *Il discorso preliminare di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, 682, nt. 23, con riferimento alla necessità di comprendere come coniugare l'adozione del convivente (anche omosessuale) ai sensi dell'art. 44, lett. d), con la preclusione implicita che risulta dalla lett. b); v. anche N. Cipriani, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozione di minori*, *ivi*, 39.

110 Censura l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria perché sostanzialmente abrogante la disposizione contenuta nella lett. b), «nonché del comma 3 del medesimo articolo, il quale, nei casi di cui alle lett. a), c), e d), e non dunque, ed evidentemente, lett. b), consente l'adozione oltre che ai coniugi, anche a chi – singolo – non è coniugato», E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, cit., 266; così P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., 1205 ss.

111 *Contra*, E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, cit., 266

112 Cfr. G. Carlini, *Adozione nei casi di constatata impossibilità di affidamento preadottivo*, in *Giur. merito*, 1984, 458 ss., per cui la norma dell'art. 46 è stata dettata proprio per le ipotesi (allora *sub* lett. c), nelle quali, se fosse presupposta la dichiarazione di adottabilità, che sospende la potestà genitoriale, il dissenso impediente dei genitori non potrebbe mai verificarsi, privando di senso l'art. 46. *Contra*, M.C. Ebene Cobelli, *Art. 44*, cit., 172.

113 La secretazione può essere ordinata dal Tribunale per i minorenni per la protezione del bambino e la serenità del nucleo familiare in formazione, in conseguenza di gravi attentati alla vita del figlio, del coniuge o di altri gravi reati, in forza dell'art. 10, comma 2, l. n. 184 del 1983, che sottopone all'autorizzazione del giudice il diritto delle parti e dei loro difensori di partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal Tribunale, presentare istanze istruttorie, prendere visione ed estrarre copia degli atti del fascicolo. In questo senso, da ultimo, Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14367, in *CED Cassazione* / 2013.

114 Corte di cassazione, 30 gennaio 1998, n. 978, in *Corriere giur.*, 1998, 269.

dello stato di adottabilità e per l'adozione in casi particolari; 2) di conseguenza, non possono ritenersi sussistenti preclusioni normative alla prestazione dell'assenso del genitore, non appena si prefiguri la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari¹¹⁵.

Un profilo peculiare della riforma adottata con l. 206/2021 e d.lgs. 149/2022 attiene alla nomina del curatore speciale del minore, che si riteneva non necessaria in ogni procedimento per l'adozione in casi particolari, ma da valutarsi in conseguenza dell'eventuale emergenza di un conflitto di interessi concreto, diretto ed attuale tra il minore e il suo legale rappresentante, nonché di un vantaggio indebitamente perseguito da quest'ultimo in danno del primo¹¹⁶.

In esito all'approvazione del d.lgs. 149/2022, è stato nuovamente riformulato l'art. 78 c.p.c. e il nuovo art. 473-bis.8 c.p.c. prevede la nomina obbligatoria del curatore del minore, a pena di nullità degli atti del procedimento, anche d'ufficio, nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio del minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte dei genitori, nonché quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto i quattordici anni, e la nomina facoltativa quando i genitori appaiano per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

Una ipotesi di nomina obbligatoria è, invece, specificamente dedicata ai procedimenti per l'affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 ss. l. 184/1983, e tanto sottolinea la distinzione dell'adozione in casi particolari da quella c.d. piena, rispetto alla quale la giurisprudenza aveva da tempo cercato di superare il vuoto di rappresentanza del minore, qualificandolo come parte necessaria del procedimento indirizzato a reciderne i rapporti con la famiglia di origine, che come tale deve essere stare in giudizio attraverso un curatore speciale¹¹⁷.

Abbiamo già visto come, secondo quanto dispone l'art. 45 l. 184/1983, nel corso del giudizio deve essere raccolto il consenso dell'adottante, dell'adottando che abbia compiuto gli anni quattordici; anche il minore ultradodicesimo o comunque capace di discernimento deve essere obbligatoriamente sentito, e la norma va raccordata con gli artt. 473-bis.4 e 473-bis.5 c.p.c., di carattere generale.

Ai sensi del successivo art. 47, comma 1, il consenso è revocabile sino a che sia intervenuta sentenza di adozione. Parimenti, a norma dell'art. 46, l. citata, è necessario l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando, salvo che il Tribunale ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario al suo interesse.

L'imprescindibilità dell'assenso dei genitori, e l'efficacia preclusiva del dissenso espresso dal genitore esercente la responsabilità, ex art. 46 l. 184/1983, costituiscono assunti incontestati in giurisprudenza, pur essendosi levate illustri voci critiche in dottrina¹¹⁸, specie con riferimento ai casi in cui il genitore, pur formalmente investito della responsabilità, non la eserciti oppure non abbia stabilito o conservato un rapporto significativo col figlio.

Ed era unicamente rispetto a tali ipotesi che si sono registrate alcune aperture, nella giurisprudenza di legittimità¹¹⁹, in ragione della progressiva presa di distanza del prototipo adottivo in commento dall'adozione di maggiorenni, che richiede l'assenso dei potenziali interessati al provvedimento, ex art. 297 c.c. Mentre, infatti, l'adozione tra adulti ha funzione esclusivamente patrimoniale e si dirige, essenzialmente, a costituire un erede all'adottante, quella in casi particolari avrebbe previsto il veto del genitore di origine in ragione della conservazione, appunto, dei rapporti di parentela con la famiglia dell'adottando, sicché «solo la comunanza di vita e la conseguente conoscenza degli interessi e delle esigenze del minore rendono rilevante il dissenso»¹²⁰.

115 Corte di cassazione, 12 gennaio 2010, n. 260, in *leggiditalia.it*. Nel caso di specie, l'assenso era stato prestato per la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo, motivata dalla Corte territoriale con il forte legame affettivo oramai esistente tra il minore e i futuri genitori adottivi, la cui recisione avrebbe comportato profondi traumi nella psiche del medesimo.

116 Cfr. G. Pisciotta, *Nel procedimento di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) l. 184/1983 il conflitto di interessi del minore col il genitore è in re ipsa?*, in *Articolo29.it* <http://www.articolo29.it/2016/nel-procedimento-di-adozione-in-casi-particolari-ex-art-44-lett-d-l-1841983-il-conflitto-di-interessi-del-minore-con-il-genitore-e-in-re-ipsa/>.

117 Corte di cassazione, 25 gennaio 2021, n. 1472, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce *Abbandono*, n. 4.; Corte di cassazione, 8 giugno 2016, n. 11782, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 349 ss.

118 Cfr. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corriere giur.*, 2012, 93 ss., in commento a Corte di cassazione, 10 maggio 2011, n. 10265; L. Vizzoni, *Dissenso del genitore biologico nell'adozione in casi particolari: tra efficacia preclusiva ed esercizio effettivo della responsabilità genitoriale*, in *Famiglia*, 2018, 20 settembre 2018.

119 Corte di cassazione, 16 luglio 2018, n. 18827, in *Foro it.*, 2018, I, 2661, con nota di G. Casaburi e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, con nota di J. Long, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*.

120 Corte di cassazione 26 novembre 1992, n. 11604, in *Dejure*; nello stesso senso cfr. Cass. 21 settembre 2015, n. 18575, *ivi*, mentre Corte di cassazione 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corriere giur.*, 2012, 93, si limita all'esercizio concreto della responsabilità.

Il sindacato giudiziale sul veto era, ogni caso, precluso rispetto alla giustificabilità o meno del rifiuto, o alla rispondenza o meno all'interesse del minore¹²¹, ed è per tale ragione che la Consulta ha rilevato l'urgenza di una diversa tutela del miglior interesse del minore, nato a seguito di procreazione medicalmente assistita in coppia femminile, in quanto il ricorso all'adozione in casi particolari è «impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitabilmente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima l. 184/1983»¹²².

Con recentissima pronuncia, le S.U. hanno, al contrario, affermato che «in realtà, la giurisprudenza è già pervenuta ad una lettura restrittiva della disposizione», ritenendo che «il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale. L'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale, allora, può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al disconoscimento»¹²³. Sarebbe, quindi, superabile il dissenso all'adozione *ex art. 44 lett. d)*, «tenendo conto che il contrasto rischia, non di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine, ma proprio di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto».

L'argomentazione coglie il difetto di un prototipo che costringe colei che non ha partorito il bambino nato da p.m.a. in coppia femminile (e, come si vedrà *infra*, anche il genitore solo intenzionale del nato attraverso gestazione per altri) ad adottare il proprio figlio, ma compie un deciso passo avanti rispetto all'orientamento precedente, difficilmente compatibile con la lettera del secondo comma dell'art. 46, che circoscrive il sindacato sul dissenso all'ipotesi in cui lo stesso provenga dal genitore non esercente la responsabilità.

Finisce, in tal guisa, per «spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore», sebbene sia la stessa pronuncia ad affermarne l'incompatibilità con il sistema delle fonti, in quanto «la giurisprudenza non è fonte del diritto», a proposito della necessità di attendere l'intervento del legislatore per e assicurare protezione al diritto fondamentale del bambino al proprio *status filiationis* (nei confronti del genitore non biologico, in caso di g.p.a.)¹²⁴. Non è il risultato interpretativo a preoccupare, dunque, ma, nella prospettiva del recepimento del principio di diritto così affermato, preoccupa l'incoerenza dell'argomentazione che lo sostiene, che finisce per cancellare l'inciso di cui all'art. 46, comma 2, l. 184/1983, e non può giustificarsi attraverso il riferimento al criterio di soddisfazione dell'interesse del minore, di cui all'art. 57, il quale non elide i presupposti normativamente previsti per la pronuncia dell'adozione¹²⁵.

7.2. Ipotesi di applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d)

Sebbene l'istituto trovi applicazione statisticamente maggioritaria rispetto alla domanda di adozione dei bambini nati dal progetto procreativo di coppie formate da persone del medesimo genere o attraverso gestazione per altri, l'impossibilità giuridica di affidamento preadottivo comprende, come abbiamo visto almeno altre quattro fattispecie. In specie: 1) il difetto di iniziativa del p.m., quando le persone che si siano prese cura del minore in luogo dei genitori propongano istanza di adozione in casi particolari;

121 Corte di cassazione, 26 luglio 2000, n. 9795, in *Giust. civ.*, 2001, 432.

122 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32, cit.

123 Corte di cassazione, S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, 83 ss., con nota di G. De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*; in *Riv. dir. fam. succ.*, 2023, 2, con nota di V. De Gioia, *Per le Sezioni Unite, al bambino nato da maternità surrogata possono essere assicurati gli stessi diritti degli altri bambini mediante l'adozione in casi particolari*;

124 Del resto, come abbiamo visto, è l'interpretazione giurisprudenziale ad aver piegato l'adozione in casi particolari alla funzione di garanzia del diritto dei nati da gestazione per altri o p.m.a. praticata fuori dai limiti nazionali, attraverso la rivisitazione del criterio dell'impossibilità di affidamento preadottivo, mentre nessuna norma disciplina lo status dei nati attraverso queste tecniche.

125 Con la conseguenza, evidenziata da G. De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, cit., 113, di svalutare anche il principio di diritto disegnato intorno alla natura di inammissibilità della pronuncia di Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33, cit., e all'impossibilità di far fronte all'inerzia del legislatore in via interpretativa, non avendo la giurisprudenza funzione creativa del diritto, sicché «l'argomentazione appena utilizzata viene incrinata nella sua credibilità razionale, in disparte generali considerazioni sul ruolo normativo della giurisprudenza in materie eticamente sensibili, proprio perché, nel corpo della stessa decisione, viene superata quando si tratta di giustificare l'effettività della tutela che sarebbe assicurata dall'adozione in casi particolari».

2) il rifiuto opposto dall'adottando ultraquattordicenne all'affidamento preadottivo; 3) la verifica del valido sostegno offerto da un genitore accudente; 4) la condizione di semiabbandono, che impedisce di pronunciare l'adottabilità in quanto sussistono seri legami affettivi coi suoi genitori biologici e una loro parziale capacità genitoriale, anche se non sufficiente ai bisogni del bambino¹²⁶.

La cui verifica della sussistenza di tali condizioni è rigorosamente preliminare a quella, ulteriore e imprescindibile, della corrispondenza della pronuncia – e del titolo dello stato che essa costituisce – al concreto interesse del minore¹²⁷, apprezzata attraverso l'indagine prescritta dall'art. 57.

Risolvere un presupposto nell'altro si tradurrebbe non tanto, con riguardo alla domanda del convivente, in un'interpretazione abrogante dell'art. 44, lett. b), ma più in radice nel sovvertimento della *ratio* dell'istituto dell'adozione in casi particolari, che abbiano visto essere preordinata a proteggere l'interesse del minore a veder riconosciuta giuridica rilevanza al legame affettivo che lo unisce all'adulto che di lui si occupa, come genitore. Tutela dell'affettività, dunque, che può esplicarsi sia nell'ambito di un nucleo familiare, addirittura facilitandone la composizione, sia in un singolo rapporto tra minore e adulto, tra i quali sussiste un legame educativo stabile. Tutela in nome della quale la protezione del minore può consigliare di preferire l'adozione in casi particolari anche ove sia constatato lo stato di abbandono¹²⁸, e che ha fondato il superamento della regola di divario minimo di età tra l'adottante e l'adottato¹²⁹.

In tal senso si comprende anche come, a differenza dell'adozione parentale, non sussista necessariamente una condizione di conflitto di interessi tra il genitore, che partecipa al giudizio assentendo alla domanda adottiva e riveste al contempo il ruolo di legale rappresentante del minore, e l'adottando. L'adozione parentale si giustifica infatti per la condizione di abbandono in cui versa il bambino, e il conflitto di interessi col genitore è *in re ipsa*, in quanto la sentenza rescinde definitivamente i legami giuridici ed affettivi con la famiglia biologica, sia che il genitore si opponga, sia che consenta alla dichiarazione di adottabilità, per sollevarsi dal peso di una responsabilità invisa, ma che resta espressione di un dovere discendente dalla filiazione e diritto fondamentale del figlio. Al contrario, l'adozione in casi particolari, che quei legami conserva¹³⁰, non evidenzia necessariamente l'identico conflitto, ed in questo senso non è necessaria la nomina di un curatore speciale del minore, salvo che le sue specifiche condizioni e le ragioni della domanda adottiva non lascino emergere quel conflitto, anche potenziale¹³¹.

126 Cfr. G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, cit., 1000; Tribunale per i minorenni di Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 645, per cui «vi è impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo non solo quando non si è trovata in concreto una coppia idonea per quell'adozione ma anche quando il minore già si trova presso una altra coppia cui è talmente legato da affetto da far ritenere che il distacco da quella coppia sarebbe contrario all'interesse di lui».

127 Cfr. G. Salvi, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, cit., 686 ss.

128 Tribunale di Perugia, 31 dicembre 2001, in *Rass. giur. umbra*, 2004, 485, con nota di A.M. Spalazzi Caproni, *Profili dell'adozione da parte dei «single»*, ha escluso il ricorso all'affidamento preadottivo in un caso in cui il minore aveva già instaurato rapporti significativi con una persona singola dichiaratasi disponibile all'adozione, giustamente preferendo il ricorso a tale forma, al fine di non creare traumi nel minore, con conseguente lesione del suo diritto a vedere giuridicamente consolidata la relazione affettiva in atto.

129 Corte di cassazione, 14 gennaio 1999, n. 354, in *Giur. it.*, 1999, 1803, con nota di N. Matera, *La Suprema Corte sull'adozione di maggiori di età: l'interesse «superiore» dell'armonia familiare oltre le differenze di età*; in *Famiglia e dir.*, 1999, 113, con nota di L. Rossi Carleo, *Adozione e tutela della famiglia ricostruita*; in *Corr. giur.*, 1999, 158, che ha affermato i seguenti principi: a) nel caso di adozione di minore figlio del coniuge dell'adottante, l'inderogabilità del divario minimo di età (diciotto anni) richiesto tra adottante e adottato può compromettere la realizzazione del valore costituzionale dell'unità della famiglia, cui è ispirata detta specie particolare di adozione; b) tale considerazione – posta a fondamento della sentenza della Corte costituzionale n. 44 del 1990, declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 5, l. adozione (nella formulazione anteriore alla l. n. 149 del 2001), nella parte in cui, limitatamente al disposto del comma 1, lett. b), non consentiva al giudice di ridurre, in presenza di validi motivi per la realizzazione dell'unità familiare, il predetto divario di età – ha eguale validità ove si tratti dell'adozione di due fratelli, figli del coniuge dell'adottante, uno dei quali sia divenuto da poco maggiorenne, e sempre che la differenza di età tra adottante e adottato rimanga nell'ambito della *imitatio naturae*; c) anche in tale ipotesi va, pertanto, riconosciuta al giudice, al fine di corrispondere all'indicato preminente valore etico-sociale scolpito nella Costituzione, e previo attento esame delle circostanze del caso, il potere di accordare una ragionevole riduzione del divario minimo di età di diciotto anni tra adottante e adottato.

130 S. Troiano, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (I parte)*, cit., 283 s.

131 Cfr. Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., anche per riferimenti all'orientamento giurisprudenziale recepito. La decisione precisa come non costituisca circostanza apprezzabile l'identità di sesso dell'adottante e del genitore biologico, convivente, in applicazione del citato "paradigma antidiscriminatorio".

8. Residuali criticità del ricorso all'adozione in casi particolari, con particolare riguardo alla filiazione da due donne o attraverso gestazione per altri

L'istituto dell'adozione in casi particolari si avvicina, dunque, a quello dell'adozione di minorenni in stato di abbandono, *quoad effectum*, distanziandosi di pari passo dall'adozione di maggiorenni; eppure non coincide ancora col prototipo minorile, neppure quanto all'efficacia.

Si rammenti, in particolare, il regime disegnato per la revoca dagli artt. 55 ss. l. 184/1983, intorno a gravi fattispecie di reato e alla violazione dei doveri incombenti sugli adottanti, la cui costituzionalità è stata affermata in relazione alla difformità di effetti dell'adozione di cui al titolo I, I. cit.¹³², e che mal si concilia col principio affermato dalla stessa Consulta con riguardo all'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 569 c.p., a seguito della commissione del reato di alterazione dello stato civile¹³³.

La più recente pronuncia si è mostrata, del resto, consapevole che quella dalla stessa elisa sia solo una «fra le criticità» che rende l'istituto in esame «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa», eppure «non ... ancora “del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali”»¹³⁴.

Già sede di esame delle questioni relative alla previsione dell'obbligatorio assenso del genitore legale alla domanda di adozione (nel già citato caso di p.m.a. in coppia femminile), e nella coeva decisione (relativa alla trascrizione dell'atto di nascita estero, formato a seguito di gestazione per altri, nei riguardi del genitore non legato al bambino da vincolo genetico), la stessa Corte aveva chiamato il legislatore al «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». La Consulta ipotizzava una riforma dell'adozione, che «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, lett. d), della l. 184/1983», non mancando di evidenziare, però, che «l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante»¹³⁵.

Nell'occasione più recente, la Corte non ha mancato di evidenziare come «l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismo in mero desiderio di genitorialità», sia vocata alla realizzazione dell'interesse del minore, apprezzato nel suo realizzarsi in concreto in sede giudiziale¹³⁶, in funzione della pienezza del suo status filiationis, ed a completamento della riforma del 2012-2013.

Non vi è chi non veda la rilevanza di simile argomentazione rispetto alla questione, su cui si registra la più recente pronuncia delle S.U., circa la necessità di ricercare, nell'attesa dell'intervento del legislatore, «una interpretazione idonea ad assicurare», nel caso di nascita da g.p.a., «la protezione dei beni costituzionali in gioco» indicati dalla Consulta. L'ordinanza era incentrata sulla denuncia del «vuoto normativo» determinato dall'essere venuti meno «i due assunti su cui si basava il precedente delle S.U.», sopra richiamato, quando affermava «il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di mater-

132 Corte costituzionale, 24 gennaio 1991, n. 27

133 Corte costituzionale, 15 febbraio 2012, n. 31, su cui v. anche N. Chiricallo, *op. cit.*

134 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.2.3., citando Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 32 e 33, cit. In dottrina, condivide le medesime perplessità M.C. Venuti, *Il diritto all'affettività*, in questa *Rivista*, online first, 2022, ipotizzando, in via interpretativa, un assenso all'adozione espresso preventivamente dal genitore legale, ovvero una riforma modellata sull'esperienza francese, di applicazione dell'art. 371-4, comma 2, c.c., sull'adozione giudiziale di provvedimenti idonei a conservare il legame di fatto del minore con il genitore di intenzione, in difetto di legame giuridico filiale.

135 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, cit., par. 5.8., sui cui antecedenti cfr. F. Azzarri, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Famiglia*, 6, 2020, 811 ss.; M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2/2020, 16 ss.; G. Ferrando, *I diritti del bambino con due papà, La questione va alla Corte costituzionale*, in *Fam. dir.*, 2020, 685 ss. è appena il caso di notare che la questione interessa i figli di coppie omosessuali, più di frequente maschili ma non solo: si veda sul punto il commento a Corte costituzionale nn. 32 e 33/2021 di A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *Biolaw Journal – Riv. biodiritto*, 2021, 3, 80 ss.

136 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, cit., par. 5.2.3., corsivo nostro.

rità di un valore prevalente», integrante un limite di ordine pubblico, e di conseguenza affidava la realizzazione degli interessi dei bambini nati da surrogazione di maternità all'adozione in casi particolari e non alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero¹³⁷.

Oltre alla ampiamente indagata necessità del consenso del genitore legale e biologico, le criticità che residuano dopo l'affermazione della parentela dell'adottato, attengono infatti, a parere di chi scrive, alla necessità di una domanda di parte diretta a provocare la pronuncia di adozione, nonché alla necessità della valutazione dell'idoneità affettiva del genitore intenzionale.

Si pensi al genitore intenzionale che – per sottrarsi a quella responsabilità che, pure, dovrebbe gravarlo ai sensi dell'art. 30 Cost., e che la Consulta lega alla condivisione ed attuazione del progetto procreativo nonché all'esercizio di fatto congiunto della responsabilità medesima¹³⁸ – ometta di domandare l'adozione in casi particolari, oppure ricatti l'altro genitore per proporla.

Pur qualora l'adozione venisse riformata secondo il fermo monito costituzionale, in ipotesi ammettendo la legittimazione attiva concorrente del genitore legale e/o del curatore speciale del minore, sembra difficile ipotizzare che il tribunale possa affermare, ai sensi dell'art. 57 comma 2 l. 184/1983, «l'idoneità adottiva» di colui o colei che si è rifiutato/a di instare per l'adozione e che in ogni caso, difficilmente collaborerà per la relativa positiva verifica.

Più coerente col sistema della filiazione apparirebbe, piuttosto, una più radicale riforma che coinvolga anche l. 40/2004, non esclusa comunque dalla Consulta, col rimettere al legislatore la valutazione circa il bilanciamento dell'esigenza di tutela del minore con gli altri valori fondamentali in conflitto¹³⁹.

A ben vedere, rispetto ai bambini nati da p.m.a. in coppia femminile oppure da g.p.a.¹⁴⁰, continuare a preferire al riconoscimento di efficacia del titolo estero costitutivo di stato, la «via alternativa» dell'adozione, finisce per contraddire le affermate «esigenze di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale derivanti dalla Costituzione e dalle fonti convenzionali e sovranazionali», e per tutelare, piuttosto, il genitore intenzionale, conferendogli un diritto di ripensamento – rispetto all'assunzione della responsabilità nei confronti del risultato del progetto genitoriale originariamente condiviso nella coppia, e realizzato all'estero in ragione dei divieti di cui agli artt. 5 e 12 l. 40/2004 – as-

137 Corte di cassazione, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Biodiritto.org*, con nota sintetica di B. Carminati, su cui A. Morace Pinelli, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia insieme*, 10 maggio 2022.

138 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4

139 Cfr. F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, 229 ss.

140 Rispetto ai quali si attendeva una pronuncia additiva Corte di cassazione, sez. I, ord. 29 aprile 2020, n. 8325, cit., dubitando che la l. 40/2004, come interpretata da Corte di cassazione, S.U., n. 12193/2019, nel senso per cui la sanzione penale della surrogazione di maternità esprime un principio di ordine pubblico, e quindi osti al riconoscimento di effetti al provvedimento straniero costitutivo di *status* verso il genitore non legato da vincolo genetico, il quale potrebbe dunque unicamente adottare il nato con l'adozione in casi particolari, contrasti sia con l'art. 117, comma 1 Cost., in riferimento all'art. 8 CEDU (ma anche agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, e 18 della Convenzione di New York delle Nazioni Unite dl 1989 e all'art. 24 della Carta di Nizza dell'UE), sia con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. Determinante, a sostegno della tesi, è il rilievo dell'*Avis consultatif* reso dalla Corte EDU, G.C., il 10 aprile 2019, nel caso *Mennesson*, con riferimento alla discrezionalità degli Stati circa i mezzi per riconoscere il legame di filiazione col genitore solo di intenzione, ma non circa l'obbligo di garantirlo, e circa la percorribilità dell'adozione solo in quanto garantisca a tale diritto fondamentale del minore una tutela efficace e tempestiva. L'ordinanza cit., aderendo all'ipotesi formulata da A. Sassi, S. Stefanelli, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal – Riv. biodiritto*, 1, 2019, 388 ss., introduce, di conseguenza, una distinzione tra l'ordine pubblico costituzionale, che impedirebbe il riconoscimento della pratica della surrogazione in Italia, e quello discrezionale, attinente alle norme imperative interne, anche penali, e non osterebbe al riconoscimento dello *status* al minore, mediante la trascrizione del titolo di stato formato all'estero. Dall'inammissibilità della questione, dichiarata da Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, cit., evidenziando tuttavia che «il diritto vivente ... non è idoneo ad impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44 lett. d) della l. n. 184 del 1983» e dalla conseguente prosecuzione del giudizio innanzi alla medesima sezione, deriva la remissione alle S.U., sollecitata da Corte di cassazione, ord. interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, cit., come questione di massima di particolare importanza, in considerazione del vuoto normativo aperto dalla pronuncia della Consulta, «per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente costituito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite». Nello stesso senso, ammette il riconoscimento alla nascita, attraverso g.p.a. da parte della seconda madre intenzionale, Tribunale di Bari, sez. I, 20 luglio 2022, in *Osservatoriofamiglia.it*, affidando al giudice del merito, nell'inerzia del legislatore, il compito di colmare il vuoto normativo denunciato mediante una lettura costituzionalmente orientata della l. 40/004, operando un bilanciamento, in concreto, «tra l'interesse del minore alla tutela della sua relazione familiare e la tutela della dignità della donna, considerando che il minore è certamente soggetto "incolpevole" rispetto alle scelte operate da coloro che hanno contribuito alla sua nascita, anche quando dette condotte integrano un illecito amministrativo o addirittura penale».

solutamente estraneo all'impianto della l. stessa, che circoscrive, all'art. 6, comma 1, il ripensamento al periodo antecedente alla generazione dell'embrione, con l'incontro in vitro dei gameti.

Tale previsione è funzionale al sistema della l. 40/2004, che dal consenso, ricavabile anche da atti concludenti, deriva, con gli artt. 8 e 9 comma 2, la costituzione dello status filiationis, e ne presidia, con l'art. 9 comma 1, l'irrevocabilità, nonostante sia dato per presupposto il difetto di discendenza genetica, nel caso di fecondazione eterologa originariamente vietata, proprio per vincolare gli adulti alla responsabilità nei confronti di chi si sono liberamente impegnati ad accogliere¹⁴¹.

Se non è qui in discussione «un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino», ma l'imperativo costituzionale volto realizzare «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», non può essere l'adozione l'istituto di elezione, in quanto, attraverso la mancata proposizione della domanda, l'indisponibilità alla valutazione di idoneità affettiva e la previsione dell'assenso obbligatorio, ottiene esattamente l'effetto denegato di svincolarsi da quella responsabilità, sebbene si tratti di «doveri ai quali non è pensabile che (i genitori) possano sottrarsi»¹⁴². Non può esserlo neppure perché fisiologicamente incompatibile coi requisiti di celerità ed effettività della tutela prescritti per l'elezione di tale prototipo giuridico dalla Corte di Strasburgo.

In questo senso si muove, da tempo e anche recentemente, la gran parte della giurisprudenza di merito, ammettendo il riconoscimento alla nascita anche da parte della madre intenzionale, in ragione della condivisione del progetto di p.m.a. eterologa ovvero in caso di gestazione per altri, considerando che l'adozione in casi particolari «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» di tutela dell'interesse del minore¹⁴³.

L'ordinanza di rimessione alle S.U. proponeva, condivisibilmente, che fosse la sede della delibazione della sentenza straniera, oppure quella, eventuale, di opposizione alla trascrizione dell'atto di nascita, ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000, quella in cui dovrebbe svolgersi quella «valutazione della corrispondenza all'interesse del minore» che la Consulta affida all'apprezzamento giudiziale, specificandone la declinazione in concreto, e che si realizza attraverso la coincidenza con il criterio di ordine pubblico¹⁴⁴, ed in considerazione della effettiva realizzazione, o meno, della ratio del divieto di surrogazione di maternità, che non sussiste ove la scelta sia stata assunta consapevolmente e liberamente dalla donna, a prescindere dall'eventuale compenso, in ossequio alla legislazione nazionale e con facoltà di ripensamento fino alla nascita¹⁴⁵.

La pronuncia delle S.U., evidenziando (ed a nostro parere esasperando) i limiti della pronuncia di inammissibilità resa della Consulta, nonché il rinvio alla discrezionalità legislativa per la scelta degli strumenti attraverso i quali attuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti, desume proprio dalla scelta del mancato accoglimento della questione di legittimità, il rifiuto di soluzioni che consentirebbero l'accertamento di una genitorialità puramente intenzionale, oltre i limiti fissati dagli artt. 5 ss. l. 40/2004 per l'applicazione delle tecniche di p.m.a.

141 Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 53, con nota di E. Palmerini, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*. Per un approfondimento sulla rilevanza della volontà nella procreazione cfr. G. Giaimo, *La volontà e il corpo*, II ed., Torino, 2022, p.267 ss.

142 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4.

143 Da ultimo, Tribunale di Bari, sez. I, 20 luglio 2022, cit.

144 In accordo con la soluzione «interpretativa» suggerita da Corte di cassazione, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, *cit.*, nell'attesa dell'intervento del legislatore, e sul modello disegnato per il matrimonio con successiva rettificazione anagrafica per mutamento di sesso, da Cass. civ., 21 aprile 2015, n. 8097, che impose «la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale», fino all'intervento legislativo, poi confluito nella l. 76/2016 sulle unioni civili, allo scopo «di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato», e altrimenti destinato all'irrelevanza giuridica.

145 Cfr. ancora Tribunale di Bari, sez. I, 20 luglio 2022, cit., che ordina la conferma dell'integrale trascrizione dell'atto di nascita estero «con indicazione di entrambe le donne quali suoi genitori, non essendovi stata alcuna lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela dei diritti del nato, mentre deve essere tutelato l'interesse della minore, dalla nascita inserita in un nucleo familiare costituito dalla (madre genetica) e dalla (madre intenzionale – n.d.r.), che deve poter fruire del diritto di essere mantenuta, istruita, educata ed assistita moralmente e materialmente, come recita l'art. 147 c.c., da entrambe le persone che considera di fatto suoi genitori e che hanno concorso alla sua nascita sulla scorta di un progetto genitoriale condiviso», non inciso dall'intervenuta rottura del legame di coppia, che anzi ha rafforzato e reso ancor più urgente l'esigenza di tutela della minore e del suo diritto alla bigenitorialità, «senza subire le conseguenze di tardivi ripensamenti di uno dei componenti della coppia».

Valorizza, al contempo, il parziale superamento dei limiti già evidenziati dalla Consulta, attraverso l'affermazione dei legami di parentela in caso di adozione in casi particolari, nonché l'affermata superabilità, in termini di interpretazione costituzionalmente orientata, del rifiuto dell'assenso ingiustificato o non corrispondente all'interesse dell'adottando, per giungere ad affermare che non sussiste il vuoto di tutela denunciato dalla sezione rimettente, e che non può dunque darsi esecuzione, attraverso riconoscimento automatico, al provvedimento giurisdizionale straniero, «nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia omoaffettiva che ha partecipato alla surrogazione di maternità senza fornire i propri gameti», in quanto contrario all'ordine pubblico¹⁴⁶.

L'assunto si fonda su una nozione squisitamente oggettiva della dignità della donna gestante, che sarebbe in ogni caso pregiudicata dall'accordo di surrogazione, del che sarebbe evidenza la sanzione penale che assiste il divieto ex art. 12, comma 6, l. 40/2004, in quanto «operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente».

L'ordinanza di rimessione non aveva mancato di evidenziare le distinte forme di gestazione per altri, sub specie di surrogacy totale o parziale, gratuita o dietro corrispettivo, con garanzia del ripensamento della donna e di conoscenza delle origini da parte del nato¹⁴⁷, ma il massimo consenso di nomofilachia disegna, a fondamento del generale divieto normativo, la tutela della «dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito».

L'affermazione apodittica manca, a nostro avviso, di fare i conti con l'assai variegato panorama internazionale, e perfino con la pratica nazionale della gestazione per altri prima dell'approvazione della l. 40/2004, i quali hanno evidenziato significative ipotesi nelle quali sono state le gestanti stesse ad affermare, quale atto espressivo della loro dignità e autodeterminazione, la decisione di portare avanti una gravidanza per altri, magari a loro legati da vincoli affettivi o perfino di parentela, come avvenne per una quarantenne, rispetto all'embrione generato dall'incontro dei gameti di sua figlia e suo genero, che aveva accolto nel proprio grembo nelle Italia rurale degli anni '90, semplicemente perché «Cosa non fa una madre per la propria figlia? E poi tutte le nonne si occupano dei nipoti, li accudiscono mentre mamma e papà lavorano o hanno qualche impegno. Io avrei tenuto mio nipote solo un po' più piccolo rispetto al solito»¹⁴⁸.

Accede, inoltre, a una nozione oggettiva¹⁴⁹ di dignità personale che è stata sconfessata dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale in materia di dissenso al trattamento medico e financo di aiuto al suicidio¹⁵⁰, e dall'interpretazione costituzionale della l. 164/1982 su riattribuzione di sesso e cambio di nome, che, proprio in ragione della garanzia della dignità della persona, nel proprio autodeterminarsi

146 Corte di cassazione, S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

147 Su cui si rinvia, per i limiti imposti a questo scritto, a S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e surrogazione di maternità*, cit., 133 ss.

148 Queste le parole della donna, nell'intervista di S. Marchi, in *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, ed. Fandango, 2017, 37 s.

149 Non a caso, V. Calderai, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 marzo 2023 plaudendo all'orientamento così espresso, dimentica di citare, tra le norme costituzionali nelle quali emerge il valore fondamentale della dignità umana, proprio l'art. 32, secondo comma, Cost., che pone una riserva di legge rinforzata proprio in tema di trattamento sanitario obbligatorio, e così costituisce la dignità a base del diritto alla salute, diritto che richiede e garantisce all'individuo di autodeterminarsi, affinché possa esprimere anche nel dominio del proprio corpo le proprie convinzioni e volontà. Sul rapporto tra dignità e autodeterminazione sia consentito il rinvio a S. Stefanelli, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011, 48 ss.; cfr., recentemente e con solido approccio sistematico e argomentativo, F. Rescigno, *Per un habeas corpus di genere*, Napoli, 2022, spec. 164 ss.

150 Corte costituzionale, 22 novembre 2019, n. 242, in *Osservatorio Cost.*, 2020, 363, con nota di L. Poli, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte Costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, su cui M.E. Bucalo, *La "circoscritta (e puntellata) area di incostituzionalità dell'art. 580, fra self restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*. Nota F. Rescigno, *Per un habeas corpus di genere*, cit., 307 s., che «esiste una sorta di corto circuito giuridico per cui è lecito abbandonare un figlio alla nascita o subito dopo, auspicando per lui un futuro migliore grazie all'adozione; ma non è consentito condurre a termine consapevolmente una gravidanza per un'altra madre, una madre intenzionale che non ha altra possibilità per coronare il suo desiderio di maternità, o comunque per un'altra famiglia (anche formata da persone dello stesso sesso) che sia impedita da ostacoli naturali alla realizzazione della sospirata genitorialità».

senza la coercizione a sottoporsi ad interventi invasivi, ha escluso la necessità dell'intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali secondari¹⁵¹.

Nell'affermata prospettiva della tutela della dignità del minore, dimentica che i vincoli biologici e psicologici tra feto e gestante non impediscono all'ordinamento interno di riconoscere il diritto fondamentale della donna a rifiutare di assumersi la responsabilità genitoriale, e quindi di partorire in anonimato, conservando per tutta la propria vita, a propria esclusiva discrezione, il segreto sulla propria identità e così sacrificando il diritto del nato a costruire la propria identità personale attraverso la conoscenza delle origini biologiche¹⁵². Dimentica, altresì, che dall'apprezzamento del giudice investito della domanda di adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale, disegnato intorno alla soddisfazione dell'interesse del minore nella consacrazione giuridica del proprio rapporto affettivo con l'adottante, esulano tutte le valutazioni circa la conoscenza delle proprie origini, l'eventuale conservazione di un rapporto con la gestante, e vieppiù le condizioni dell'accordo o l'eventuale, deprecabile, sfruttamento della condizione di fragilità, personale o economica, della donna, sicché è arduo sostenere che, per tale via, si tuteli davvero la dignità della donna e del minore¹⁵³.

Vi è di più: se il criterio della discendenza genetica che distingue, nel postulato ribadito dalle S.U., un genitore intenzionale dall'altro, nel riconoscere all'uno e negare all'altro la trascrizione del titolo estero costitutivo di stato, fosse preso veramente sul serio, portato alle estreme conseguenze ed applicato ad una nascita attraverso gestazione per altri in coppia eterosessuale con surrogazione parziale, e generazione dell'embrione in vitro attraverso i gameti di entrambi i partner, ne deriverebbe che, stante la discendenza ingenua da ambedue, lo status filiationis dovrebbe essere affermato tanto nei confronti dell'uomo che della donna, con definitiva elisione della figura della gestante e di ogni tutela, anche del diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini.

Che della fallacia di siffatto criterio non si sia avveduto il supremo collegio, in ben due occasioni, è arduo trovare ragioni diverse dall'identità di sesso, in entrambe i casi, dei membri della coppia di genitori intenzionali.

Attraverso il riconoscimento di efficacia dell'atto formato all'estero si sarebbe garantita, al contrario, effettività al diritto costituzionale del minore ad avere uno status filiationis e, così, a poter domandare cura, educazione, istruzione e mantenimento, a coloro senza la cui consapevole determinazione, pur in contrasto coi divieti nazionali, abbia visto la luce, svolgendo quella valutazione in concreto, caso per caso, che la Consulta affida al bilanciamento delle ragioni del divieto con l'imprescindibile garanzia della pretesa fondamentale del minore, attinente al suo diritto all'identità e alla vita familiare.

Il giudizio ex art. 95 ss. DPR 396/2000 sarebbe inoltre idoneo, a differenza della sentenza di adozione che costituisce un accertamento di grado massimo e con efficacia assoluta¹⁵⁴, al controllo sull'operato dell'ufficiale dello stato civile, nella trascrizione del titolo estero e nella conseguente formazione dell'atto di nascita, a margine del quale il ricorso stesso verrebbe annotato (art. 49, DPR cit.).

Di conseguenza, non può che concordarsi con quanti denunciano, nel riferimento all'istituto dell'adozione, la funzionalizzazione alla tutela dell'ordine pubblico discrezionale, ossia derogabile e presidiato da norme di rango ordinario, piuttosto che a tutela dei diritti costituzionali del nato¹⁵⁵.

Eppur così è.

151 Corte costituzionale, 21 ottobre 2015, n. 221, in *BioLaw Journal*, 2013, 283, con nota di C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenerismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*; in *Federalismi.it*, 2016, N. Posteraro, *Transessualismo, diritto alla salute e diritto all'identità di genere*.

152 Ex art. 30 DPR n. 396/2000 e art. 28, comma 7, l. 184/1983, su cui Corte costituzionale 18 novembre 2013, n. 278; Corte EDU, 25 settembre 2012, ric. 33783/09, *Godelli c. Italia*, e, da ultimo, Corte di cassazione, 30 gennaio 2020, n. 19824, in *Biodiritto.it*, con nota di B. Carminati, su cui A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 478 ss.; A. Vesto, *Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, 185 ss.

153 Non si può che concordare con F. Rescigno, *Per un habeas corpus di genere*, cit., 311 s., quando afferma che «il divieto di gestazione per altri nasconde, e nemmeno molto bene, i timori di chi non vuole perdere lo scettro del comando e continua a pensare di poter controllare i corpi e i cervelli delle donne», scoprendosi impotente rispetto all'asimmetria dei sessi nell'ambito della riproduzione, per effetto della progressiva emancipazione femminile, in particolare rispetto alla gestione del proprio corpo e della propria fertilità. Cfr. anche L. Ronchetti, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (cur.), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Bologna, 2019, 106 ss.

154 Cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 279 ss., 296 ss.

155 A. Sassi, *Gestazione per altri e accertamento dello stato. Nota a Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33*, in *Diritto e processo*, 2021, 615 ss.

La remota prospettiva di un revirement giurisprudenziale, e quella vieppiù improbabile di una imminente riforma legislativa¹⁵⁶, costringono dunque gli interpreti ad ipotizzare tutele differenti, seppur residuali, dell'interesse del nato ad essere, a norma dell'art. 30 Cost., mantenuto, educato e istruito da chi ha preso la decisione di metterlo al mondo, soprattutto nel caso in cui il genitore intenzionale non abbia nessuna volontà di richiedere l'adozione, perché il nato presenta problematiche fisiche e/o psichiche, o perché i legami affettivi con l'altro partecipante al progetto procreativo sono stati recisi.

Ancora deteriore sarebbe la posizione del nato, affetto da patologie o comunque rifiutato dai genitori intenzionali, che non abbia stretto con loro alcun legame affettivo, e che non avrebbe dunque alcun rapporto familiare di fatto da proporre all'apprezzamento del giudice di un'ipotetica adozione "coatta", cui le S.U. affidano il compito di indagare non solo il desiderio di genitorialità degli adulti, ma anche la condivisione del progetto genitoriale e la cura di un rapporto affettivo costante¹⁵⁷.

In tale condizione, al minore, a cui l'art. 9, ult. comma, l. 40/2004 preclude l'azione di accertamento della genitorialità nei confronti del donatore e/o della donatrice di gameti, mentre l'ordinamento estero esclude quella verso la partoriente, potrebbe suggerirsi di agire per soddisfare almeno le pretese di carattere patrimoniale, ai sensi dell'art. 279 c.c., senza vedersi costituito lo status e la parentela, e con limitate speranze successorie. Tanto deriverebbe dall'affermazione del principio di diritto, centrale nelle pronunce della Consulta, secondo cui la responsabilità da procreazione deriva non solo dalla trasmissione dei geni, ma anche dalla consapevole adesione al progetto procreativo, e dall'esercizio di fatto congiunto della responsabilità genitoriale¹⁵⁸.

A tanto necessiterebbe una innegabile forzatura della lettera della disposizione, incentrata com'è sull'accertamento incidenter tantum della discendenza genetica, allo scopo di funzionalizzarla all'affermazione della responsabilità per il mantenimento e l'educazione, attraverso la dimostrazione del consenso alla generazione medicale, e si tratterebbe di forzatura forse giustificabile in ragione della sopravvenienza di tecniche medicali di sostituzione di maternità, che non potevano essere contemplate dal legislatore codicistico, le quali espongono – in ragione non propria, ma del descritto orientamento giurisprudenziale – al rischio dell'impossibilità di vedersi accertato il proprio status. E', tuttavia, altrettanto innegabile che la disposizione non è stata incisa neppure in sede della riforma del 2012/2013, alla quale erano ben noti gli avanzamenti delle tecniche di aiuto alla procreazione, e che ha (consapevolmente o meno) preferito non incidere, se non limitatamente, sulla l. 40/2004 e sulla l. 184/1983.

Più arduo è consigliare di proporre azione giudiziale di genitorialità, che resterebbe impedita dall'innammissibilità del riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico, ex art. 269, comma 1, c.c.

Se, come insegna autorevole dottrina¹⁵⁹ e come ha ritenuto la Consulta nel 2021, è necessario scindere la sanzione riservata alla pratica vietata dalla l. 40/2004 dalla sorte di colui che è «nato malgrado il divieto», ed è «bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro», tutelare prioritariamente questi minori risponde alla «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»¹⁶⁰.

Ciò vale, a maggior ragione, allorché il legame di filiazione sia stato costituito e sia riconosciuto in altro Stato, membro dell'UE., ed è questo l'obiettivo a cui si rivolge la proposta di Regolamento Parenthood, presentata dalla Commissione europea nell'ambito dell'Equality package e diretta al rico-

156 L'attuale legislatura vede fronteggiarsi disegni di legge divergenti, nessuno dei quali ancora in discussione, tesi da un lato a perseguire il reato di surrogazione di maternità anche quando commesso dal cittadino all'estero (d.d.l. S245, su iniziativa dei Senn. Rauti e Malan; d.d.l. S163, iniziativa del Sen. Gasparri; d.d.l. S475, iniziativa del Sen. Massimiliano Romeo; d.d.l. C1026, iniziativa dell'On. Lupi; d.d.l. C887, iniziativa dell'on. Varchi; d.d.l. C342, iniziativa dell'On. Candiani) e dall'altro ad affermare il riconoscimento alla nascita dello stato giuridico dei figli di coppie formate dallo stesso sesso e a riformare l'accesso all'adozione e alla p.m.a. per personale di stato libero (d.d.l. C479, iniziativa dell'On. Zan; d.d.l. C330, iniziativa dell'On. Grimaldi).

157 Cfr. A. Sassi, *Gestazione per altri e accertamento dello stato. Nota a Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33*, in *Diritto e processo*, cit., 619 ss.

158 Cfr. V. Calderai, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, cit., in termini critici rispetto all'appropriatezza dello strumento per il governo degli effetti del turismo procreativo.

159 G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Id., *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 49 ss.

160 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32, par. 5.4, citando Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, par. 36.

noscimento reciproco della genitorialità, ai fini del diritto nazionale, attraverso la continuità degli status personali e familiari, in situazioni transfrontaliere¹⁶¹.

La misura, definita come azione chiave nella strategia dell'Unione sui diritti dei minori e in quella per l'uguaglianza LGBTIQ+, raccoglie le conclusioni del Consiglio sulla strategia dell'UE sui diritti dei minori, secondo cui «i diritti dei minori sono universali, l'interesse del minore deve avere considerazione preminente in tutte le azioni che lo riguardano», e «mira a istituire, mantenere e sviluppare uno spazio di libertà e giustizia nel quale siano garantiti la libera circolazione delle persone, l'accesso alla giustizia e il pieno rispetto dei diritti fondamentali». Riconnettendosi al discorso sullo stato dell'Unione, pronunciato dalla Presidente della Commissione nel 2020, quando affermò che «chi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi», il Regolamento mira a superare, in forza dell'art. 81, par. 3, TFUE, i limiti attualmente fissati anche dalla Corte di Giustizia al diritto dell'Unione¹⁶², che impone agli Stati membri di riconoscere la filiazione accertata in altro Stato membro ai soli fini dei diritti conferitigli dall'ordinamento sovranazionale, come il diritto alla libera circolazione e al soggiorno, quello alla parità di trattamento e al riconoscimento del cognome, ma non relativamente ai diritti riconosciuti dall'ordinamento nazionale, come quelli al mantenimento, alla successione, all'affidamento e alla responsabilità genitoriale.

L'introduzione di siffatta normativa internazionalprivatistica permetterebbe la circolazione dei titoli di filiazione e quindi il riconoscimento dei loro effetti, indipendentemente dalle modalità del concepimento o della nascita, come dal tipo di famiglia, e si riferirebbe unicamente alle situazioni transfrontaliere, finendo così per incidere in modo determinante sulla definizione del limite di ordine pubblico, in caso di nascita per surrogazione di maternità.

In conclusione, e in termini di politica del diritto, non convince neppure l'affermazione secondo cui preferire l'adozione in casi particolari al riconoscimento di effetti al titolo esterno conseguirebbe «lo scopo legittimo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità», poiché, se è vero che si nega la trascrizione del provvedimento nei confronti del componente della coppia che non ha fornito i gameti, contemporaneamente la sia ammette nei confronti dell'altro componente, e così si finisce per consentire la successiva soddisfazione del desiderio di genitorialità della coppia, che dovrà semplicemente attendere i tempi del giudizio di adozione per veder costituito il legame di filiazione con entrambi i partner, e quello di parentela con le rispettive famiglie. Al netto della discriminazione conseguente alla disponibilità o meno di risorse economiche sufficienti.

Tanto avverrà, tuttavia, in quanto e fintanto che permarrà l'unione affettiva, per iniziativa del genitore intenzionale, ed in conseguenza di successiva valutazione giudiziale dell'idoneità sua e della propria famiglia, sempreché il genitore legale presti il consenso necessario alla consacrazione giuridica del progetto comune.

Potrebbe essere, piuttosto, la prospettiva della contraria vicenda critica – in cui più forte si farebbe sentire il bisogno di tutela del minore – a fungere da disincentivo alla p.m.a. in coppia femminile e alla gestazione per altri, proprio in ragione della domanda di parte, del vaglio di idoneità e del necessario assenso all'adozione. Non è difficile immaginare che una coppia di persone ragionevoli desisterebbe probabilmente dal progetto di genitorialità, una volta che venisse informata del rischio che una eventuale, futura, rottura del legale affettivo esporrebbe il/la bambino/a desiderato all'eventualità di non vedersi riconosciuto lo status, il mantenimento e la conservazione dei rapporti col/la genitore/trice che non ha partorito o che non ha fornito i gameti, e, in definitiva, al pericolo di fungere da strumento, e contemporaneamente da vittima, dell'elusione del divieto legislativo, con conseguente sovvertimento dei valori fondamentali.

161 Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, presentata il 7 dicembre 2022, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0695>

162 C.G.U.E, Grande Sez., 14 dicembre 2021, causa C-490/20, V.M.A (alias *Pancharevo*), in *Giustizia.it*, con nota di E. Di Napoli, *L'esercizio della libertà di circolazione all'interno dell'UE di una minore figlia di due madri*, su cui C. Murgio, *Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare*, in questa *Rivista*, online first, 5 luglio 2022.

Commenti

Federico Azzarri*

L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma

Sommario

1. La parentela dell'adottato in casi particolari nell'orizzonte della sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022. – 2. *Status* e reti parentali. – 3. Lo *status* dell'adottato in casi particolari e l'irragionevole privazione della parentela con la famiglia dell'adottante. – 4. L'inidoneità delle residue divergenze tra adozione semplice e adozione piena a intaccare lo *status* dell'adottato in casi particolari. – 5. Il tramonto del dogma dell'esclusività dell'appartenenza familiare... – 6. ...e di altri dogmi del diritto delle adozioni. – 7. Adozione in casi particolari e diritto ereditario. – 8. La controversa revocabilità dell'adozione in casi particolari. – 9. Il consenso all'adozione in casi particolari del genitore legale. – 10. Le persistenti obiezioni al mancato riconoscimento dello *status* dei nati da gestazione per altri (anche all'indomani di Cass., Sez. Un., 38162/2022). – 11. Segue: La tutela convergente del diritto (del minore) allo *status* e del diritto (dei genitori) all'autodeterminazione riproduttiva.

Abstract

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle norme che escludevano che l'adozione in casi particolari determinasse l'insorgenza di rapporti di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La condivisibile decisione, abbattendo la più significativa differenza tra la condizione giuridica dell'adottato con adozione piena e quella dell'adottato con adozione semplice, reca un importante contributo di effettività al principio dell'unicità dello stato di figlio, imponendo altresì di rimeditare alcuni aspetti tipici dell'adozione in casi particolari che non appaiono più in linea con l'innovazione impressa dalla Consulta all'istituto. Al contempo, il nuovo regime dell'adozione semplice si rivela maggiormente garantista anche nei confronti dei minori nati all'estero da gestazione per altri il cui rapporto di filiazione col genitore non biologico non possa essere riconosciuto in Italia in ragione dell'asserita contrarietà all'ordine pubblico del relativo atto di nascita. Tuttavia, sul punto, non persuadono le ragioni che hanno ancora recentemente indotto le Sezioni Unite a ribadire il diniego alla trascrizione del provvedimento straniero costitutivo dello *status* di questi minori.

The Constitutional Court declared the invalidity of the provisions which denied the kinship between the child adopted "under special circumstances" and the relatives of the adopter. According to the Court, these children have the status of a son or a daughter, therefore they cannot be deprived of the family ties with the other family members without disregarding their identity. In fact, after the filiation reform, kinship relationships with relatives of both parents are guaranteed on equal terms to all children. The judgment, overcoming the most important difference between the full adoption and the adoption in special cases, has substantial consequences on the inheritance law; moreover, it points out some inconsistencies of the system of the adoption introduced by the Law 184/1983. Eventually, the judgement also improves the status of the children born abroad through surrogacy and then adopted in Italy by the non-biological parent. Nevertheless, it does not persuade the refusal of the Italian legal system (confirmed by the United Chambers of the Supreme Court) to recognize the filiation ties constituted by the foreign law towards the intended parent.

* Associato di Diritto Privato, Università di Pisa.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. La parentela dell'adottato in casi particolari nell'orizzonte della sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022

Con la sentenza n. 79 del 28 marzo 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55, l. 184/1983, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, comma 2, c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari non facesse sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante¹.

La pronuncia, attraverso un'attenta e consapevole ricostruzione del diritto vivente delle relazioni familiari, è dunque pervenuta alla censura di una combinazione normativa che, all'indomani della riforma della filiazione (l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013), aveva suscitato tra gli interpreti un dubbio di non poco momento.

Il nuovo art. 74 c.c., infatti, nello stabilire che la parentela ricorre anche quando il figlio sia adottivo, lascia fuori testualmente solo l'ipotesi dell'adozione del maggiorenne. Si discuteva, pertanto, se detta disposizione dovesse valere anche a beneficio dell'adottato in casi particolari, oppure se la posizione di questo minore dovesse seguitare, invece, a essere assimilata a quella dell'adottato maggiore di età, sì da escludere, in tal caso, l'insorgenza di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante (oltre che tra l'adottante e la famiglia dell'adottato), ferme restando comunque le isolate eccezioni ammesse dalla legge – e ravvisabili, essenzialmente, in ordine agli impedimenti matrimoniali (art. 87 c.c.) e, sul piano successorio, alla rappresentazione in linea retta a favore del figlio dell'adottato (art. 468 c.c.).

A sostegno di quest'ultima conclusione si adduceva la circostanza che il legislatore della riforma non avesse provveduto a espungere dall'art. 55 l. 184/1983 il rimando all'art. 300 (comma 2) c.c.: il quale continuava quindi a comparire tra le norme sull'adozione del maggiorenne ivi richiamate onde differenziare taluni effetti dell'adozione semplice da quelli dell'adozione piena².

Altra parte della dottrina, tuttavia, perveniva a una ricostruzione di segno opposto, rimarcando, da un lato, come il riferimento dell'art. 74 c.c. ai figli adottivi sarebbe stato pleonastico nei confronti di quelli adottati con adozione piena (in quanto già equiparati ai figli nati nel matrimonio), laddove lo stesso avrebbe avuto un senso, invece, proprio con riguardo ai minori adottati con adozione semplice; e, da un altro lato, come sembrasse nondimeno necessario procedere a un'interpretazione del dato letterale che si conformasse alla preminenza del principio dell'unicità dello stato di figlio, ossia del motivo ispiratore dell'intera riforma della filiazione. In quest'ottica, in luogo di una lettura dell'art. 74 c.c. condizionata dal mero "titolo" della filiazione, si preferiva allora ritenere che la nuova regola codicistica avesse tacitamente abrogato il richiamo dell'art. 55 l. 184/1983 al secondo comma dell'art. 300 c.c., sulla scorta dell'ordinario canone ermeneutico che autorizza l'abrogazione implicita di una norma di legge allorquando la medesima divenga incompatibile con una successiva previsione³.

- 1 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Famiglia*, 2022, p. 349, con nota di M. Bianca, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omofettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*; *Fam. dir.*, 2022, p. 897, con nota di M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1021, con nota di M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*. La decisione è stata subito ripresa anche dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, in *Fam. dir.*, 2022, p. 1115, con nota di G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali*.
- 2 F. Cristiani, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, 2019, pp. 17 ss.; S. Stefanelli, *Gradi di accertamento e titoli costitutivi*, in *La filiazione e i minori*, II ed., a cura di A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Milano, 2018, p. 344; C. Cirio, *Art. 55*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, Leggi complementari, II ed., a cura di G. Di Rosa, Milano, 2018, p. 988; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, p. 501; Id., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 2 nt. 7; S. Troiano, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 283 s.; M. Velletti, *La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 177 s.; U. Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 544; R. Campione, *Parentela e consanguineità*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1282; M. Cinque, *Profili successori nella riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, pp. 663 s.; R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, pp. 59 s. nt. 154; M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 14 s.; Id., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 235 s.
- 3 L. Lenti, *L'adozione*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di L. Lenti-M. Mantovani, nel *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, *Le riforme*, II, Milano, 2019, pp. 410 ss.; Id., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 203; V. Calderai, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, p. 311; G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *DSF*, 2017, p. 83 nt. 15; Ead., *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 528; A. Giusti, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Assago, 2016, pp. 3967 s.; E. Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 838 s.; F. Prospero, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 278; P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni*

Invero, la Consulta, già prima della sentenza in commento, si era tuttavia mostrata scettica circa l'eventualità di fugare il sospetto di illegittimità costituzionale del combinato disposto in esame confidando semplicemente nella sua abrogazione tacita. In occasione di una vicenda analoga a quella da cui è scaturita la pronuncia di cui ci occupiamo, infatti, la Corte aveva ritenuto «controvers[a]» l'attitudine dell'adozione in casi particolari a stabilire vincoli di parentela tra il minore e «coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle», sollecitando, piuttosto, un intervento del legislatore volto a favorire il consolidamento giuridico di tali legami.

Non essendosi, però, avuta alcuna iniziativa legislativa (come del resto era prevedibile), il Giudice delle leggi ha infine colto la prima occasione utile per pronunciarsi definitivamente sulla questione⁴.

Le ragioni che hanno indotto la Corte a prediligere la via della declaratoria di illegittimità, anziché quella di avallare la tesi dell'avvenuta caducazione della norma contestata, risiedono nello scetticismo nutrito verso l'idea che un mutamento di siffatta rilevanza sistematica potesse essere desunto da un indice non univoco quale il silenzio del legislatore.

In effetti, benché il tentativo della dottrina di liberare la parentela dell'adottato in casi particolari dall'ipoteca dell'art. 300, comma 2, c.c. non fosse sfornito di buoni argomenti, l'intervento risolutivo della Consulta si rivela nondimeno assai significativo e opportuno.

Anzitutto, perché i diritti e lo *status* delle persone reclamano sempre la miglior tutela possibile, e questa è senz'altro più stabilmente garantita dalla declaratoria di illegittimità di una disposizione discutibile che non dalle pur preziose cure ermeneutiche apprestate onde tenerne sotto controllo gli eventuali risvolti lesivi, i quali, però, potrebbero sempre ridestarsi là dove mutasse la sensibilità dell'interprete⁵.

Inoltre, risultava invero bizzarro che il legislatore, nell'ambito di una riforma di così ampio respiro come quella della filiazione, avesse tralasciato di rimuovere proprio un ostacolo così evidente a un'innovazione di primaria importanza quale quella dell'espansione dei rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Tantopiù, ancora, che tra il riformato art. 74 c.c., da un canto, e, da un altro canto, la permanenza del rinvio all'art. 300, comma 2, c.c. vi era un'incompatibilità più politica che logica, nel senso che la negazione della parentela tra l'adottato in casi particolari e la famiglia dell'adottante, pur essendo certamente stigmatizzabile, non esprimeva, tuttavia, un esito intrinsecamente contraddittorio, riferendosi le diverse regole a due situazioni che il legislatore pareva piuttosto intenzionato a mantenere distinte⁶: il problema, semmai, era determinato proprio dall'opinabile ragionevolezza di una siffatta differenziazione, la cui criticità sarebbe poi più nitidamente emersa alla luce del successivo orientamento delle corti favorevole alle adozioni all'interno delle coppie omogenitoriali⁷.

in casi particolari, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 838 ss.; B. de Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 291 s.; A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 258.

- 4 Sulla precisa volontà della Consulta di «risolvere» un problema cruciale per lo *status* dei nati da gestazione per altri, anziché ripiegare su una dichiarazione di inammissibilità della questione, come forse, sul piano formale, avrebbe potuto fare, v. le attente notazioni di M. Cinque, *Nuova parentela*, cit., 1013 ss.
- 5 Per esempio, l'abrogazione tacita dell'art. 55 l. 184/1983, nella parte in cui rinvia all'art. 300, comma 2, c.c., era stata affermata da Trib. minorenni Bologna, 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 86, con nota di M. Cinque, *Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?*, ma attraverso una pronuncia che, come osserva l'Autrice del commento, lasciava invero aperti alcuni interrogativi procedurali, tra i quali soprattutto quello inerente alle motivazioni, rimaste oscure, che avevano indotto il tribunale per i minorenni a disporre l'estensione del legame di parentela soltanto rispetto ai fratelli dell'adottato, e a dichiararsi, invece, incompetente in merito alla domanda di riconoscimento della parentela nei confronti anche degli ascendenti, essendosi qui ravvisata piuttosto la competenza esclusiva del tribunale ordinario.
- 6 Questa intenzione era peraltro chiaramente espressa a pag. 2 della relazione che accompagnava lo schema di decreto attuativo della legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, la quale, al netto di un'intitolazione francamente sorprendente (poiché, evocando le sole «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», nemmeno ne descriveva compiutamente il contenuto: cfr. L. Lenti, *La sedicente riforma*, cit., p. 202), aveva nondimeno gettato le basi legislative della riforma della filiazione. Al riguardo, v. anche, all'indomani della riforma, l'autorevole opinione di C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, cit., p. 2 nt. 7; Id., *La riforma del diritto della filiazione. Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 439 nt. 8, che della Commissione di studio, preposta all'elaborazione del testo normativo, era stato il presidente.
- 7 Osserva sul punto M. Bianca, *La Corte costituzionale*, cit., pp. 370 s., come la scelta del legislatore di non connettere all'adozione semplice l'effetto di stabilire la parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante non fosse invero dettata da alcun movente discriminatorio, quanto, piuttosto: dalla constatazione della permanenza di rapporti civili tra l'adottato e la famiglia d'origine; dalla preoccupazione per le ricadute che, sul versante successorio, una moltiplicazione delle figure parentali avrebbe potuto avere; e, soprattutto, dalla circostanza che la fattispecie di adozione semplice ove la mancata costituzione della parentela sarebbe apparsa più iniqua – quella, appunto, all'interno delle famiglie omogenitoriali – all'epoca «non si era affacciata ancora all'orizzonte».

Anche la pronuncia in commento, del resto, è stata occasionata da un'adozione promossa, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d, l. 184/1983, dal partner del padre biologico di una minore nata all'estero da gestazione per altri. Il giudice *a quo* aveva infatti accolto la domanda di adozione, ma non anche quella relativa al riconoscimento dei rapporti civili tra la minore e i parenti dell'adottante, a causa della preclusione esercitata dal rinvio dell'art. 55 l. 184/1983 all'art. 300 c.c.: da qui, allora, l'inoltro alla Consulta della questione di legittimità sollevata sulla base degli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo con precipuo riguardo all'art. 8 CEDU.

Senonché la Consulta, nell'affermare la contrarietà della norma impugnata ai parametri anzidetti, non ha circoscritto gli effetti della sua valutazione soltanto alle adozioni in casi particolari maturate nell'ambito di coppie omosessuali che siano ricorse, fuori dal nostro paese, alla fecondazione assistita o alla gestazione per altri – richiamandosi, cioè, alle sole ipotesi nelle quali il minore non abbia, giuridicamente, due famiglie d'origine – bensì, al contrario, la pronuncia di illegittimità dell'art. 55 ha finito per investire tutte le fattispecie di adozione semplice previste all'art. 44 l. 184/1983, ivi comprese quelle in cui al minore faccia già capo un duplice ramo parentale.

La scelta di fondo compiuta dalla Corte costituzionale apre quindi lo scenario inedito (o, comunque, fin qui, non da tutta la dottrina reputato plausibile) di un minore che, in seguito all'adozione semplice, potrà trovarsi ad accrescere la propria rete familiare e a sommare alle linee di parentela originaria – che l'adozione semplice lascia intatte (*ex art. 300, comma 1, c.c.*, a cui del pari rimanda l'art. 55 l. 184/1983) – quelle che si verranno adesso a intessere con la famiglia dell'adottante.

Ciò induce a considerare la sentenza n. 79/2022 in una duplice prospettiva, dovendosene esaminare le implicazioni tanto con riguardo allo *status* di tutti i minori adottati con adozione in casi particolari, quanto con riguardo alla specifica posizione soltanto di quei minori, figli di genitori dello stesso sesso, per i quali l'adozione semplice rappresenti l'unico strumento attraverso il quale fondare il vincolo di filiazione con il genitore non biologico: esigenza, quest'ultima, che, come vedremo, si prefigura sia quando il figlio sia nato in Italia, all'interno di una coppia di donne che abbia intrapreso all'estero la fecondazione eterologa, e l'adozione semplice risulti dunque la sola via per costituire la filiazione con la madre sociale; sia quando il figlio sia invece nato all'estero, all'interno di una coppia di uomini che ivi si sia avvalsa della gestazione per altri, e il nostro ordinamento non abbia poi riconosciuto il vincolo di filiazione col padre sociale, reputando contrario all'ordine pubblico l'atto di nascita formato sulla base del diritto straniero.

2. Status e reti parentali

Prima di esplorare le due direzioni testé anticipate, è opportuno ripercorrere l'*iter* argomentativo della sentenza n. 79/2022.

La Consulta ricorda intanto come la riforma della filiazione del 2012-2013, nel liberare le linee parentali dalla dipendenza verso lo stato coniugale dei genitori, ne abbia altresì accolto una concezione estesa⁸, in coerenza con l'idea che la tutela costituzionale della famiglia, oltre a non essere appannaggio esclusivo della famiglia matrimoniale soltanto, nemmeno è circoscritta alla sola, isolata, relazione tra la persona e i suoi genitori, ricomprendendo, anzi, pure il legame affettivo tra il soggetto e i suoi più stretti congiunti, come i fratelli e i nonni, i quali parimenti contribuiscono, in varia maniera, a formare quella sfera di accoglienza in cui il minore cresce e inizia a costruire e a coltivare la propria personalità⁹.

L'essenza personalistica dei legami familiari ha infatti trovato un'esplicita agnizione nel diritto del figlio a «mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-*bis*, comma 2, c.c.), nonché, in caso di rottura dell'unione tra i suoi genitori, e indipendentemente dalla sussistenza o meno di un vincolo formale tra gli stessi, a «conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (art. 337-*ter*, comma 1, c.c.). La dimensione familiare coinvolge d'altronde appieno il minore, in quanto «destinatario» di relazioni affettive delle quali non ha ancora il pieno controllo, ma che, per l'arricchimento che possono apportare alla sua crescita e alla sua formazione, neppure rientrano nell'indiscriminata e arbitraria disponibilità dei genitori¹⁰. Con specifico riguardo, poi, alle relazioni tra nonni e nipoti, il legislatore della riforma ha inoltre riconosciuto il diritto degli ascendenti

8 A. Bellelli, *I diritti e i doveri del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme. Atti del Convegno 27-29 settembre 2018 dedicato a Tommaso Auletta*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2019, pp. 394 s.

9 C.M. Bianca, *Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., p. 125.

10 In tema, v. G.F. Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, IV, cit., pp. 4060 ss.

a «mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», contemplando altresì la facoltà, per l'ascendente a cui venga impedita tale possibilità, di rivolgersi al giudice perché assuma i provvedimenti più idonei «nell'esclusivo interesse del minore» (art. 317-*bis* c.c.); minore, peraltro, in soccorso del quale gli ascendenti sono infine tenuti a intervenire fornendo ai genitori, che ne siano privi, i mezzi necessari a provvedere ai loro obblighi nei confronti dei figli (art. 316-*bis*, comma 1, c.c.)¹¹.

Siffatte previsioni – osserva la Corte – rispecchiano sia il principio di eguaglianza, stagliandosi sullo sfondo del superamento della distinzione tra figli legittimi e naturali, sia il principio, pure di rilevanza costituzionale (art. 31, comma 2, Cost.), della tutela dell'interesse del minore, essendo la nuova disciplina della parentela protesa proprio a favorire e a preservare quella basilare rete di protezione, con cui il figlio entra in contatto fin dalla nascita, rappresentata dall'ambiente familiare e connotata anche da precipui risvolti patrimoniali, quali quelli in materia successoria.

Occorre, pertanto, chiedersi se vi fossero ragionevoli motivazioni onde collocare l'adottato in casi particolari al di fuori di questa rete, oppure, in altri termini, se il diniego della parentela con la famiglia dell'adottante non integrasse, piuttosto, un trattamento discriminatorio a fronte del principio dell'unicità dello *status* di figlio e dell'ordinaria condizione giuridica dei minori, nella quale il conferimento dello *status* prelude appunto anche all'insaldarsi di rapporti di parentela pienamente declinati.

3. Lo *status* dell'adottato in casi particolari e l'irragionevole privazione della parentela con la famiglia dell'adottante

L'interrogativo testé formulato imponeva, anzitutto, di risalire alla *ratio* della regola che negava la parentela tra l'adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante.

Siffatta esclusione veniva normalmente correlata al primo comma dello stesso art. 300 c.c., il quale, stabilendo che l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri nei confronti della famiglia da cui proviene, denota l'attitudine dell'adozione semplice, diversamente da quella piena, a mantenere intatti gli originari rapporti di parentela del minore. Tale ulteriore differenza tra le due forme di adozione era a sua volta spiegata con la circostanza che l'adozione semplice non scaturisce ineluttabilmente dall'esigenza di rimediare a uno stato di abbandono del minore¹², cosicché al legislatore non è qui sembrato necessario addivenire a una netta recisione dei legami, anche giuridici, che il figlio ha coi suoi familiari.

11 In tema, v. M. Bianca, *Il diritto del minore all'«amore» dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 155 ss., che, con riferimento al rapporto tra nonni e nipoti, già prima della riforma della filiazione ravvisava nel "diritto di visita" dei nonni un vero e proprio diritto soggettivo, anziché un interesse legittimo di diritto privato, come invece in precedenza riteneva l'opinione prevalente (M. Cavallaro, *Il c.d. diritto di visita dei nonni: rilevanza e qualificazione degli interessi in gioco*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia-L. Brusciuglia-F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 143; Trib. minorenni Messina, 19 marzo 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1522). È appena il caso di ricordare come la tesi che riconduceva la situazione in parola alla categoria dell'interesse legittimo non intendesse certo sminuirne la rilevanza, collocandosi, anzi, sulla scia dell'illustre insegnamento (quello di L. Bigliuzzi Geri, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, pp. 527 ss.) che, proprio attraverso il recupero all'area dei rapporti tra privati di una figura tradizionalmente adoperata nel campo di quelli pubblicistici, era invece riuscito a conferire una specifica tutela a posizioni soggettive che, fino ad allora, ne erano invece sprovviste. Tra le prime decisioni che, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, avevano invece affermato il diritto di visita dei nonni, fondandolo sulla tutela costituzionale che l'art. 29 conferisce anche ai legami coi nipoti, cosicché esso avrebbe potuto essere negato solo quando la frequentazione col minore fosse apparsa pregiudizievole a quest'ultimo, v. Cass., 25 settembre 1998, n. 9606, in *Fam. dir.*, 1999, p. 17, con nota di G. de Marzo, *Diritto di visita e interesse dei minori*. In tempi più recenti, Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1591, con nota di F. Danovi, *Provvedimenti relativi a minori e garanzia del ricorso in Cassazione: un fronte (giustamente) sempre più aperto*, ha poi chiarito come il diritto di cui all'art. 317-*bis* c.c. non spetti solo a coloro che abbiano col minore un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma pure «ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico». Infine, il diritto di visita degli ascendenti trova riscontro anche nella giurisprudenza sovranazionale, ricadendo nell'alveo dell'art. 8 CEDU: v. Corte eur. dir. uomo, 14 gennaio 2021, ric. n. 21052/18, *Terna c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 5 marzo 2019, ric. n. 38201/16, *Bogonosovy c. Russia*; **Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2015, ric. n. 107/10, Manuello e Nevi c. Italia**, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 558, con nota di G. Spelta, *Il lungo percorso per l'affermazione del diritto di visita dei nonni*.

12 Si tenga tuttavia presente che l'ipotesi di cui alla lett. d dell'art. 44 l. 184/1983 ben potrebbe riguardare pure il minore già dichiarato adottabile ma per il quale non si riesca a concludere positivamente il periodo di affidamento preadottivo. Sui criteri di aggregazione delle diverse fattispecie di adozione in casi particolari, v. G. Iorio, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 2022, pp. 498 ss.

Nell'ottica della l. 184/1983, queste regole postulavano implicitamente che l'adottato in casi particolari avesse di solito alle spalle una doppia rete parentale, se non "legittima" quantomeno "di sangue".

Senonché, un simile assunto, se poteva essere coerente, almeno in astratto, con le ipotesi inizialmente immaginate dal legislatore al primo comma dell'art. 44 l. 184/1983, non lo è sicuramente più, però, con il caso, elaborato molto più avanti dalla giurisprudenza, sulla scorta di un'interpretazione evolutiva della lett. d, dell'adozione che avvenga all'interno di una coppia omogenitoriale al fine di fondare la filiazione anche verso il genitore non biologico¹³. In questa situazione, infatti, il minore, prima di essere adottato dal partner del genitore biologico, ha soltanto un genitore e una linea parentale (quella biologica, appunto), cosicché l'adozione in casi particolari serve proprio a conferire i caratteri della giuridicità a una seconda linea genitoriale e parentale fino ad allora rilevante unicamente sul piano sociale.

In tale contesto, l'iniquità della mancata costituzione della parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante era percepibile già di primo acchito, tantopiù che il rinvio al regime dell'adozione di maggiorenni appariva significativamente disarmonico rispetto alle finalità stesse dell'adozione semplice, la quale – al pari di quella piena – mira, anzitutto, a realizzare «il preminente interesse del minore» (ex art. 57, comma 1, n. 2, l. 184/1983)¹⁴, laddove, invece, l'adozione civile si caratterizza, tradizionalmente, per essere preposta a una funzione patrimonialistica e destinata a dispiegarsi soprattutto in chiave successoria¹⁵.

13 Com'è noto, si tratta di un indirizzo che, dopo essere emerso in sede di merito (Trib. minorenni Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Fam. dir.*, 2015, 574, con nota di M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*), è stato poi accolto anche dalla Suprema Corte (Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, su cui v., nella II parte, p. 1213, G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*).

14 Di «sostanziale identità di funzione» tra adozione piena e adozione semplice parla G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, II ed., a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, Milano, 2012, p. 953, essendo entrambe le tipologie rivolte «a dare con una impronta essenzialmente personalistica» la preminenza all'interesse del minore «ad essere accolto in una famiglia idonea ad educarlo». In tal senso, v. anche G. Cattaneo, *Adozione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, pp. 116 s.

15 Ciò è evidente se si considera che l'adozione dei maggiorenni prescinde del tutto dalle condizioni oggettive in cui si trovi l'adottando, mentre richiede, oltre al consenso dell'adottante e dell'adottando (art. 296 c.c.), l'assenso dei genitori dell'adottando, l'assenso del coniuge dell'adottante e dell'adottando (art. 297 c.c.), nonché (a seguito di Corte cost., 19 maggio 1988, n. 557, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1650, e Corte cost., 20 luglio 2004, n. 245, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1917) quello dei figli maggiori di età dell'adottante. In mancanza dell'assenso di questi soggetti, tuttavia, l'adozione può talvolta essere ugualmente pronunciata (art. 297, comma 2, c.c.), ove il tribunale ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, salvo quando il diniego provenga dal coniuge convivente dell'adottante (o dell'adottando) o, secondo un'interpretazione, anche dalla prole dell'adottante. Siffatte limitazioni mirano a salvaguardare la stabilità dell'unione familiare dell'adottante e le attese successorie dei suoi legittimari, favorendo così la tralozia idea che l'adozione civile, a differenza di quelle che riguardano i minori, giochi un ruolo prettamente individualistico, consistente, principalmente, nella trasmissione del cognome e del patrimonio da parte di un soggetto di solito privo di discendenza. Pur essendo tale descrizione fedele ai punti nodali della disciplina positiva, da tempo, tuttavia, la dottrina, muovendo proprio dagli impieghi che l'adozione dei maggiorenni ha avuto nella prassi, ne propone una rilettura basata sulle potenzialità di impiego dell'istituto anche in vista del perseguimento di obiettivi meno «aristocratici» di quelli che gli vengono usualmente ascritti (A. Giusti, *L'adozione di persone maggiori di età*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, IV, cit., pp. 4013 s.). In non trascurabili situazioni, infatti, pure l'adozione civile è suscettibile di rispondere a esigenze di spiccata solidarietà, come denotava, del resto, già la sentenza della Corte costituzionale n. 577/1988, che, avendo dichiarato illegittimo l'art. 291 c.c., nella parte in cui precludeva a chi avesse già figli legittimi maggiorenni e consenzienti di adottare una persona maggiore di età, implicitamente ammetteva che a tale adozione si potesse pervenire pure per motivazioni diverse da quelle strettamente dinastiche. In effetti, l'adozione dei maggiorenni può servire anche ad agevolare l'assistenza di persone anziane e senza famiglia, o di adulti che presentino un'infermità mentale o psichica (v., sull'adozione della persona maggiore di età e interdetta, Cass., 3 febbraio 2022, n. 3462, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 735, con nota di R. Milazzo, *Sull'ammissibilità dell'adozione del maggiorenne interdetto*), oppure, semplicemente, a permettere a una coppia di coniugi o a una persona sola, che non abbiano avuto figli propri, di costituire un vincolo giuridico di filiazione con un terzo a cui siano legati da sentimenti di profondo affetto o che si stia prendendo cura di loro; spesso, poi, queste adozioni maturano direttamente in un contesto endofamiliare, come quando riguardino il figlio (maggiorenne) del coniuge, o il nipote che sia stato adottato dallo zio, o la persona che, durante la minore età, sia stata a lungo in affidamento presso l'adottante; in tema, v. L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2021, pp. 1096 s.; G. Collura, *L'adozione dei maggiorenni*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, cit., pp. 1124 ss.; M. Dell'Utri, *Art. 291*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, artt. 231-455, II ed., a cura di G. Di Rosa, Milano, 2018, pp. 429 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 518. La fuoriuscita dell'istituto dalla predominante logica patrimonialistica la si coglie pure in quella pronuncia di merito che ha negato che lo *status* acquisito dall'adottato attraverso l'adozione di maggiorenne possa in seguito venire meno per effetto della sopravvenienza di figli generati dagli adottanti, reputando altresì non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione, per tale circostanza, di un potere di revoca, in capo agli adottanti, analogo a quello conferito al donante dall'art. 803 c.c.: v. Trib. Roma, 17 luglio 2020, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1347,

La Consulta mette quindi bene in luce l'insensatezza dell'esito comportato dal rinvio dell'art. 55 l. 184/1983 all'art. 300, comma 2, c.c., osservando, in primo luogo, come la condizione di figlio adottivo, sia pure *ex art. 44 l. 184/1983*, condivide, in generale, i caratteri della tendenziale stabilità e permanenza, nonché dell'indisponibilità, tipici di uno *status*, essendo la relazione tra adottante e adottato, per i suoi contenuti, assimilabile più a un rapporto di filiazione che non a quello che si instaura con l'affidamento a una famiglia o con la nomina di un tutore.

La prima opzione, infatti, dovrebbe realizzare, almeno teoricamente, solo un temporaneo affiancamento dei genitori, posto che l'affidamento dovrebbe svolgersi, in linea di principio, tenendo conto delle loro indicazioni (art. 5, comma 1, l. 184/1983) per poi concludersi col rientro del minore nella sua famiglia. La tutela, invece, si contraddistingue, essenzialmente, per l'attribuzione al tutore di compiti rappresentativi e di amministrazione patrimoniale da svolgersi a beneficio del minore che sia privo di un rappresentante legale, contemplando solo in via subordinata, quando, cioè, non si accosti ad alcuna forma di affidamento prevista dalla legge, pure l'assunzione di doveri relativi alla cura e all'educazione della persona – l'espletamento dei quali, peraltro, resta costantemente sotto il controllo del giudice tutelare, a cui compete, in ultima istanza, su proposta del tutore stesso, l'assunzione delle decisioni più rilevanti per la sfera personale ed economica del soggetto sottoposto alla tutela (art. 371 c.c.).

Viceversa, l'adottante (in casi particolari) assume la responsabilità genitoriale dell'adottato, che del primo acquista il cognome (anteponendolo al proprio, che conserva), e con essa anche quegli stessi obblighi di provvederle al mantenimento, all'istruzione, all'educazione e all'assistenza morale che verso i figli ha ogni genitore (art. 48, commi 1 e 2, l. 184/1983; art. 269 c.c.); inoltre, valgono qui le medesime cause di decadenza e limitazione della responsabilità genitoriale previste dalla disciplina comune della filiazione (artt. 330 ss. c.c., a cui rinvia l'art. 52, comma 4, l. 184/1983). L'adozione dà poi luogo agli impedimenti matrimoniali connessi alla parentela (v. artt. 300, comma 2, e 87, nn. 6-9, c.c.), è idonea a far sorgere con l'adottante vicendevoli obblighi alimentari (art. 433 c.c.) e a includere l'adottato tra i familiari i cui bisogni sono suscettibili di essere soddisfatti dalle utilità tratte dai diritti di uso e di abitazione dei quali l'adottante sia titolare (art. 1023 c.c.); inoltre, provoca l'automatica revoca del testamento dell'adottante, come ogni sopravvenienza di figli (art. 687 c.c.), mentre ne rende l'adottato erede legittimo e legittimario, cosicché se questi non vorrà o non potrà poi ereditare, opererà la rappresentazione a favore dei suoi discendenti (art. 304, comma 2, c.c., a cui rinvia l'art. 55 l. 184/1983). Infine, sottolinea la Consulta, lo stesso legislatore aveva nondimeno prefigurato il fisiologico inserimento dell'adottato in una dimensione familiare larga, nella quale, cioè, questi si sarebbe potuto facilmente trovare a intessere relazioni anche con i parenti degli adottanti: e del possibile apporto di tali soggetti alla crescita e alla formazione del minore la l. 184/1983 si mostrava già perfettamente avvertita, richiedendo al giudice di verificare, in vista del perfezionamento dell'adozione, non soltanto l'idoneità affettiva degli adottanti e la loro capacità di educare e istruire l'adottando, ma pure l'adeguatezza, a questo scopo, del loro «ambiente familiare» (art. 57, comma 3, l. 184/1983).

Già la semplice ricognizione del dato normativo, insomma, consente alla Corte di scandire che l'adottato in casi particolari «ha lo *status* di figlio»¹⁶, e di affermare perciò l'irragionevolezza della regola che lo privava, invece, delle «tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico [di quei] legami parentali [...] che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni».

Inoltre, il combinato disposto dell'art. 55 l. 184/1983 e dell'art. 300, comma 2, c.c. arrecava altresì un *vulnus* al diritto del minore alla propria identità personale, concorrendo anche il suo «inserimento

con nota di C. Lazzaro, *La nuova stagione della famiglia tra negozialità ed affettività, un caso emblematico: la revoca dell'adozione di persone maggiori di età*.

16 Tale constatazione è assai importante, anche perché supera la precedente affermazione della Consulta secondo cui «l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante» (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, 2021, p. 684, con note di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e G. Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*). Siffatta asserzione, a prima vista, sembrava peraltro tributaria di quella visione, ormai superata, dell'adozione semplice quale istituto subordinato e residuale, rispetto all'adozione piena, e quindi inidoneo a realizzare un completo radicamento del minore nella famiglia dell'adottante (la stessa concezione, a ben vedere, che era proprio alla base del rinvio dell'art. 55 l. 184/1983 all'art. 300 c.c.). In realtà, però, dietro a una lettura apparentemente così riduttiva degli effetti dell'adozione semplice, vi era, più probabilmente, l'intenzione della Consulta di rimarcare l'urgenza di un intervento legislativo a favore dei nati all'estero da gestazione per altri, atteso che la decisione concerneva proprio, per l'appunto, la generale inidoneità dell'adozione in casi particolari a garantire una tutela adeguata a questi minori.

nell'ambiente familiare del genitore adottivo» a definire l'immagine che il figlio ha di sé e che contribuisce alla sua identificazione presso i consociati.

4. L'inidoneità delle residue divergenze tra adozione semplice e adozione piena a intaccare lo *status* dell'adottato in casi particolari

Il ragionamento della Consulta appare interamente condivisibile, non bastando, del resto, a mettere in dubbio la validità del principio dell'unicità dello stato di figlio, anche per l'adottato in casi particolari, le scollature che ancora permangono tra la posizione di questo minore e quella del minore adottato con adozione piena.

Tralasciando, per il momento, le ombre che la sentenza della Corte costituzionale getta adesso su queste differenziazioni, può intanto segnalarsi come esse attengano a profili tutto sommato secondari, o comunque non decisivi, rispetto a quelli che invece qualificano in termini di filiazione il rapporto tra adottante e adottato.

In primo luogo, le norme che, da un lato, impongono all'adottante di redigere e trasmettere al giudice l'inventario dei beni di cui sia titolare l'adottato, senza peraltro fargliene acquisire l'usufrutto legale, ma solo un potere-dovere di amministrarli nell'interesse del figlio (art. 382 c.c.; artt., 48, comma 3, e 49, comma 1, l. 184/1983), e, da un altro lato, estromettono invece l'adottante dalla successione dell'adottato che gli sia premorto (v. art. 304, comma 1, c.c., a cui rinvia l'art. 55 l. 184/1983), intendono esprimere, infatti, altrettante previsioni a garanzia dell'adottato stesso, sì da evitare che l'adottante possa essere indotto all'adozione solo in forza di un movente assai poco commendevole quale quello di beneficiare del patrimonio dell'adottando. Sicché, al di là di quanto poi diremo circa la congruenza attuale di tali disposizioni, sarebbe senza dubbio incoerente richiamarle al fine di confutare il conseguimento, da parte dell'adottato, dello stato di figlio dell'adottante, onde giustificare poi, per tal via, un esito certamente sfavorevole al minore quale quello della mancata insorgenza dei rapporti civili con i parenti dell'adottante.

Quanto, invece, alla revocabilità giudiziale dell'adozione in casi particolari per indegnità dell'adottante o dell'adottato (artt. 51 e 52 l. 184/1983), o per violazione dei doveri incombenti sull'adottante (art. 53 l. 184/1983), se è vero che una simile evenienza parrebbe quasi imprimere al rapporto di filiazione un inedito carattere di precarietà, sembra, tuttavia, che non debba esserle attribuita una soverchia importanza a fini ricostruttivi, anche in considerazione della natura tassativa delle deplorevoli contingenze connesse all'indegnità¹⁷.

Più precisamente, la revoca per violazione dei doveri dell'adottante verso l'adottato dà luogo, a ben vedere, a un effetto corrispondente a quello che, per i figli biologici e quelli adottati con adozione piena, produce la dichiarazione della loro adottabilità¹⁸. La revoca, invece, per indegnità dell'adottante, al di là del fatto che le cause che la determinano già si prestano a rientrare tra quelle che legittimano la revoca per violazione dei suoi doveri, la quale, però, può essere attivata solo dal pubblico ministero, risulta, del pari, rivolta a proteggere esclusivamente l'interesse dell'adottato, che all'uopo è anch'egli legittimato, oltre al pubblico ministero, ad agire per l'attivazione della relativa procedura¹⁹. Infine, la revoca per indegnità dell'adottato ultraquattordicenne, senza dubbio quella dogmaticamente più problematica, è invece suscettibile di essere pronunciata solo su domanda dell'adottante, e, in questa prospettiva, diviene anch'essa indirettamente funzionale all'interesse del minore. Infatti, l'adottante, avvalendosi di tale facoltà, in qualche modo denuncia la sua concreta impossibilità, asseverata dalla gravità degli eventi verificatisi, di continuare a svolgere, con serenità e coinvolgimento, le funzioni educative assegnategli, e ciò proprio in un frangente nel quale l'adottato si è invece dimostrato notevolmente bisognoso di un

17 La revoca dell'adozione per indegnità può infatti essere pronunciata quando l'adottato maggiore di quattordici anni, o l'adottante, abbia attentato, rispettivamente, alla vita dell'adottante, o dell'adottato, o del suo coniuge, dei suoi discendenti o ascendenti, ovvero quando si sia reso colpevole verso di loro di un delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni.

18 L. Lenti, *op. ult. cit.*, p. 1095.

19 Nel vigore della vecchia "adozione speciale" disciplinata dal codice civile, che prima della l. 184/1983 costituiva l'unica forma di adozione per i minori in stato di abbandono, l'opportunità, in prospettiva di riforma, di introdurre alcune ipotesi di revoca a tutela dell'adottato, là dove l'esperienza adottiva si fosse poi rivelata un fallimento, era stata finanche sostenuta da una parte della dottrina: v. F. Giardina, *La revoca dell'adozione*, in *Studi Sassaresi*, VII, *Il diritto del minore alla famiglia*, Napoli, 1982, p. 294.

sostegno educativo, cosicché, attraverso la revoca, l'ordinamento agevola la rapida rimozione di un vincolo personale che, plausibilmente, non riveste più alcuna valenza positiva per i soggetti che ne sono parte²⁰.

Quanto appena detto induce pure, al contempo, a ridimensionare il peso specifico che, nel segnare le divergenze tra il regime dell'adozione piena e quello dell'adozione semplice, la revoca assumeva rispetto al dato, più consistente, della mancata insorgenza della parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Tale mancanza, infatti, traducendosi in un sicuro e immediato declassamento dello *status* del minore, veniva più facilmente a incarnare il tratto distintivo, dirimente e sostanziale, tra le due fattispecie: il che autorizza, allora, a credere che avesse colto nel segno chi osservava come, alla radice del disaccordo della dottrina circa l'attitudine o meno dell'adozione semplice a istituire vincoli di parentela tra l'adottato e i familiari dell'adottante, vi fosse, in realtà, una resistenza non tanto verso il merito della questione in sé considerata, quanto, invece, verso il compimento, per tal via, di quella sostanziale assimilabilità tra gli effetti delle due forme di adozione che avrebbe, in definitiva, eroso la preclusione tutt'ora vigente – quantunque per certi aspetti recessiva²¹ – verso la possibilità di ammettere all'adozione piena anche le persone singole²².

5. Il tramonto del dogma dell'esclusività dell'appartenenza familiare...

Come anticipato, la Corte costituzionale ha statuito l'illegittimità del combinato disposto dell'art. 55, l. 184/1983, e dell'art. 300, comma 2, c.c. con riferimento a tutte le fattispecie di adozione semplice di cui all'art. 44 l. 184/1983, incluse quelle nelle quali l'adottato già abbia una duplice linea di parentela con i rami familiari facenti capo ai suoi genitori.

Tale scelta merita apprezzamento, in quanto i principi sottesi alle censure della Consulta mantengono la loro forza anche là dove il minore, in conseguenza dell'adozione, finisce per accrescere le proprie linee parentali²³.

Pure in questa circostanza, infatti, l'adottato ha nondimeno acquisito lo *status* di figlio dell'adottante, incardinandosi dunque appieno nella famiglia del medesimo. Inoltre, anche qui, il rispetto dell'identità del minore esige che l'ordinamento non disconosca gli esiti logico-sistematici di quel mutamento di *status* che esso stesso ha determinato, quantunque ne derivi un quadro più articolato e composito di quello normalmente tracciato dalla parentela nella filiazione biologica o adottiva ex art. 27 l. 184/1983. Ma ciò non perché «l'aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite, da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico» presenti un qualche tratto di eversività, rispetto a una presunta, sovraordinata, direttiva generale, quanto perché, al contrario, un simile risultato rispecchia proprio la «naturale conseguenza» di un tipo di adozione suscettibile di essere pronunciata anche senza tagliare il tessuto relazionale e giuridico che ancora unisce il minore alla famiglia di provenienza, non essendone la stoffa necessariamente logorata dallo stato di abbandono in cui i genitori e i parenti di sangue abbiano lasciato il figlio.

Questo punto segna peraltro il guadagno metodologico più importante della decisione in commento, poiché disvela una ricostruzione degli istituti del diritto familiare ispirata unicamente all'effettività dei diritti delle persone, e non alla preservazione di modelli giuridici astratti e connotati da elementi di esclusività o privilegio che non godono di alcuna ragionevole giustificazione sostanziale, ma solo dell'insidioso conforto di un formalismo ermeneutico dietro il quale molto spesso si celano, in realtà, antichi retaggi culturali o ideologici²⁴. Lo si avverte nitidamente là dove si legge come la difesa incondi-

20 L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 4, *Persone e Famiglia*, III, II ed., Torino, 1997, pp. 499 ss.

21 L. Lenti, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, pp. 911 ss. In tema, v. anche S. Corso, *Alla migliore delle famiglie possibili. Brevi considerazioni sull'adozione da parte dei single*, in questa *Rivista*, 2022/1, pp. 60 ss.

22 L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 1093; Id., *L'adozione*, cit., pp. 415 s. In un'ottica simile, v. anche B. de Filippis, *op. cit.*, p. 292, e F. Prosperi, *op. cit.*, p. 278.

23 E ciò anche al netto di talune possibili distonie, segnalate da M. Cinque, *Nuova parentela*, cit., pp. 1017 ss., che, però, nell'economia della decisione, appaiono secondarie rispetto al valore dei principi ivi affermati.

24 Coglie tale aspetto G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust.*, 2022, p. 5. In questo senso, la pronuncia in commento esprime dunque una linea metodologica assai più apprezzabile e convincente di quella seguita, invece, in altro contesto, da quelle decisioni che, accedendo a un'interpretazione

zionata del principio dell'«appartenenza in via esclusiva» alla famiglia formata da due linee parentali soltanto, ossia del banale postulato che caratterizza tutte quelle ordinarie situazioni in cui si ha un duplice vincolo di genitorialità che si mantiene stabile nel tempo, diverrebbe, a ben vedere, un vero e proprio «dogma» qualora fosse reiterata anche a fronte di indicazioni normative e assiologiche che ne mettessero in discussione le fondamenta, evidenziandone, anzi, il contrasto con interessi del minore di rango primario quali quelli che si compendiano nel diritto all'identità personale e nell'unicità dello stato di figlio²⁵.

Né varrebbe, a sostegno di una conclusione diversa, invocare il principio, pur presente alla Consulta, che ispira l'art. 253 c.c.: se è vero, infatti, che tale disposizione, vietando il riconoscimento che contrasti con lo stato di figlio in cui la persona si trova, non ammette l'insorgenza, in capo al minore, di un'ulteriore linea di parentela per effetto del riconoscimento compiuto da un terzo, in costanza di uno *status* non ancora rimosso da un'azione giudiziale, è del pari vero, però, che una simile direttiva, normalmente invalicabile dai privati, diviene tuttavia evidentemente recessiva allorché sia «lo stesso legislatore ad affiancare al genitore biologico il genitore adottivo», nel contesto di un'adozione che si caratterizza, per l'appunto, per la frequente mancanza di uno stato di abbandono²⁶.

Infine, l'opzione della Corte costituzionale di assicurare la parentela con i familiari dell'adottante a tutti i minori adottati in casi particolari si rispecchia anche nel dato di esperienza che induce a respingere l'idea che possa ravvisarsi un qualche «privilegio» nell'attribuzione di una terza (o quarta) linea parentale al minore che già ne abbia due in via originaria. Una simile evenienza, infatti, sottolinea la

puramente originalista dell'art. 29 Cost., e neutralizzando così la spinta evolutiva che sull'intero sistema esercita il principio di eguaglianza, sono pervenute (non solo alla conservazione, ma addirittura) alla costituzionalizzazione del requisito civilistico della diversità di sesso dei nubendi, e con ciò al singolare risultato (non comune, nel panorama giuridico occidentale) di legittimare l'esclusione delle coppie omosessuali dall'accesso all'istituto del matrimonio a causa soltanto di una caratteristica inseparabile dalla personalità individuale di ciascuno quale quella dell'orientamento sessuale (v. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361, con note di R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, e Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2674, con note di R. Romboli, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*. Per una sintesi della questione, v. A. Sperti-F. Azzarri, *Il riconoscimento delle coppie omosessuali tra unioni civili e matrimonio*, in V. Bonini-V. Calderai-E. Catelani-A. Sperti-E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, 2021, pp. 211 ss.

25 La natura esclusivamente dogmatica dell'imperativa affermazione per cui nessuno può essere membro «né esistenzialmente né giuridicamente» di due diverse famiglie era già stata rilevata anche da P. Morozzo della Rocca, *Adozione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento**, I, Torino, 2003, p. 44.

26 Alcuni commentatori hanno criticato questo passaggio, ritenendo non esatta l'affermazione secondo cui l'adozione in casi particolari affiancherebbe al genitore adottivo anche il genitore di sangue, sovrapponendo così due vincoli di filiazione: v. M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione*, cit., p. 907 s. In realtà, qui la Corte intende riferirsi non all'esercizio della responsabilità genitoriale, quanto invece all'affiancamento delle nuove linee parentali, tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, a quelle che lo stesso mantiene nei confronti della famiglia d'origine. Lo si evince chiaramente dal coevo inciso in cui la Consulta nondimeno evidenzia come, nella tela familiare che si viene così a comporre, sia pur sempre il solo genitore adottivo a esercitare la responsabilità genitoriale. Tale prerogativa, infatti, mentre cessa in capo al genitore di sangue (salvo quando l'adozione sia proposta dal coniuge o dal convivente di quest'ultimo), viene appunto attribuita dall'art. 48 l. 184/1983 al genitore adottivo: il quale, con la medesima, assume dunque in via esclusiva i normali doveri di cura, istruzione ed educazione che gravano su ogni genitore e trasmette altresì all'adottato il proprio cognome, che andrà poi ad anteporsi a quello originario. Ciò detto, resta – in generale – non sempre chiarissimo il ruolo che i genitori biologici vengono ad assumere a seguito dell'adozione (semplice) del loro figlio. Appare invero eccessivo, oltre che poco in linea con gli effetti testé ricordati (A. Giusti, *L'adozione dei minori*, cit., p. 3966), ammettere un potere di guida e di controllo del genitore di sangue suscettibile addirittura di sfociare, in caso di contrasto con l'adottante, nel ricorso all'art. 316 c.c. (così, invece, M. Dogliotti, *Adozione e affidamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, p. 526, che ipotizza un accostamento della posizione del genitore biologico a quella del genitore separato non affidatario; G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, cit., p. 1019). Sembra, piuttosto, doversi imputare anche all'adozione semplice, almeno alla luce della disciplina vigente, la sostituzione del soggetto tenuto a esercitare i doveri e i poteri racchiusi nella responsabilità genitoriale, i quali saranno così da ricondurre inescindibilmente al nuovo titolare (o ai nuovi titolari) di quest'ultima (A. Giusti, *op. ult. cit.*, pp. 3966 s.; L. Rossi Carleo, *op. cit.*, pp. 492 s.; M. Sesta, *op. ult. locc. citt.*; diversa la valutazione di C. Ciruolo, *Art. 44*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, Leggi complementari, cit., pp. 948 s., secondo cui l'adozione semplice, più che alla sostituzione dell'originaria famiglia nucleare, tenderebbe invece al suo allargamento), ferma restando, comunque, l'eventualità che – ove ciò corrisponda all'interesse del minore – nel loro esercizio si tenga conto della possibile «compresenza» della famiglia di origine nella vita dell'adottato (e quindi, in qualche misura, anche nella vita del nuovo nucleo familiare in cui questi è inserito), senza, tuttavia, potersi *a priori* individuare i contenuti di tale partecipazione, essendo la loro definizione, come è stato ben osservato a proposito dell'adozione mite, affidata anzitutto allo spirito collaborativo degli adulti coinvolti e alle peculiarità della singola vicenda adottiva (L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 1044 s.).

Consulta, coinvolge di solito minori vulnerabili o dai difficili trascorsi²⁷, e bisognosi semmai di un potenziamento delle tutele, non certo di una loro riduzione²⁸; tantopiù, ancora, che talvolta i rapporti con la famiglia d'origine potrebbero finanche essere del tutto inconsistenti²⁹, mentre talaltra, a ben vedere, nemmeno si avrebbe la formazione di un nuovo legame, quanto, piuttosto, la giuridica riqualificazione di uno già esistente³⁰.

6. ... e di altri dogmi del diritto delle adozioni

La decisione in commento, nel decretare la caduta della regola che più di ogni altra marcava – anche simbolicamente – la differenza di effetti tra l'adozione semplice e l'adozione piena, è stata propiziata da talune condizioni sistematiche che hanno del pari agevolato la messa in discussione di altri dogmi tipici del nostro diritto delle adozioni.

La materia, infatti, è ormai connotata da importanti soluzioni applicative che impongono quantomeno una rilettura critica della sistemazione che essa aveva ricevuto con la l. 184/1983, nella quale autorevole dottrina scorge adesso i chiari segni di una «crisi» dell'adozione piena³¹, ossia del modello che, inizialmente, era stato immaginato dal legislatore come quello principale e privilegiato di filiazione adottiva, in contrapposizione all'altro modello, percepito come secondario e subordinato, rappresentato invece dall'adozione in casi particolari³².

Sopravvenute considerazioni d'ordine culturale e sociale hanno del resto concorso a ridisegnare il rapporto tra le due forme di adozione, valorizzando, da un lato, la natura sussidiaria dell'adozione piena, e, da un altro lato, la possibilità offerta dall'adozione semplice di non rendere inesorabile la sorte dei legami tra l'adottato e la sua famiglia d'origine³³.

La sussidiarietà dell'adozione piena implica infatti che vi si possa ricorrere solo quando ogni altro strumento previsto dal sistema per offrire assistenza adeguata al minore e alla sua famiglia si sia dimostrato insufficiente o inadatto. Tale requisito, che si sostanzia in un comprovato, permanente e irreversibile stato di abbandono del minore, viene costantemente affermato nelle decisioni della Corte di Cassazione³⁴ e della Corte di Strasburgo³⁵, ma era invero già richiesto dalla stessa l. 184/1983, nella

-
- 27 La Corte richiama qui i casi dei minori orfani o orfani con disabilità che siano adottati dai loro parenti o da terzi (art. 44, comma 1, lett. a e c); dei minori abbandonati ma non adottabili (art. 44, comma 1, lett. d); dei minori semi-abbandonati, con genitori e famiglie inidonei a occuparsi adeguatamente di loro (art. 44, comma 1, lett. d); dei minori che vivono in un nuovo nucleo familiare (art. 44, comma 1, lett. b); dei minori che hanno un solo genitore (art. 44, comma 1, lett. d).
- 28 Qualche dubbio, sul punto, viene invece avanzato da M. Bianca, *La Corte costituzionale*, cit., p. 369, temendo che la moltiplicazione delle figure parentali possa anche portare a situazioni di conflittualità.
- 29 Si pensi, per esempio, al caso di un figlio unico in stato di semiabbandono permanente che non abbia rapporti significativi né con gli ascendenti né con i parenti collaterali.
- 30 È il caso in cui il minore, orfano di entrambi i genitori, venga adottato dalla zia e da suo marito: a seguito dell'adozione, gli zii diverrebbero genitori, così come i cugini diverrebbero fratelli: «non si comprende[rebbe]», infatti, perché la riqualificazione che riguarda gli adottanti «non debba coinvolgere anche gli altri componenti del nucleo familiare».
- 31 L. Lenti, *op. ult. cit.*, p. 1037.
- 32 Siffatta ricostruzione del rapporto tra adozione piena e adozione semplice compare talvolta ancora negli scritti recenti: v. E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 255, secondo cui «[l'adozione in casi particolari], evidentemente, non rappresenta affatto il best interest of the child, ma viene concepita come il "meglio che niente" in considerazione del fatto che, ex comma 1 art. 44, alla medesima può darsi corso anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 7 comma 1».
- 33 Un terzo segnale della crisi del modello di adozione piena è poi ravvisato, sempre da L. Lenti, *op. ult. cit.*, pp. 1037 s., anche nel declino del dogma della preservazione del segreto sulle origini dell'adottato.
- 34 Cass., 23 giugno 2022, n. 20322, in *DeJure*; Cass., 14 settembre 2021, n. 24722, ivi; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Fam. dir.*, 2021, p. 586, con nota di F. Zanovello, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. La Cassazione ribadisce il ricorso all'adozione "mite"*; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 837, con nota di P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*.
- 35 Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/19, *D.M. e N. c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 13 ottobre 2015, ric. n. 52557/14, *S.H. c. Italia*, su cui v. L. Lenti, *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 785 ss.; Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2015, ric. n. 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2012, ric. n. 19554/09, *Pontes c. Portugal*.

quale fu ribadito ancor più incisivamente dalla riforma del 2001, che sancì testualmente il diritto del minore a crescere e a essere educato nell'ambito della propria famiglia (art. 1, comma 1)³⁶. Sulla scorta di tale principio, le situazioni in cui risulta percorribile la via dell'adozione piena appaiono dunque inevitabilmente circoscritte a frangenti di estrema gravità, quali quelli in cui i figli non siano stati riconosciuti alla nascita dai loro genitori, o in cui vengano maltrattati da genitori irrecuperabilmente violenti, o, ancora, in cui, pur non avendo subito simili maltrattamenti, non ricevano alcuna educazione e alcun sostegno affettivo dai loro genitori, che si dimostrano quindi, in tale veste, completamente assenti. Là dove, viceversa, l'inidoneità del contesto familiare non raggiunga una soglia così elevata, i servizi sociali e l'autorità giudiziaria dovrebbero invece preferire strade alternative, che possano cioè garantire il giusto supporto al minore favorendo, al contempo, il recupero delle capacità educative dei genitori, sì da evitare che la pur delicata vicenda sfoci, anche quando non sia inevitabile, nell'esito radicale di sostituire, interamente e in modo definitivo, la famiglia del minore con una nuova famiglia³⁷.

Il carattere sussidiario dell'adozione piena emerge poi anche a proposito delle conseguenze che essa comporta sulla sfera personale e giuridica dell'adottato, determinando, tra l'altro, la completa rottura di ogni rapporto, anche di fatto, tra il minore e la sua famiglia d'origine. Detto esito, per la sua drasticità, conferma quindi l'eccezionalità di questo modello³⁸, essendosi progressivamente diffusa l'idea che l'automatico troncamento di ogni legame tra l'adottato e la famiglia da cui proviene non sempre ne realizzi il miglior interesse, giacché, almeno in alcune ipotesi, sarebbe invero preferibile, per il benessere esistenziale dello stesso, non tagliarne del tutto i contatti con quelle persone che appartengono comunque al suo vissuto, e che magari potrebbero ancora dare un qualche apporto costruttivo alla crescita e alla serenità del soggetto³⁹.

Anche per questa ragione, oltre che per la rammentata sussidiarietà dell'adozione piena, è allora invalso nella pratica giurisprudenziale – come ricordato anche dalla Consulta – il ricorso alla c.d. «adozione mite», la quale, mercé un'interpretazione «estensiva» della fattispecie di cui alla lett. d dell'art. 44, permette di superare quella rigidità di fondo della l. 184/1983 rivelatasi poco acconcia a orientare i complicati itinerari che, nella realtà sociale, i rapporti familiari sono suscettibili di imboccare. La legge in questione, infatti, com'è stato attentamente sottolineato, poggia su uno schema serratamente bipartito, rivolgendosi, da un lato, ai minori che si trovano in un inemendabile stato di abbandono, il quale ne giustifica la dichiarazione di adottabilità e il «trapianto» in un'altra famiglia, e, da un altro lato, ai minori che versano, invece, in una situazione di temporanea difficoltà dovuta a uno stato di impreparazione, immaturità o inidoneità dei genitori reputato, tuttavia, provvisorio e rimediabile, cosicché per questi minori si prospetta di solito la diversa via dell'affidamento extrafamiliare⁴⁰.

Senonché, la nettezza con cui queste circostanze sono distinte nell'impianto normativo non trova poi sempre un puntuale riscontro nella varietà delle problematiche che possono affliggere le esperienze familiari più fragili. Non di rado, infatti, i genitori, più che una totale mancanza delle attitudini educative indispensabili all'assolvimento dei compiti connessi alle loro responsabilità verso i figli, scontano, piuttosto, una condizione (sociale, culturale, psicologica o talora patologica) che rende invece tali capacità ridotte o solo parziali o intermittenti, e dunque insufficienti ad assicurare il completo accudimento del minore e a provvedere convenientemente alla sua cura e alla sua formazione, senza, peraltro, che appaia plausibile un recupero di dette capacità in tempi compatibili con le esigenze di attenzione sollecitate dall'età infantile o dalla prima adolescenza.

Si parla allora, in simili frangenti, di semiabbandono permanente, giacché, pur trovandosi i genitori in un limbo che impedisce, in maniera duratura, l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale, i loro rapporti con i figli, per quanto precari e raffazzonati, mantengono nondimeno dei contenuti positivi la cui completa rimozione dalla vita del minore appare non essenziale e anzi potenzialmente dannosa per i suoi eventuali risvolti traumatici.

In questi casi, un'adozione dagli effetti più attenuati rispetto a quelli dell'adozione piena sembra in grado di evitare, da un canto, che la mancanza di uno stato di abbandono totale si risolva in una collocazione a tempo indefinito del minore presso una comunità o una famiglia affidataria, e, da un altro canto,

36 C.M. Bianca, *Art. 1*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 909.

37 L. Lenti, *op. ult. cit.*, pp. 1038 s.

38 Definisce «misura eccezionale» la dichiarazione di adottabilità di un minore Cass., 22 agosto 2018, n. 20954, in *Foro it.*, 2019, I, c. 889 (s.m.), con nota di G. Casaburi.

39 L. Lenti, *op. ult. cit.*, p. 1039. In tema, v. già anche le attente considerazioni di M.R. Marella, *Adozione*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2000, pp. 18 ss.

40 L. Lenti, *op. ult. cit.*, pp. 1037 ss.

che il protrarsi di una condizione comunque di insoddisfacente tutela dello stesso possa, alla fine, trascinare in una dichiarazione di adottabilità che lo allontanerebbe per sempre dalla famiglia d'origine⁴¹.

In assenza della predisposizione, da parte del legislatore, di più puntuali e aggiornati istituti, i giudici hanno così cercato di comporre il complesso bilanciamento tra gli interessi in gioco proprio attraverso l'adozione in casi particolari, qui praticabile grazie all'ampia formula della lett. d dell'art. 44 l. 184/1983, stante l'impossibilità "di diritto", nelle ipotesi in discorso, di avviare il minore all'adozione piena a causa del difetto dello stato di abbandono⁴².

Pur non essendo immune da pieghe critiche, l'adozione mite permette dunque di affrontare con maggior cautela e duttilità le situazioni più controverse, conferendo al minore lo *status* di figlio degli adottanti, e stabilizzandone quindi la collocazione presso una nuova famiglia, senza, tuttavia, rinnegare il vissuto relazionale con la famiglia di provenienza, con la quale, anzi, potrà seguitare a coltivare un legame affettivo là dove ciò sia funzionale al suo benessere e compatibile col delicato equilibrio dei diversi ruoli che deve necessariamente instaurarsi tra i genitori biologici e quelli adottivi⁴³.

Da un punto di vista sistematico, infine, la vicenda dell'adozione mite – assieme a quella dell'adozione del figlio del convivente (etero od omosessuale)⁴⁴, che, pur diversa, si avvale del pari di un'interpretazione della lett. d dell'art. 44 l. 184/1983 basata sull'impossibilità di diritto (e non solo di mero fatto) dell'affidamento preadottivo⁴⁵ – conferma poi l'avvenuto «rovesciamento» del rammentato, tradizionale, rapporto tra adozione piena e adozione semplice, avendo quest'ultima via via acquisito una stabile centralità nel panorama degli istituti a tutela dei minori e connotandosi invece, ormai, la prima come uno strumento residuale, preposto, cioè, ai casi estremi in cui il minore non abbia alcuna dimensione familiare alle spalle o che meriti di essere, almeno in parte, preservata⁴⁶.

Con ciò, peraltro, non si è in alcun modo stabilito un astratto e inverso ordine gerarchico tra le due forme di adozione, quanto, piuttosto, un generale criterio di gradualità dell'intervento statale⁴⁷, in linea anche con le indicazioni della Corte di Strasburgo, la quale ha dato un significativo contributo al superamento di quella «preferenza di principio» in passato di solito accordata dalla nostra giurisprudenza all'adozione piena, ancorché in maniera non sempre compatibile con l'art. 8 CEDU⁴⁸. Tale previsione, infatti, ammette l'ingerenza dei pubblici poteri, nel diritto di ciascuno al rispetto della propria vita familiare, solo quando questa, oltre che prevista dalla legge, risulti altresì necessaria, in una società democratica, in vista del perseguimento di un interesse legittimo: cosicché una conseguenza grave, quale la rottura dei rapporti giuridici e sociali tra il minore e la sua famiglia, potrà aversi, anche secondo la

41 È appena il caso di precisare come, malgrado la giurisprudenza sembri ritenere che all'adozione mite possa ricorrersi solo quando non vi sia stata la dichiarazione di adottabilità del minore, per difetto dello stato di abbandono, in dottrina, tuttavia, si evidenzia invece come niente impedisca, invero, che, pure là dove detta dichiarazione sia intervenuta, si decida ugualmente di pronunciare l'adozione semplice, ritenendola, nel caso di specie, più confacente alla miglior tutela degli interessi del minore (con riferimento, per l'appunto, al mantenimento del cognome e alla preservazione dei suoi rapporti coi genitori biologici); v. P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono*, cit., p. 833, e U. Salanitro, *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1073.

42 L'adozione mite fu sperimentata, per la prima volta, da Trib. minorenni Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 393, con nota di S. Caffarena, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, ricevendo in seguito anche l'avallo della giurisprudenza di legittimità: v., da ultimo, Cass., 23 giugno 2022, n. 20322, cit.; Cass., 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Fam. dir.*, 2022, p. 241, con nota di S. Corso, *Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, cit.

43 L. Lenti, *op. ult. cit.*, pp. 1044 s.; A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 1361 ss. Per alcune notazioni critiche sull'adozione mite, v. invece A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. dir.*, 2020, pp. 1074 ss., che pone l'accento sulla preferenza che, nel sostegno alle famiglie vulnerabili, dovrebbe essere data alle misure pubbliche di sostegno della genitorialità; M. Renna, *Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, pp. 1371 s.

44 Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

45 Su tale interpretazione della fattispecie di cui alla lett. d v. già, peraltro, Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3215.

46 G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., p. 3.

47 A. Finessi, *op. cit.*, pp. 1364 s.; P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, in *Fam. dir.*, 2017, pp. 611 s.

48 L. Lenti, *op. ult. cit.*, p. 1043.

Convenzione, solo in circostanze realmente eccezionali, dovute essenzialmente all'indegnità dei genitori o a esigenze univoche imposte dalla tutela del primario interesse del figlio⁴⁹.

7. Adozione in casi particolari e diritto ereditario

A questo punto del discorso, possono esaminarsi le implicazioni più immediate che la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 avrà sul piano sistematico, a cominciare dai risvolti successori innescati dall'ingresso dell'adottato nella rete familiare dell'adottante.

Nell'impostazione originaria della l. 184/1983, infatti, anche i diritti ereditari dell'adottato in casi particolari venivano regolati sul modello di quelli dell'adottato maggiore di età, mercé il rinvio dell'art. 55 della medesima all'art. 304 c.c. Si riteneva, dunque, che pure per l'adottato in casi particolari valesse la preclusione di cui all'art. 567, comma 2, c.c., in base alla quale i figli adottivi (ad eccezione di quelli adottati con adozione piena) restano estranei alla successione dei parenti dell'adottante⁵⁰, in coerenza, del resto, con l'idea di fondo che i primi nemmeno avessero una relazione di parentela coi secondi, *ex art. 300, comma 2, c.c.*: cosicché, nei confronti del patrimonio di questi ultimi, non avrebbero potuto vantare alcuna pretesa successoria, né in via diretta né, secondo alcuni, nemmeno per rappresentazione⁵¹.

Orbene, adesso che la Consulta ha però affermato l'insorgenza di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante, deve conseguentemente ricavarsene che i «figli adottivi» esclusi dalla successione dei parenti dell'adottante, *ex art. 567, comma 2, c.c.*, siano solamente – peraltro sulla scorta di una premessa non sempre fondata – quelli adottati con l'adozione del maggiorenne⁵², mentre i figli adottati con l'adozione semplice saranno, invece, del tutto equiparati ai figli adottati con l'adozione piena, potendo dunque succedere non solo all'adottante, ma anche ai figli, ai fratelli e alle sorelle dello stesso, che saran-

49 Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, ric. n. 33773/11, *Zhou c. Italia*, su cui v. A. Pasqualetto, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 155. La decisione ha condannato l'Italia, per violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto, con riguardo a un minore semiabbandonato, ma che pure non era stato esposto né a violenze né a maltrattamenti fisici o psichici, le pubbliche autorità dapprima non si erano adoperate a sufficienza onde supportare la madre e permetterle di superare quelle difficoltà, prevalentemente d'ordine sociale ed economico, che non le consentivano un armonioso e soddisfacente esercizio della responsabilità genitoriale, mentre, in seguito, avevano poi disposto l'adozione piena del bambino, anziché quella mite, senza tuttavia tenere nella dovuta considerazione «la necessità fondamentale di preservare per quanto possibile il legame tra la ricorrente – che si trovava peraltro in situazione di vulnerabilità – e il figlio». La statuizione ha così corroborato la tessitura sostanziale su cui era stata elaborata, dalle corti interne, l'adozione mite, come riconosciuto anche dagli Autori che pure sono critici verso la figura: v., per esempio, A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 728.

50 L'art. 567 c.c. si riferisce, in entrambi i suoi commi, solo ai figli adottivi, senz'altra specificazione. Tuttavia, i figli adottati con adozione piena dovevano certamente essere esclusi dal raggio applicativo della norma, in quanto, ai sensi dell'art. 27, comma 1, l. 184/1983, questi minori acquistano lo stato di figli nati nel matrimonio degli adottanti, divenendo così titolari a partecipare anche alla successione dei parenti dei genitori adottivi, in virtù del rapporto di parentela con loro instauratosi per effetto dell'adozione. Ciò aveva pertanto indotto a includere nella categoria dei figli adottivi di cui all'art. 567 c.c. sicuramente quelli adottati con l'adozione di maggiorenne, proprio in virtù della mancanza di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante, mentre, per i minori adottati con adozione semplice, la soluzione risentiva, inevitabilmente, della risposta che si dava al quesito circa l'applicabilità o meno a questa adozione del principio affermato dall'art. 74 c.c.; v., sul punto, C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.2, Le successioni*, VI ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, pp. 266 s.; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, X ed., Milano, 2020, p. 172; M. Cinque, *Adozione in casi particolari*, cit., p. 82 nt. 33.

51 L'inoperatività della rappresentazione, a discapito dei figli adottati con adozione civile e adozione semplice, era ugualmente motivata con l'assenza di rapporti civili tra questi figli e i parenti dell'adottante (C. Ciralo, *Art. 55*, cit., p. 990; M. Ronchi, *I discendenti*, in *Tratt. dir. succ. e don.* diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 820): senonché, già in passato, appariva preferibile la diversa opinione favorevole invece alla loro successione per rappresentazione, sia perché tali figli adottivi avevano pur sempre, nei confronti dell'adottante, la medesima posizione successoria di tutti i figli, sia perché la disciplina dell'istituto, invero, comunque non richiedeva che vi fosse pure un vincolo di parentela tra il *de cuius* e il rappresentante; C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, pp. 87 s.

52 La premessa del mancato acquisto, da parte dell'adottante, di diritti ereditari verso l'adottato maggiore di età, e, da parte di quest'ultimo, di diritti ereditari verso i parenti dell'adottante, risiede, infatti, nella risalente funzione patrimonialistica di solito ascritta all'adozione civile. Senonché abbiamo già accennato (v. nt. 15) alla circostanza che pure questa adozione, non di rado, risponde ormai oggi anche a intenti di tipo solidaristico, potendo riguardare, per esempio, un soggetto che, benché adottato dopo la maggiore età, sia nondimeno cresciuto nella famiglia adottiva o sia comunque da tempo inserito in quell'ambiente familiare. In simili situazioni, la diminuzione dei diritti successori dell'adottante e dell'adottato è allora ben poco comprensibile, ma, più in generale, è lo stesso trattamento differenziato dei figli adottati da maggiorenni rispetto agli altri figli adottivi ad apparire, ad avviso di autorevole dottrina, ingiustamente discriminatorio; L. Lenti, *op. ult. cit.*, p. 1099.

no ora divenuti, rispettivamente, suoi fratelli, suoi zii e sue zie, nonché, in generale, a ogni altro parente dell'adottante (eventualmente anche per rappresentazione), entro il consueto margine del sesto grado⁵³.

Quanto appena detto, peraltro, vale anche in senso inverso, poiché, per il principio di reciprocità che caratterizza i rapporti di parentela, così come l'adottato diviene successibile dei suoi nuovi parenti, anche costoro, a loro volta, diverranno successibili dell'adottato e, nei limiti di legge, dei suoi discendenti: ma ciò con la vistosa eccezione dell'adottante stesso, contro il quale – proprio mentre l'adottato diventa destinatario di tutte le norme sulla successione dei figli (e non più solo di quelle sulla successione dei «figli adottivi») – continuerà, invece, *ex art. 55 l. 184/1983*, a dispiegare i suoi effetti il primo comma dell'art. 304 c.c., secondo cui, per l'appunto, l'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto successorio, né nei confronti dell'adottato, né (stante il disposto iniziale dell'art. 300, comma 2, c.c.) nei confronti dei suoi discendenti⁵⁴.

Si tratta, evidentemente, di un esito paradossale, imputabile però all'incongruenza della soluzione normativa a fronte della più moderna configurazione che, grazie alla pronuncia n. 79/2022, l'adozione semplice viene ora ad assumere, lasciando così emergere la marchiana irragionevolezza della disparità di trattamento che l'adottante, sul piano ereditario, subisce rispetto ai suoi parenti e che, in futuro, potrebbe del pari essere censurata dalla Consulta⁵⁵.

Come già ricordato, infatti, tale negazione dei diritti successori si spiega comunemente con la volontà del legislatore di contrastare il rischio di adozioni animate più dall'aspirazione verso il patrimonio dell'adottando che non dall'affetto verso la persona di quest'ultimo. A una medesima esigenza, del resto, si ispira altresì la mancata assegnazione all'adottante, *ex art. 48, comma 3, l. 184/1983*, di quel diritto di usufrutto sui beni del figlio, che normalmente spetta ai genitori (artt. 324 ss. c.c.), ma che, per l'adottante in casi particolari, degrada, invece, a un potere di amministrazione affiancato dall'obbligo di inventario e sanzionato dalla norma sulla responsabilità del tutore (art. 382 c.c.)⁵⁶.

Senonché, pure ad ammettere che il timore di adozioni "interessate" possa magari, in circostanze eccezionali, non essere del tutto infondato (concernendo l'adozione semplice anche minori non abbandonati e rispetto ai quali vi sia già una dimensione relazionale tra adottante e adottando), a contrastarlo, tuttavia, sembra sufficiente già l'indagine che il tribunale per i minorenni è comunque tenuto a disporre al fine di accertare, tra l'altro, l'idoneità affettiva e la capacità educativa dell'adottante, i motivi per i quali questi desideri adottare il minore e la possibilità che tra i due possa avviarsi una convivenza virtuosa tenendo conto delle personalità di entrambi (art. 57, commi 2 e 3, l. 184/1983).

Viceversa, le anzidette limitazioni dei diritti ereditari e dei poteri dell'adottante sui beni del minore non solo denotano un eccesso di cautela, rispetto alla *ratio* che le anima, ma risultano adesso dissonanti alla luce della sicura titolarità, confermata dalla sentenza in commento, dello *status* di figlio, da parte

53 N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda da seguire*, in *www.rivistafamilia.it*, 17 maggio 2022, § 4.

54 R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1348 s.

55 N. Cipriani, *Adozione in casi particolari*, in *Enc. dir., I Tematici, IV, Famiglia*, Milano, 2022, p. 44. Ci si potrebbe poi chiedere se la distonia non sia invece così forte da ritenere piuttosto preferibile la ricerca, in via ermeneutica, di una soluzione applicativa uniforme sia per la successione dell'adottante, sia per quella dei parenti. Ciò potrebbe teoricamente avvenire in due direzioni, suscettibili peraltro di condurre a esiti radicalmente opposti. In un primo senso, si potrebbe infatti pensare che la declaratoria di illegittimità del combinato disposto dell'art. 55 l. 184/1983 e dell'art. 300, comma 2, c.c. travolga anche il primo comma dell'art. 304 c.c., in ragione dell'incompatibilità logica di tale disposizione con l'accesso dell'adottato in casi particolari al principio dell'unicità dello stato di figlio, e con la conseguente instaurazione dei rapporti civili con i parenti dell'adottante. In un altro senso, invece, potrebbe sostenersi, al contrario, che sia proprio il primo comma dell'art. 304 c.c., in quanto "sovravvissuto" alla declaratoria di illegittimità, a impedire l'insorgenza di diritti successori in capo ai parenti dell'adottante, dovendo desumersi dall'esclusione del parente più prossimo (l'adottante) pure quella di tutti gli altri. Tra le due alternative, la prima sarebbe senz'altro preferibile, pur non essendo affatto scontata, non avendo la Corte dichiarato, *ex art. 27, l. 87/1953*, l'illegittimità consequenziale dell'art. 304, primo comma, c.c.; inoltre, il superamento di tale disposizione dovrebbe coerentemente accompagnarsi anche a quello dell'art. 48, comma 3, l. 184/1983, stante l'identità di *ratio* di entrambe le regole (v. testo), ma non sarebbe agevole inferire direttamente dalla sentenza n. 79/2022 anche la venuta meno di quest'ultima norma. Quanto, invece, alla seconda alternativa prospettata, è vero che essa supererebbe l'anomalia della successibilità dei soli parenti, ma lo farebbe sconfessando, almeno in parte, gli effetti della stessa pronuncia costituzionale, e, per di più, sulla scorta di una norma controversa già nel campo dell'adozione di maggiorenne (v. nt. 52). Ciò detto, sembra allora che la strada più sicura per rimuovere la distonia, oltre a quella di una più ampia revisione legislativa dell'istituto dell'adozione, sia quella del rinvio alla Consulta della questione di legittimità del primo comma dell'art. 304 c.c., la quale, certamente, non potrebbe che essere accolta per la manifesta irragionevolezza della disparità di trattamento venutasi a creare tra l'adottante e i suoi parenti.

56 L. Lenti, *op. ult. cit.*, pp. 1094 s.; G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, cit., p. 1020.

dell'adottato in casi particolari, e della quasi totale equiparazione avutasi tra gli effetti dell'adozione piena e quelli dell'adozione semplice.

La partecipazione dell'adottato in casi particolari al principio dell'unicità dello stato di figlio, e il suo coevo ingresso nella famiglia dell'adottante, previo accertamento pubblico dell'idoneità morale e materiale di quest'ultimo, rendono, infatti, del tutto ingiustificata l'attribuzione al medesimo di una posizione deteriore rispetto a quella di cui godono tutti gli altri genitori di figli minori.

Inoltre, la stessa norma che esclude l'usufrutto dell'adottante sui beni dell'adottato, e che parrebbe specificamente volta a impedire al primo il conseguimento di un improprio vantaggio patrimoniale per effetto dell'adozione, riflette anche, a ben vedere, il vecchio pregiudizio della non completa appartenenza dell'adottato al nucleo familiare dell'adottante⁵⁷: ché, altrimenti, non vi sarebbe ragione di esonerare tale minore – almeno apparentemente⁵⁸ – da quel dovere (*ex art. 315-bis*, comma 4, c.c.) di contribuire al mantenimento della famiglia con cui convive, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, all'adempimento del quale appare, per l'appunto, anzitutto preposto il diritto di usufrutto dei genitori⁵⁹.

8. La controversa revocabilità dell'adozione in casi particolari

Un altro aspetto tipico dell'adozione semplice (sempre mutuato dal regime dell'adozione del maggiorenne) che sembra ora divenire ugualmente problematico, alla luce della pronuncia n. 79/2022, è poi, infine, quello della revocabilità.

Abbiamo già ricordato come la dottrina sia incline a non attribuire alla revoca un'eccessiva importanza sul piano ricostruttivo, sottolineandone semmai la funzione quasi fisiologica di porre fine all'esperienza adottiva allorché le serie degenerazioni che ne abbiano investito lo svolgimento non consentano, verosimilmente, il recupero di alcun contenuto positivo per le parti del rapporto. Ciò non toglie, tuttavia, l'eccentricità dell'istituto, accentuata, adesso, dall'avvenuta parificazione della condizione giuridica dell'adottato in casi particolari a quella di tutti i figli minori in virtù del condiviso principio dell'unicità dello *status*.

La stessa Corte costituzionale, del resto, chiamata a suo tempo a esprimersi sulla legittimità dell'art. 27 l. 184/1983, nella parte in cui non prevedeva che, anche nell'adozione piena, potesse essere pronunciata, nell'interesse dell'adottato, la revoca per gravi motivi, aveva nondimeno ritenuto ragionevole che questo tipo di adozione non contemplasse una simile eventualità, richiamandone proprio la «diversità di effetti», rispetto all'adozione semplice, e la «non piena comparabilità» alla stessa, atteso che il legislatore aveva voluto rendere «definitivo» solo il vincolo derivante dalla prima, sia perché deputata ad assicurare al minore abbandonato l'educazione, l'istruzione e il mantenimento dei genitori adottivi, sia

57 G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 122.

58 Infatti, mentre è sicuro che l'adottato in casi particolari non abbia più alcun dovere di contribuzione nei confronti della famiglia d'origine, con la quale del resto ormai nemmeno convive (salve eventuali obbligazioni alimentari), è però incerto se un analogo dovere venga invece poi a instaurarsi con la famiglia adottiva. Parte della dottrina ritiene che, nel silenzio della legge, l'adottato assuma verso la famiglia adottiva gli stessi doveri di tutti i figli nei confronti dei loro genitori, compreso quello di concorrere al mantenimento del nucleo familiare (M. Dogliotti, *Adozione e affidamento*, cit., 527). Secondo un'altra opinione, però, dei doveri stabiliti dall'art. 315-bis, comma 4, c.c., l'adottato assumerebbe solo quello personale di rispettare i genitori adottivi, non anche, invece, quello patrimoniale di contribuire al mantenimento della nuova famiglia: lo dimostrerebbe proprio l'attribuzione agli adottanti, in luogo dell'usufrutto legale, istituzionalmente preordinato anche «al mantenimento della famiglia» (art. 324, comma 2, c.c.), di un diverso potere di amministrazione dei beni del minore finalizzato, specificamente, a impiegarne le rendite «per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione» del figlio soltanto (C. Ciruolo, *Art. 48*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, Leggi complementari, cit., 970 s.). Per quanto qui interessa, si noti comunque che, anche qualora si dovesse reputare sussistente, per l'adottato, un dovere di contribuzione, la mancata previsione dell'usufrutto legale per i genitori adottivi rappresenterebbe nondimeno un'ulteriore anomalia.

59 R. Senigaglia, *op. ult. cit.*, p. 1350; N. Chiricallo, *op. cit.*, § 5. Sulla funzione contributiva dell'usufrutto legale dei genitori sui beni del figlio, v. G.F. Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, cit., p. 4070 nt. 151; Id., *L'usufrutto legale dei genitori*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Assago, 2016, pp. 1884 ss. L'usufrutto, peraltro, non esaurisce necessariamente l'impegno contributivo dei figli, né ha il medesimo regime del dovere di contribuzione: sul rapporto tra le due situazioni giuridiche, v. G. Toscano-G. Foti, *Art. 315-bis*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, artt. 231-455, cit., pp. 604 ss., e, pur nel quadro precedente alla riforma della filiazione del 2012-2013, la quale ha comunque apportato alcune novità al tema in parola, l'attenta analisi di G. De Cristofaro, *L'usufrutto legale*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, cit., pp. 1450 ss.

perché preceduta da un più complesso *iter* procedurale che si avvale anche del periodo di affidamento preadottivo⁶⁰.

Adesso che, però, è ormai assodata l'identità funzionale delle due forme di adozione, mutandone soltanto i presupposti, e che è inoltre sancito il completo inserimento dell'adottato nella rete familiare dell'adottante, la ragionevolezza della revocabilità dell'adozione semplice non sembra più in alcun modo sostenibile, neppure invocando, all'uopo, il difetto del periodo di affidamento preadottivo⁶¹. A parte, infatti, che, nell'adozione semplice, tale periodo potrebbe perfino reputarsi supplito già dalla frequente esistenza di una relazione di genitorialità sociale, o almeno di non estraneità, tra l'adottante e l'adottando, occorre, comunque, mettere in luce come un dato meramente procedimentale non sia sufficiente a motivare una simile differenza di trattamento, suscettibile finanche di incidere irreparabilmente sullo *status* dei minori adottati in casi particolari.

In altre parole, non si comprende perché mai, nonostante la compiuta unificazione dello stato di figlio, identici accadimenti, capaci allo stesso modo di minare le fondamenta morali e affettive di un rapporto di filiazione, debbano, nell'adozione semplice, dar luogo a conseguenze più drastiche di quelle che si avrebbero nell'adozione piena e, più in generale, in base alla disciplina comune della filiazione.

Gli argomenti che dovrebbero indurre il legislatore a riconsiderare questo profilo, o che potrebbero più avanti occasionare un nuovo pronunciamento della Consulta, non mancano.

Com'è noto, infatti, secondo le regole ordinarie, anche la più riprovevole delle condotte che il figlio possa tenere verso i genitori non comporta mai la rottura del vincolo di filiazione, venendo piuttosto sanzionata, ricorrendone gli estremi, con l'indegnità a succedere: la quale, però, agisce solo in chiave ereditaria, provocando l'esclusione dell'autore del comportamento indegno dalla successione nel patrimonio del soggetto verso cui tale comportamento sia stato tenuto, salvo che poi non intervenga, da parte di quest'ultimo, la riabilitazione (artt. 463 ss. c.c.)⁶².

Anche dal lato dei genitori, poi, le condotte suscettibili di cagionare pregiudizio ai figli non pervengono ugualmente mai a una rimozione definitiva della filiazione, ma autorizzano piuttosto il giudice ad assumere i «provvedimenti convenienti», al fine di limitare la responsabilità genitoriale (art. 333 c.c.), e, nei casi più gravi, a dichiarare direttamente la decadenza del titolare dalla stessa (art. 330 c.c.)⁶³. Siffatte misure, inoltre, dovrebbero operare, in linea di principio, in un quadro di prescrizioni e di iniziative di sostegno volte a favorire, per quanto possibile, il recupero del rapporto tra il figlio e il proprio genitore: il che spiega pure perché i provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale siano revocabili in qualsiasi momento, mentre il genitore che fosse decaduto dalla medesima può nondimeno esservi reintegrato quando, cessate le cause che avevano determinato la decadenza, sia da escludere ogni pericolo di pregiudizio per il figlio (art. 332 c.c.)⁶⁴.

Infine, la revocabilità dell'adozione non si concilia agevolmente nemmeno col diritto dell'adottato di crescere nella famiglia adottiva e di mantenere rapporti significativi coi suoi (nuovi) parenti (art. 1, comma 1, l. 184/1983; art. 315-bis, comma 2, c.c.), né, al contempo, nemmeno col diritto degli ascendenti

60 Corte cost., 20 luglio 1992, n. 344, in *DeJure*.

61 Esprime perplessità anche N. Cipriani, *op. cit.*, p. 46.

62 R. Senigaglia, *op. ult. cit.*, p. 1351. È poi appena il caso di osservare che, mentre la revoca, determinando l'estinzione del rapporto di filiazione, pregiudica inevitabilmente anche le obbligazioni alimentari che in futuro sarebbero potute sorgere tra adottante e adottato, in assenza di revoca, diversamente, dette obbligazioni dovrebbero invece, in linea di massima, sopravvivere anche ai gravi comportamenti che l'avente diritto abbia tenuto verso l'obbligato (al netto dell'eccezione di cui all'art. 448-bis c.c.): le cause di indegnità di cui all'art. 463 c.c., infatti, si ritengono non estendibili al di fuori della loro tassativa elencazione in ambito successorio, mentre, pur ammettendosi che, ai sensi dell'art. 440, comma 1, c.c., sia «riprovevole» anche la condotta gravemente ingiuriosa dell'alimentato nei confronti del debitore, non sembra, però, che una tale circostanza possa condurre all'azzeramento della prestazione alimentare, quanto, al più, a una congrua riduzione della medesima allo stretto indispensabile per vivere (G. Tamburrino, *Alimenti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 48; M. Sala, *Gli alimenti*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, II, cit., p. 1935; G. Guzzardi, *Art. 430*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, artt. 231-455, cit., p. 1774).

63 Dichiarazione a cui consegue anche la liberazione del figlio dall'obbligo di prestare gli alimenti al genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale (art. 448-bis c.c.).

64 R. Senigaglia, *op. ult. cit.*, pp. 1351 s.; N. Chiricallo, *op. cit.*, § 5. La violazione degli obblighi di natura personale e patrimoniale facenti capo all'adottante, ex art. 48, l. 184/1983, potrebbe peraltro comportare, anziché la revoca dell'adozione, ai sensi dell'art. 53 l. 184/1983, anche solo l'assunzione, da parte del giudice, dei provvedimenti, di cui agli artt. 330 ss. c.c., volti a limitare la responsabilità genitoriale o a decretare la decadenza dell'adottante dalla stessa (v. artt. 53, comma 2, e 52, comma 4, l. 184/1983). Nel concorso tra le reazioni giuridiche alla violazione dei doveri dell'adottante, la revoca dovrebbe essere riservata soltanto a quei casi in cui la gravità oggettiva del comportamento avverso a tali doveri «abbia inciso tanto profondamente sul rapporto» da renderne opportuno lo scioglimento; così A. Bellelli, *Art. 53*, in *La nuova legge sull'adozione. Legge 4 marzo 1983, n. 184*, a cura di C.M. Bianca-F.D. Busnelli-G. Franchi-S. Schipani, Padova, 1985, p. 191.

a intrattenere col nipote rapporti altrettanto significativi (art. 317-*bis* c.c.), a prescindere dalla tutela che tale dimensione affettiva potrebbe magari ottenere anche là dove venisse a perdere la propria giuridicità⁶⁵.

9. Il consenso all'adozione in casi particolari del genitore legale

Resta ora da soffermarsi sui riflessi della sentenza n. 79/2022 rispetto alla specifica ipotesi dell'adozione in casi particolari volta a costituire, all'interno di una coppia omogenitoriale, che abbia utilizzato all'estero tecniche di procreazione artificiale vietate in Italia, il vincolo di filiazione tra il minore e il genitore non biologico.

Come anticipato all'inizio di queste pagine, tale eventualità concerne sia i figli di due donne che siano nati in Italia, dopo essere stati concepiti in un altro paese che permette la fecondazione eterologa anche alle coppie omosessuali femminili⁶⁶, non contemplando il nostro sistema la facoltà, per la madre sociale, di riconoscere altrimenti il figlio al momento della nascita⁶⁷; sia i figli di due uomini, che siano nati in un paese che ammette la gestazione per altri, ma il cui rapporto di filiazione col padre sociale risulti da un atto di nascita che, pur regolarmente formatosi nell'ordinamento straniero, non può tuttavia – secondo la giurisprudenza di legittimità – essere trascritto in Italia in ragione della sua contrarietà all'ordine pubblico⁶⁸.

Orbene, fermo restando che la decisione della Consulta ha sensibilmente migliorato l'attitudine dell'adozione semplice a garantire i diritti di questi minori, deve tuttavia registrarsi come, al netto di tale statuizione, permangano comunque alcune criticità.

Occorre, però, intanto evidenziare come almeno un primo aspetto controverso – attinente ai presupposti richiesti dalla legge per il perfezionamento dell'adozione in casi particolari – sembri nondimeno ormai stemperato dalla riflessione della dottrina e da una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite.

Com'è noto, infatti, la procedura prevista per l'adozione semplice, al di là delle fisiologiche – e tutt'ora persistenti – incertezze che incombono sui tempi e gli esiti di ogni procedimento giurisdizionale⁶⁹, presenta altresì un requisito che, in certe circostanze, potrebbe rivelarsi piuttosto problematico: quello, cioè, dell'imprescindibile assenso del genitore che esercita la responsabilità genitoriale, il cui diniego, ai sensi dell'art. 46 l. 184/1983, non parrebbe superabile dal tribunale nemmeno là dove risultasse ingiustificato o contrario all'interesse del minore.

Tale condizione, di per sé, non è del tutto irragionevole, trovando anzi una plausibile giustificazione nel fatto che l'adozione semplice si rivolge anche a minori che non versano in uno stato di abbandono, e la cui compagine familiare viene in questo modo preservata dalle interferenze e dalle tensioni che,

65 R. Senigaglia, *op. ult. cit.*, pp. 1352 s.

66 Quando, invece, il minore sia nato nel paese in cui la fecondazione eterologa è stata realizzata, e l'atto di nascita ne attesti la filiazione con entrambe le madri, non dovrebbero esservi problemi a ottenere in Italia il riconoscimento del duplice vincolo di maternità, posto che la nostra giurisprudenza ha già affermato la trascrivibilità, sui registri di stato civile, degli atti di nascita stranieri da cui risulti, rispettivamente, sia la nascita di un figlio da due donne, avendo una donato l'ovulo e la coniuge portato a termine la gravidanza, sia che il bambino è figlio non solo della donna che lo ha partorito, prestando anche l'ovulo, ma pure della donna con questa coniugata o unita civilmente ancorché senza legami biologici col minore: v. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, e Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1718, con nota di G. Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*.

67 Quando il figlio sia nato in Italia, la maternità sarà dunque attribuita alla sola madre gestazionale, ex art. 269, comma 3, c.c., non essendovi ad oggi norme che autorizzino a tenere conto della posizione dell'altra donna, che potrà, però, ricorrere all'adozione in casi particolari, ex art. 44 lett. d, l. 184/1983. Una possibile eccezione, tuttavia, osserva L. Lenti, *op. ult. cit.*, 193, sembrerebbe configurabile là dove entrambe le donne siano madri biologiche, dovendo allora apparire plausibile anche il riconoscimento compiuto da quella non gestazionale, atteso che qui il rapporto di filiazione con quest'ultima corrisponderebbe pur sempre alla verità genetica.

68 Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *DeJure*; Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 741, con nota di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.

69 A tal proposito, J. Long, *L'omogenitorialità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, a cura di M. Pellissero e A. Vercellone, Torino, 2022, p. 86 nt. 35, segnala, in particolare, il rischio che gli operatori sociali e giuridici chiamati, in concreto, nei singoli casi, a valutare l'idoneità dell'adottante possano qui essere fuorviati dal retaggio di «modelli stereotipati e standardizzati di valutazione delle competenze genitoriali», se non talvolta finanche da veri e propri pregiudizi sulle capacità delle persone LGBTQI+ di dar vita a un ambiente familiare equilibrato.

inevitabilmente, scaturirebbero dall'instaurazione "forzosa" (e non necessaria) di un rapporto adottivo rifiutato dal soggetto che ha la responsabilità genitoriale dell'adottando⁷⁰. Non a caso, la giurisprudenza ha affermato che la portata preclusiva del mancato assenso del genitore legale viene comunque meno quando sia accertata una «disgregazione» dell'originario contesto familiare del minore, in conseguenza della prolungata assenza di un rapporto effettivo tra quest'ultimo e il genitore esercente la responsabilità⁷¹, non essendovi allora più, in un frangente del genere, alcuna dimensione affettiva e relazionale da tutelare prioritariamente.

L'insuperabilità del dissenso del genitore legale, però, produce un effetto distorto quando l'adozione riguardi proprio i figli delle coppie omosessuali, rispetto ai quali l'adottante, ossia il genitore non biologico, non è un soggetto in precedenza estraneo al minore, bensì è colui o colei che, assieme al genitore biologico, affianca il figlio fin dalla sua nascita e, di fatto, da subito assume nei suoi confronti tutti i doveri genitoriali, avendo condiviso con il padre o la madre naturale la «scelta» – e, di solito, anche le difficoltà, gli ostacoli e gli oneri economici – di avvalersi, in paesi più liberali del nostro, di quelle tecniche di procreazione artificiale senza le quali il minore non sarebbe mai venuto al mondo⁷². In simili contesti, il rifiuto arbitrario del genitore biologico di acconsentire all'adozione – di solito per ragioni che non attengono al benessere del figlio, quanto alla sopravvenuta crisi dell'unione – finisce non solo per tradire le aspettative dell'ex partner verso il consolidamento di un progetto di genitorialità che senza l'iniziale unità della coppia nemmeno si sarebbe realizzato⁷³, ma anche per privare il minore della possibilità di instaurare un secondo rapporto di filiazione con chi già si occupa della sua cura e del suo mantenimento, impedendo così che sorgano in capo a tale soggetto gli obblighi personali e patrimoniali tipici della responsabilità genitoriale.

Questa anomalia è stata molto puntualmente rilevata dalla Consulta in due precedenti decisioni, le quali, pur senza spingersi a dichiarare l'illegittimità del quadro normativo, in (generoso) ossequio alla discrezionalità del legislatore, ne avevano tuttavia segnalato l'inadeguatezza, rispetto «al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», con riferimento alla posizione sia dei minori nati all'estero da gestazione per altri⁷⁴, sia dei minori nati in Italia, a seguito di una procedura di fecondazione eterologa svoltasi all'estero, allorché l'adozione semplice promossa dalla madre sociale non possa essere pronunciata a causa del mancato assenso della madre biologica⁷⁵.

Peraltro, sebbene in chiusura delle pronunce testé ricordate la Corte costituzionale abbia, pur con diversa intensità, sollecitato l'azione del parlamento, onde porre rimedio alla mancanza di più validi strumenti a difesa del minore, in dottrina, già alla stregua del diritto vigente, si è tuttavia prontamente suggerita un'interpretazione persuasiva e costituzionalmente orientata dell'art. 46 l. 184/1983 suscettibile di abbattere l'invalidità del rifiuto opposto dal genitore legale. Atteso, infatti, che il principio dell'interesse del minore assume anche una valenza ermeneutica, è stato allora ritenuto sindacabile il diniego del genitore esercente la responsabilità allorché la sua determinazione esprima unicamente un proprio interesse (per esempio, quello a occuparsi in autonomia della crescita dei figli, o a introdurli in futuro in un'altra realtà familiare) non comparabile al vantaggio giuridico che il minore riceverebbe

70 A.G. Grasso, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, pp. 719 s.

71 Cass., 16 luglio 2018, n. 18827, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 5, con nota di J. Long, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*.

72 G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., p. 8. Per i nati attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita, il rapporto di filiazione si fonda, infatti, proprio sul criterio intenzionale della "scelta" dei genitori di ricorrere alle tecniche in questione, esprimendosi, in tal modo, anche una condivisa assunzione di responsabilità verso il figlio. Lo si evince chiaramente pure dal nostro diritto, se si considera che il principio per cui i figli nati dall'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita acquistano lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha «espresso la volontà di ricorrere alle tecniche» in parola (art. 8 l. 40/2004) era stato ribadito dal legislatore anche per l'ipotesi – inizialmente vietata dalla l. 40/2004 – in cui il figlio fosse stato generato mediante fecondazione eterologa: già all'epoca, infatti, il coniuge o il convivente, il cui consenso alla pratica fosse stato ricavabile da atti concludenti, non avrebbe potuto né esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, così come, al contempo, la madre del nato non avrebbe del pari potuto esercitare la facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 9, commi 1 e 2, l. 40/2004).

73 Da questo punto di vista, anche il genitore sociale è quindi portatore di un interesse meritevole di tutela, esplicandosi nella sua partecipazione al progetto procreativo una manifestazione del diritto di dar vita a una famiglia: v. par. 11.

74 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

75 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Fam. dir.*, 2021, p. 680, con note di M. Dogliotti, *Due madri e due padri*, cit., e di G. Ferrando, *La Corte costituzionale*, cit.

invece dall'immediata instaurazione sia della filiazione adottiva con il genitore sociale, sia della parentela coi familiari di quest'ultimo⁷⁶.

Come anticipato, tale lettura dell'art. 46 l. 184/1983 è stata infine accolta pure dalle Sezioni Unite, le quali hanno confermato come l'eventuale dissenso del genitore legale non possa rispecchiare un «volere meramente potestativo», dipendendone anzi l'efficacia unicamente dalla sua conformità all'interesse del minore, in linea con quanto avviene anche innanzi al rifiuto del genitore, che per primo abbia riconosciuto il figlio infraquattordicenne, di acconsentire al riconoscimento del secondo genitore (art. 250, commi 3 e 4, c.c.). Muovendo da questa premessa, la Suprema Corte reputa dunque idonea a impedire il perfezionamento dell'adozione semplice soltanto l'opposizione del genitore legale che sia motivata dalla mancanza di ogni rapporto di affetto e di cura tra il nato e chi ne chiede l'adozione o dall'avvenuto abbandono, da parte di quest'ultimo, del nato e del genitore biologico. Viceversa, là dove tra il minore e il genitore d'intenzione sia invece maturato «quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione», il rifiuto del genitore legale non potrebbe allora basarsi semplicemente sull'intervenuta crisi della coppia o su pretese riserve di discrezionalità⁷⁷.

10. Le persistenti obiezioni al mancato riconoscimento dello *status* dei nati da gestazione per altri (anche all'indomani di Cass., Sez. Un., 38162/2022)

Qualche riflessione ulteriore merita poi il caso dei nati da gestazione per altri, dove, prima ancora dell'adeguatezza o meno dell'adozione semplice a soddisfare le esigenze di tutela del minore, occorre, in via preliminare, verificare, anzitutto, la necessità stessa del ricorso a tale istituto, non essendo, a nostro avviso, persuasivi gli argomenti addotti dalle pronunce delle Sezioni Unite che hanno negato in assoluto la trascrivibilità, sui registri italiani di stato civile, dell'atto di nascita straniero da cui derivi la filiazione del genitore non biologico⁷⁸.

Le motivazioni del Supremo Collegio, infatti, seppur confortate dalla Corte di Strasburgo⁷⁹ e condivise da una parte della dottrina⁸⁰, si espongono nondimeno a serie obiezioni critiche, che in questa sede è possibile solo riassumere⁸¹, a partire da quella suscitata dalla contingente interpretazione qui

76 C. Favilli, *Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*, in *Giur. it.*, 2022, p. 319, che mette efficacemente in luce come qui «non [sia] in gioco un'aggiunta, [...] ma una perdita», posto che il mancato assenso del genitore legale finisce col «sacrificare uno dei rapporti intessuti all'interno della famiglia nella quale [il minore] è cresciuto»; V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 506; A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 1183; R. Senigaglia, *op. ult. cit.*, pp. 1344 ss.; M. Cinque, *Nuova parentela*, cit., p. 1021, che ritiene opponibile al genitore legale il divieto di *venire contra factum proprium* allorquando egli neghi il proprio assenso all'adozione pur avendo, in precedenza, la coppia prestato congiuntamente all'estero i consensi necessari a dar vita al comune progetto procreativo.

77 Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

78 Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.; Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

79 V., per esempio, Corte eur. dir. uomo, 16 ottobre 2020, ric. n. 11288/18, *D. c. France*.

80 Limitandosi solo ad alcuni recentissimi contributi, v. A. Morace Pinelli, *op. cit.*, p. 1175 ss.; V. Calderai, *op. ult. cit.*, pp. 478 ss.; Ead., *Il dito e la luna*, cit., pp. 301 ss.; M. Sesta, *Interesse del minore e stato giuridico della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 1062; A.M. Gambino, *Tecnologie riproduttive e genitorialità d'intenzione*, ivi, p. 1071 (che sembra addirittura prospettare la sottrazione alla coppia committente del bambino «commissionato»). Per opinioni di segno diverso, v. V. Barba, *Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore*, in *Diritto civile minorile*, a cura di A. Cordiano-R. Senigaglia, Napoli, 2022, pp. 148 ss., 158; A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, pp. 13 ss.; A. Gorgoni, *Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni Unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata*, in *DSF*, 2020, pp. 539 ss.; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come far cose con regole*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1097 ss.; A. Schillaci, *“Le” gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., pp. 111 ss.

81 Per un più ampio esame, e i pertinenti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, sia consentito rinviare al nostro *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, pp. 1153 ss., e, con riguardo, in generale, al tema della tutela degli *status* personali e familiari, alla luce del diritto europeo, al nostro «*Status*» *civilistici e cittadinanza europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, pp. 123 ss.

ricevuta dal filtro dell'ordine pubblico internazionale⁸²: il quale, anziché in conformità a quanto stabilito in altri e più congrui precedenti⁸³, è stato invece ricostruito all'insegna della predominanza assiologica di indicazioni parziali tratte da una legge ordinaria (la n. 40/2004) e, soprattutto, da una norma penale (l'art. 12, comma 6) la cui vaghezza ne rende assai dubbia la legittimità⁸⁴. In tal modo, non si è dunque tenuta in alcuna considerazione la varietà dei contesti ordinamentali nei quali la gestazione per altri può avvenire, prospettandosi, anzi, un'equiparazione tra modelli regolativi finanche profondamente diversi tra loro, indipendentemente, cioè, dalle garanzie che apprestino alla gestante e dalle modalità di formazione, giurisdizionali o meno, dell'atto fondativo della filiazione tra il minore e il genitore sociale.

Siffatta forzatura viene normalmente spiegata con l'esigenza di salvaguardare l'effettività e la portata deterrente del divieto che la gestazione per altri incontra nel nostro ordinamento⁸⁵.

Senonché, a parte che l'effettività del divieto non può che essere misurata entro lo spazio di efficacia della risposta repressiva, che, almeno fin qui, coincide con quello dello Stato italiano, dove appunto la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12, comma 6, l. 40/2004 è pressoché del tutto assente dai repertori della giurisprudenza penale⁸⁶, non convince, a ben vedere, nemmeno la tesi che ravvisa nel mancato riconoscimento della filiazione tra il minore e il genitore non biologico l'onere ineludibile da tributare alla funzione deterrente della norma.

Non si comprende, infatti, quale efficacia deterrente sia mai capace di esplicare il diniego della trascrizione se poi è lo stesso ordinamento ad ammettere – inevitabilmente – che il padre sociale possa comunque adottare il minore attraverso l'adozione semplice⁸⁷. È del resto improbabile che chi è disposto a intraprendere un percorso umanamente ed economicamente impegnativo come quello che implica il ricorso a una gestazione per altri negli Stati Uniti o in Canada si lasci scoraggiare dall'eventualità di dover avviare, al ritorno in Italia, una procedura adottiva: tantopiù che – secondo la Consulta⁸⁸ – tale procedura, non solo dovrebbe avere un esito pressoché scontato, non potendo infatti essere inficiata dalle modalità con cui il minore è venuto al mondo, o dall'orientamento sessuale dei suoi genitori, ma dovrebbe altresì essere ispirata a un criterio di celerità e di pienezza dei suoi effetti (punto, quest'ultimo, che la sentenza in commento ha peraltro appena confermato), sì da condurre, in definitiva, a un risultato analogo a quello a cui porterebbe la più spedita trascrizione dell'atto di nascita straniero⁸⁹.

Più che deterrente, insomma, il rifiuto della trascrizione assume semmai un connotato puramente sanzionatorio, il cui costo giuridico, però, viene sopportato anche – se non principalmente – dal figlio: il quale, infatti, si ritrova a perdere lo *status* legittimamente acquisito nel paese di nascita per ragioni che non attengono evidentemente né alla sua tutela né a quella della gestante, non concorrendo questa soluzione in alcun modo al ripristino dei valori che si assumono essere stati lesi dalla gestazione per altri⁹⁰.

Ciò appare problematico pure sotto ulteriori profili.

In primo luogo, perché tale reazione, non avendo appunto alcuna concreta portata dissuasiva o riparativa, si rivela allora del tutto sproporzionata, atteso che si traduce nella negazione di un diritto – quello del minore alla conservazione dello stato di figlio di entrambi i suoi genitori – la cui inviolabilità

82 Lo rileva anche L. Lenti, *op. ult. cit.*, pp. 200 s. Sul punto, v. anche S. Patti, La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive, in *Famiglia*, 2022, pp. 800 ss.

83 V. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., e Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

84 A. Vallini, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, pp. 233 ss.

85 In tal senso, molto chiaramente, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., secondo cui «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».

86 A. Vallini, *op. cit.*, p. 221.

87 Anche la giurisprudenza sovranazionale, infatti, richiede comunque ai singoli paesi di apprestare strumenti, ancorché diversi dalla trascrizione, che permettano pur sempre al genitore non biologico di instaurare un valido rapporto di filiazione col minore quand'anche questi sia nato all'estero attraverso modalità vietate dall'ordinamento nazionale, giacché, altrimenti, ne deriverebbe un'inammissibile lesione del diritto del figlio al rispetto della propria vita privata (art. 8 CEDU): v. *l'Advisory Opinion* di Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 764, con nota di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*.

88 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

89 Sul punto, sia di nuovo consentito rinviare al nostro *I diritti dei nati da gestazione per altri*, cit., pp. 1180 ss.

90 G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., pp. 11 ss.

(come anche la sentenza n. 79/2022 ci ricorda⁹¹) è suffragata dall'apporto costruttivo che lo *status* svolge rispetto all'identità personale di ciascuno, oltre che dal suo essere al contempo preconditione di ogni altro diritto familiare di natura personale e patrimoniale.

In secondo luogo, poi, perché l'automatismo con cui viene rimosso lo *status* dei nati da gestazione per altri si espone alla medesima censura che aveva indotto la Corte costituzionale a dichiarare doppiamente illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui faceva derivare la perdita della potestà genitoriale dalla condanna del genitore per i delitti di alterazione⁹² e soppressione dello stato⁹³, impedendo così al giudice ogni valutazione in ordine alla corrispondenza o meno di tale sanzione all'interesse del minore. In quell'occasione, infatti, la Consulta aveva giustamente sottolineato come una «pena accessoria su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore[,] in tanto può ritenersi giustificabile [...] in quanto essa si giustifichi proprio in funzione [della] tutela degli interessi [di quest'ultimo]»⁹⁴.

Diversamente, nella prospettiva ora in esame, da un canto, lo stato di figlio diviene lo strumento attraverso il quale si compie la *revanche* dell'ordinamento nazionale, a dispetto di un'argomentazione tutta incentrata sulla mistica della dignità, ma che poi non si avvede di tradirne il paradigma kantiano rendendo la persona del minore un mezzo, e non un fine⁹⁵; e, da un altro canto, si finisce per accettare un livello di disponibilità degli *status* inedito e finanche maggiore di quello che si imputa alla gestazione per altri, posto che, una volta negata la trascrizione dell'atto di nascita straniero, il genitore non biologico resta libero di non presentare la domanda di adozione (per motivi analoghi a quelli che potrebbero indurre il genitore legale a non acconsentirvi), di fatto, così, riuscendo a recedere da una posizione genitoriale, pure in precedenza incardinatasi, e dai doveri, anche solo patrimoniali, a cui sarebbe invece tenuto⁹⁶.

11. Segue: La tutela convergente del diritto (del minore) allo *status* e del diritto (dei genitori) all'autodeterminazione riproduttiva

A fronte delle criticità argomentative testé riepilogate, e dei rilievi svolti dalla Consulta nella sentenza n. 33/2021, a proposito dell'«insufficiente tutela» assicurata dal nostro sistema ai nati da gestazione per altri, non sorprende, allora, che la Prima Sezione della Suprema Corte avesse, all'inizio dello scorso anno, nuovamente investito le Sezioni Unite del problema dell'intrascrivibilità degli atti di nascita di questi minori⁹⁷. Tantopiù, ancora, che, anche al netto della pronuncia in commento, la quale ha certamente emendato un importante limite della disciplina dell'adozione in casi particolari⁹⁸, l'iniziativa, pur anteriore, della prima Sezione non sarebbe comunque rimasta sfornita di valide ragioni, onde sostenere una rimediazione delle conclusioni espresse dalle Sezioni Unite nel 2019.

La proposta ermeneutica presentata nell'ordinanza interlocutoria era infatti contraddistinta da un'impostazione metodologica senz'altro più condivisibile, e già caldeggiata da alcuni settori della dottrina: quella, cioè, di non negare in via apodittica la trascrivibilità dell'atto di nascita del minore, bensì

91 ...lì dove si evidenzia la necessaria tutela del diritto del minore a vedersi riconosciuta «[l']identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare» dei suoi genitori.

92 Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364, con nota di Mar. Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condioise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*

93 Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con nota di Mar. Mantovani, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore.*

94 Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, cit.

95 A. Vallini, *op. cit.*, p. 241.

96 Segnala il paradosso anche U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, 1831. Il punto è peraltro ben presente anche a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., che evidenzia come «non [sia] pensabile che [i genitori intenzionali] possano *ad libitum* sottrarsi [alle responsabilità genitoriali]». Si consideri poi che la procedura adottiva potrebbe anche non arrivare mai a compimento qualora l'adottante morisse prima della sentenza di adozione.

97 Cass., I sez., ord., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1055, con nota di A. Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite; Giur. it.*, 2022, p. 1825, con nota di U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico*, cit.

98 ...come richiesto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che sottolinea l'effettività della tutela che deve essere garantita al diritto del minore al rispetto della sua vita privata: v. *l'Advisory Opinion* del 10 aprile 2019, cit.

di valutarla, caso per caso, alla luce delle concrete condizioni normative in cui la gestazione per altri sia avvenuta, sì da poter distinguere gli ordinamenti che presentano presidi di legalità e di garanzia per la gestante e il nato, da quelli in cui la pratica si svolge, invece, in contesti di scarsa democraticità istituzionale, o di incertezza o inadeguatezza regolativa, o, ancora, che sono sottratti al vaglio effettivo delle pubbliche autorità. La Prima Sezione elencava all'uopo, in via esemplificativa, anche alcuni indici suscettibili di orientare l'interprete⁹⁹: di peculiare significato appaiono l'adesione libera e consapevole della gestante all'accordo di surrogazione¹⁰⁰ e la necessità di un apporto genetico recato da uno dei due genitori intenzionali, oltre che, a nostro avviso, anche la provenienza dei gameti femminili da una terza donatrice diversa dalla gestante.

La linea operativa così tratteggiata – simile a quella percorsa dalla giurisprudenza e da parte consistente della letteratura tedesca¹⁰¹ – avrebbe avuto il pregio di superare l'irrazionale indifferenza del nostro sistema verso le legislazioni straniere di volta in volta coinvolte, allorquando, al contrario, se ne sarebbero dovute proprio approfondire le caratteristiche, onde misurare la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale degli atti giuridici che ne derivano. Al contempo, la via suggerita dalla Prima Sezione, ispirandosi a criteri di «inerenza, proporzionalità e ragionevolezza», dimostrava poi la plausibilità di una soluzione capace di non pregiudicare i diritti del figlio senza, tuttavia, disinteressarsi radicalmente della congruenza, coi valori più profondi dell'ordinamento, delle regole che, nel caso specifico, si rinvergono all'origine dello *status* del minore.

Ciò nonostante, le Sezioni Unite hanno infine ritenuto di confermare l'orientamento già assunto nel 2019, pur arricchendolo con due importanti precisazioni.

La prima, su cui ci siamo già soffermati, concerne l'interpretazione restrittiva che è stata opportunamente apprestata all'art. 46 l. 184/1983¹⁰². La seconda, invece, è ravvisabile là dove si afferma che «il disvalore della pratica di procreazione seguita all'estero non può ripercuotersi sul destino del nato», escludendosi, pertanto, che vi sia «spazio per piegare la tutela del bambino alla finalità dissuasiva di una pratica penalmente sanzionata». Invero, però, come abbiamo messo in luce al paragrafo precedente, queste ultime enunciazioni non si conciliano agevolmente con la soluzione in definitiva patrocinata dalla Suprema Corte, sollevando, al più, un monito verso ipotetici eccessi di zelo del legislatore che mirassero a rendere in ogni caso impossibile, per il genitore sociale, l'adozione del nato da gestazione per altri.

Restano poi del pari irrisolti gli altri punti problematici, a cominciare dal ferreo dogmatismo col quale ci si continua ad accostare al fenomeno della surrogazione gestazionale¹⁰³ e dall'eventualità, pur

99 Non è del tutto chiaro se tra questi indici vi fosse pure quello della gratuità della gestazione per altri, posto che tale requisito viene, in effetti, menzionato nel corso dell'ordinanza, laddove in chiusura sembra invece richiedersi piuttosto che la scelta della gestante non sia stata dettata da necessità economiche. Invero, la pretesa che la gestante abbia prestato gratuitamente la sua attività lascia alquanto perplessi: per una sintesi delle ragioni per cui la trascrizione dell'atto di nascita non dovrebbe essere impedita solo dalla natura onerosa della surrogazione, si rinvia a *I diritti dei nati da gestazione per altri*, cit., p. 1172 nt. 93, e «*Status*» *civilistici e cittadinanza europea*, cit., p. 144, nt. 84, e p. 145, nt. 92.

100 Condizione normalmente garantita dall'origine giurisdizionale dell'atto costitutivo dello *status* del nato.

101 Da ultimo, v. BGH, 12 gennaio 2022, in *NJW*, 2022, p. 2273, Rn. 12, e, in dottrina, M. Frank, § 109 *FamFG*, in H.-G. Musielak-H. Borth-M. Frank-M. Grandel, *Familiengerichtliches Verfahren*, I, 7. Aufl., München, 2022, Rn. 11 s.; N. Dethloff, *Leihmutterschaft – Globale Rechtsvielfalt und ihre Herausforderungen*, in *BRJ*, 2019, pp. 12 ss.

102 V. il par. 9 del presente contributo.

103 Per esempio, secondo Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., «la gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol». Questo breve passaggio, che pure nell'economia della decisione assume una rilevanza centrale, desta invero qualche dubbio. Anzitutto, perché tale valutazione, adducendo l'illiceità del contenuto del contratto di surrogazione gestazionale, sarebbe semmai pertinente là dove si volessero far valere gli effetti di un simile accordo nell'ordinamento italiano, mentre non è chiaro quale incidenza essa possa dispiegare sulla sorte dello *status* del minore nato all'estero, là dove il provvedimento giurisdizionale che lo fonda sia regolare e immune da vizi, posto che solo le «disposizioni» di quest'ultimo atto (e non del precedente contratto di surrogazione) dovrebbero, a rigore, essere sottoposte allo scrutinio dell'ordine pubblico, ex art. 64, lett. g, l. 218/1995. Ciò detto, a voler comunque esaminare nel merito l'obiezione della Suprema Corte, essa risulta nondimeno un po' frettolosa. In primo luogo, perché trascura che il nostro ordinamento non ha alcuna difficoltà – in altri ambiti – ad ammettere la validità di contratti che pure impongono a una parte obblighi notevolmente invasivi per la sfera personale e fisica, esigendo dal contraente proprio la tenuta di uno specifico «stile di vita» oltre che di «condotte rigorosamente controllate nelle sedi “extra lavorative”», le quali vengono anzi ascritte ad «obblighi preparatori e accessori all'adempimento»: è il caso, in particolare, del lavoro sportivo, che pure non riguarda solo gli atleti più famosi e remunerati, ma pure «una vasta moltitudine di lavoratori che non raggiungono certo condizioni di agio economico e di celebrità particolarmente gratificanti» (S. D'Ascola, *Diritti e obblighi del calciatore professionista fra legge e contratto*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2019/3). In secondo luogo, poi, appare di nuovo fuorviante la formulazione di un giudizio etico di disvalore,

presente al Supremo Collegio, che il partner del genitore biologico non presenti mai la domanda di adozione, non competendo all'adottando alcun potere per la costituzione dello *status*.

Del resto, anche la stessa considerazione, condivisa sia dalle Sezioni Unite sia dalla Consulta, relativa all'intollerabile offesa che la gestazione per altri arrecherebbe alla dignità umana, rischia poi di rimanere una mera petizione di principio, se rifugge costantemente dal confronto con le realtà ordinamentali alle quali si pretende di riferirla. Pur senza ignorare gli aspetti delicatissimi che il tema presenta, invero soprattutto in chiave regolativa, non sembra, infatti, trascurabile la circostanza che i casi affrontati dalle nostre corti scaturissero da atti di stato civile di matrice giurisdizionale emessi da sistemi saldamente inseriti nella tradizione liberaldemocratica¹⁰⁴, laddove l'indirizzo proibizionista, pur maggioritario, non è unanime nemmeno tra i paesi dell'Europa occidentale¹⁰⁵. Malgrado il giudizio intransigente delle nostre supreme magistrature, insomma, il panorama comparatistico non attesta affatto quella «lesione certa e condivisa» della dignità che solo «legittima ed impone la tecnica legislativa ed interpretativa del divieto»¹⁰⁶.

Deve semmai notarsi come il dibattito italiano risenta fortemente di rigidi prolegomeni ideologici che hanno fin qui impedito, oltre che una composizione equilibrata, non astratta e non paternalista di tutti gli interessi in gioco¹⁰⁷, anche di dare la dovuta attenzione ai diritti riproduttivi delle persone¹⁰⁸, troppo sbrigativamente derubricati, pure dalla Consulta, a semplici desideri di genitorialità¹⁰⁹.

Si fatica davvero, però, a credere che un'esperienza quale la ricerca e la nascita di un figlio, certamente di rilievo e intensità non inferiori ad altre vicende che pure attraversano dimensioni fondamentali della vita umana, e che attengono, variamente, ai diritti di libertà e ai diritti sociali, non possa rivendicare una decorosa copertura costituzionale, nel solco di quel *Recht auf ein eigenes Kind* che, nell'ordinamento tedesco, sulla base di coordinate sistematiche simili alle nostre, si configura non, evidentemente, come una situazione a contenuto positivo, bensì come un *abwehrrechtlicher Anspruch*, consistente nel diritto di respingere le ingiustificate ingerenze dello Stato nella realizzazione di un progetto genitoriale che possa avvalersi anche di tecnologie riproduttive e del contributo di terze persone¹¹⁰.

Questa consapevolezza ha del resto prodotto altrove notevoli aperture: si pensi, per esempio, alla decisione del Tribunale costituzionale austriaco che ha dichiarato l'illegittimità delle norme che impedivano alle coppie di donne unite civilmente o conviventi di accedere alle tecniche di fecondazione assistita¹¹¹; o alla recente legge di bioetica francese, che ha del pari ammesso a queste tecniche sia le

in senso assoluto, dei contratti di surrogazione, il quale, cioè, non tenga conto né dei contenuti concreti che di volta in volta connotano tali accordi, né, soprattutto, al fine di soppesare il limite di liceità, della funzione socialmente rilevante che gli stessi assumono in quanto strumenti che consentono di generare un figlio proprio a quelle coppie alle quali la generazione sia fisiologicamente impossibile, venendo qui in gioco, come ora si dirà nel testo, ben più che un mero capriccio di genitorialità, quanto, al contrario, una vera e propria espressione fondamentale della personalità umana.

104 I casi oggetto di Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., e Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., riguardavano minori nati in Canada, mentre Trib. Milano, 23 settembre 2021, in *DeJure*, distaccandosi dall'indirizzo delle supreme magistrature, ha dichiarato ammissibile la trascrizione integrale dell'atto di nascita di un minore nato negli Stati Uniti; a un'analoga conclusione è pervenuta anche App. Firenze, 28 gennaio 2020, in questa *Rivista*, 1/2020, p. 182, sempre in un caso concernente un minore nato in Canada.

105 Si segnala altresì come in Germania l'accordo di coalizione tra SPD, Verdi e FDP per la legislatura in corso (2021-2025) contempli pure la possibilità di legalizzare la surrogazione gestazionale altruistica (oltre che la donazione di ovuli); v. il *Koalitionssvertrag "Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit"*, p. 92.

106 G. Vettori, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in *Persona e Mercato*, 2016, I, p. 9.

107 Non sfugge, infatti, come l'impostazione proibizionista finisca pure per negare in ogni caso la libertà di autodeterminazione della gestante, avallando così un'ambigua «costruzione inferiorizzante della capacità femminile», in cui la donna, in quanto tale, viene considerata come un soggetto debole e incapace di decidere sul proprio corpo: B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai-E. Olivito, Napoli, 2017, p. 95.

108 A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, pp. 31 ss.

109 Di «mero desiderio di genitorialità», o di «preteso "diritto alla genitorialità"», parlano, in vario modo, anche Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit.; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 548, con nota di I. Barone, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo*; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 362, su cui v., a p. 417, G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*.

110 Ch. F. Majer, *Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterchaft und Prostitution*, in *NJW*, 2018, p. 2295 s.; M. Wellenhofer, § 1591, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 10, 8. Aufl., München, 2020, Rn. 56.

111 VfGH, 10 dicembre 2013, G 16/2013, G 44/2013, in *iFamZ*, 2014, 5, con nota di P. Meinl.

coppie omosessuali femminili sia anche la donna *single*¹¹²; o, ancora, alla pronuncia della Corte Suprema israeliana che ha invece rimosso i divieti che precludevano alle coppie omosessuali e agli uomini *single* di ricorrere alla gestazione per altri, sottolineando come tali divieti, oltre a contrastare col principio di eguaglianza, violassero in maniera sproporzionata «their right to parenthood»¹¹³.

Su questo fronte, il nostro ordinamento sconta ancora un ritardo culturale notevole¹¹⁴, e lo stesso fideismo con cui viene spesso liquidato il tema della gestazione per altri sembra, invero, trovare la sua più autentica motivazione proprio in una più ampia e generalizzata ostilità verso il diritto all'autodeterminazione riproduttiva dei soggetti – coppie omosessuali maschili e femminili, ma anche le donne sole e gli uomini soli – che non rientrano nel modello eteronormativo dominante. Possono variare le radici ideologiche e la portata di tale ostilità, ma in essa si riflette sempre un'implicita adesione a quella dogmatica “giusnaturalistica” della famiglia¹¹⁵ che storicamente accompagna tutti i tentativi di contrastare l'evoluzione del sistema verso le più avanzate direttrici della Costituzione¹¹⁶.

112 Osserva G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, in questa *Rivista*, 2022/1, pp. 100 s., come, a seguito della *loi* n. 2021-1017 del 2 agosto 2021, la funzione delle tecniche di procreazione assistita non sia più solo quella di eliminare le cause di infertilità, bensì anche di «rispondere ad un progetto “genitoriale”, congiunto o individuale, slegato dal requisito della eterosessualità della coppia in caso di progetto congiunto». In questa prospettiva, tuttavia, segnala l'A. come il disegno del legislatore sia rimasto incompleto, essendosi l'apertura alle tecniche procreative realizzata solo a beneficio delle coppie femminili e delle donne non sposate, restandone invece al di fuori le donne sposate (che volessero accedervi da sole), le persone transessuali, da sole o in coppia, che avessero cambiato il solo genere anagrafico conservando la capacità biologica di portare avanti una gravidanza, e, infine, le coppie omosessuali maschili o gli uomini soli, non avendo la legge rimosso il divieto che grava sulla gestazione per altri.

113 La decisione della Corte suprema di Israele dell'11 luglio 2021, n. 781/15, consultabile in inglese sul sito www.biodiritto.org, fa seguito all'inadempienza del legislatore israeliano, a cui la medesima Corte, l'anno precedente, aveva assegnato dodici mesi di tempo per rimuovere i profili che rendevano incostituzionale la disciplina dell'accesso alla gestazione per altri. In tema, v. E. Falletti, *Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2022/1, pp. 134 ss.

114 Lo si coglie anche nella tendenza, a cui talvolta cede pure la miglior dottrina, di obiettare alle tesi favorevoli alla trascrizione degli atti di nascita dei nati da gestazione per altri di invocare il principio dell'interesse del minore in vista di un risultato che, però, in definitiva, asseconderebbe piuttosto l'interesse degli adulti. In realtà (al di là della banale considerazione per cui non vi è dubbio che l'interesse dei nati in questione sia proprio quello alla conservazione del loro *status*), dal nostro punto di vista, le aspirazioni genitoriali degli adulti non hanno alcun bisogno di nascondersi dietro all'interesse del minore, posto che dovrebbero legittimamente trovare un proprio e autonomo riconoscimento già all'interno della trama dei diritti costituzionali.

115 ...la quale, non a caso, compare perfino in due recenti sentenze della Consulta, che, incredibilmente, ritengono «non ... arbitraria o irrazionale» l'idea che «una famiglia *ad instar naturae*» – ossia, principalmente, formata da genitori eterosessuali – «rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato», salvo poi dover inevitabilmente ammettere come tale opinione sia, in realtà, del tutto slegata da «certezze scientifiche» o anche solo da «dati di esperienza»; v. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, cit. Nella prima decisione, peraltro, la Corte era stata chiamata a esprimersi sulla legittimità delle norme che tuttora impediscono alle coppie formate da due donne di avvalersi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Senonché, invece di estendere pure a questa ipotesi le conclusioni tratte nella meritoria pronuncia che aveva abbattuto il divieto di fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 802, su cui v., nella II parte, a p. 393, G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*), la Consulta ha piuttosto preferito rimettere ogni valutazione sul punto alla discrezionalità del legislatore («quale interprete della collettività nazionale»), ritenendo non omologabile l'infertilità «fisiologica» della coppia omosessuale femminile a quella, assoluta e irreversibile, «della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive». Invero, però, anche tralasciando l'insidioso omaggio alla discrezionalità legislativa, rispetto a un tema che attiene ai diritti delle persone (v. A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa *Rivista*, 2021/2, p. 30), le motivazioni che avevano portato in passato la Corte a censurare il divieto di fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali sarebbero benissimo potute (e dovute) valere, adesso, anche per le coppie omosessuali femminili, alle quali è del pari impedita, senza che lo esiga la tutela di alcun valore costituzionale contrapposto, quella «scelta [...] di diventare genitori[,] e di formare una famiglia che abbia anche dei figli[, che] costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.»; tantopiù, ancora, che, pure per le coppie composte da due donne, «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al[la] propri[a] partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, [potrebbe] incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto [alla salute] deve essere data», in termini, cioè, non solo di salute fisica, ma anche psichica. Al riguardo, v. M.C. Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 664 ss. La soluzione liberale sembrerebbe discendere anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: v. U.A. Salanitro, *Procreazione assistita (dir. civ.)*, in *Enc. dir., I Tematici, IV, Famiglia*, cit., p. 1034.

116 Sono, in tema, ancora illuminanti le considerazioni di M. Bessone, *Art. 29*, in *Comm. cost.*, a cura di G. Branca, Art. 29-34, Bologna-Roma, 1976, pp. 8 ss.

*Antonella Madeo**

Diffamazione e *hate speech*: quando il giudizio non è meramente critico ma discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale

Sommario

1. Il fatto. – 2. La vicenda giudiziaria. – 3. I requisiti per l'esercizio legittimo del diritto di cronaca, di critica, di satira. – 4. Le argomentazioni della Cassazione. – 5. Osservazioni conclusive.

Abstract

Nella sentenza in esame, Corte di Cassazione, quinta sezione penale, ud. 28 aprile-dep. 5 luglio 2022, n. 25759, la Cassazione affronta un tema classico: i confini tra esercizio del diritto di critica e diffamazione. Il caso, peraltro, presenta una peculiarità che, a quanto ci consta, non ha precedenti: il giudizio critico su cui verte la vicenda appare discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale del destinatario. Esso è rivolto, infatti, ad un'associazione in ragione delle sue finalità statutarie, rappresentate dalla lotta contro le discriminazioni e dalla promozione dell'inclusione sociale delle persone omosessuali. Il pregio della pronuncia è avere attribuito per la prima volta al giudizio diffamatorio discriminatorio valenza di *hate speech*, sulla falsariga dell'orientamento della giurisprudenza europea, nonché avere sottolineato la rilevanza dell'attualità del fatto oggetto di critica ai fini della pertinenza.

In the decision, Italian Court of Cassation, fifth criminal section, hearing on April 28th published on July 5th 2022, no. 25759, the Cassation deals with a classic theme: the boundaries between the exercise of the right to criticize and defamation. The case, moreover, presents a peculiarity which, as far as we know, is unprecedented: the critical judgment on which the story relates appears to be discriminatory due to the sexual orientation of the addressee. In fact, it is addressed to an association due to its statutory purposes, represented by the fight against discrimination and the promotion of the social inclusion of homosexual people. The merit of the decision is to have attributed for the first time to the discriminatory defamatory judgment the value of hate speech, according to the European case-law, as well as to have underlined the relevance of the actuality of the fact object of criticism for the purposes of pertinence.

1. Il fatto

Con la sentenza n. 25759 del 28 aprile (deposito 5 luglio) 2022 la quinta sezione penale della Corte di cassazione torna su un tema da tempo dibattuto in dottrina e giurisprudenza, ovvero i confini tra diritto di critica e delitto di diffamazione, in relazione a un caso di esternazione di giudizi critici dal contenuto discriminatorio e offensivo della reputazione altrui.

La vicenda giudiziaria nasce da tre episodi aventi per protagonista il consigliere nazionale del Forum Associazioni familiari, il quale, tra il 2014 e il 2015, aveva espresso critiche fortemente dissenzienti

* Professoressa associata di Diritto penale, Università degli studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

nei confronti dell'allora d.d.l. Cirinnà, nei suoi interventi tenuti in due *forum* ad Assisi e a Perugia e in una manifestazione organizzata dal Partito democratico a San Marino, tutti sul tema del suddetto disegno di legge sulle unioni civili¹, che all'epoca aveva creato un acceso dibattito parlamentare. Gli interventi erano stati anche diffusi ampiamente sul *web*.

In tali occasioni il consigliere aveva rievocato un fatto riguardante Omphalos Arcigay Arcilesbica – associazione umbra di promozione sociale dei diritti delle persone LGBTI+ –, nell'ambito di un discorso finalizzato a orientare l'opinione pubblica al dissenso verso l'introduzione di una legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Il fatto narrato si riferiva a un'assemblea studentesca del 2012 – epoca anteriore alla presentazione in Parlamento del d.d.l. Cirinnà – nella quale il responsabile della sezione giovani dell'associazione Omphalos aveva svolto una relazione informativa per contrastare le discriminazioni di genere e il bullismo omofobico, nonché per sensibilizzare gli studenti sul tema della prevenzione di malattie sessualmente trasmissibili nei rapporti sia omosessuali sia eterosessuali (anche mediante distribuzione di materiale informativo) e per far conoscere le attività di inclusione e sostegno psicologico svolte dall'associazione.

Il consigliere aveva rappresentato il fatto in parte mediante informazioni false o distorte, in parte omettendo dati rilevanti, il cui risultato era stato un giudizio lesivo della reputazione dell'associazione e del relatore. Aveva, infatti, descritto l'intervento all'assemblea studentesca come un incitamento dei giovani all'omosessualità e al proselitismo, nonché insinuato che le attività di accoglienza, promosse dall'associazione, consistessero in realtà in riti di iniziazione all'amore omosessuale e nella promozione di una «*inculturazione della teoria del gender*»; infine, aveva definito il materiale distribuito «*roba pornografica*».

2. La vicenda giudiziaria

Il consigliere venne condannato per diffamazione continuata l'11 aprile 2019. Il Tribunale di Perugia, ritenendo la rappresentazione dei fatti lesiva della reputazione dell'associazione Omphalos, nonché del presidente della stessa (quale rappresentante legale) e del responsabile della sezione giovani (in qualità di relatore all'assemblea studentesca), escluse la scriminante del legittimo esercizio del diritto di critica, anche nella forma più ampiamente consentita della critica politica, in quanto le informazioni sulle quali era stato basato il giudizio dissenziente, lesivo della reputazione dell'associazione, erano connotate, nel loro nucleo fondamentale, da falsità e mistificazione. Escluse la scriminante anche in forma putativa, in quanto l'imputato non aveva effettuato i doverosi riscontri sulla veridicità dei fatti rappresentati e attribuiti ai soggetti offesi. Inoltre, rilevò la mancanza di pertinenza e il superamento del limite della continenza.

Il 12 febbraio 2021 la Corte di appello di Perugia riformava la sentenza di primo grado, pronunciando l'assoluzione del consigliere, ravvisando, diversamente dal giudice di primo grado, gli estremi della scriminante dell'esercizio del diritto di critica politica.

Contro la decisione d'appello hanno proposto ricorso il Procuratore generale presso la Corte di appello di Perugia e le parti civili – l'associazione Omphalos in proprio, il presidente della stessa e il responsabile della sezione giovani –, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di critica.

La Corte di cassazione, con la pronuncia qui in esame, accoglie il ricorso e annulla la sentenza con rinvio al giudice di merito per un nuovo esame dei fatti alla luce dei principi dalla medesima individuati. La Corte ravvisa violazione di legge nel riconoscimento della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., nonché vizio di motivazione sotto due profili.

In primo luogo, i giudici di appello hanno valutato solo in modo parziale la sussistenza del requisito della veridicità del nucleo fattuale, da cui ha avuto origine il giudizio dissenziente, confutando senza una motivazione adeguata² la decisione del Tribunale che, al contrario, aveva ravvisato la falsità sulla base di un'analisi puntuale e approfondita del quadro probatorio.

1 Il titolo dei tre incontri, infatti, era «*Sarà ancora possibile dire mamma e papà?*».

2 La Cassazione ha sottolineato che la parzialità e insufficienza della motivazione nel caso di specie è tanto più grave, in quanto la decisione di secondo grado ha confutato e ribaltato il *decisum* di primo grado. La Corte d'appello, infatti, non ha assolto l'obbligo di motivazione rafforzata, richiesto ogni qualvolta un giudice di secondo grado riformi la sentenza di primo grado, obbligo che impone di dimostrare in modo rigoroso l'incompletezza o l'incoerenza della decisione impugnata. Si tratta di un principio di elaborazione giurisprudenziale, sul quale la sentenza in esame si è soffermata con ampi richiami alle più significative pronunce, che hanno delineato i criteri di valutazione della completezza e adeguatezza di motivazione (Corte

In secondo luogo, la Corte d'appello ha eluso due profili fondamentali ai fini della confutazione del *decisum* di primo grado, avendo omesso di motivare la sussistenza degli altri due requisiti necessari per il legittimo esercizio del diritto di critica, ovvero la pertinenza e la continenza, sui quali, al contrario, i giudici di prime cure si erano ampiamente soffermati.

I due vizi hanno determinato la violazione di legge, consistente nell'erroneo riconoscimento della scriminante dell'esercizio del diritto.

Al fine di valutare se i principi sui quali la Cassazione ha fondato la propria decisione siano conformi a quelli che una giurisprudenza ormai consolidata utilizza, seppure con qualche variante, per determinare quando il diritto di critica prevale sulla diffamazione, è opportuno un breve *excursus* della stessa.

3. I requisiti per l'esercizio legittimo del diritto di cronaca, di critica e satira

Come è noto, il reato di diffamazione può essere escluso dalle ordinarie cause di giustificazione codicistiche, una delle quali è considerata "specificata" per tale delitto: l'esercizio del diritto di cronaca e di critica. Questo è unanimemente³ ritenuto estrinsecazione, in entrambe le forme (cronaca e critica), della libertà di manifestazione del pensiero, riconosciuta e garantita dall'art. 21 Cost., ed è ricondotto quindi all'art. 51 c.p.

Tanto la narrazione di fatti (diritto di cronaca), quanto la formulazione di un giudizio negativo su di essi (diritto di critica) possono risultare lesivi della reputazione di colui o di coloro ai quali i fatti si riferiscono: nel qual caso la configurabilità del delitto di diffamazione viene meno per mancanza di antigiuridicità, se il diritto di cronaca e di critica è esercitato entro determinati limiti consentiti.

L'imposizione di condizioni e limiti all'esercizio del diritto di cronaca e di critica nasce dall'esigenza di contemperare gli interessi costituzionali di informare e di informarsi (diritto di cronaca), nonché di esprimere liberamente la propria opinione (diritto di critica) con la protezione di interessi di pari rango, riferibili sia ai soggetti direttamente coinvolti nella cronaca o critica – in particolare l'onore, la reputazione, la riservatezza, in quanto diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost. –, sia di carattere più generale, come il buon andamento dell'amministrazione della giustizia, il buon costume, l'ordine pubblico⁴.

I limiti al legittimo esercizio del diritto di cronaca e di critica sono ricavabili esclusivamente dalla Costituzione⁵ e sono in parte esplicitati dallo stesso art. 21 Cost. (buon costume), in parte impliciti⁶.

di cassazione penale, sezioni unite, 4 febbraio 1992, n. 6682, in *Ced Cassazione*, 1992, rv 191229; Id, 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cassazione penale*, 2005, p. 3732; Id, 30 settembre 2021, n. 11586, in *Guida al diritto*, 2022, n. 15, p. 110).

3 Cfr., *ex plurimis*, M. Spasari, *Diffamazione e ingiuria*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 490; C. Calderone, *Libertà di manifestazione del pensiero e limiti*, in *Cassazione penale*, 1984, pp. 54 ss.; A. Nappi, *Ingiuria e diffamazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, Treccani, 1989, p. 7; M. Pelissero, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 1227; P. Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 44; M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, Cedam, 1998, p. 89; A. Gullo, *Diritto di critica e limiti*, in *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, P. Siracusano (a cura di), Torino, Giappichelli, 2001, p. 173; A. Pace - F. Petrangeli, *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto Aggiornamento*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 307 ss.; F. Verde, *Diffamazione a mezzo stampa e l'esimente dell'esercizio del diritto*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 10 ss. e 139 ss.; V. Pezzella, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, 2^a edizione, Milano, Utet, 2020, pp. 346 ss.; S. Seminara, *I delitti contro la persona. La tutela dell'onore*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, Torino, Giappichelli, 2021, p. 212; G. Riccardi, *Art. 595 c.p.*, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini-G. Gatta (diretto da), tomo III, 5^a edizione, Milano, Ipsoa, 2021, p. 1372; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 7^a edizione, Padova, Cedam, 2022, pp. 242 ss.; L. Bisori, *I delitti contro l'onore*, in *Diritto penale*, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), tomo III, Torino, Utet, 2022, pp. 5504 ss.

4 Sul punto si veda A. Pace-F. Petrangeli, *ivi*, p. 322.

5 Il principio di gerarchia delle fonti impedisce di ricavare limiti al loro esercizio da norme di rango inferiore (G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a edizione, Bologna, Zanichelli, 2019, p. 289).

6 M. Pelissero, *ivi*, p. 1227.

Questi ultimi, frutto dell'interpretazione giurisprudenziale – civile e penale – a partire dalla nota sentenza c.d. decalogo⁷, sono: la verità dei fatti; l'interesse pubblico alla conoscenza degli stessi (detto altresì «pertinenza»); la correttezza espressiva (c.d. «continenza»).

Verità, interesse pubblico e continenza, pacificamente riferiti al diritto di cronaca, hanno dato adito in passato a qualche dubbio sulla loro estensibilità al diritto di critica, in modo particolare quando questo sia esercitato in ambiti quali quello politico, sindacale, giudiziario⁸. Ciò in ragione del fatto che, pur essendo l'esercizio di entrambi i diritti un'attività intellettuale, espressione del pensiero, essi hanno caratteri e fini diversi. La cronaca è una narrazione oggettiva di accadimenti reali e riscontrabili, finalizzata ad informare; la critica, anche quando verte su fatti reali⁹, consiste nella formulazione di un giudizio, che è per sua natura soggettivo, cioè corrispondente al punto di vista di chi la manifesta¹⁰, quindi insuscettibile di riscontro, ed è finalizzato a formare od orientare l'opinione pubblica.

Di conseguenza la giurisprudenza tende a intendere i tre requisiti, elaborati in relazione al diritto di cronaca, in senso più ampio ed elastico nei confronti del diritto di critica, per adattarli alla natura e alla finalità di questo.

Con riguardo al requisito della veridicità, la Corte Edu, in una nota sentenza¹¹, ha distinto tra dichiarazioni fattuali (*statement of facts*) e giudizi di valore (*value judgements*) – corrispondenti rispettivamente all'esercizio del diritto di cronaca e di critica –, affermando che anche i secondi contengono sempre un nucleo fattuale. Pertanto un giudizio, che risulti offensivo dell'altrui reputazione, è consentito solo se quel nucleo sia veritiero e rigorosamente controllabile, oggettivamente sufficiente per poter trarre il giudizio negativo; se, invece, è insufficiente, il giudizio è gratuito e pertanto ingiustificato e diffamatorio.

La nostra giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni¹², si è allineata a tale interpretazione, da tempo sostenuta anche da buona parte della dottrina¹³, e ha consolidato il principio che i fatti su cui si esercita la critica devono sempre basarsi su un nucleo veritiero rigorosamente controllabile, mentre i giudizi di valore, nei quali si sostanzia l'opinione critica, non sono suscettibili di dimostrazione, perché la critica, «quale espressione di opinione meramente soggettiva, ha per sua natura carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica»¹⁴.

- 7 Corte di cassazione, prima sezione civile, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, p. 2623. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza civile e penale sul punto si rinvia a V. Pezzella, *ivi*, pp. 350 ss.
- 8 Per una panoramica analitica delle posizioni della giurisprudenza e della dottrina sull'applicabilità al diritto di critica dei limiti del diritto di cronaca, si rinvia, tra gli altri, a: A. Gullo, *ivi*, pp. 173 ss.; F. Pavesi, *In tema di rapporti fra diritto di critica e diritto di cronaca nei delitti contro l'onore (nota a Corte di cassazione, quinta sezione penale, 2 ottobre 2007, n. 36077)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, pp. 1488 ss.; V. Pezzella, *ivi*, pp. 652 ss.
- 9 Una parte della dottrina distingue due tipi di critica: quella "teoretica", consistente nell'esposizione in astratto di idee e considerazioni teoriche che prescindono dal riferimento a fatti o persone, che non incontra limiti di sorta; quella "fattuale", legata alla cronaca, che «in quanto *mixtum* di narrazione e valutazione di fatti, incontra, innanzitutto, i limiti inerenti al diritto di cronaca» (M. Pelissero, *ivi*, p. 1228; M. Polvani, *ivi*, p. 177). Per altri, invece, il giudizio critico avente ad oggetto idee, anziché fatti e persone determinate, non andrebbe considerato come esercizio del diritto di critica, bensì in senso più lato come generico esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero (F. Verde, *ivi*, p. 142).
- 10 F. Verde, *ivi*, p. 139.
- 11 Corte Edu, 27 febbraio 2013, *Mengi vs. Turkey*, ric. n. 13471/05 e n. 38787/07.
- 12 In passato nella giurisprudenza si erano alternati due indirizzi: uno volto a considerare il limite della verità incompatibile con il diritto di critica, in ragione della natura valutativa di esso; uno, di segno opposto, tendente a ritenere il requisito della verità riferibile alla critica tanto quanto alla cronaca. Per un'analisi di tali arresti giurisprudenziali si rinvia a V. Pezzella, *ivi*, pp. 655 ss.
- 13 Tra gli altri, A. Pace-F. Petrangeli, *ivi*, p. 319; A. Nappi, *ivi*, p. 8; P. Siracusano, *ivi*, p. 45; M. Gullo, *ivi*, p. 182; F. Pavesi, *ivi*, p. 1488; L. Bisori, *ivi*, p. 5528. Come ha ben evidenziato autorevole dottrina, senza il riferimento ai dati della realtà, la critica «cessa di essere tale e diventa pura invenzione, immaginazione, fantacritica» (E. Musco, *ivi*, p. 647). In senso contrario M. Polvani, *ivi*, p. 182, sovrapponendo il piano fattuale con il piano valutativo, ritiene che al diritto di critica non si attagli il requisito della verità del fatto, perché per i giudizi di valore la prova della verità non si presta ad essere fornita.
- 14 Così, *ex plurimis*, Corte di cassazione, quinta sezione penale, 17 ottobre 2017, n. 51619, in *Diritto & Giustizia*, www.dirittoegiustizia.it; Id 17 luglio 2018, n. 43598, in *Diritto & Giustizia*, www.dirittoegiustizia.it; Id, 19 novembre 2018, n. 3148, in *Guida al diritto*, 2019, n. 25, p. 88; Id, 24 gennaio 2019, n. 7340, in *Guida al diritto*, 2019, n. 18, p. 77; Id, 14 settembre 2020, n. 31263, in *Ced Cassazione*, 2021, rv 279909-01; Id, 16 dicembre 2020, n. 9566, in *Ced Cassazione*, 2021, rv 280809-01).

Con specifico riguardo alla critica politica, la giurisprudenza di legittimità ha inteso il requisito della veridicità in senso ancora più elastico, escludendone la sussistenza solo quando i fatti siano rappresentati in modo incompleto o impreciso o manipolati al punto da essere stravolti nel significato¹⁵.

Il limite dell'interesse pubblico è pacificamente inteso nel diritto di critica allo stesso modo in cui lo è nel diritto di cronaca: il fatto o la persona oggetto del giudizio critico deve avere rilevanza sociale¹⁶, ossia essere di interesse per la collettività o almeno per un gruppo sociale diffuso. Secondo una parte della dottrina¹⁷, l'interesse pubblico deve essere, inoltre, attuale, vale a dire presente nel momento della divulgazione del giudizio, anche quando essa avvenga a notevole distanza dal momento in cui si è svolto il fatto cui si riferisce. L'attualità è un connotato del diritto di critica sul quale torneremo in quanto ritenuto rilevante dalla Cassazione nel caso in commento.

Il requisito dell'interesse pubblico deve considerarsi connaturato al diritto di critica politica¹⁸, dal momento che questo ha ad oggetto fatti e comportamenti riguardanti la gestione della *res publica*. La critica politica ha rilevanza sociale nella misura in cui consente alla collettività di conoscere e formarsi un'opinione sull'operato dei pubblici amministratori. Al contrario, l'interesse pubblico manca, se il giudizio non si indirizza alla dimensione pubblica della persona criticata¹⁹, bensì alla sfera privata, risolvendosi in un attacco personale²⁰.

La continenza – di per sé sinonimo di moderazione, proporzione, misura²¹ – è intesa con maggiore ampiezza ed elasticità nel diritto di critica rispetto che nel diritto di cronaca. Ciò in ragione della componente valutativa che lo connota e anche al fine di favorire il confronto e la dialettica delle idee²², soprattutto nel diritto di critica politica, dato che esso trova fondamento nel controllo democratico dell'operato dei politici e dei pubblici amministratori²³. In tale ambito i giudici tendono ad allargare i confini del giudizio critico consentito, perché il soggetto criticato è un politico, un pubblico amministratore: chi esercita pubblici poteri deve essere sottoposto ad un rigido controllo sia da parte degli avversari politici, sia da parte dei consociati²⁴. La giurisprudenza, quindi, considera consentiti giudizi critici espressi con coloriture, toni accesi, aspri, pungenti, purché non trasmodino in un attacco personale diretto a colpire la figura morale dell'interessato, in una immotivata e gratuita aggressione *ad hominem*²⁵.

Un'espressione del pensiero comunemente considerata *species* del diritto di critica²⁶, in uso soprattutto in ambito politico, è la satira. Essa consiste in una critica nei confronti di personaggi noti o di episodi di interesse collettivo, presentata in un contesto di inverosimiglianza, senza alcuna funzione in-

15 Cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 20 luglio 2016, n. 36838, in *Ced Cassazione*, 2017, rv 268568; Id 27 settembre 2018, n. 57005, in *Ced Cassazione*, 2019, rv 274625-01; Id 27 novembre 2018, n. 7798, in *Ced Cassazione*, 2019, rv 276026-01; Id 14 settembre 2020, n. 31263, in *Ced Cassazione*, 2021, rv 279909-01; Id 9 dicembre 2020, n. 7995, in *Guida al diritto*, 2021, n. 13, p. 104.

16 Cfr. G. Corrias Lucente, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, Cedam, 2000, p. 98; F. Verde, *ivi*, p. 185.

17 A. Pace-F. Petrangeli, *ivi*, p. 310.

18 M. Gullo, *ivi*, p. 197.

19 Attengono alla dimensione pubblica i giudizi riferiti all'operato, alle dichiarazioni pubbliche o alla carica ricoperta dal pubblico amministratore/politico criticato.

20 Cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 31 ottobre 2014, n. 3557, in *Diritto & Giustizia*, 2014, www.dirittoegiustizia.it; Id, 3 marzo 2016, n. 17217, in *Diritto & Giustizia*, 2016, www.dirittoegiustizia.it; Id, 2 novembre 2017, n.7859, in *Diritto & Giustizia*, 2018, www.dirittoegiustizia.it

21 E. Vincenti, *Esercizio del diritto di critica e diffamazione a mezzo stampa*, in *Giurisprudenza di merito*, 1990, p. 120.

22 E. Musco, *ivi*, p. 647. In senso conforme P. Siracusano, *ivi*, p. 45.

23 Così Corte di cassazione, quinta sezione penale, 14 settembre 2020, n. 31263, in *Ced Cassazione*, 2021, rv 279909-01. In dottrina, nel medesimo senso: E. Musco, *ivi*, p. 647; P. Siracusano, *ivi*, pp. 45 ss.; A. Pace-F. Petrangeli, *ivi*, p. 332; F. Pavesi, *ivi*, p. 1488.

24 In tal senso si veda Corte di cassazione, quinta sezione penale, 16 maggio 2007, 29433, in *Ced Cassazione*, 2008, rv 236839.

25 Cfr., *ex multis*, Corte di cassazione, quinta sezione penale, 4 dicembre 2002, n. 20067, in *Guida al diritto*, 2003, n. 33, p. 85; Id, 28 ottobre 2010, n. 4938, in *Cassazione penale*, 2011, p. 3874; Id, 19 novembre 2018, n. 3148, in *Guida al diritto*, 2019, n. 25, p. 88; Id 14 settembre 2020, n. 31263, cit.

26 Così in dottrina: G. Armati - G. La Cute, *Profili penali delle comunicazioni di massa*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 165; M. Mantovani, *Profili penalistici del diritto di critica*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 1992, p. 311; L. Balestra, *La satira come forma di manifestazione del pensiero. Fondamento e limiti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 5 ss.; M. Polvani, *ivi*, p. 210. Secondo un filone minoritario, la critica sarebbe un diritto autonomo rispetto a quelli di cronaca e di critica (G. Corrias Lucente, *ivi*, pp. 101 ss.) o addirittura non sarebbe neppure un diritto scriminante (G. La Pera, *La satira: questa sconosciuta*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3107). In giurisprudenza è ormai consolidato l'orientamento che considera la satira una forma di critica: cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 27 ottobre 2010, n. 3676, in *Ced Cassazione*, 2011, rv 249700; Id, 23 maggio 2013, n. 37706, in *Ced Cassazione*, 2013,

formativa, ed esternata in modo scherzoso, ironico, paradossale, ridicolo o grottesco, al fine di suscitare ilarità²⁷. Ad essa la giurisprudenza attribuisce valenza di critica scriminante, quando risulti lesiva della reputazione altrui. Peraltro, mentre il requisito dell'interesse pubblico è inteso al pari che nei diritti di cronaca e di critica come rilevanza sociale del fatto rappresentato, il limite della continenza è inteso in modo meno rigoroso, in ragione della finalità umoristica di essa: lo si considera superato, infatti, solo quando la satira trasmodi in attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli, in accostamenti volgari o ripugnanti o nella deformazione dell'immagine della persona in modo da suscitare disprezzo e dilleggio²⁸. Il requisito della verità, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, deve considerarsi necessario quando la satira ha finalità (anche) informativa e veicola fatti reali, pur rappresentati in modo paradossale, esagerato; mentre è incompatibile quando rappresenti contesti inverosimili, non veritieri, con personaggi e situazioni inesistenti²⁹.

I principi elaborati ed applicati dalla nostra giurisprudenza in ordine alle condizioni di liceità del diritto di critica – in particolare di critica politica –, quando leda l'altrui reputazione, sono del tutto allineati a quelli stabiliti dalla giurisprudenza europea, come si è già anticipato con riguardo al requisito della veridicità. Premesso che l'art. 10 Cedu, nel garantire il diritto alla libertà di espressione, consente agli Stati di stabilire condizioni o restrizioni ad esso, costituenti «misure necessarie in una società democratica», per una serie tassativa di finalità, tra le quali la protezione della reputazione altrui, la Corte Edu interpreta come eccezionale la prevalenza della tutela della reputazione sulla libertà di espressione. L'esternazione di un giudizio critico lesivo della reputazione altrui, soprattutto in contesti come quello politico o etico, viene ritenuto tollerabile, anche quando avvenga con «*exaggeration or even provocation*», purché si basi, come già evidenziato, su un nucleo fattuale veritiero, rigorosamente controllabile e sufficiente per poter trarre il giudizio di valore negativo³⁰. La soglia di tolleranza del giudizio critico, mentre è più basso se il destinatario è un privato, diventa più alta nella critica politica, rivolta a un soggetto politico che agisce in qualità di soggetto pubblico: ciò perché l'uomo politico è esposto a un controllo approfondito da parte dei cittadini e deve tollerare che le proprie dichiarazioni pubbliche possano suscitare critiche, anche lesive della sua reputazione, dovendo la tutela di questa essere bilanciata con l'interesse generale alla libera discussione delle questioni politiche³¹.

Quindi la Corte di Strasburgo riconosce al diritto di critica (soprattutto di critica politica) la stessa ampiezza di liceità ammessa dalla nostra giurisprudenza.

4. Le argomentazioni della Cassazione

La Cassazione, nella sentenza in esame, come si è già evidenziato, annulla la decisione di appello per erronea applicazione della scriminante dell'esercizio del diritto – nella forma della critica politica – in relazione ad un comportamento diffamatorio, in quanto il requisito della veridicità del nucleo fondamentale del fatto sul quale è stato espresso il giudizio negativo è stato valutato dai giudici di appello in modo parziale e insufficiente, mentre i limiti dell'interesse pubblico o pertinenza e di continenza non sono stati motivati ma solo dichiarati sussistenti. In tal guisa la Corte d'appello ha violato il principio di motivazione rafforzata, al quale il giudice di merito deve attenersi nel confutare e riformare la decisione di primo grado.

rv 257255; Id, 7 maggio 2019, n. 32862, in *Foro italiano*, 2019, II, p. 549; Id, 14 ottobre 2021, n. 320, in *Diritto & Giustizia*, 2022, www.dirittoegiustizia.it.

27 In ordine ai caratteri distintivi della satira cfr. in giurisprudenza, Corte di cassazione, quinta sezione penale, 27 ottobre 2010, n. 3676, cit.; Id, 7 maggio 2019, n. 32862, cit.; in dottrina, L. Balestra, *ivi*, p. 7; L. Bisori, *ivi*, p. 5536.

28 Corte di cassazione, quinta sezione penale, 14 febbraio 2013, n. 41869, in *Diritto & Giustizia*, 2013, www.dirittoegiustizia.it; Id, 7 maggio 2019, n. 32862, cit.; Id, 14 ottobre 2021, n. 320, cit.

29 Cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 27 ottobre 2010, n. 3676, cit.; Id, 18 ottobre 2012, n. 5065, in *Guida al diritto*, 2013, n. 8, p. 77. Secondo una parte della dottrina, invece, la veridicità mal si attaglia alla satira in ragione dell'inverosimiglianza di ciò che con la satira viene rappresentato (L. Bisori, *ivi*, p. 5537).

30 Corte Edu 27 febbraio 2013, *Mengi vs. Turkey*, cit.

31 Corte Edu, 1° luglio 1997, *Oberschlick contro Austria*, ric. n. 20834/92, in *Diritto penale e processo*, 1997, p. 1209. Per approfondimenti sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di diffamazione e libertà di espressione, cfr. S. Perelli-M.E. Lovato Dassetto, *Diffamazione a mezzo stampa: sistema sanzionatorio, Costituzione e Convenzione EDU, tra giurisprudenza di legittimità e pronunzie Corte EDU*, in *Questione giustizia*, 2012, pp. 129 ss.

La sentenza di legittimità, pur basata sui principi giurisprudenziali rievocati nel paragrafo precedente, non è una mera ripetizione di quel «mantra» ricorrente in tutte le pronunce su questo tema, ma presenta peculiarità che la rendono meritevole di segnalazione. Tre sono, in particolare, gli aspetti interessanti sui quali si è soffermata la Cassazione: l'attualità del fatto, requisito afferente all'interesse pubblico o pertinenza; il concetto di critica politica; il carattere discriminatorio del giudizio critico, fondato sull'orientamento sessuale. Tutti questi profili sono, peraltro, tra loro collegati dal pre-requisito della veridicità del nucleo fattuale, che sta alla base del giudizio critico, dal quale è quindi opportuno partire.

4.1. Sulla veridicità del nucleo fattuale

La prima statuizione della Cassazione è che le conclusioni della Corte d'appello «s'appalesano irrimediabilmente viziate già sul punto della dimostrazione della veridicità del fondamento fattuale della narrazione dell'imputato».

La narrazione dell'episodio dell'assemblea studentesca del 2012 è stata focalizzata sulla distribuzione di volantini definiti "materiale pornografico" finalizzato all'adescamento di minori e alla diffusione della cultura del *gender*, avendo per contenuto rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso e un invito alle iniziative di pratica omosessuale organizzate dall'associazione Omphalos.

La valutazione della Corte d'appello in ordine alla veridicità di queste affermazioni è ritenuta parziale dai giudici di legittimità, in quanto circoscritta a una sola parte del materiale pubblicitario – quella riguardante i rapporti sessuali tra persone del medesimo sesso –, senza alcuna considerazione per quello relativo ai rapporti sessuali tra persone di sesso diverso, del quale le risultanze processuali di primo grado avevano evidenziato dimostrato l'esistenza.

Inoltre, con riguardo alla parte di materiale pubblicitario valutata, la Corte d'appello si è limitata ad affermarne la veridicità, senza alcuna motivazione, nonostante la visione dei volantini e la lettura delle didascalie ivi contenute smentissero le affermazioni sia in ordine alla natura pornografica del materiale distribuito – risultando «la natura palesemente informativa e prevenzionale, dei *depliants* dal titolo "Lo sapevi che" divulgati» –, sia in ordine alle finalità dell'associazione, nella narrazione definite di proselitismo e adescamento di minori, nonostante i volantini esplicitassero la finalità statutaria di promozione dell'inclusione sociale delle persone omosessuali e di contrasto di ogni forma di discriminazione ed emarginazione legata all'orientamento di genere.

La parzialità e, in certi casi, la mancanza di valutazione da parte dei giudici d'appello appaiono ingiustificabili, dato che sulla veridicità è costruita la confutazione della decisione di primo grado.

Peraltro, la Cassazione, pur ritenendo palese la natura informativa e il contenuto di prevenzione delle malattie dei *depliants*, nonché distorte le finalità statutarie dell'associazione descritte nella narrazione critica, non afferma che sono false e manipolative le informazioni della narrazione, costituenti il nucleo fattuale fondante il giudizio critico dissenziente, bensì che su di esse la valutazione dei giudici d'appello è stata parziale e, in alcuni punti, del tutto omessa.

4.2. Sull'attualità qualificante l'interesse pubblico

La Cassazione, con riguardo al requisito dell'interesse sociale all'informazione, individua un carattere, che considera necessario nel caso in esame: «il parametro dell'attualità della notizia, nel senso che una delle ragioni fondanti della esclusione della antiggiuridicità della condotta lesiva della altrui reputazione deve essere ravvisata nell'interesse generale alla conoscenza del fatto nel momento storico».

L'attualità, pur non costituendo un *novum* in giurisprudenza³², è presa in considerazione soprattutto quando il fatto, che dà origine al giudizio lesivo dell'altrui reputazione, è avvenuto in un momento storico risalente rispetto a quello in cui è espressa la critica. In tal caso, perché l'opinione critica negativa possa considerarsi di interesse pubblico, occorre che il fatto rievocato sia pertinente al contesto in cui il giudizio è esternato, ossia sia collegato ad esso per il luogo, il tempo, le qualità o le azioni dei soggetti coinvolti.

Nel caso di specie la Cassazione evidenzia, concordemente con i giudici di prime cure, come il fatto narrato sia, invece, del tutto slegato, decontestualizzato rispetto al luogo, al tempo e al tipo di evento in cui il giudizio critico è stato esternato. L'episodio rievocato è avvenuto nel 2012, quando il d.d.l. Cirinnà non era ancora stato presentato, durante un'assemblea studentesca in una scuola di provincia, dove un rappresentante dell'associazione Omphalos ha tenuto una relazione informativa su temi non politici (il

32 La Cassazione, nell'evocare il parametro dell'attualità, cita una sentenza (Corte di cassazione, quinta sezione penale, 11 maggio 2012, n. 39503, in *Ced Cassazione*, 2012, rv 254789), che curiosamente invece non faceva alcun cenno al requisito dell'attualità, che non era messo in dubbio, in quanto il caso in esame aveva ad oggetto un articolo di cronaca giudiziaria riguardante un fatto in corso di indagine; erano invece in esame i requisiti della veridicità e della continenza.

contrasto del bullismo omofobico e la prevenzione delle malattie sessualmente trasmissibili nei rapporti omo ed eterosessuali).

La narrazione è avvenuta due anni dopo, nel corso di interventi svolti durante alcuni eventi sul d.d.l. Cirinnà - in quel momento in discussione in Parlamento -, uno dei quali avente carattere di dibattito politico nazionale.

La palese diversità contestuale rende non credibile che la rievocazione di un episodio, relativo ad altri argomenti e risalente a quando ancora non aveva avuto la luce il disegno di legge, sia stata in funzione di esprimere un giudizio dissenziente sulle unioni civili.

La Cassazione anche su questo punto evidenzia carenze nel percorso argomentativo della Corte d'appello. Questa, infatti, «non ha rappresentato quale necessario nesso dialettico abbia legato gli interventi dell'imputato volti ad illustrare e criticare il disegno di legge Cirinnà con la rievocazione del risalente convegno studentesco, tenutosi ben prima che il confronto sul tema delle unioni civili coinvolgesse il dibattito pubblico, e con la stigmatizzazione dell'associazione che vi aveva partecipato».

Si sarebbe potuto riscontrare un nesso dialettico e quindi l'attualità della rievocazione se, ad esempio, l'associazione avesse tenuto nell'assemblea studentesca una relazione volta a promuovere l'introduzione in Italia di una legge sui matrimoni tra persone dello stesso sesso, sulla falsariga di altri Paesi come Germania e Francia; ma così non è stato.

4.3. Sulla qualificazione del giudizio dissenziente come critica politica

Dalla sentenza in esame emerge come la decontestualizzazione del fatto criticamente rievocato, oltre a far venir meno il requisito della pertinenza/interesse pubblico alla conoscenza del fatto stesso, abbia anche reso «arbitraria e non giustificata...l'attrazione *tout court* nell'ambito della critica politica delle propalazioni rese dall'imputato».

La Cassazione, allineandosi ad un'interpretazione consolidata in giurisprudenza, afferma che la critica politica costituisce una «peculiare espressione del diritto al dissenso, che vede come obiettivi esponenti politici o pubblici amministratori nei confronti dei quali l'attenzione della pubblica opinione in una società democratica è massima, in ragione del controllo diffuso sul loro operato».

Quindi a rendere politico un giudizio critico non basta la qualifica di chi ne è il destinatario (ed eventualmente di chi lo esprime, potendo il dissenso provenire anche da un avversario politico) e/o l'occasione in cui avviene, ma occorre soprattutto che esso verta su argomenti politici, ossia riguardanti la gestione della *res publica*.

Nel caso in esame, invece, la Corte d'appello ha riconosciuto tale carattere esclusivamente sulla base della qualifica di chi ha espresso l'opinione e di uno dei tre eventi nei quali è stato espresso il giudizio: politico, infatti, può considerarsi il soggetto che ha espresso l'opinione critica, in quanto presidente dell'associazione nazionale del *forum* delle famiglie; politica l'occasione della *convention* del partito democratico sul disegno di legge relativo alle unioni civili.

Non sono qualificabili come politici, invece, il destinatario e l'oggetto del giudizio critico. L'associazione Omphalos non ha per statuto fini politici, né svolge attività politica ma di promozione sociale; l'episodio criticato riguardava, come si è detto, un'assemblea studentesca risalente nel tempo, in cui l'associazione aveva trattato temi privi di connotazione politica, né in alcun modo collegati a quello (politico) della possibile introduzione di una legge sui matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Correttamente, quindi, la Cassazione conclude che «se è qualificabile come *politica* l'esternazione di una specifica opzione ideologica su di un tema che attiene a modifiche normative *in fieri*, inerenti le unioni tra persone dello stesso sesso, manifestando, in chiave critica, motivato dissenso rispetto a posizioni di segno opposto, non può attrarsi nello spettro del legittimo esercizio della critica politica l'invettiva rivolta ad individui o aggregazioni determinate, selezionate esclusivamente per l'orientamento sessuale, e non già quale contraddittore politico».

4.4. Sul limite di continenza

La Cassazione ritiene fondato il ricorso anche in punto di limite della continenza, in quanto la Corte d'appello ne ha del tutto omissa la valutazione.

Per costante interpretazione giurisprudenziale³³ la continenza va intesa nel diritto di critica in termini più estesi ed elastici rispetto che nel diritto di cronaca: pur potendo avere toni accesi, aspri, pun-

33 Cfr., *ex plurimis*, Cassazione penale, quinta sezione penale, 20 luglio 2016, n. 36992, in *Diritto & Giustizia*, 2016, www.dirittoegiustizia.it; Id, 9 dicembre 2020, n. 7995, cit.; Id, 18 gennaio 2022, n. 12826, in *Diritto & Giustizia*, 2022, www.dirittoegiustizia.it; Id, 25 gennaio 2022, n. 12186, in *Guida al diritto*, 2022, n. 16, p. 84.

genti – soprattutto in certi ambiti come quello politico –, il giudizio critico offensivo dell'altrui reputazione, però, è scriminato solo se espresso con una forma espositiva strettamente funzionale alla finalità di disapprovazione; è diffamatorio, invece, quando trasmodi nella gratuita e immotivata aggressione della sfera morale altrui, in espressioni gravemente infamanti e inutilmente umilianti, in attacchi a qualità o modi di essere della persona, o ancora in false accuse, nel quale ultimo caso, oltre alla continenza viene meno anche il requisito della veridicità del nucleo fattuale.

Nel caso in esame i giudici d'appello hanno solo affermato come petizione di principio la sussistenza della continenza, senza darne alcuna motivazione, pur trattandosi di un punto sul quale confutavano la decisione dei giudici di prime cure – ampiamente argomentata – che, invece, aveva ritenuto superato detto limite.

La Cassazione afferma che «la sentenza impugnata non esplora affatto» il punto della continenza ed evidenzia che i termini utilizzati e le informazioni divulgate, nel rappresentare criticamente l'episodio riferito all'associazione Omphalos, essendo in parte falsi, in parte distorti e manipolati, rendono la rievocazione «un mero pretesto per l'esternazione di una intenzionale e pervicace invettiva *ad personam*, fondata sulla manipolazione del reale ed espressiva di un esplicito disprezzo di genere». Non può che considerarsi gratuitamente lesiva della sfera morale dell'associazione l'attribuzione ad essa di false finalità immorali – l'adescamento di minori e il proselitismo all'omosessualità –, nonché di azioni riprovevoli – come la distribuzione di *depliant* pornografici e l'organizzazione di riti di iniziazione all'amore omosessuale – frutto di invenzione.

4.5. L'intento, il contenuto e la forma discriminatoria: gli estremi dello *hate speech*

La Cassazione non solo concorda con i ricorrenti sul vizio di motivazione da parte della Corte d'appello nel confutare la falsità del nucleo fattuale, l'insussistenza della pertinenza e il superamento della continenza, ma va oltre. Ravvisa in questi profili un *file rouge* di collegamento, rappresentato dall'intento discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale degli esponenti dell'associazione Omphalos, e attribuisce ad esso valenza di ulteriore limite all'esercizio legittimo del diritto di critica.

Sul punto i giudici di legittimità richiamano, in senso adesivo, quell'orientamento della Corte di Strasburgo, affermatosi all'inizio del nuovo millennio, che riconduce agli *hate speeches* (discorsi d'odio)³⁴ le espressioni del pensiero a carattere discriminatorio e considera le stesse uno dei casi eccezionali, *ex art. 10, par. 2 Cedu*, in cui gli Stati membri possono adottare misure necessarie a dare prevalenza alla protezione dell'altrui reputazione, in un bilanciamento con la libertà d'espressione.

A tal fine, la Corte Edu fa riferimento alla definizione – pur priva di efficacia vincolante – contenuta nella Raccomandazione n. 97, adottata il 30 ottobre 1997 dal Consiglio d'Europa, secondo la quale deve considerarsi tale «qualsiasi discorso che produca l'effetto di giustificare, diffondere o promuovere l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza».

La Cassazione richiama, in particolare, due casi³⁵ nei quali la Corte Edu aveva ricondotto al suddetti concetto di *hate speech* alcuni giudizi critici, offensivi dell'altrui reputazione, fondati sulla discriminazione in base alla razza e all'etnia, rispetto ai quali era appropriato il richiamo alla definizione della Raccomandazione n. 97/1997, in quanto questa si riferisce espressamente a tali forme di intolleranza. La Corte Edu, pertanto, aveva ritenuto, in base al suddetto criterio di necessità di cui all'art. 10 par. 2 Cedu, che nei casi ad essa sottoposti prevalessero l'uguaglianza e la dignità di tutti gli esseri umani sulla libertà d'espressione.

Il caso affrontato dalla Cassazione, tuttavia, a ben vedere, è diverso da quelli decisi dalla Corte di Strasburgo sotto due profili.

In primis, perché il giudizio sull'associazione Omphalos, lesivo della reputazione di questa, non può considerarsi esercizio del diritto di critica, o libertà d'espressione, in quanto basato su un nucleo

34 Per approfondimenti su *hate speech* e discriminazione, cfr. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008; A. Spina, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, pp. 577 ss.; F. Cerquozzi, *Dall'odio all'hate speech: conoscere l'odio e le sue trasformazioni per poi contrastarlo*, in *Tigor rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2018, pp. 42 ss.; L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019; Ea, *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in questa *Rivista*, 2021, n. 1, pp. 67 ss.; A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, Giuffrè, 2020; L. D'Amico, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *La Legislazione penale*, 2020, www.la legislazione penale.eu, pp. 1 ss.

35 Corte Edu, 16 luglio 2009, *Féret c. Belgio*, ric. n. 15615/07; Id, 4 dicembre 2003, *Gunduz c. Turchia*, ric. n. 35071/97.

fattuale falso, come si è poc' anzi evidenziato³⁶. Le dichiarazioni che la Corte di Strasburgo aveva inquadrato negli *hate speeches* fondati sulla discriminazione razziale ed etnica, invece, erano giudizi di valore privi di un nucleo fattuale falso, quindi costituenti vero e proprio esercizio della libertà di espressione, sulla quale era stata ritenuta prevalente la protezione della reputazione, in base al criterio di necessità.

In ragione di tale differenza, appare inappropriato il richiamo al principio elaborato dalla Corte di Strasburgo³⁷, come dimostra il fatto che in realtà la Cassazione applica un principio differente. Affermando che «non può attrarsi nello spettro del legittimo esercizio della critica politica l'invettiva rivolta ad individui o aggregazioni determinate, selezionate esclusivamente per l'orientamento sessuale... attraverso la mistificazione di dati fattuali»³⁸, infatti, essa esclude in radice che le dichiarazioni offensive nei confronti dell'associazione, mosse da intento discriminatorio, possano considerarsi esercizio del diritto di critica.

In secondo luogo, il caso in esame ha ad oggetto un giudizio discriminatorio basato sull'orientamento sessuale, mentre quelli europei riguardavano la discriminazione sulla razza e sull'etnia. Il richiamo ad essi, pertanto, non appare appropriato anche sotto questo profilo.

Sarebbe stato più consono, a nostro parere, il richiamo ad una sentenza del 2012, nella quale la Corte Edu aveva attribuito valenza di *hate speech* ad un discorso diffamatorio e discriminatorio nei confronti della comunità omosessuale³⁹. Si trattava di un caso in cui quattro svedesi – condannati per aver riposto negli armadietti personali degli alunni o sopra di essi un centinaio di volantini sull'omosessualità, definita come «tendenza sessuale deviante» avente «effetto moralmente distruttivo sulla sostanza della società» in quanto responsabile dello sviluppo e della diffusione di HIV ed AIDS –, avevano presentato ricorso alla Corte di Strasburgo per presunta violazione della libertà d'espressione, di cui all'art. 10, par. 1 Cedu. I giudici europei avevano, tuttavia, respinto il ricorso, in quanto l'interferenza con l'esercizio di detta libertà operata dalla sentenza di condanna dei ricorrenti doveva considerarsi «necessaria in una società democratica» per la protezione della reputazione e dei diritti del gruppo omosessuale. La Corte Edu, in altri termini, aveva considerato prevalente il diritto alla reputazione sulla libertà di espressione manifestata con contenuti diffamatori dettati da ragioni di discriminazione per l'orientamento sessuale, in virtù della clausola di necessità di cui al par. 2 dell'art. 10 Cedu.

Oggi appare più adeguato il riferimento ad una Raccomandazione, con la quale il Consiglio d'Europa ha ampliato la definizione di discorso d'odio, in ragione del fatto che quella del 1997 non includeva tra le manifestazioni di odio talune forme di discriminazione, tra le quali quella fondata sull'omofobia, né alcune altre forme di espressioni d'odio *ad personam*.

Si tratta della Raccomandazione di politica generale n. 15, relativa alla lotta contro il discorso dell'odio, adottata l'8 dicembre 2015 – successiva, quindi, alla giurisprudenza europea sopra citata – che definisce lo *hate speech* come «il fatto di fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di

36 Secondo la Cassazione, infatti, la veridicità del nucleo fattuale del giudizio dissenziente è stata affermata dai giudici d'appello sulla base di un accertamento parziale e insufficiente, mentre i giudici di primo grado avevano ritenuto la falsità dello stesso sulla base di un accertamento completo ed approfondito.

37 La sentenza di Cassazione, infatti, riporta il principio espresso dalla Corte Edu secondo il quale deve ritenersi «legittima e necessaria l'ingerenza statale punitiva in presenza di manifestazioni d'odio funzionali proprio alla compressione dei principi di uguaglianza e di libertà», tra le quali va ricompreso il discorso diffamatorio mediante incitamento alla discriminazione.

38 In altro passo la Cassazione sottolinea che la narrazione dell'episodio dell'assemblea studentesca, essendo tutta incentrata su una mistificazione delle finalità e delle attività dell'associazione Omphalos, ha il «dichiarato scopo di ammantare di disvalore sociale le persone portatrici di un orientamento sessuale non condiviso dall'imputato», cioè è mossa da intento discriminatorio.

39 Corte Edu, 9 febbraio 2012, *Vejdeland et al. c. Svezia*, ric. n. 1813/07. Per commenti alla sentenza si vedano: P.F. Poli, *La condanna per la distribuzione in una scuola superiore di volantini aventi contenuto pregiudizievole nei confronti degli omosessuali non viola l'art. 10 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; C. Danisi, *La decisione Vejdeland e altri c. Svezia: hate speech, orientamento sessuale e Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 450 ss.; L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 418 ss. Per approfondimenti su *hate speech*, libertà d'espressione e discriminazione omofobica cfr.: P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, London, Routledge, 2013, pp. 168 ss.; E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 8 ss.; L. Goisis, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, pp. 40 ss.; Ea, *Crimini d'odio omofobico, diritto penale e scelte politico-criminali*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, A. Vercellone - M. Pelissero (a cura di), Torino, Giappichelli, 2022, pp. 225 ss.; M. Caielli, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, *ivi*, pp. 54 ss.; Ea, *Tutelare l'identità di genere attraverso la repressione dell'hate speech: considerazioni a partire dal disegno di legge Zan*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., pp. 211 ss.; F. Pane, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo, e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base della “razza”, del colore della pelle, dell’ascendenza, dell’origine nazionale o etnica, dell’età, dell’*handicap*, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell’identità di genere, dell’orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale».

Essa estende la portata dello *hate speech* sia sotto il profilo delle forme, includendovi, tra le altre, la diffamazione, la denigrazione, gli stereotipi negativi, la stigmatizzazione; sia sotto il profilo dei destinatari di esso, potendosi indirizzare anche a una singola persona o a un gruppo.

È quindi la definizione della Raccomandazione n. 15/2015, piuttosto che quella della Raccomandazione del 1997 indicata dalla Cassazione, che, a nostro parere, consente di ricondurre al discorso d’odio le dichiarazioni diffamatorie espresse nel caso in esame, essendo queste contraddistinte da un intento discriminatorio fondato sull’orientamento sessuale e indirizzato ad un gruppo (l’associazione Omphalos).

La sentenza in esame, a quel che ci consta, è la prima ad attribuire al carattere discriminatorio fondato sull’orientamento sessuale rilevanza ai fini della valutazione della sussistenza della scriminante del diritto di critica nei confronti di un giudizio diffamatorio⁴⁰.

Il contenuto discriminatorio di un’opinione critica lesiva dell’altrui reputazione viene considerato dalla Cassazione quale limite a sé rispetto a quelli della veridicità, dell’interesse pubblico e della continenza. Peraltro, come si legge nella stessa sentenza in esame, il carattere discriminatorio «secondo la giurisprudenza della Corte Edu, passa attraverso il riscontro di diversi indicatori, tra i quali assume particolare rilevanza il modo in cui la comunicazione è effettuata, il linguaggio usato nell’espressione aggressiva, il contesto in cui è inserita».

Tali indicatori, a ben vedere, attengono alla continenza. E infatti, quando i termini e le espressioni utilizzati sono discriminatori perché evidenziano nell’opinione espressa il disprezzo per le caratteristiche di una persona o di un gruppo di persone, il giudizio non può più definirsi meramente critico, in quanto trascende il limite della correttezza, risultando un attacco personale ingiustificato.

Di conseguenza, diversamente dalla Cassazione, riteniamo che l’intento e il contenuto discriminatorio, più che limite a sé devono ritenersi una delle possibili ipotesi nelle quali è superato il limite della continenza.

5. Osservazioni conclusive

La sentenza in esame si distingue sotto diversi profili.

Innanzitutto, per il tema trattato, ovvero la manifestazione di un pensiero critico diffamatorio dettato da ragioni di discriminazione omofobica, che, a quanto ci risulta, non ha precedenti, almeno nella giurisprudenza di legittimità.

In secondo luogo, perché, nell’applicare i principi consolidati in giurisprudenza in ordine ai requisiti e ai limiti entro i quali il diritto di critica scrimina il discorso diffamatorio, delinea in modo chiaro e preciso la definizione di critica politica, aspetto delicato e importante, in quanto la giurisprudenza, in tale ambito, interpreta i limiti – soprattutto la continenza e la veridicità del fatto – in modo più elastico rispetto ad altri settori, come quello artistico, letterario, storico.

Inoltre – aspetto in assoluto più rilevante – nella sentenza vengono coniugati i principi elaborati dalla nostra giurisprudenza in ordine ai rapporti tra diritto di critica e reputazione, quando il primo abbia forma e/o contenuto diffamatorio, con quelli elaborati dalla giurisprudenza europea in relazione ai limiti della libertà di espressione garantita dall’art. 10 Cedu. In particolare, la Cassazione, seguendo l’insegnamento della Corte Edu, inquadra nello *hate speech* l’opinione critica che, per i contenuti e il modo in cui è espressa, risulti un attacco personale mirato a screditare l’immagine e la sfera morale del destinatario, ingiustificato in quanto dettato da ragioni discriminatorie.

Il carattere discriminatorio – evidenzia la Cassazione nel caso in esame e, a quanto ci consta, per la prima volta nella giurisprudenza di legittimità – rende già di per sé il giudizio di disprezzo per l’orien-

40 Sono, invece, numerose le pronunce che ravvisano il delitto di diffamazione, escludendo la scriminante dell’esercizio del diritto di critica, nell’esternazione di opinioni lesive dell’altrui reputazione fondate su ragioni di disprezzo razziale o etnico; in esse, anzi è sempre riconosciuta anche la circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso, prevista dall’art. 604-ter c.p. Cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 23 settembre 2008, n. 38591, in *Ced Cassazione*, 2008, rv. 242219; Id, 8 febbraio 2017, n. 13530, in *Ced Cassazione*, 2017, rv. 269712; Id, 2 novembre 2017, n. 7859, in *Riv. pen.*, 2018, p. 365.

tamento sessuale di un soggetto inqualificabile come legittimo esercizio del diritto di critica, se detto giudizio ha i requisiti indicati dalla normativa europea nella definizione di *hate speech*.

Tenuto conto che la Raccomandazione n. 15/2015, pur non citata espressamente nella sentenza in esame, ha esteso il discorso d’odio fino a includervi anche il fatto di fomentare, incoraggiare la diffamazione o di sottoporre qualcuno a denigrazione o stigmatizzazione, appare verosimile che in sede di riesame dei fatti il giudice d’appello inquadri la rievocazione dell’episodio nella scuola riferito all’associazione Omphalos nello *hate speech*, escludendo, quindi, al pari di quanto avevano ritenuto i giudici di prime cure, la sussistenza della scriminante dell’esercizio del diritto di critica. E comunque, la narrazione, per come è stata richiamata nella sentenza in esame, appare quanto meno contraddistinta da mancanza sia di un nucleo di veridicità fattuale, sia di pertinenza, sia di continenza.

Infine, la sentenza ha il pregio di avere messo in risalto una grave lacuna nel nostro ordinamento penale, sulla quale da tempo è acceso il dibattito politico parlamentare: la mancanza di rilevanza penale del motivo discriminatorio fondato su ragioni omo-transfobiche, nella commissione di un reato. Attualmente, infatti, l’unica norma presente, l’art. 604-ter c.p., prevede quale circostanza aggravante di qualsiasi reato, purché punibile con pena diversa dall’ergastolo, solo la finalità di odio o di discriminazione nazionale, razziale, etnica e religiosa, omettendo tutti gli altri ambiti di discriminazione, come il genere e l’orientamento sessuale, l’età, la disabilità psichica e fisica.

Svariati disegni di legge sono stati presentati nel tempo, per estendere la circostanza alle altre ipotesi discriminatorie, in particolare a quelle basate su genere e orientamento sessuale – l’ultimo dei quali è il noto d.d.l. Zan⁴¹ –, o per introdurre una norma incriminatrice *ad hoc*, ma non si è mai giunti all’approvazione definitiva di alcuno di essi. E, nonostante anche la sentenza in esame evidenzii tale lacuna e l’urgenza di colmarla, dovrà passare ancora un tempo indefinibile prima che ciò accada, dato che, al momento in cui scriviamo, sono appena state formate le nuove Camere, a seguito dello scioglimento del Parlamento e delle recentissime elezioni politiche, e deve ancora essere formato il nuovo Governo.

41 Sul ddl Zan da ultimo cfr. M. Pelissero, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., pp. 245 ss., e alla bibliografia ivi citata.

*Elena Falletti**

Una marcia indietro lunga cinquant'anni: la sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson* in tema di aborto

Sommario

1. Introduzione: una decisione con valenza extragiuridica. – 2. Il possibile passaggio di consegne tra la dottrina dell'*incorporation* e la dottrina originalista. – 3. *History and/or Law?* La visione di retroguardia della *majority opinion*. – 4. Gli alfieri del nuovo corso: le *concurring opinion* dei Justice Thomas, Kavanaugh e Roberts. – 5. L'arrocco dei Justice dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor. – 6. L'intricato mosaico normativo post-*Dobbs v. Jackson* e la risposta del corpo elettorale. – 7. Conclusioni.

Abstract

Lo scopo dell'articolo è di analizzare il contesto e i contenuti della sentenza della Corte Suprema statunitense *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* che ha effettuato l'overruling dei precedenti federali *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey* negando la copertura della Costituzione e del Bill of Rights sugli abortion rights. In particolare viene enucleato il rapporto tra la dottrina dell'*incorporation* e quella della lettura originalista del testo costituzionale, per proseguire nell'indagine delle diverse opinioni depositate dai Supremi e verificare la ricostruzione del quadro giuridico statunitense in vigore successivamente alla emanazione della decisione *Dobbs*. Infine vengono elaborate alcune riflessioni comparative in relazione con l'ordinamento italiano in materia.

This article aims to analyse the context and contents of the US Supreme Court's decision Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. This ruling overruled the federal precedents Roe v. Wade and Planned Parenthood v. Casey refusing the Constitution and Bill of Rights coverage on abortion rights. In particular, this article focuses on the relationship between the interpretation of the incorporation doctrine and the originalist one of the American Constitution. It continues investigating the opinions filed by the Supreme Court Justices and verifying the US legal framework in force after the Dobbs decision has been delivered. Finally, some comparative reflections are elaborated on the Italian legal system on this subject.

* Ricercatrice di diritto privato comparato presso Università Carlo Cattaneo, LIUC. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione: una decisione con valenza extragiuridica

L'America è un grande Paese, si pensava abbastanza vasto da contenere tutte le sue contraddizioni, invece le recenti decisioni della Corte Suprema¹ hanno dimostrato che lo spazio disponibile² sembra essersi ridotto. Dopo le nomine dei *Justice Gorsuch*, *Kavanaugh*, *Coney Barrett* da parte della Presidenza Trump³, in sostituzione rispettivamente del defunto *Scalia*, del ritirato *Kennedy* e della scomparsa *Bader Ginsburg*, nella Corte Suprema sembra essersi stabilmente formata una maggioranza che vede i sei *Justice* conservatori originalisti contrapposti ai tre di orientamento *liberal*⁴.

La sentenza *Dobbs v. Jackson* è certamente rappresentativa di tale antinomia, infatti la profonda divergenza tra le opinioni in seno alla Corte è stata resa pubblica dalla divulgazione della bozza dell'opinione di maggioranza, clamorosamente diffusa dall'organo di informazione *Politico* il 2 maggio 2022, anticipando l'acceso dibattito sui suoi contenuti, nell'evidente tentativo, comunque fallito, di influenzare i giudici attraverso la pressione dell'opinione pubblica⁵.

Con il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁶ la Corte Suprema degli Stati Uniti ha effettuato l'*overruling* delle note sentenze *Roe v. Wade*⁷ e *Planned Parenthood v. Casey*⁸ che garantivano a livello federale in tutti gli Stati Uniti il diritto alla donna di abortire quale espressione della *Due Process Clause* contenuta nel Quattordicesimo Emendamento approvato nel 1868. Il contenzioso che ha causato tale *overruling* riguarda il *Gestational Age Act* promulgato dallo Stato del Mississippi nel 2018⁹, il quale rende l'aborto illegale dopo la quindicesima settimana di gestazione, esclusi specifici casi, quali il pericolo di vita della madre¹⁰.

Si tratta di una decisione che ha provocato reazioni contrapposte sia per i suoi effetti giuridici, avendo escluso la tutela costituzionale federale del diritto di abortire, sia per le argomentazioni extragiuridiche soprattutto storiche, politiche e sociali ritenute rappresentative di una visione di retroguardia. Infatti, la *majority opinion* sembrerebbe trarre linfa dai valori espressi dai *Founding Fathers* e dalla Rivoluzione Americana, ma in realtà manifesta una profonda lacerazione politica e sociale, difficile da sanare, dato che non sembrano esserci punti in comune tra posizioni conservatrici e quelle *liberal* sulla questione.

Nella ricostruzione del legame tra i ragionamenti della *majority opinion* e la teoria originalista, di cui si tratterà in seguito, traspare che già dai tempi della Rivoluzione Americana il genere costituiva

-
- 1 Oltre a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, si segnalano tra le più recenti: *Vega v. Tekoh* (in materia di autoincriminazione ai sensi del *V Amendment*), *Kennedy v. Bremerton School District* (in materia di libertà religiosa ai sensi del *I Amendment*), *New York State Rifle & Pistol Association, Inc., Et Al. V. Bruen, Superintendent Of New York State Police, Et Al.* (relativa libera circolazione armati ai sensi del *II Amendment*); *Carson, as Parent and Next Friend of O. C., Et Al. V. Makin* (riguardante l'educazione scolastica in istituti religiosi ai sensi del *I Amendment*), *West Virginia v. EPA* (sulle competenze dell'EPA, l'*Environment Protection Agency*).
 - 2 E. Foner, *Storia della libertà americana*, trad. it. A. Merlino, Donzelli, Roma, p. 77.
 - 3 L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal/Rivista di Biodiritto*, 2022, 3, p. 41; A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022, 2, p. 44 ss.; L. Testa, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2021, p. 2417; Id., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, *ibidem*, 2019, p. 2917; G. Romeo, L. Testa, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2014/2015 e 2015/2016*, *ibidem*, 2017, p. 2303.
 - 4 Siffatta divisione tra una maggioranza di 6 giudici conservatori e una minoranza di 3 *liberal* sembra essere mantenuta dalla nomina di *Ketanji Brown Jackson*, di orientamento *liberal*, nominata dal Presidente *Joseph R. Biden Jr.* in sostituzione del ritirato *Justice Breyer*. L'avvicendamento tra i due giudici è avvenuto il 30 giugno 2022.
 - 5 Il *leak* del testo dell'opinione di maggioranza riguarderebbe altresì il tentativo di delegittimare la Corte Suprema e il suo ruolo istituzionale nel quadro del *check and balance* statunitense (P. Farhi, J. Barr, *Politico scoop on Supreme Court draft opinion triggers media intrigue*, in *Washington Post*, 3.5.2022; J. H. Tanne, *US abortion: Leaked document shows Supreme Court plans to overturn rights*, in *BMJ*, 2022, p. 377; R. B. Reingold, L. O. Gostin, *The leaked Supreme Court ruling opinion: implications for abortion access*, in *JAMA*, 2022, 328(1), pp. 13-14).
 - 6 597 U.S. ___ (2022), consultabile su https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.
 - 7 410 U.S. 113 (1973).
 - 8 505 U.S. 833 (1992).
 - 9 A. Canepa, *Considerazioni a margine della sentenza "Dobbs" della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?* in *Corti Supreme e Salute*, 2022, pp. 393-427.
 - 10 In Italia, l'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194 stabilisce questo limite entro i 90 giorni di gestazione.

un significativo limite al godimento dei pieni benefici della libertà conquistata dopo l'indipendenza dall'Inghilterra. Infatti, secondo l'ideologia della "maternità repubblicana"¹¹, che emerse come risultato dell'indipendenza, alle donne veniva affidato un solo ed esclusivo obbligo politico, seppur indispensabile, cioè il compito di allevare i futuri cittadini, trasmettendo saggezza politica nei loro figli e nei loro alunni. Tale orientamento, pur negando il coinvolgimento diretto delle donne nella politica attiva, incoraggiava la loro istruzione, specialmente pedagogica¹².

In questo quadro è possibile intravedere una relazione tra il profondo radicamento contro l'aborto che caratterizza la parte più conservatrice della sfera pubblica americana¹³ e l'ideologia della maternità repubblicana¹⁴, presente ancora oggi¹⁵. Alla luce di ciò, la *majority opinion* espressa in *Dobbs v. Jackson* assume un senso (*che chi scrive non condivide*) sia da un punto di vista politico, sia religioso (*il quale però si mimetizza tra le righe di questa decisione*).

2. Il possibile passaggio di consegne tra la dottrina dell'incorporation e la dottrina originalista

La decisione *Dobbs* pone radicalmente in discussione il ruolo della privacy, dell'autodeterminazione e della libertà personale della gestante che intenda accedere ad un aborto, affermando che i suddetti diritti non trovano fondamento nel testo costituzionale, in particolare nel Quattordicesimo Emendamento. Invero, i precedenti *Roe* e *Casey* incardinavano la loro *ratio decidendi* su due principi protetti da siffatto emendamento, cioè rispettivamente la privacy e la libertà autodeterminativa. Nella *majority opinion* ciò viene negato aggiungendo che privacy e autodeterminazione non sono riconosciute neppure dalla tradizione interpretativa precedente al 1973, cioè l'anno in cui *Roe v. Wade* venne pubblicata, né nella storia della Nazione americana.

Si comprende la portata demolitoria della decisione *Dobbs* partendo dalla critica ivi presente sulla protezione della privacy. Va però osservato che la ricostruzione sistematica stigmatizzata dal Justice Alito trova sì il suo fondamento nella privacy, ma essa è antecedente alla decisione *Roe*, anzi quest'ultima è uno dei frutti più succosi della c.d. teoria dell'*incorporation*¹⁶. In realtà, tale dottrina ha origini più risalenti: il primo caso in cui l'*incorporation doctrine* venne applicata dalla Corte Suprema fu *Twining v. New Jersey*¹⁷. In tale decisione si stabilì la possibilità "*che alcune delle libertà protette nei confronti del governo nazionale dai primi otto emendamenti siano anche protette nei confronti delle azioni degli Stati, perché un loro diniego sarebbe un diniego del due process of law*"¹⁸. Ciò per il fatto che i diritti contenuti nei primi otto emendamenti sono di una natura tale che devono essere inclusi, ovvero "incorporati" nella *Due Process Clause*¹⁹, rendendoli applicabili anche nei confronti degli Stati. Tale riconoscimento attribuì natura sostanziale alla *Due Process Clause*.

11 L. Kerber, *The republican mother: Women and the enlightenment-an American perspective* in *American Quarterly*, 28(2), 1976, pp. 187-205; D. Sherman, *Virtuous Expectations: Republican Motherhood and True Womanhood in the Early Republic*, in A. K. Frank, P. C. Mancall (eds.), *Early Republic: People and Perspectives*, ABC-CLIO, Santa Barbara, Denver, Oxford, 2008, pp. 59-79. Per l'analisi della rivisitazione di siffatta ideologia, M. Rose, M. O. Hatfield, *Republican Motherhood Redux?: Women as Contingent Citizens in 21st Century America*, in *Journal of Women, Politics & Policy*, (2007) 29:1, pp. 5-30.

12 L. Kerber, *The republican mother*, cit.

13 N. Beisel, T. Kay, *Abortion, race, and gender in nineteenth-century America*, in *American Sociological Review*, 69(4), 2004, pp. 498-518.

14 E. Foner, *op. cit.*, p. 67.

15 H. H. Williams, *Just Mothering: Amy Coney Barrett and the Racial Politics of American Motherhood*, in *Laws*, 2021, 10(2), p. 36.

16 Siffatta decisione riguarda un procedimento penale in cui il rifiuto di testimoniare dell'imputato era stato considerato dalla giuria come elemento di colpevolezza, nonostante le garanzie del Quinto Emendamento, la cui applicabilità era stata negata dalla Corte Suprema (F. Micheli, *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, p. 6 ss.).

17 211 U.S. 78 [1908].

18 211 U.S. 99 [1908].

19 F. Micheli, *Diritti fondamentali*, cit. Per una sintetica ricostruzione storica, si veda R. Johnson, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution*, in *The Political Quarterly*, 2022, pp. 612-619.

A questo punto le opinioni si divisero: coloro che sostenevano la “*selected incorporation*” privilegiavano i principi dell’autogoverno statale mantenendo gli Stati liberi dalle interferenze del potere federale; mentre, all’opposto, i fautori della “*total incorporation*” asserivano che le violazioni del *Bill of Rights* operate dagli Stati erano così gravi da non poter essere tollerate sulla base della formale distinzione tra potere statale e federale²⁰.

Nonostante siffatto dibattito, la teoria dell’*incorporation* ebbe un significativo seguito. Ci si riferisce all’ampliamento interpretativo dei diritti fondamentali effettuato dalla Corte presieduta dal *Chief Justice* Earl Warren, in particolare nella decisione *Griswold v. Connecticut* del 1965²¹. Essa rappresentava la concretizzazione della dottrina della c.d. “*incorporation*” con la quale le tutele del *Bill of Rights* venivano integrate nella *Due Process Clause*²².

La decisione *Griswold* era stata innovativa nel delineare un concetto di privacy che fosse più ampio del “*right to be alone*” elaborato da Samuel Warren e Louis Brandeis nel memorabile articolo pubblicato sulla *Harvard Law Review* del 1890²³, nonché riguardasse una piena tutela dell’autodeterminazione individuale²⁴ scorporando la privacy quale diritto accessorio della proprietà²⁵. In questo senso, la Corte Suprema si riferiva a diversi precedenti dai quali aveva enucleato un diritto non esplicitamente previsto, come il diritto di associazione ricavato dal Primo Emendamento²⁶. Secondo la Corte Warren “*specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help and give them life and substance*”²⁷.

Ne conseguiva che, seppure il diritto alla privacy non fosse esplicitamente previsto dal *Bill of Rights*, poteva essere individuato nella penombra²⁸ degli Emendamenti Primo, Terzo, Quarto e Quinto²⁹ nei quali la sfera privata familiare trovava scudo dalle interferenze esterne³⁰.

20 Questo passaggio ebbe il risultato pratico di riconoscere la natura sostanziale dei diritti contenuti nei primi otto emendamenti della Costituzione ed estese il dibattito su quali diritti dovessero essere incorporati in siffatta interpretazione sostanziale: da un lato il *Justice* della Corte Suprema Hugo Black era il principale fautore della “*total incorporation*” secondo cui tutti i diritti contenuti nel *Bill of Rights* dovevano essere inclusi nella *Due Process Clause*, anche se di natura sostanziale. Dall’altro lato, i *Justice* Cardozo e Frankfurter affermavano che solo i principi di giustizia radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano potessero assumere siffatta valenza (F. Micheli, *op. cit.*). Tuttavia, sullo sfondo di tale questione giuridica si presentava nuovamente il nodo irrisolto della concezione del federalismo e del potere giudiziario americani, facendo leva esclusivamente sulla necessità di preservare l’assetto istituzionale originale (F. Micheli, *op. cit.*). Nell’ampia pubblicistica si segnalano: T. E. Yarbrough, *Justice Black, the Fourteenth Amendment, and Incorporation*, in *U. Miami L. Rev.*, 30, 1975, p. 231 ss.; R. Berger, *Incorporation of the Bill of Rights in the Fourteenth Amendment: A Nine-Lived Cat*, in *Ohio St. LJ*, 42, 1991, p. 435 ss.; A. R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *Yale LJ*, 101, 1991, p. 1193 ss.; L. Rosenthal, *The New Originalism Meets the Fourteenth Amendment: Original Public Meaning and the Problem of Incorporation*, in *J. Contemp. Legal Issues*, 18, 2009, p. 361 ss.; J. Green, *Fourteenth Amendment Originalism*, in *Md. L. Rev.*, 71, 2011, p. 978 ss.; T. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, in *107 Nw. U. L. Rev.* 1627 (2012-2013); R. Boldt, D. Friedman, *Constitutional Incorporation: A Consideration of the Judicial Function in State and Federal Constitutional Interpretation*, in *Md. L. Rev.*, 76, 2016, p. 309 ss.; J. K. Goldstein, *Teaching the Transformative Fourteenth Amendment*, in *62 St. Louis U. L.J.* 581 (2017-2018), p. 581 ss.; M. Zuckert, *On the Fourteenth Amendment: A Textual Analysis*, in *Perspectives on Political Science*, 48(4), 2019, p. 246-251; R. E. Barnett, E. D. Bernick, *The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: Its Letter and Spirit*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2021, *passim*; K. T. Lash, *Respeaking the Bill of Rights: A New Doctrine of Incorporation*, in *Ind. LJ*, 2022, 97, p. 1439 ss.

21 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

22 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, 1, p. 28; R. Williams, *The Paths to Griswold (June 6, 2014)* in *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, No. 5, 2014, *passim*.

23 S. D. Warren, L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193- 220.

24 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 28; A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 48-56. In senso critico, J. Greene, *The so-called right to privacy in UC Davis L. Rev.*, 43, 2009, p. 715 ss., che dà conto come alle udienze senatoriali di conferma della nomina a *Justice* della Corte Suprema il *Justice* Alito rispose che “*that there is a right to privacy in the Constitution deriving from Griswold*” (J. Green, *cit.* p. 740).

25 L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 9.

26 A. Buratti, *ult. op. loc. cit.*

27 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

28 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit.

29 Tuttavia, nella decisione *Dobbs* tale ricostruzione viene disfatta dal *Justice* Alito nella *majority opinion*, p. 9 ss., mentre il *Justice* Thomas, nella sua *concurring opinion*, afferma che il medesimo precedente *Griswold* dovrebbe essere ribaltato alla prima occasione (si veda il § 4).

30 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit. p. 29.

Similmente, la sentenza *Casey* trae linfa da un'altra decisione emanata dalla Corte Warren in merito al riconoscimento della libertà autodeterminativa. Infatti la prima orma su questo sentiero è stata tracciata in occasione dell'emanazione, unanime, del precedente *Bolling v. Sharpe*³¹ ove veniva affermato che il concetto di "liberty" incluso nella *Due Process Clause*, seppure non precisamente definito dalla giurisprudenza, "is not confined to mere freedom from bodily restraint. Liberty under law extends to the full range of conduct which the individual is free to pursue"³².

In ossequio alla teoria originalista cui la sentenza *Dobbs* fa riferimento, occorrerebbe verificare cosa intendessero i *Founding Fathers* per "Liberty". Risalendo alla vigilia dell'Indipendenza, vi era chi affermava che la "vera libertà significa libertà di fare ciò che è giusto, astenendosi dal fare ciò che è male, non [è il] diritto di fare ciò che piace"³³. Pertanto, la libertà intesa dai *Founding Fathers* richiamava l'obbedienza alla legge fino a quando le leggi erano promulgate da rappresentanti eletti e non operavano in maniera arbitraria³⁴.

In quel contesto, la libertà politica presupponeva una sicura autonomia economica al fine di escludere ogni influenza esterna sulla persona che partecipasse alla vita pubblica: infatti era considerato addirittura disdicevole ricevere uno stipendio in qualità di lavoratore salariato³⁵. Ai tempi della redazione della Costituzione solo la popolazione di sesso maschile, bianca e di retaggio britannico integrava tale requisito; nonostante siffatta autonomia fosse connessa allo svolgimento di molte mansioni lavorative da parte delle donne della famiglia, quali mogli, figlie, nuore, sorelle³⁶. La Rivoluzione americana non intaccò lo *status quo*: mogli, figli, lavoratori subordinati e schiavi rimasero legati all'obbedienza verso i capifamiglia bianchi e maschi. Anche se si realizzò una democratizzazione dell'idea di proprietà, nel senso che fosse sufficiente che essa includesse il possesso della propria individualità, questa rimase legata all'idea di proprietà fondiaria e che il titolare di tale proprietà fosse esclusivamente maschio e bianco, con esclusione delle donne e degli ex schiavi³⁷. Tali erano le condizioni sociali riferibili ai tempi dei *Founding Fathers* e cui fa riferimento la dottrina originalista³⁸ portata avanti in seno alla Corte Suprema dal defunto Justice Antonin Scalia³⁹.

In realtà, la dottrina originalista promossa da Scalia trova un suo spazio fondativo nell'affermazione che devono essere i corpi elettorali, attraverso i loro rappresentanti, a decidere per mezzo di un atto legislativo la disciplina normativa delle fattispecie, rigettando gli interventi (*più o meno creativi*) della giurisprudenza. Questa teoria rifiuta nel modo più assoluto le costruzioni interpretative c.d. "evolutive" che possono essere proposte dalle Corti, specie da quelle Supreme. In un certo senso si potrebbe

- 31 Si tratta di una decisione contemporanea a *Brown v. Board of Education*, relativa alla incostituzionalità della segregazione razziale scolastica nel *District of Columbia*.
- 32 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954). In dottrina, A. Buratti, cit. In senso critico, secondo cui con questa sentenza la Corte raggiunse una decisione corretta, ma seguendo una argomentazione discutibile: G. Dolin, *Resolving the Original Sin of *Bolling v. Sharpe**, in 44 *Seton Hall L. Rev.* 749 (2014); R. Barnett, C. Sunstein, *Constitution in Exile?*, in *LEGAL AFR.*, (May 4, 2005, 12:50 PM), http://legalaffairs.org/webexclusive/debateclub_cie0505.msp#Wednesday.
- 33 *True liberty, then, is a liberty to do everything that is right, and the being restrained from doing anything that is wrong. So far from our having a right to do everything that we please, under a notion of liberty, liberty itself is limited and confined -- but limited and confined only by laws which are at the same time both its foundation and its support* (J. Boucher, *On Civil Liberty, Passive Obedience, And Non-resistance*, in *A View of the Causes and Consequences of the American Revolution, with an Historical Preface* (London, 1797).
- 34 E. Foner, *op. cit.*, p. 17.
- 35 E. Foner, *op. cit.*, p. 24.
- 36 S. Coontz, *The Social Origins of Private Life: A History of American Families 1600-1900*, Verso Books, London, 1989, *passim*; S. Coontz, P. Henderson, *Women's Work, Men's Property: The Origins of Gender and Class*, Verso Books, London, 1986, *passim*.
- 37 E. Foner, *op. cit.*
- 38 Sulla teoria dell'originalismo, R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham L. Rev.*, 75, 2006, p. 545; L. K. Weis, *What comparativism tells us about originalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, pp. 842-869; J. E. Fleming, *Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution*, in *BUL Rev.*, 2012, 92, p. 1171; S. E. Sachs, *Originalism Without Text*, in *Yale Law Journal*, 2017, pp. 156-168. In riferimento al ruolo dell'originalismo nella sentenza *Dobbs*, si vedano C. Caruso, *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, La Lettera AIC, 07/2022 - Originalismo e Costituzione, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>; L. P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, *Ibidem*, Q. Camerlengo, *Originalismo e "living Constitutionalism"*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, *Ibidem*, O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, *ibidem*; G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *Federalismi*, 2022, 34, p. 42 ss.
- 39 Sul punto, diffusamente, F. Benatti, *Essere giudice oggi: l'esperienza di Justice Scalia*, in corso di pubblicazione, per cortese concessione dell'autrice.

richiamare il pensiero montesquieiano: “*les juges ne doivent être que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* (EL, XI, 6)”.

Tuttavia, l’approccio dell’opinione di maggioranza va ampiamente oltre questo scenario, infatti, l’estremizzazione di tale punto di vista comporta un risultato paradossale dalla prospettiva dei cittadini sui quali si ripercuotono gli effetti dell’*overruling*. È possibile scorgerlo fin dalle prime righe della *majority opinion*, quando il Justice Alito scrive che per i 185 anni successivi all’adozione della Costituzione ciascuno Stato poteva regolarsi secondo le intenzioni dei suoi cittadini; poi, nel 1973, la Corte Suprema adottò *Roe v. Wade*, la quale è da considerarsi erronea fin dalle sue radici perché nella Costituzione e nel *Bill of Rights* non si fa alcuna menzione dell’aborto. Perciò, in virtù di questi centottantacinque anni, i quarantanove anni successivi durante i quali l’aborto è stato riconosciuto come diritto federale sono “*egregiously wrong*” e pertanto da estinguere totalmente.

Nonostante ciò, sembra essere alquanto difficile eliminare tali cinque decenni. Ci si può chiedere se sia ragionevolmente possibile convincere una persona che si è comportata in un certo modo, che quel modo di comportarsi oggi non è più legittimo, perché più di due secoli fa i *Founding Fathers* non l’avevano previsto? Davvero è intenzione dei giudici “rigorosamente originalisti” evocare i fantasmi di una Costituzione scritta da liberi possidenti terrieri, maschi e bianchi, ai fini di cancellarne le interpretazioni che hanno permesso l’evoluzione della società americana?

3. **History and/or Law? La visione di retroguardia della majority opinion**

L’opinione della maggioranza della Corte Suprema è stata scritta da Samuel Alito, nominato al prestigioso supremo scranno da George W. Bush nel 2006, e condivisa dai Justice Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett, il Chief Justice John Roberts ha scritto una propria *concurring opinion* nel merito del giudizio, mentre sia Clarence Thomas, sia Brett Kavanaugh hanno espresso una loro *concurring opinion*, invece Stephen Breyer, Elena Kagan e Sonia Sotomayor hanno depositato una *dissenting opinion* congiunta.

Fin dalle prime righe la *majority opinion* affronta il tema della copertura costituzionale federale del diritto di abortire da una prospettiva storica, infatti sottolinea che “*for the first 185 years after the adoption of the Constitution*” (approvata il 17 settembre 1787 e ratificata il 21 giugno 1788), *each State was permitted to address this issue in accordance with the view of its citizens*”.

Innanzitutto appare immediatamente chiaro che i cittadini che *illo tempore* scrissero materialmente la Costituzione avevano tratti comuni omogenei: erano uomini bianchi anglosassoni; viceversa la società attuale, cui *Dobbs v. Jackson* è diretta a regolare i diritti riproduttivi, è eterogenea e multirazziale, non comparabile con quella della fine del XVIII secolo.

Per questo una visione e una applicazione così perentoria della teoria originalista pare essere senza fondamento logico e fattuale, ancora prima che giuridico. Le argomentazioni della *majority opinion* appaiono fragili, in quanto non è affatto certo che ciò che era (*o non era*) costituzionalmente accettabile ai tempi del *Founding Fathers* non lo sia (*o lo sia*) oggi. E il primo pensiero sul punto riguarda proprio la sussistenza (*allora*) della schiavitù. Invero, nella sentenza *Dobbs*, la schiavitù riveste il ruolo di invitato di pietra, distendendo la sua ombra lungo il testo delle opinioni scritte dai Justice conservatori. Infatti, i giudici maggioritari basano la forza argomentativa della loro opinione nell’effettuare l’*overruling* della sentenza *Roe v. Wade* classificandola come “*egregiously wrong*” e per spiegarne la asserita, dal loro punto di vista, nocività la collegano alla “*infamous*” *Plessy v. Ferguson*⁴⁰, che legittimava la segregazione razziale.

Al contrario, nell’idea dei giudici di maggioranza, a *Dobbs et. al. v. Jackson Women’s Health Organization*⁴¹ è attribuito il medesimo ruolo svolto ai tempi da *Brown v. Board of Education*⁴². Come in una rappresentazione scenica, la correlazione tra le parti assegnate a *Plessy* e *Roe* da un lato, e a *Brown* e *Dobbs* dall’altro, non è singolare, né sorprendente, dato che attraverso siffatto artificio retorico, cioè l’e-

40 163 U.S. 537 (1896). In dottrina, D. H. Gans, *Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment’s Original Meaning Protects the Right to Abortion*, in *SMU L. Rev. F.*, 75, (2022), p. 193; E. Grande, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, 15, p. 83.

41 597 U.S. ____ (2022), cit.

42 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), R. Kluger, *Simple justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America’s struggle for equality*, New York, Vintage, 2011, passim.

quiparazione tra segregazione razziale e aborto, la *majority opinion* intende blindare le argomentazioni e le conseguenze di *Dobbs*, rendendole inoppugnabili anche (e soprattutto) da un punto di vista morale.

Ciò nonostante, quella proposta è una equiparazione da rifiutare per due ragioni essenziali. Da un lato, perché non è davvero accettabile assimilare privacy e autodeterminazione della donna alla segregazione razziale istituzionalizzata, anche se si potrebbe sostenere che la prospettiva in questione non riguarda l'autonomia personale della gestante, ma la vita potenziale da salvaguardare con la protezione assoluta del nascituro fin dal concepimento. Dall'altro lato, perché *Dobbs* è una decisione che sottrae tutele costituzionali effettuando una "disincorporation"⁴³ di diritti, mentre *Brown v. Board of Education* rappresentava l'inizio di un percorso indirizzato verso l'approvazione del *Civil Rights Act 1964*.

A questo proposito si evidenziano due criticità ulteriori: in primo luogo *Dobbs v. Jackson* istituzionalizza l'intervento dello Stato etico che decide al posto dei suoi cittadini (o per meglio dire: delle donne ad esso soggette) escludendo del tutto il bilanciamento dei valori costituzionali in competizione, dato che non vi sarebbe concorrenza tra autodeterminazione della donna e tutela del feto perché la protezione della vita potenziale supera qualsiasi altra valutazione. A seconda di quanto deciso dai legislatori statali, la donna diviene costretta a partorire e a diventare madre⁴⁴, anche se è stata stuprata, vittima di incesto o addirittura a sacrificio della propria stessa vita.

In secondo luogo, rivestire *Dobbs* del ruolo salvifico dell'uguaglianza razziale riconducibile a *Brown v. Board of Education* vuol dire distorcere la realtà fattuale e sostanziale, in quanto è noto che con essa iniziò faticosamente il percorso de-segregazionista, tuttavia tale obiettivo non venne compiutamente raggiunto (né lo è tuttora) in quanto fondato sulla "colorblindness" attribuita⁴⁵ alla Costituzione stessa, e sul suo approccio individualistico⁴⁶. Quest'ultima interpretazione attribuisce una sorta di neutralità⁴⁷ costituzionale, a discapito della natura di patto sociale tra i cittadini nel riconoscersi mutualmente diritti e doveri. Siffatta mutualità è contraria alla asserita neutralità costituzionale sostenuta dai *Justices* conservatori. Tuttavia, la Costituzione americana, o meglio la maggioranza conservatrice degli attuali suoi interpreti che siedono sugli scranni della Corte Suprema, ne danno una interpretazione originalista talmente estrema da porre in discussione il riconoscimento di diritti civili e sociali che apparivano finora assodati anche negli Stati Uniti⁴⁸.

Per comprendere quanto radicale sia il ragionamento della maggioranza conservatrice nella decisione *Dobbs* occorre analizzare l'approccio storiografico adottato dal *Justice Alito* effettua sia per quel che concerne il Common Law "originale" cioè degli ex colonizzatori inglesi, sia il Common Law, prettamente "americano" applicato dai giudici statunitensi successivamente all'Indipendenza. Sotto il profilo britannico, l'indagine storiografica di Alito raggiunge i tempi del *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* del Bracton, risalente al XIII secolo, con citazioni più "recenti" del Coke, del Blackstone e di Hale per dimostrare che settecento anni di tradizione giuridica non hanno mai preso in considerazione l'aborto. Ulteriormente, l'aborto è da considerarsi un crimine anche per il Common Law americano⁴⁹ già dai tempi della colonizzazione, quando si considerava che la vita iniziasse nel momento in cui il movimento del feto era percepibile (c.d. "quickening").

43 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritti Comparati*, 14.7.2022, p. 6.

44 Ciò è accaduto in Florida, dove la *First District Court of Appeal* dello Stato ha stabilito che una 16enne è immatura per decidere di abortire, ma è matura abbastanza da essere forzata a portare a termine la gravidanza. Secondo la legge della Florida, il genitore o il tutore legale di una minorenni incinta deve acconsentire all'interruzione della gravidanza, con alcune eccezioni. La minorenni ha agito in giudizio al fine di escludere la notifica e il relativo consenso dei genitori per l'interruzione della gravidanza. L'adolescente era incinta di 10 settimane e viveva con un parente, ma era sottoposta a tutela giudiziaria. Nel ricorso, la minorenni esplicitava di non essere "pronta ad avere un bambino", di essere disoccupata e frequentare ancora la scuola e ha sottolineato sia che il padre non era in grado di aiutarla, sia che il suo tutore aveva acconsentito alla procedura abortiva. La domanda è stata respinta, con la possibilità di rivalutare la decisione in un secondo momento perché la ricorrente non aveva dimostrato con prove chiare e convincenti la propria immaturità in merito all'interruzione di gravidanza (*In Re Jane Doe 22B*, 15.8.2022).

45 Termine che indica l'indifferenza giuridica della Corte Suprema nell'interpretazione della Costituzione rispetto alle istanze della parte multirazziale, in particolare quella di origine afroamericana, della società statunitense (M. Spindelman, *Queer Black Trans Politics and Constitutional Originalism*, 2022, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=4088733>).

46 L. Giacomelli, *Ripensare l'uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

47 Rivendicata anche dal *Justice Kavanaugh* nella sua *concurring opinion*, si veda il §4.

48 Si veda la *concurring opinion* del *Justice Clarence Thomas*, §4.

49 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

Sul punto non si può non concordare con la dottrina che sottolinea la debolezza di siffatte argomentazioni storiografiche, le quali utilizzano opinioni letteralmente medievali per soffocare la prassi costituzionale dell'*incorporation*, realizzando "un'opzione culturale reazionaria, orientata alla polarizzazione delle fratture sociali e al rifiuto del pluralismo dell'interpretazione costituzionale"⁵⁰.

Oltre che a rappresentare una "la foglia di fico (...) per nascondere un principio di libertà codificato nella Costituzione e vitale nella prassi giurisprudenziale", ciò "è sbagliato e fuorviante"⁵¹ e esprime un falso. Infatti, la storiografia, pare banale ricordarlo, dimostra che l'aborto è sempre stato presente nella millenaria storia femminile, anche se vietato ovvero penalmente criminalizzato. A decidere sul corpo delle donne, spesso a discapito della loro vita, sono comunque state le stesse interessate, nonostante la certezza di essere perseguite per l'atto abortivo eseguito in clandestinità⁵².

Per rafforzare tale quadro storiografico, l'opinione di maggioranza è seguita da un "Annex" dove vengono riportate testualmente le leggi incriminatrici in materia di aborto *illo tempore* vigenti in ciascuno Stato federato dal Missouri (1825) fino al District of Columbia (1901). Ciò sembrerebbe costituzionalizzare il divieto di aborto e si può questionare se un tale intervento non sia diretto a ostacolare la possibile successiva regolamentazione federale, governativa ovvero legislativa, in materia. A favore di questa interpretazione, occorrerebbe tenere in considerazione la nettezza con cui la *majority opinion* ha effettuato la *disincorporation* di *privacy* e *liberty* in relazione all'aborto dalle materie costituzionalmente protette. Siffatto "Annex" sembrerebbe voler enfatizzare l'intenzione di voler riportare le donne al ruolo sociale loro attribuito nel XIX secolo, "quando ancora alla donna non era riconosciuto un ruolo di rilievo nella società, men che meno nell'arango politico"⁵³.

Parimenti si potrebbe indagare per quale motivo nei quarantanove anni precedenti alla pubblicazione di *Dobbs* il Legislatore federale non abbia formalizzato positivamente tale diritto, invece che fondarlo sulla sola fragile interpretazione giurisprudenziale federale⁵⁴ ovvero negarlo sulla base di una presunta tradizione. La risposta parrebbe politica più che giuridica e concernerebbe le accese contrapposizioni politiche e sociali sul tema⁵⁵.

A parere di chi scrive, la critica principale dell'*opinion* di Alito a *Roe* e *Casey*, concernente la circostanza che tali decisioni non avrebbero alcun fondamento nel testo costituzionale, nella storia ovvero nella tradizione del Common Law americano o in qualsiasi precedente, è fallace. Sul punto, rispettosamente, si dissente, in quanto la decisione *Roe* si inserisce perfettamente nel percorso giurisprudenziale elaborato dalla Corte Warren a metà degli Anni Sessanta in cui vennero costituzionalizzati i diritti civili per "incorporation". Ciò rispecchia un'epoca che seppure sembrerebbe, almeno apparentemente, aver esaurito la sua spinta propulsiva, nonostante ciò essa è esistita e ha apportato effetti giuridici rilevanti (che il Justice Thomas dichiara nella sua *concurring opinion* voler cancellare alla prima occasione possibile). In questo contesto sarebbe stata opportuna una riflessione sia istituzionale sia da parte dell'opinione pubblica su quali possano essere gli effetti giuridici, politici e sociali della negazione di diritti prima ritenuti fondamentali e poi cancellati⁵⁶.

Ammettendo, pur con riluttanza, che in quel contesto la promozione giurisprudenziale dei diritti civili per "incorporation" avesse assunto il ruolo spettante al corpo legislativo, occorre comunque analizzare la critica che Alito effettua rispetto alla frammentazione della gravidanza in frazioni temporali

50 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

51 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

52 Tra le molte pubblicazioni in tema si segnalano: J. M. Riddle, *Eve's Herbs. A History of Contraception and Abortion in the West*, Harvard University Press, Cambridge, 1999; C. Flamigni, *Storia e attualità di un problema sociale*, Edizioni Pendragon, Bologna, 2011; N. M. Filippini, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, Viella, 2017; A. Gissi, *Le segrete manovre delle donne. Levatrici in Italia dall'Unità al fascismo*, Roma, Viella, 2022.

53 A. Palmieri, R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v.Wade»*, in *Foro It*, 2022, VI, p. 439.

54 G. Burns, *The moral veto: Framing contraception, abortion, and cultural pluralism in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, *passim*; S. C. Roberts, L. Fuentes, N. F. Berglas, A. J. Dennis, *A 21st-century public health approach to abortion*, in *American journal of public health*, 107(12), 2017, p. 1878-1882.

55 M. M. Ferree, W. A. Gamson, R. Rucht, J. Gerhards, *Shaping abortion discourse: Democracy and the public sphere in Germany and the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, *passim*.

56 Un'esperienza analoga avvenne in relazione alla liberazione degli schiavi nella colonia francese di Haiti. Infatti, in Francia la schiavitù venne abolita dalla *Convention nationale* (cioè l'organo deliberativo in vigore durante la Rivoluzione francese, dal 20 settembre 1792 al 26 ottobre 1795) il 4 febbraio 1794 (H. Thomas, *The Slave Trade*, London, 2006, p. 544; L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, trad. it. P. Marangon, Roma - Bari, Laterza 2010, p. 14). Ciò nonostante, la schiavitù venne ripristinata da Napoleone il 20 maggio 1802, per venire definitivamente abolita, anche nelle colonie francesi il 27 aprile 1848 (J. D. Popkin, Haiti. *Storia di una rivoluzione*, trad. it. A. Manna, Torino, Einaudi, 2020, pp. 119 ss).

trimestrali al fine di considerare la volontà abortiva della donna legittima o meno a seconda della possibilità di sopravvivenza del feto al di fuori dell'utero materno. Si tratta del criterio della c.d. "viability"⁵⁷. Il punto, fieramente criticato, è interessante dalla prospettiva comparatistica, perché siffatto schema è utilizzato anche dalle legislazioni europee in materia⁵⁸.

La contestazione di Alito al precedente *Roe* riguarda la questione che nel primo trimestre di gravidanza alla donna verrebbe riconosciuto un diritto federale costituzionale alla privacy autodeterminativa che le garantirebbe di abortire senza dover rendere conto ad alcuno. Secondo la *majority opinion*, tale partizione in trimestri non è giustificabile sotto il profilo giuridico proprio perché rimette ad un parametro medico (*e non giuridico*), quale la possibile sopravvivenza del feto a seconda del trimestre gestazionale, in relazione alla volontà ovvero alla salute della madre. Ciò non troverebbe fondamento in nessun testo normativo e ignorerebbe il fondamentale interesse di tutela della "potentiality of human life". In questo passaggio traspare il retaggio dell'influenza religiosa, che non viene esplicitata, ma rimane legata alla locuzione "potential life", definita in questi termini, per esempio, nelle encicliche papali contro l'aborto⁵⁹, ovvero il riferimento alla protezione della *personhood*, della personalità, del feto fin dal momento del suo concepimento. Si tratta di un elemento talmente fondante il ragionamento della *majority opinion* da non rendere necessario effettuare alcun esplicito riferimento ad esso.

Per rafforzare il suo ragionamento Alito ravvisa che con la decisione *Casey* del 1992, cioè diciannove anni dopo l'emanazione di *Roe v. Wade*, la Corte Suprema cancella il rimando alla partizione trimestrale delle fasi della gravidanza per giustificare l'aborto esclusivamente come una scelta di libertà della donna attraverso l'elaborazione di un "new and obscure undue burden test"⁶⁰.

Di cosa si trattava? Esso prevedeva l'integrazione di tre regole sussidiarie: la prima riguardava la presenza di un "ostacolo sostanziale" sul percorso gestazionale della futura madre prima che il feto fosse stato in grado di superare il test di *viability*; la seconda che la scelta della donna di abortire fosse stata "informata" e la terza regola sussidiaria concerneva la tutela della salute materna⁶¹. La *majority opinion* stabilisce che tali regole, seppure sussidiarie, sono ambigue, non presentano basi giuridiche e hanno provocato più controversie che soluzioni e quindi devono essere abbandonate.

Se questa è la *pars destruens* apportata dal caso *Dobbs*, qual è la *pars construens*? Secondo i *Justice* Alito, Coney Barrett, Gorsuch, Roberts, Thomas e Kavanaugh la soluzione appropriata riguarda la semplice restituzione della disciplina abortiva al potere legislativo dei singoli Stati federati. La ratio di tale decisione concerne la circostanza che l'aborto stesso presenta profonde questioni morali, le quali devono essere decise dal corpo elettorale di ciascuno Stato. Infatti, la Costituzione e il *Bill of Rights* non proibiscono ai cittadini di ciascuno Stato dal regolarlo ovvero proibirlo, mentre i precedenti *Roe* e *Casey* si erano arrogati tale autorità.

Sembrerebbe una soluzione ragionevole, rispettosa del principio di separazione dei poteri, e della prevalenza del potere politico (*statale, ma non federale*) sul giudiziario, essendo i giudici tenuti all'obbedienza della legge⁶².

57 G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista*, cit., p. 41.

58 S. De Zordo, G. Zanini, J. Mishtal, C. Garnsey, A. K. Ziegler, C. Gerdtts, *Gestational age limits for abortion and cross-border reproductive care in Europe: a mixed-methods study*, in *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, 128(5), 2021, pp. 838-845; M. Levels, R. Sluiter, A. Need, *A review of abortion laws in Western-European countries. A cross-national comparison of legal developments between 1960 and 2010*, in *Health Policy*, 118(1), 2014, pp. 95-104; P. De Pasquale, *Il diritto di aborto... o l'aborto di un diritto?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 3, pp. 5-15.

59 Lettera Enciclica *Evangelium Vitae* del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l'inviolabilità della vita umana, 25 marzo 1995, https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

60 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ___, 46 ss. In dottrina, G. Caporali, *Dobbs v. Jackson*, cit.

61 *Dobbs v. Jackson*, cit., 57 ss.

62 Al contrario, siffatta *disincorporation* del diritto di aborto dalla protezione costituzionale rappresenta una soluzione del tutto astratta in cui la maggioranza conservatrice ha deciso di ignorare le implicazioni per le donne che subiranno gli effetti di questa decisione. Inoltre, i sei giudici maggioritari hanno effettuato un acrobatico salto temporale. A questo proposito, ci si potrebbe domandare come sia possibile da un punto di vista logico, non solo giuridico, considerare accettabili e valide le conseguenze dell'applicazione di una teoria (come quella originalista) che pretende di trasportare all'oggi considerazioni, norme e interpretazioni effettuate in una società elitista, classista e settaria come quella dei neonati Stati Uniti, eredi delle ex colonie britanniche del XVIII Sec., che neppure erano lontanamente riconducibili a quelli attuali sotto tutti i punti di vista: sociale, economico, scientifico e medico. E il cui Legislatore costituente era formato da membri ricchi, maschi, bianchi, protestanti, quindi una parte molto ristretta della società che escludeva tanto le donne, quanto gli afroamericani. Il risultato di siffatto *overruling* è la discriminazione fondata su basi economiche tra chi si potrà permettere di cambiare Stato o andare all'estero per ottenere un aborto rispetto alle donne che economicamente non potranno sostenerne i costi, cioè le parti più fragili della

Tuttavia, il lungo percorso verso una società pienamente egualitaria, negli Stati Uniti, non è ancora giunto al suo pieno compimento, nonostante la Guerra Civile e l'approvazione del Quattordicesimo Emendamento⁶³ e di altre politiche antidiscriminatorie⁶⁴. Nonostante tutti gli sforzi, la maggioranza dei *Justice* conservatori impone una visione della società e della convivenza civile che non è aderente alla realtà vissuta dagli americani odierni, cioè i contribuenti appartenenti alla società multirazziale e diversificata, che si iscrive alle liste elettorali e partecipa alla vita pubblica.

Al contrario, l'interpretazione letterale della Costituzione scritta nel XVIII Sec. sostenuta dalla maggioranza conservatrice afferma che ci sono persone (*cioè le donne*) la cui voce vale di meno. Questa è una contraddizione difficile da comprendere, ma che emerge in modo plateale nelle opinioni concorrenti di due dei giudici della maggioranza (cioè i *Justice* Thomas e Kavanaugh), ma sulla quale il *Chief Justice* Robert manifesta le sue critiche e i suoi dubbi.

4. Gli alfiери del nuovo corso: le *concurring opinion* dei Justice Thomas, Kavanaugh e Roberts

A parte i *Justice* Gorsuch e Coney Barrett, che hanno aderito in pieno alla opinione della maggioranza, i tre *Justice* conservatori Thomas (*il più anziano di ruolo*), Kavanaugh e Roberts hanno elaborato le rispettive *concurring opinion* per precisare le loro posizioni.

La *concurring opinion* del *Justice* Thomas è la più drastica nel pretendere la *disincorporation* dei diritti civili riconosciuti grazie all'interpretazione costruita dalla Corte Warren negli Anni Sessanta, sulla base dell'argomentazione che il testo letterale della Costituzione e dei suoi Emendamenti garantiscono il *due process* previsto dal Quattordicesimo Emendamento "solo nei casi in cui una persona sia privata della vita, della libertà e della proprietà"⁶⁵.

Inoltre, il *Justice* Thomas critica energicamente il valore sostanziale attribuito alla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento tanto da equiparare schiavitù e aborto e senza timore di affermare che una interpretazione di questa natura venne applicata nella nefasta decisione *Dred Scott v. Sandford*⁶⁶

società, principalmente donne afroamericane e immigrate (E. D. Bernick, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (July 12, 2022), disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4161063>, passim; A. B. Omoragbon, *Reproductive Rights: Dobbs v. Jackson and Implications for the Black Maternal Health Crisis*, in *Congressional Black Caucus*, 2022, p. 6 ss.; L. M. Paltrow, L. H. Harris, M. F. Marshall, *Beyond Abortion: The Consequences of Overturning Roe*, in *The American Journal of Bioethics*, 2022, pp. 1-13).

63 Soltanto con il *Civil Rights Act* del 1964 apparve sulla scena giuridica lo strumento normativo necessario per rendere effettivi i principi egualitari elaborati dalla giurisprudenza al fine di colpire le forme di discriminazione e segregazione determinate sul pregiudizio sociale (L. Giacomelli, *op. cit.*). Infatti, la segregazione si era cristallizzata come un prodotto delle forze sociali e non da atti normativi, poiché in caso di rapporti tra privati, e in assenza di violazioni formali della Costituzione, l'*Equal Protection Clause* non era applicabile. In questo contesto i successivi interventi di riforma apportato dal *Fair Housing Act* 1968, dall'*Age Discrimination in Employment Act* 1967 e, soprattutto, dall'*American with Disabilities Act* 1990 tentarono di rendere innovativo ed effettivo l'approccio sanzionatorio in materia discriminatoria, estendendo il divieto di discriminazione anche nei confronti dei privati (C. E. Brody Jr., *A Historical Review of Affirmative Action and the Interpretation of Its Legislative Intent by the Supreme Court*, in *Akron Law Review*, 1996, p. 14 ss.). Tale espansione di tutela è consentita da due fonti di natura costituzionale quali la *Commerce Clause* e la *Sect. V del XIV Amendment* (R. C. Post, R. B. Siegel, *Equal protection by law: Federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kinel*, in *Yale Law Journal*, 2000, p. 443; L. Giacomelli, *op. cit.*).

64 Sul punto, L. Giacomelli, *Ripensare l'uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, cit.

65 C. Thomas, *concurring opinion*, p. 2.

66 19 How.393 (1857), avendo poi premura di ricordare che siffatto precedente venne "overruled" sui campi di battaglia della Guerra Civile e dalla riforma costituzionale post "Appomattox". Nel 1857, con la tristemente nota decisione *Dred Scott* la Corte Suprema aveva stabilito che gli afroamericani non fossero cittadini degli Stati Uniti e che pertanto, il Quattordicesimo Emendamento difendeva gli schiavi liberati anche dalla discriminazione relativa al riconoscimento della cittadinanza. Tuttavia, questo obiettivo fallì dopo la fine dell'occupazione militare del Sud nel 1867, in quanto i governi degli Stati del Sud tornarono nelle mani della classe dirigente bianca, che privò i neri dei loro diritti a partire da quello di voto. La Corte Suprema federale contribuì al mantenimento, se non al rafforzamento, di tali discriminazioni con le c.d. sentenze *Civil Right Cases*, le quali davano una lettura restrittiva degli Emendamenti Tredicesimo e Quattordicesimo stabilendo che il Congresso non aveva il potere di intervenire negli affari interni degli Stati, neppure per tutelare i diritti di voto e all'imparzialità della giuria. Il già menzionato caso *Plessy v. Ferguson* (promotore della teoria "separate, but equal") manifesta la profonda resistenza della Corte Suprema nel difendere le leggi degli Stati del Sud che discriminavano gli afroamericani. Il caso riguardava una legge della Louisiana che imponeva alle compagnie ferroviarie di creare carrozze separate per i bianchi e "per le persone di

poiché la *Due Process Clause* “does not secure any substantive right, it does not secure a right to abortion⁶⁷”. Sulla base di questa argomentazione il Justice Thomas esplicita che l’applicazione estensiva della *Due Process Clause* in diritti in precedenza riconosciuti come nei casi *Griswold v. Connecticut*⁶⁸ (relativo al diritto dei coniugi di usare contraccettivi), *Lawrence v. Texas* (in materia di consenso sessuale tra persone adulte)⁶⁹ e *Obergefell v. Hodges*⁷⁰ (relativo ai matrimoni tra le persone dello stesso sesso), le quali non sono oggetto di causa, ma dovranno essere “eliminati dalla nostra giurisprudenza alla prima occasione”. Infatti, a parere di Thomas, l’interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* che li fonda è contraria al tenore testuale del comando costituzionale. Thomas sembrerebbe voler gettar via (letteralmente “jettisoning”) tali interpretazioni perché denotano un approccio della Corte Suprema che si è sostituita al legislatore invece che permanere neutrale sui temi, ribadendo che la *Due Process Clause* assume un ruolo meramente procedimentale.

La scrupolosa neutralità costituzionale, secondo cui la Costituzione non è né a favore dell’aborto, né contro, è anche il cardine della *concurring opinion* del Justice Kavanaugh, secondo il quale solo tale neutralità consente di restituire l’autorità del popolo nell’indirizzare la questione dell’aborto nell’alveo dei processi di autogoverno democratico stabilito dalla Costituzione. Inoltre, Kavanaugh sottolinea che la Corte non rende illegale l’aborto negli Stati Uniti, essa non è “pro-life” né “pro-choice”⁷¹ ma lo lascia pilatescamente nelle mani dei rappresentanti eletti di ciascuno Stato. Tuttavia, si tratterebbe della realizzazione di uno dei casi di “tirannia della maggioranza” paventati da Alexis de Tocqueville già nella prima metà dell’Ottocento⁷².

Ciò nonostante, sia Thomas sia Kavanaugh sbagliano sull’attribuire una funzione di neutralità alla Carta costituzionale e quindi alla Corte Suprema. Questo ruolo neutrale non è concettualmente possibile, altrimenti non si potrebbe attribuire il compito di effettuare la *judicial review*, e quindi di Corte superiore con valenza costituzionale, come attribuito alla Corte Suprema stessa dal Chief Justice Marshall nel notissimo e fondante precedente *Marbury v. Madison*⁷³ del 1803.

A questo punto, quindi, occorrerebbe chiedersi qual è il ruolo della Corte Suprema nell’ordinamento americano. A sommo parere di chi scrive tale ruolo consisterebbe nel vagliare la consistenza tra la carta costituzionale (che rappresenta il patto di comune e civile convivenza tra i consociati) e le norme censurate, in particolare che queste ultime siano aderenti al dettato della costituzione vivente. A tale proposito l’interpretazione costituzionale deve essere sufficientemente elastica e valutare in che modo e misura possa adattarsi alle situazioni oggetto di contenzioso.

Infine merita attenzione la *concurring opinion* del Chief Justice Roberts, il quale aderisce in linea di principio alla decisione della maggioranza in relazione allo specifico caso sulla legislazione dello Stato del Mississippi, ma non concorda sull’*overruling* di *Roe* e *Casey*, in quanto siffatte decisioni non dichiaravano un diritto all’aborto infondato dal punto di vista costituzionale, ma in realtà proteggevano la donna dalla “unduly burdensome interference with her freedom to decide whether to terminate her pregnancy”⁷⁴.

colore” (F. Tonello, *La Costituzione degli Stati Uniti*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 2010, p. 126, n. 19; A. Sperti, «Dobbs» e il controverso *overruling* di «Roe v. Wade» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione, in *Foro It.*, 2022, IV, p. 455; L. Giacomelli, *Ripensare l’uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, cit.).

67 Le donne africane schiavizzate svolgevano una funzione economica per gli schiavisti, soprattutto dopo che il Congresso aveva vietato il commercio internazionale degli schiavi nel 1808. Dopo che gli schiavisti non poterono più importare schiavi erano decisi a crearne; così costrinsero le donne schiavizzate a riprodursi, anche con la violenza. Le donne schiavizzate ricorrevano all’aborto come mezzo di resistenza (E. D. Bernick, *Vindicating Cassandra*, cit.; S. M. H. Camp, *Closer to Freedom, Enslaved Women and Everyday Resistance in the Plantation South*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2005, *passim*).

68 381 U.S. 479 (1965).

69 539 U.S.558 (2003).

70 576 U.S.644 (2015).

71 B. Kavanaugh, *concurring opinion*, p. 12.

72 A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835, II, p. 92. In riferimento all’esperienza americana di Alexis de Tocqueville si rinvia a O. Zunz, *The Man Who Understood Democracy. The Life of Alexis de Tocqueville*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2022, pp. 36 ss.

73 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137; W. E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, 2000, *passim*; W. Hoffmann-Riem, *Two hundred years of Marbury v. Madison: the struggle for judicial review of constitutional questions in the United States and Europe*, in *German Law Journal*, 2004; 5(6), 685-701; M. G. Puder, *Supremacy of the law and judicial review in the European Union: celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel*, in *Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, 36, 2004, 567 ss.; E. Grande, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, cit., p. 84.

74 J. Roberts, *concurring opinion*, p. 8.

La Corte Suprema, quindi, avrebbe dovuto limitarsi a definire con più precisione la soglia di libertà della donna, dato che la legge del Mississippi circoscrive tale diritto entro le 15 settimane del concepimento, provvedendo invece un ampio spazio temporale da consentire l'esercizio del diritto protetto da *Roe* e *Casey*. Il *Justice Roberts* sottolinea che la medicina offre la possibilità – “*garantita da test di gravidanza accurati e a basso costo*” – di scoprire la gravidanza entro le sei settimane di gestazione⁷⁵.

La critica di *policy* promossa da *Roberts* ai suoi colleghi è severa dato che la decisione della Corte di ribaltare i precedenti *Roe* e *Casey* rappresenta un grave scossone al sistema giuridico, indipendentemente da cosa si pensi sui summenzionati casi. Una decisione più precisa, diretta a rigettare la sola linea della *viability* sarebbe stata ugualmente necessaria, ma meno sconvolgente, dato che in questo caso la Corte si è paradossalmente attribuita a se stessa il ruolo di Legislatore introducendo un controllo statale sulle scelte individuali private e chiudendo la porta (*almeno da un punto di vista formale*) agli ulteriori interventi federali in materia.

5. L'arrocco dei *Justice* dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor

La *dissenting opinion* scritta dal *Justice Breyer*, a cui le *Justice Kagan* e *Sotomayor* hanno aderito, sarebbe degna di una trattazione a sé stante, ma lo spazio ridotto consente solo una breve sintesi argomentativa.

Il punto focale della *dissenting* riguarda la circostanza che le autorità governative e statali possono disciplinare le modalità della procedura abortiva, ma non deve essere riconosciuto loro il potere di decidere sul corpo della futura madre, dato che ogni donna è un essere autonomo e ha il diritto di autodeterminarsi. Si tratta di una visione incompatibile con la già menzionata ideologia della c.d. “maternità repubblicana”⁷⁶, da cui la *majority opinion* sembrerebbe aver tratto ispirazione, e che ha scardinato il precedente equilibrio. Infatti, la decisione della maggioranza nega alla donna ogni diritto di esprimersi su sé stessa dal momento in cui viene fecondata, dato che lo Stato può forzarla di portare a termine la gravidanza a qualsiasi costo personale e familiare. Inoltre, probabilmente in ossequio alla sovranità di ogni Stato appartenente all'Unione, non viene fissato alcun limite per regolare l'aborto: esso può essere limitato entro 15, 10, 6, 5 o 3 settimane o fin dal concepimento. Del pari gli Stati sono messi in grado di proibire qualunque intervento di natura abortiva, compresi quelli terapeutici, come ad esempio a seguito di un aborto spontaneo, il quale può addirittura essere posto sotto indagine penale, ponendo in grave pericolo sia il diritto alla salute della donna, sia il principio di presunzione di innocenza della gestante.

Lo spazio lasciato aperto dall'opinione di maggioranza a favore degli Stati federati consente a questi ultimi di obbligare una donna a portare a termine la gravidanza susseguente a uno stupro o un incesto, anche con il proprio padre, senza riguardo alle conseguenze sulla vita della medesima, ovvero portare a termine la gravidanza di un feto con gravi malformazioni o destinato a morire. Il *Justice Breyer* obietta che indipendentemente da cosa stabiliranno le future discipline statali, un risultato innegabile della decisione *Dobbs* riguarda la perdita sostanziale del controllo delle donne sulle loro vite, che consiste in una *deminutio* sia dei loro diritti sia del loro status di libere e “*equal citizens*”.

Il *Justice Breyer* critica la fondatezza della *disincorporation* di *Roe* e *Casey* sull'argomentazione che l'aborto non è “*deeply rooted in history*”, in quanto i riferimenti al diritto medievale inglese non ridimensionano la valenza giuridica dello *stare decisis*. Al contrario, lo *stare decisis* rappresenta la pietra angolare della *rule of law*, cioè il principio che un precedente può essere modificato solo con ragioni valide ed in questo caso, la *majority opinion* manca di evidenziare siffatta validità, dato che non vi sono stati mutamenti di diritto ovvero di fatto inerenti la materia, se non per una circostanza non giuridica, ma meramente istituzionale e cioè che è cambiata la composizione della Corte e quindi il suo orientamento politico. Nondimeno, questa argomentazione non sembra essere vincente: infatti, sul punto ci si potrebbe chiedere se essa avrebbe trovato spazio a parti inverse, cioè nel caso di una ipotetica composizione della Corte che avesse presentato una maggioranza saldamente *liberal*.

L'obiezione sulla negata valenza giuridica del bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti è riconducibile al fatto che la decisione *Dobbs* rimane indifferente agli interessi della donna (*autodeterminazione, salute, libertà di scelta*), mentre riconosce solo quello degli Stati (*o dello Stato federale*) a proteggere la vita potenziale di un futuro consociato. Verrebbe da chiedersi se in qualità di futuro contribuente, soldato o elettore.

75 J. Roberts, *concurring opinion*, p. 9

76 Si veda il §1, n. 11.

Sulle argomentazioni di natura storica del divieto di aborto e l'applicazione delle teorie originaliste, il Justice Breyer afferma che non sia chiaro quale sia la loro rilevanza, dato che le prove storiche “*that long predates [ratification] may not illuminate the scope of the right*”. La *dissenting* pone in evidenza una contraddizione logica e giuridica nella *majority opinion*: se storicamente nel common law l'aborto veniva considerato reato a partire dal *quickening* (cioè dal primo movimento percepibile del feto), ciò significa che vi fosse spazio non criminalizzato per gli *early abortion*. Tale criterio non è lontano dalla valutazione che *Roe* e *Casey* facevano dei summenzionati *early abortion*⁷⁷.

Ulteriormente, la *dissenting opinion* si chiede se nel Ventunesimo secolo si debba leggere il Quattordicesimo Emendamento come lo avrebbero letto i suoi promotori; similmente occorrerebbe chiedersi quali fossero i diritti presi in considerazione dai Framers a quel tempo. Sul punto, la *dissenting opinion* afferma che non fu il popolo (il già evocato “*We the people*”) a ratificare il Quattordicesimo Emendamento, ma solamente la parte bianca e maschile di esso. Infatti, il termine “*People*” include anche l'elemento femminile della popolazione, pertanto i *Founding Fathers*, in quanto uomini, non erano perfettamente sintonizzati sull'importanza dei diritti riproduttivi nel riconoscimento della libertà delle donne o per la loro capacità di partecipare paritariamente alla vita della Nazione. Coloro che hanno ratificato la Costituzione nel 1788, il *Bill of Rights* nel 1791 e il Quattordicesimo Emendamento nel 1868 non pensavano, né intendevano considerare, le donne come partecipanti a pieno titolo della comunità nazionale raccolta nella frase “*We the People*”. In questo modo l'opinione di maggioranza sostiene che la lettura della Costituzione con gli occhi e la mentalità dei Framers comporta la considerazione delle donne come cittadine di seconda classe, mentre era proprio ciò da cui il precedente *Casey* intendeva proteggerle ovvero che venissero relegate ad uno status inferiore sia nella sfera pubblica sia in quella familiare. Invece, lo scopo della Costituzione è di proteggere tutti gli individui, maschi o femmine, dagli abusi del potere governativo (o della Corte Suprema medesima).

Vi è poi un ulteriore passaggio che richiama il contributo giuridico del già citato Chief Justice Marshall, il quale scrisse che Padri fondatori erano consapevoli di avere scritto un documento che sarebbe durato “*for ages to come*” e che doveva essere adattato al futuro⁷⁸. Ne consegue che, nonostante Costituzione fosse scritta, il suo significato non era inteso come immutabile. Infatti, i Framers comprendevano che il mondo avrebbe subito dei mutamenti anche dopo la promulgazione della Costituzione, né avrebbe potuto essere diversamente, dato che per primi i Framers stessi erano stati ispiratori di rivoluzioni che hanno “*infiammato il mondo*”⁷⁹. Essi non hanno definito i diritti facendo riferimento alle specifiche pratiche esistenti al tempo, ma li hanno definiti in termini generali, al fine di permettere future evoluzioni negli scopi e nei significati. E la Corte Suprema stessa ha accolto l'invito dei Framers, applicandoli in nuovi modi, in risposta dei nuovi bisogni e condizioni, dato che – inoltre – la tradizione costituzionale cui fa riferimento il Justice Alito nella sua opinione di maggioranza evolve, anche se si basa sui principi, la storia e i precedenti costituzionali. La tradizione costituzionale non cattura un singolo momento, ma concerne i mutamenti contenuti nel lungo percorso ricostruttivo dei precedenti, applicando i principi fondamentali della Costituzione alle nuove condizioni.

Infine, la *dissenting* prende in considerazione le ragioni valide per ribaltare un precedente, cioè: 1. un cambiamento nella dottrina che renda obsoleta la decisione precedente; 2. un cambiamento fattuale della medesima natura; 3. l'assenza di affidamento sulla validità del precedente stesso, perché la decisione precedente risale a meno di dieci anni prima.

Il Justice Breyer sottolinea che la sentenza *Dobbs* non integra nessuno di questi parametri, anzi *Roe* e *Casey* si inserivano nel percorso di protezione della libertà e dell'uguaglianza in conformità ai precedenti sul Quattordicesimo Emendamento.

Neppure è fondata la critica dell'*undue burden standard*, perché, come qualsiasi standard, deve essere applicato in modo flessibile, caso per caso, in una miriade di circostanze imprevedibili.

Anche la *dissenting opinion* si munisce di un'appendice che però fa riferimento alla critica dei 28 precedenti citati nell'opinione di maggioranza.

77 Justice Breyer, *dissenting opinion*, p. 13.

78 *McCulloch v. Maryland*, 4 Weath. 316, 415 (1819).

79 Espressione presa in prestito dal titolo del testo sulla Rivoluzione Americana scritto dallo storico britannico J. Israel, *The Expanding Blaze. How the American Revolution Ignited the World, 1775-1848*, Princeton University Press, 2017.

6. L'intricato mosaico normativo *post-Dobbs v. Jackson* e la risposta del corpo elettorale

A partire dal 25 giugno 2022, cioè il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza *Dobbs* che ha eliminato la regolamentazione federale, come è disciplinato l'aborto negli Stati Uniti? È possibile che venga introdotto addirittura un divieto federale di aborto?

A seguito di rigorosa lettura della lettera dell'opinione di maggioranza sembrerebbe di no, in quanto la disciplina dell'aborto viene "restituita" al corpo elettorale di ciascuno dei 50 Stati federati. Tuttavia, in caso del raggiungimento di una maggioranza al Congresso federale contraria all'aborto, tale circostanza non potrebbe essere esclusa a priori.

In ogni caso, al momento in cui si scrive, a livello federale il Presidente Biden ha emanato due *Executive Order*⁸⁰ in cui tratta la situazione normativa *post-Dobbs* equiparandola ad una crisi sanitaria in corso, perché verrebbe impedito alle donne che vivono in Stati ove l'aborto è proibito di accedere a servizi abortivi in caso di pericolo per la loro salute e ai servizi sanitari riproduttivi essenziali. Tali circostanze coinvolgerebbero soprattutto le donne che vivono in comunità a basso reddito, rurali e poco servite, le quali ora sono costrette a recarsi in giurisdizioni dove tali servizi sono ancora legali, nonostante i costi o i rischi.

Il primo *Executive Order* è stato emanato l'8 luglio 2022. Esso protegge il diritto delle donne americane di viaggiare oltre i confini dello Stato in cui vivono per ottenere aborti e assistenza sanitaria riproduttiva. Invece, l'*Executive Order* del 3 agosto 2022 impone il rispetto delle leggi federali sulla non discriminazione nell'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva.

La disciplina in vigore (*o in attesa di entrare in vigore*) in materia di aborto in ciascuno dei cinquanta Stati è assai varia⁸¹. Dopo la pubblicazione della sentenza *Dobbs*, l'aborto è proibito sin dal momento del concepimento in Alabama, Arkansas, Missouri, Oklahoma, South Dakota, West Virginia, Kentucky, Idaho⁸², Louisiana, Mississippi, Tennessee e Texas; dopo le sei settimane di gestazione in Georgia; dopo il terzo trimestre in Virginia; dopo quindici settimane in Arizona Florida, dopo venti settimane in North Carolina; dopo ventidue settimane in Kansas⁸³, Iowa⁸⁴, Nebraska, Indiana, Wisconsin, South Carolina⁸⁵ e Ohio; dopo ventiquattro settimane in Massachusetts, Pennsylvania e New Hampshire. In Connecticut, California, Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Montana, Maryland, Minnesota⁸⁶, New York, Michigan,

80 *Executive Order 14076 (Protecting Access to Reproductive Healthcare Services)* 8 luglio 2022; *Executive Order (Securing Access to Reproductive and Other Healthcare Services)* 3 agosto 2022.

81 La ricostruzione del panorama normativo dei singoli Stati è stata effettuata a partire dalle seguenti fonti: C. Kitchener, K. Schaul, N. Kirkpatrick, D. Santamariña, L. Tierney, *Abortion is now banned in these states. See where laws have changed*, pubblicato sul Washington Post del 24 giugno 2022 e costantemente aggiornato (<https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/24/abortion-state-laws-criminalization-roe/>). Dopo le elezioni di mid-term dell'8 novembre 2022, sono state consultate le seguenti fonti: C. Kitchener, K. Perry, K. Schaul, *Here's how abortion access fared in the midterm elections in nine states*, Washington Post, 12.11.2022, <https://www.washingtonpost.com/politics/interactive/2022/abortion-rights-election/>; M. Andre e al., *Abortion on the Ballot*, 13.11.2022, <https://www.nytimes.com/interactive/2022/11/08/us/elections/results-abortion.html>; Planned Parenthood, *Is Abortion Still Accessible in My State Now That Roe v. Wade Was Overturned?*, <https://www.plannedparenthoodaction.org/abortion-access-tool/US> e Abortion Finder, *State by State Guide*, <https://www.abortionfinder.org/abortion-guides-by-state>; E. Nash, P. Ephross, *State Policy Trends 2022: In a Devastating Year, US Supreme Court's Decision to Overturn Roe Leads to Bans, Confusion and Chaos*, in Guttmacher Institut, <https://www.guttmacher.org/2022/12/state-policy-trends-2022-devastating-year-us-supreme-courts-decision-overturn-roe-leads>. Queste ultime tre fonti sono state consultate il 20 gennaio 2023.

82 La Corte Suprema dell'Idaho ha respinto un ricorso contro il divieto di aborto respingendo l'affermazione secondo cui i diritti all'aborto sono "profondamente radicati" nelle tradizioni e nella storia dello Stato (*Planned Parenthood Great Northwest, Hawaii, Alaska, Indiana, Kentucky et al. v. State of Idaho et al.*, 5.3.2023).

83 In questo Stato la consultazione referendaria è avvenuta il 2 agosto 2022. Il corpo elettorale ha rigettato una mozione indirizzata a proibire l'aborto a partire al concepimento.

84 In Iowa, la *District Court for Polk County* ha confermato una *permanent injunction* inerente il "Act Prohibiting and Requiring Certain Actions Relating to a Fetus and Providing Penalties" del 2018 che limitava la liceità dell'intervento abortivo entro le sei settimane, ma non dopo la percezione dell'attività cardiaca fetale attraverso un'ecografia addominale, mentre l'azione giudiziaria era diretta a ottenere il divieto assoluto di aborto (*Planned Parenthood of the Heartland et al. v. State of Iowa et al.*, 12.12.2022).

85 La Corte Suprema del South Carolina ha che ha annullato il divieto di aborto a sei settimane in base alla clausola sulla privacy contenuta nella Costituzione dello Stato (*Planned Parenthood South Atlantic et al. v. State of South Carolina et al.*, 5.1.2023).

86 In Minnesota, una corte distrettuale statale ha stabilito che le leggi sull'aborto relative all'assistenza medica obbligatoria, all'ospedalizzazione, alla criminalizzazione, alla notifica ai genitori e al consenso informato sono incostituzionali, in quanto

Rhode Island e Washington l'aborto è proibito a seguito della percezione della *viability*, cioè della capacità di sopravvivenza del feto al di fuori del corpo materno.

Invece, in North Dakota, Wyoming⁸⁷, e Utah, il divieto di aborto, che avrebbe dovuto entrare in vigore in conseguenza di una c.d. *trigger law*⁸⁸, è ancora sotto scrutinio giudiziario. In Alaska, Oregon, Nevada, New Mexico, Colorado, District of Columbia, Vermont e New Jersey l'accesso all'aborto è tuttora garantito, senza particolari restrizioni legate al tempo di gestazione.

Durante le elezioni di *mid-term* dell'8 novembre 2022 il diritto di abortire è stato sottoposto allo scrutinio degli elettori: da un lato attraverso lo svolgimento di referendum in alcuni Stati dell'Unione che intendevano inserire la protezione di tale diritto ovvero il suo divieto nella Costituzione; mentre dall'altro lato l'elezione del Governatore in alcuni Stati presenta una potenziale influenza diretta sulla disciplina della materia secondo lo specifico programma elettorale vincente.

Nel primo caso, in Vermont⁸⁹, Michigan⁹⁰ e California⁹¹ è stata sottoposta al vaglio elettorale l'introduzione di una clausola di protezione costituzionale del diritto all'autodeterminazione riproduttiva. Invece, in Kentucky⁹² e Montana⁹³ la prospettiva era stata ribaltata, cioè veniva richiesto il consenso dei votanti all'introduzione nella costituzione dello Stato di una clausola ovvero la promulgazione di una normativa legislativa che proibisse l'aborto e i servizi ad esso collegati. Nonostante il divergente approccio al tema, l'opinione degli elettori è netta: l'aborto è un diritto che deve essere garantito e l'autodeterminazione della gestante non può essere limitata. Sul punto è possibile osservare che uno dei quesiti referendari ha scavalcato il riferimento specifico al genere femminile, dato che la *proposition* referendaria californiana si riferiva ai "diritti riproduttivi della persona nelle sue decisioni più intime", aprendo alle scelte autodeterminative delle persone LGBTIQ+.

Nel secondo caso, il voto elettorale può avere conseguenze dirette sulla disciplina in materia abortiva. In siffatto panorama le situazioni sono sfumate: la vittoria del candidato governatore democratico supportato da una maggioranza dello stesso colore sembra garantire lo *status quo* in Pennsylvania (*ove l'aborto è accessibile fino a 24 settimane di gestazione*), mentre è probabile un irrigidimento del quadro normativo in Georgia⁹⁴ e in Florida in quanto i candidati governatori avevano prospettato un divieto

violano i diritti di privacy della gestante protetti dalla Costituzione dello Stato. Nello specifico, la corte ha stabilito che tali violazioni della privacy riguardano in particolare la notifica ai genitori della minorenni incinta rispetto alla *Equal Protection Clause* statale e che l'imposizione ai medici di rivelare informazioni allo Stato sulle donne che vogliono abortire viola il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero (*Minnesota Distric Court, County of Ramsey, Jane Doe v. State of Minnesota*, 11.7.2022).

- 87 Sotto un profilo giudiziario, in Wyoming, la *District Court of Teton County* ha emanato una *preliminary injunction* contro l'entrata in vigore del divieto di interruzione di gravidanza in quanto tale legge discrimina le donne nell'accesso ai servizi sanitari perché limita il loro diritto costituzionalmente protetto di autodeterminarsi sulla loro salute (*District Court of Teton County, Johnson vs Wyoming*, 10.8.2022).
- 88 Ciò significa che il divieto è già approvato, ma è ancora condizionato ed entrerà in vigore al verificarsi di uno specifico evento o in una data precisa (M. Berns, *Trigger Laws*, Geo. LJ, 97, 2008, p. 1639 ss.).
- 89 *Proposal 5 Constitutional Right to Reproductive Autonomy* (approvata dal 76,7% dei votanti).
- 90 *Proposal 3 Constitutional Right to Reproductive Freedom*, compreso "*about all matters relating to pregnancy*", come aborto e contraccezione (approvata dal 56,7% dei votanti). In precedenza, la Court of Appeals dello Stato aveva emanato una decisione dagli effetti procedurali, ma con significativi risvolti sostanziali, cioè che il *General Attorney* dello Stato non poteva far applicare il divieto di aborto in vigore nello Stato, mentre ciò era ammissibile per i procuratori delle contee locali (*Court of Appeals, State of Michigan, In re Jarzynka*, 1.8.2022).
- 91 *Proposition 1 Constitutional Right to Reproductive Freedom*, inteso a proteggere "*person's reproductive freedom in their most intimate decisions*" (approvata dal 65,7% dei votanti).
- 92 *Constitutional Amendment 2, No Right to Abortion*. Tale emendamento avrebbe stabilito che non dovesse essere inserito alcun diritto di abortire o ogni altro riferimento a richieste di finanziamento ai servizi abortivi nella Costituzione dello Stato (rigettato dal 52,4% dei votanti).
- 93 *Montana Legislative Referendum 131, Born-Alive Infants Regulation*. Siffatta norma avrebbe permesso di considerare ogni nascituro come "born alive" ad ogni stadio della gravidanza, riconoscendogli capacità giuridica (rigettato dal 52,6% dei votanti).
- 94 In precedenza, la *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* si era pronunciata per l'immediata entrata in vigore della legge sull'aborto della Georgia, nota come *Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act*. Tale legge interdice l'interruzione di gravidanza quando viene rilevata l'attività cardiaca del feto, dopo le prime sei settimane di gestazione. La Corte d'Appello aveva ribaltato la decisione della corte distrettuale federale di primo grado affermando che la Corte Suprema in *Dobbs* "*chiarisce che non esiste alcun diritto all'aborto secondo la Costituzione, quindi la Georgia può vietarlo*" (*United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective v. Governor of the State of Georgia*, 20.7.2022). Tuttavia la *Superior Court of Fulton County* aveva emanato un *order* secondo cui tale divieto era incostituzionale perché tale act era stato promulgato in un momento in cui "*ovunque in America, compresa la Georgia, era inequivocabilmente incostituzionale per i governi - federali, statali o locali - vietare l'aborto prima della viability*" (*Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective et al. v. State*

quasi assoluto invece delle attuali rispettive sei settimane e quindici settimane. La situazione sembra stabilizzata dopo il risultato elettorale in Wisconsin (*divieto di aborto dopo le 22 settimane di gestazione*), North Carolina (*20 settimane*) e Arizona⁹⁵ (*15 settimane*) perché i governatori eletti non hanno raggiunto una maggioranza solida per modificare la vigente normativa in materia⁹⁶.

7. Conclusioni

La decisione *Dobbs* ha avuto una risonanza estesa in tutto il mondo⁹⁷ e per taluno può essere considerata uno spunto di riflessione di diritto costituzionale interno per una possibile estensione della teoria dell'originalismo⁹⁸ nel nostro ordinamento. Tuttavia, a prima vista, la sentenza *Dobbs* non sembrerebbe rappresentare un modello per il sistema giuridico italiano. Infatti, la Corte Costituzionale italiana è intervenuta già nel 1975 riconoscendo la legittimità costituzionale della tutela della salute della donna, in particolare “quando sia accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e per l'equilibrio psichico della gestante, ma senza che ricorrano tutti gli estremi dello stato di necessità previsto nell'art. 54 del codice penale”⁹⁹.

In *Dobbs*, tale tutela non è stata considerata meritevole di considerazione costituzionale, nonostante le ragionevoli e fondate argomentazioni dei *Justice Roberts, Breyer, Kagan e Sotomayor*. Siffatto rifiuto ha tramutato un bilanciamento di diritti in una decisione ideologizzata e politica in materia di esercizio di un potere.

Ciò nonostante, dalla decisione *Dobbs* possono scaturire delle riflessioni inerenti anche l'ordinamento italiano. A questo proposito si osserva che le rivendicazioni femminili di spazio decisionale e partecipazione pubblica stanno indebolendosi e la loro portata propulsiva verso il riconoscimento di parità ed uguaglianza sembrerebbe perdere fiato.

Un buon esempio concerne proprio le attuali posizioni femministe più massimaliste che riconducono la peculiarità della figura femminile alla maternità, rifiutando di riconoscere “altri diritti come la fluidità di genere o la maternità surrogata, semplicemente utilizzando il solo argomento difensivo, centrato sulle insidie che i diritti riconosciuti ad altri porterebbero a quelli femminili, [che] sono sintomo di profonda debolezza”¹⁰⁰.

Un ulteriore esempio riguarda la difficoltà di accedere ai servizi abortivi a causa della preponderante presenza dei medici c.d. obiettori nelle strutture sanitarie pubbliche che dovrebbero garantire la procedura abortiva ai sensi della legge 194/1978¹⁰¹, situazione per la quale lo Stato Italiano è stato condannato dallo Comitato dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa¹⁰².

of Georgia, 15.11.2022). Tuttavia, il contenzioso è giunto a conclusione poiché, con un *order* del 23 novembre 2022, la *Supreme Court of Georgia* ha ristabilito la vigenza del *Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act* e con esso il divieto di aborto dopo la sesta settimana di gestazione.

95 La *Court of Appeals* dello Stato dell'Arizona ha bloccato l'applicazione del divieto di aborto del 1901, che vieta tutti gli aborti a meno che la procedura non sia necessaria per salvare la vita di una persona incinta (*Planned Parenthood Arizona, Inc. v. Mark Brnovich*, 7.10.2022).

96 Per le fonti, si veda la nota n. 80.

97 L. M. Morgan, *Global Reproductive Governance after Dobbs*, in *Current History*, (2023) 122 (840): 22–28; I. Porat, *Court Polarization: A Comparative Perspective*, in *46 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 3 (2023).

98 G. Caporali, *Dobbs v. Jackson*, cit.

99 Corte costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 75. G. Sorrenti, *Corte Suprema, “Dobbs v. Jackson”: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 610-614.

100 M. D'Amico, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in *La Lettera AIC, Originalismo e Costituzione*, 2022, disponibile su <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>. In giurisprudenza si veda, per esempio, la pronuncia delle SS.UU., secondo cui “la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane (...) sia pure in conformità della *lex loci*” (Cass. civ., Sez. Unite, 30/12/2022, n. 38162). Tale decisione, in tema di gestazione per altri, sembrerebbe restringere l'autodeterminazione della donna sul proprio corpo, perché la surrogacy è considerata violativa *in re ipsa* della sua dignità.

101 C. Lalli, S. Montegiove, *Mai Dati. Dati aperti (sulla 194)*, Roma, Fandango, 2022, *passim*.

102 European Committee of Social Rights of the Council of Europe, a decision published on 11 April 2016, the Italian General Confederation of Labour (CGIL) against Italy, complaint. 91/2013. In dottrina, L. Mecinska, C. James, K. Mukungu, *Criminalization of women accessing abortion and enforced mobility within the European Union and the United Kingdom*, in *Women & Criminal*

Per questo è possibile intravedere analogie tra le vicissitudini statunitensi e la realtà italiana. Già a seguito della diffusione della c.d. “bozza Alito” si sono manifestate nel nostro Paese opinioni in favore della revisione della Legge n. 194/1978¹⁰³, ovvero l’avviarsi di alcune iniziative legislative attributive della capacità giuridica al nascituro fin dal concepimento¹⁰⁴. Altresì, sembrerebbe possibile indebolire l’accesso delle donne all’interruzione volontaria di gravidanza stabilita dalla summenzionata Legge 194/1978 attraverso una interpretazione restrittiva del bilanciamento tra la tutela del nascituro e la tutela della salute della donna lasciando ai singoli servizi sanitari regionali la valutazione, anche economica, sul se e in quali modalità garantire tale prestazione sanitaria. L’esperienza della somministrazione della pillola abortiva RU486¹⁰⁵ sembra fungere da modello per tale approccio, proprio in relazione alla disomogeneità dei regimi sanitari e alle conseguenti ripercussioni sulla fruizione di siffatto servizio sanitario.

In conclusione, l’impressione che si ricava dal dibattito in corso è che anche in Italia si stia sviluppando una contrapposizione ideologizzata tra i “*pro life*” e i “*pro choice*” a discapito della ragionevolezza necessaria per un equo bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, riproponendo, come in uno specchio deformante, gli eccessi dello scenario statunitense.

Justice, 30(5), 2020, pp. 8 ss.; A. Carminati, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l’Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978 in Osservatorio costituzionale*, 2/2014, p. 19.

103 M. R. Marella, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, in *Foro It.*, 2022, IV, p. 444; G. Razzano, *A proposito della bozza Alito: l’aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in <www.giustiziainsieme.it>, 24 giugno 2022.

104 Disegno di legge S. 14 intitolato “Disposizioni per la tutela della famiglia e della vita nascente, per la conciliazione tra lavoro e famiglia e delega al Governo per la disciplina del fattore famiglia” depositato il 13 ottobre 2022; Disegno di legge S. 165 intitolato “Modifica dell’articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito” depositato il 13 ottobre 2022; Disegno di legge S. 464 intitolato “Modifica dell’articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano” depositato il 13 gennaio 2023.

105 C. Luzzi, *La contraccezione d’emergenza al bivio tra prevenzione e interruzione della gravidanza; problemi e prospettive di un metodo quasi (ma, oramai, non più) abortivo*, in *Nomos*, 2022, *passim*.

Paolo Veronesi*

“Un affare non solo di donne”: la sentenza *Dobbs v. Jackson* (2022) e la Costituzione “pietrificata”

Sommario

1. Quando è la composizione di un organo di garanzia a costituire un problema. – 2. L’aborto: una questione solo di competenze? – 3. C’è originalismo e originalismo... – 4. Una scelta interpretativa poco consona alla *mission* della Costituzione. – 5. Segue: un esperimento “sul campo”. – 6. Dietro l’angolo: un attacco a tanti diritti. – 7. Segue: le conseguenze per tutti (e non solo per le donne). – 8. Una decisione nient’affatto neutrale. – 9. Una *Supreme Court* delegittimata e dalla giurisprudenza ormai inaffidabile.

Abstract

Nell’articolo si esamina la sentenza *Dobbs* della *Supreme Court* statunitense in materia di aborto, mettendone in luce il particolare approccio all’interpretazione costituzionale di stampo originalista, le controindicazioni di una simile scelta e le conseguenze che ne necessariamente deriveranno (al di là del ribaltamento dello *stare decisis* di cui alla celebre sentenza *Roe* del 1973 e seguenti).

The article examines the U.S. Supreme Court’s Dobbs ruling on abortion, highlighting its particular originalist approach to constitutional interpretation, the contraindications of such a choice, and the consequences that will necessarily follow (beyond the reversal of stare decisis referred to in the 1973 Roe famous ruling and following).

1. Quando è la composizione di un organo di garanzia a costituire un problema

È necessario muovere da lontano, perché da lontano provengono gli “slittamenti” e le forzature che hanno infine condotto alla sentenza *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al v. Jackson Women’s Health Organization et al*, n. 19-1392, 24 giugno 2022 (597 U.S. 2022). C’è inoltre da scommettere che alquanto lontano condurrà, in tempi piuttosto brevi, la sua “onda lunga”: non solo in riferimento allo specifico tema della pronuncia, ma con riguardo ad altre delicate fattispecie coinvolgenti i diritti che giungeranno al cospetto di *Scotus* (come, in effetti, sta già accadendo)¹.

Una premessa è perciò d’obbligo: l’operato della *Supreme Court* nel caso specifico – e anche in altre pronunce coeve a *Dobbs*² – conferma quanto una ben calibrata organizzazione costituzionale, uno strutturato principio di separazione dei poteri e un calibrato sistema di organi di garanzia, siano centrali per la “tenuta” dei diritti (e, dunque, dello stesso ideale democratico). La vicenda mette quindi a nudo l’in-

* Professore Ordinario di diritto costituzionale, Università di Ferrara. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Se ne farà cenno *infra* nel § 9.

2 Valga come esemplificazione quanto riportato *infra* nell’ultima nota.

consistenza delle tesi – spesso brandite anche in Italia – per le quali mentre le disposizioni costituzionali dedicate alla disciplina dei diritti andrebbero sempre mantenute tali e quali³, si potrebbe invece intervenire con più disinvoltura sulle norme che regolano l’organizzazione costituzionale. Incidere senza equilibrio sulle articolazioni della forma di governo – o non modificare per tempo ciò che palesemente non funziona – produce invece effetti potenzialmente devastanti anche sul terreno dei diritti e della forma di Stato. La pronuncia in oggetto è stata infatti possibile perché le norme che regolano la composizione del massimo organo di garanzia dell’ordinamento statunitense – opportunamente strumentalizzate – l’hanno consentito.

La “svolta” di *Dobbs* muove infatti da un paziente lavoro di decenni, messo in atto dai Presidenti repubblicani e teso a incidere nel profondo sulla fisionomia e sull’“ideologia” della Corte Suprema. È un progetto che prende le mosse già con Nixon (che aprì le porte della Corte a William Renhquist)⁴, si rafforza con Ronald Reagan e le sue “guerre culturali” (con la nomina a giudice di Antonin Scalia – punto di riferimento degli originalisti – e dello stesso Renhquist a *Chief Justice*), prosegue con George Bush padre (al quale si deve la nomina del giudice Clarence Thomas, forse il più conservatore di tutti), continua con l’erede omonimo (che ha puntato le sue carte su Samuel Alito, l’estensore dell’opinione di maggioranza di *Dobbs*) ed è infine giunta al suo culmine con l’infornata di addirittura tre componenti praticata dal solo Trump (un Presidente a dir poco ostile alle regole democratiche e ai diritti)⁵. Sono stati così selezionati giudici assai giovani e destinati perciò a operare a lungo nell’ambito di una carica vitalizia, per nulla affezionati ai diritti di nuova generazione, con una visione religiosa e giuridica assai particolare e, soprattutto, ultraconservatrice.

Su altro fronte, ma nel quadro della medesima strategia, si aggiunga il rifiuto di Mitch McConnell, Capo del Senato a maggioranza repubblicana, di prendere in esame una nomina a suo tempo spettante a Obama, opponendo la regola (creata ad arte) per la quale i Presidenti non potrebbero selezionare i giudici della Corte Suprema nell’anno elettorale. Si tratta dello stesso Senato e dello stesso suo Presidente che hanno invece confermato la nomina trumpiana della giudice Coney Barrett solo pochi giorni prima della scadenza del mandato. Uno sconcertante esempio di “doppiopesismo”, di sfacciata strumentalizzazione politica e di scarsa fedeltà ai precedenti: in altri termini, un puro e semplice colpo di mano⁶.

Nel mezzo si è collocato anche un altro episodio che non attiene, però, alla lungimiranza dei Presidenti repubblicani. Se ne ricordano con dispiacere i tratti, aggiungendo la dovuta premessa che l’ex giudice Ruth Bader Ginsburg – madre di tante sentenze sui diritti – è stata una figura semplicemente immensa e questa vicenda non ne offusca certo la grandezza. Quando però il Presidente Obama già intravedeva la scadenza del proprio mandato, fece sommessamente giungere alla giudice – ormai molto anziana e in precarie condizioni di salute – l’invito a riflettere su un suo passo di lato⁷. Avrebbe così lasciato spazio alla nomina di una degna continuatrice del suo pensiero. Con l’incognita di avere poco dopo alla Casa Bianca un Presidente estremista e protervo (come poi avvenne) ciò avrebbe (almeno) tamponato il rischio di fare i conti con una Corte sempre più ostile a talune suggestioni proprie alla stessa RBG. Se una simile proposta venisse rivolta a un giudice costituzionale italiano sarebbe un’autentica “blasfemia” ma, come si è detto, la Corte Suprema americana ha le sue regole. Per RBG sarebbe stato forse saggio raccogliere quel suggerimento. Oggi avremmo una Corte formata da quattro giudici decisamente reazionari e da quattro componenti autenticamente *liberal*; nel mezzo si collocherebbe il *Chief*

3 Anche la recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost. conferma, *a fortiori*, l’infondatezza della tesi. Ma si pensi anche alla riforma dell’art. 27 Cost. ecc. ecc.

4 Nixon non riuscì invece a portare alla *Supreme Court* il giurista Roberto Bork, “maestro” dell’originalismo nonché ispiratore di Antonin Scalia e di tutti gli altri aderenti a questa impostazione teorica: la sua nomina venne infatti respinta dal Senato dopo una mobilitazione senza precedenti della stessa opinione pubblica e un’audizione in cui il designato non arretrò (coerentemente) dalle sue posizioni: su tale vicenda v. S.R. Vinceti, *L’originalista. L’interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE online*, 2020, n. 4, pp. 4800 ss.

5 È semplicemente inqualificabile il cumulo di falsità, di forzature costituzionali e persino di minacce praticate da Trump per ribaltare l’esito a lui sgradito del voto presidenziale. Senza dire di quanto avvenuto – con il suo esplicito appoggio – il 6 gennaio 2021 a Capitol Hill: un palese tentativo di colpo di Stato.

6 Da tutte queste vicende è derivato l’*executive order* con il quale il neo-Presidente Joe Biden ha istituito una Commissione bipartisan per lo studio di una riforma della *Supreme Court* (anche mettendo in discussione la durata vitalizia della carica e la procedura di nomina dei giudici): si v. C. Bologna, *La Commissione per la riforma della Corte Suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quaderni costituzionale*, 2021, pp. 691 ss.

7 È il comportamento seguito dall’anziano giudice S.G. Breyer, dimessosi lo scorso 30 giugno 2022 proprio per consentire al Presidente democratico Biden di nominare Ketanji Brown.

Justice Roberts, il quale, benché conservatore, e per questo nominato da Bush figlio, si è espresso spesso con equilibrio, specie quando chiamato a svolgere il ruolo di “ago della bilancia”⁸.

2. L’aborto: una questione solo di competenze?

Nella sentenza *Dobbs* la Corte Suprema inquadra, innanzi tutto, il tema del diritto all’aborto nei recinti di una rigorosa questione di competenza.

Vi si afferma infatti che stabilire l’esistenza di un diritto autodeterminazione delle donne nel decidere l’interruzione di gravidanza non rientrava (e non rientra) tra le prerogative della Corte, spettando invece ai Parlamenti dei singoli Stati, eletti dai cittadini.

Con *Roe v. Wade*, n. 70-18, 22 gennaio 1973 (410 U.S. 113), e poi con le correzioni/mitigazioni di *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey et al.*, n. 91-744, 91-902, 29 giugno 1992 (112 S.Ct 2791) nonché di molte altre pronunce⁹, la Corte si sarebbe pertanto sostituita illegittimamente ai legislatori nazionali. Per questa ragione, *Scotus* ritiene che il precedente del 1973 sarebbe completamente sbagliato – “*egregiously wrong from the start*” – oltre che fornito di motivazioni niente meno che “*exceptionally weak*”: da qui il suo radicale *overruling* e la demolizione dello *stare decisis*.

Per giungere al suo odierno responso la Corte sostiene dunque che le norme costituzionali utilizzate in *Roe*¹⁰, poi più precisamente declinate in *Casey* e nelle successive sentenze sul tema¹¹, non contemplino o non supportino, in realtà, alcun diritto delle donne d’interrompere la gravidanza (*rectius*: nessun loro diritto alla *privacy* e all’autodeterminazione in questa delicata materia)¹². Per la Corte, le precedenti decisioni sul tema si sarebbero quindi del tutto impropriamente agganciate all’Emendamento in questione, configurando – in definitiva – un’autentica usurpazione di potere. Per tale ragione, essa cancella il progresso con parole che hanno addirittura il tono del disprezzo per l’opera dei giudici del passato¹³.

3. C’è originalismo e originalismo...

Quale strategia si utilizza per concludere che il XIV Emendamento non riconosca anche la possibilità di abortire? E per sostenere che *Roe* e le successive pronunce che l’hanno confermata – sia pur rimodulandola – siano perciò da ritenersi del tutto “fuori squadra”?

A ben vedere, si tratta di una tecnica interpretativa di stampo radicalmente originalista, condita da una versione iperconservatrice del testualismo¹⁴.

8 Anche in *Dobbs*, nella sua *concurring opinion*, il *Chief Justice* non ha mancato di avanzare critiche alla decisione di maggioranza, con particolare riguardo alla completa negazione dell’esistenza di un diritto di autodeterminazione in materia di aborto, nonché per il contesto conflittuale in cui si è deciso l’azzeramento di *Roe* (caratterizzato da una profonda spaccatura sociale e tra i giudici, nonché da una giurisprudenza pregressa che mai ne aveva messo in dubbio il nucleo di base, pur correggendolo non poco): sulla *concurring opinion* di Roberts – che comunque ha poi votato il (solo) dispositivo della pronuncia – si v. L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 2022, n. 3, p. 53 s.

9 Un quadro completo e articolato della giurisprudenza della *Supreme Court* in materia si può recuperare in L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., pp. 15 ss. Si v. anche *infra* § 9.

10 Specificamente il I, II, IV, V, IX e XIV Emendamento.

11 Ove ci si concentra sul solo XIV Emendamento.

12 Come si legge in *Casey*, il diritto di abortire si fonderebbe sulla libertà di adottare “*intimate and personal choice*”, le quali sono “*central to personal dignity and autonomy*”.

13 Particolarmente “sguaiato” risulta il commento del giudice Clarence Thomas, uno dei più estremisti: a suo avviso, l’idea che il XIV Emendamento comprenda il diritto di abortire sarebbe “*farsesco*”.

14 È indubbio che *Dobbs* sia anche il frutto dell’insegnamento e dell’impostazione originalista sostenuta dall’ex giudice Antonin Scalia, maestro di alcuni di coloro che oggi siedono presso *Scotus*: al proposito si v. *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 3, pp. 669 ss. Sul modo d’essere e di operare di Scalia nella sua attività presso la Suprema Corte v. A. Pin, Exit Nino. *L’originalismo sopravviverà a Scalia?*, in *DPCE online*, 2016, n. 1. Un inquadramento delle tesi originaliste, dei loro presupposti e delle loro inevitabili aporie è approfondito da C. Tripodina, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori*

I giudici negano cioè la possibilità di un'interpretazione evolutiva del testo costituzionale – implicita nell'idea di una *living Constitution*¹⁵ – e sostengono invece che i diritti fondamentali possono estrapolarsi dalla Costituzione solo se in essa espressamente previsti o se già radicati nella tradizione del Paese e nella sua storia. E ciò con particolare riguardo al tempo in cui le norme di volta in volta sotto la lente sono state concepite. Solo in tale evenienza i nuovi diritti fondamentali, benché non nominati, potrebbero senz'altro collocarsi sotto l'ombrello del XIV Emendamento e della qui prevista *Due Process Clause*.

Ma, forse, anche questa tesi – di per sé già molto angusta – potrebbe essere addirittura superata al ribasso se dovesse in futuro prevalere la tesi sostenuta nella baldanzosa *concurring opinion* del giudice Thomas. Vi si sostiene a spada tratta che l'Emendamento in questione non sarebbe dotato di contenuti sostanziali, disciplinando, invece, profili esclusivamente procedurali (riguardando, cioè, la sola azione dei legislatori, dei governi e dei giudici): nessun diritto potrà dunque mai sorgere da esso.

In ogni caso, la *Supreme Court* afferma comunque che i diritti così eventualmente ricostruiti debbano sempre rispettare uno schema di *ordered liberty*, ovvero essere già bilanciati con gli altri diritti a essi limitrofi, mostrandosi ben definiti anche rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti per le fattispecie in esame¹⁶. Un diritto, per essere tale, deve dunque risultare in sé stesso “capace di ‘predeterminare i [propri] limiti e definire i [propri] confini’ rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti”¹⁷.

Nel caso dell'interruzione di gravidanza i giudici di *Dobbs* ritengono che questi requisiti difetterebbero del tutto. Essi non condividono perciò il modo in cui la tradizione era stata (pur attentamente) esaminata in *Roe*, né come una compiuta valutazione di tutte le pieghe del “passato” avesse all'epoca consentito ricostruzioni decisamente più sfumate rispetto a quelle tratteggiate nell'*overruling* in esame¹⁸. In esito a tale ricostruzione, in *Roe* si leggeva dunque (e tra l'altro) che “nella *common law*, all'epoca dell'adozione della nostra Costituzione, l'aborto era visto con meno sfavore rispetto alla maggior parte delle leggi americane attualmente in vigore”¹⁹. Una conclusione assai netta, corroborata da seri riferimenti storici e normativi: di questo i giudici di maggioranza di *Dobbs* non si peritano affatto e del progresso offrono una lettura ben diversa e a dir poco monolitica. A riprova che anche la storia è sempre soggetta a interpretazioni.

Oggi, la *Supreme Court* afferma quindi che il diritto di autodeterminazione delle donne in materia di aborto non è nominato nella Costituzione americana, non era radicato nella storia della nazione o nella sua tradizione quando si approvò il XIV Emendamento, né era preso in seria considerazione fino a *Roe* (1973). Per provarlo, si elencano e si citano in sentenza – corredandola anche di due corpose Appendici – precedenti normativi e giurisprudenziali spesso molto anteriori al 1868, anno in cui venne introdotto l'Emendamento in questione. Vengono quindi richiamate le numerose leggi statali antiabortiste esistenti al tempo di *Roe*, e si sottolinea che, all'epoca, solo 1/3 degli Stati federati avevano introdotto discipline più *liberal* in materia. A *Roe* si imputa pertanto anche questo effetto nefasto: aver bloccato un processo legislativo *in fieri* invece di lasciarlo consolidare.

preparatori ed originalismo interpretativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss. (ma recuperato on-line) e P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 285 ss. Per esempi di un testualismo che, pur praticato da giudici conservatori, ha prodotto avanzamenti sul fronte dei diritti – accantonando però i dettami di un originalismo di carattere “psicologico” – v. L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022.

15 Cfr. Q. Camerlengo, *Originalismo e “living Constitutionalism”, tra domanda di Costituzione e principi supremi*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. A tale approccio interpretativo si ancora evidentemente la *dissenting opinion* dei tre giudici *liberal* in seno alla *Supreme Court*.

16 V., ad esempio, L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 47.

17 C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Si v. anche L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 47.

18 Tutta la prima parte di *Roe* è dedicata a questa articolata ricostruzione. Si rinvia alle opportune precisazioni in tal senso di A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2022, n. 3, pp. 30 ss. In *Dobbs* si afferma invece che quelle ricostruzioni erano sbagliate, pur ammettendo che molti Stati del XVIII e XIX secolo prevedevano comunque l'aborto *pre-quickening*.

19 Appaiono fondamentali i passaggi di *Roe* in cui si ricostruisce come la tradizione americana abbia per lungo tempo ammesso l'appena rammentato aborto *pre-quickening* – se ne fa ampio cenno anche nella *dissenting opinion* a *Dobbs* – o come le diverse religioni abbiano approcciato il problema dell'aborto precoce, o di come, per lungo tempo, la massima preoccupazione dei legislatori statunitensi sia stata quella di tutelare la salute delle donne in un'epoca in cui le tecniche mediche erano alquanto insicure, difettavano gli antisettici e gli antibiotici erano di là da venire.

Dobbs adotta quindi un approccio interpretativo di carattere rigidamente storico²⁰. Nel senso che le norme costituzionali e i loro Emendamenti andrebbero assunti badando all'intenzione soggettiva (*original intent*) di chi li ha approvati al tempo in cui sono stati concepiti (*old originalism*), oppure – meglio aderendo al tenore della motivazione di maggioranza (e come s'è ormai imposto proprio per ovviare ai corto circuiti dell'*old originalism*) – nel senso che le parole calate nel testo esprimevano nel contesto storico, politico e culturale che le ha viste sorgere (*l'original public meaning* sostenuto dai fautori del *c.d. new originalism*)²¹.

All'*old originalism* può infatti opporsi che non è umanamente possibile stabilire cosa effettivamente volessero tutti i Costituenti americani assunti “in blocco”²², né quali (ben diverse) aspirazioni condussero i vari componenti dell'Assemblea ad accettare quelle dizioni di principio. Si tratta del resto di un “dilemma” ben conosciuto e insolubile per ogni organo collegiale.

E, poi, quale intenzione rileverebbe? Quella dei Costituenti, quella di chi ha ratificato il testo, quella dei giuristi che magari suggerirono o cercarono di intendere il senso delle parole utilizzate dai *Framers* avendo forse di mira finalità ben diverse²³?

Neppure la decisione di maggioranza chiarisce questo punto: in essa s'intende sostenere che il XIV Emendamento vada interpretato come lo si intendeva nel 1868 – ammesso che ciò sia realmente possibile – o come ci si atteggiava sul tema dell'aborto già prima di quella data²⁴?

Del resto, che l'intento dei Costituenti americani non fosse in linea con i dettami imposti dall'*old originalism*, lo prova precisamente il fatto che essi hanno deciso di adottare espressioni generiche e di principio: queste furono gli evidenti frutti degli “accordi [solo] parzialmente teorizzati” tra di loro intercorsi in quel frangente²⁵. Se avessero inteso imporre volontà più nitide e meno sfumate i *Framers* avrebbero di certo trovato le parole più idonee allo scopo²⁶, formulando vere e proprie regole (ossia norme giuridiche ispirate alla dura legge del “dentro o fuori”). Non lo fecero: espressero concetti astratti (ossia principi “con un elevato grado di genericità”)²⁷ non avventurandosi a declinarli in riferimento a casi concreti, né specificando le “concezioni dei concetti” utilizzati per formularli²⁸, certamente diversi da testa a testa.

Rimangono dunque le coordinate del *new originalism*, al quale sembrano più precisamente accodarsi il giudice Alito e soci, in linea con il già menzionato ex giudice Antonin Scalia. In sintesi, ciò che andrebbe ricostruito è come la società del tempo abbia effettivamente inteso le specifiche parole ospitate nella Carta. Si tratterebbe dunque (e ancora) di un'indagine storica, ma avente una ben diversa finalità

20 Ma sulla radicale differenza tra l'opera di uno storico e quella di un giurista v. P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 296.

21 Si v. C. Caruso, *Originalismo e politica*, cit. Come osserva O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022, ci sono diversi originalismi e tale approccio “in tutte le sue versioni muove dall'idea che il testo costituzionale non sia autosufficiente..., necessitando... di un criterio interpretativo in qualche modo esterno al dettato scritto e facente leva su operazioni di ricostruzione storica”. In alcune sue tendenze cercando anche una mediazione con la teoria (da altri originalisti vituperata) della *living Constitution*: è quanto vale per taluni fautori del *new originalism*. Su queste e altre varianti dell'originalismo v., per esempio, P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., pp. 292 ss. nonché lo stesso O. Chessa, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto@Storia*, 2014, Quad. n. 12. Con riguardo al canone ermeneutico dell'intenzione del Costituente cfr. la ricca rassegna dottrinale di L. Pesole, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., pp. 140 ss.

22 Si v. le riflessioni di G. Gemma, *Irrealtà di un'intenzione del legislatore storico*, cit., p. 385, per il quale “di norma (anche) coloro che sono consapevoli circa il contenuto (e alcune eventuali conseguenze) della legge approvata non si rappresentano i tanti precetti speciali che possono derivare dalla stessa”. Nel testo l'Autore propone alcune assai significative esemplificazioni ricavate proprio dalla Costituzione americana. Si v. anche la copiosa dottrina citata da C. Tripodina, *L'argomento originalista*, cit., p. 5 del *paper*. M. Cavino, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e interpretazione vivente*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., p. 14, nota 3, ritiene invece che, nonostante le difficoltà, sia pur sempre possibile ricavare una “unità d'intenti” di chi ha approvato un testo normativo.

23 V., ad esempio, P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 292.

24 Si sottolinea questo aspetto nella stessa *dissenting opinion* a Dobbs.

25 C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 80 ss.: tali accordi consentono alle persone di dimostrare reciproco rispetto anche se non pienamente concordi sulle loro applicazioni in concreto.

26 O. Chessa, *La novità delle origini*, cit.

27 R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 546.

28 O. Chessa, *La novità delle origini*, cit. Sul ruolo decisivo svolto dalle “concezioni dei concetti” espressi genericamente in Costituzione v. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009, p. 108. Di “schemi concettuali” ragiona, similmente, V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 84 ss.

cognitiva. Per dare un senso alle disposizioni costituzionali si dovranno perciò usare le più diverse fonti dell'epoca: giornalistiche, giuridiche, scientifiche, pubblicistiche ecc. Quel significato dovrebbe poi ritenersi pietrificato nella Costituzione e vincolante, *in primis*, per i giudici.

Ma anche quest'approccio non convince, come ha ben messo in luce Omar Chessa²⁹.

Innanzitutto, per alcune ragioni di base: occorrerebbe ad esempio spiegare come possa ritenersi oggi vincolante il significato attribuito all'epoca alle parole della Carta muovendo da un contesto sociale che escludeva dal proprio orizzonte proprio le donne e le persone di colore, e che quindi dei diritti delle une e degli altri non si occupò affatto (condividendo idee a dir poco inaccettabili oggi).

E ancora: quale significato attribuire alle parole del testo nell'eventualità in cui quella particolare disposizione sia stata successivamente (e, dunque, in un'altra epoca) modificata in tutto o in parte? Oppure quando sia stata affiancata da un Emendamento che l'ha "pesantemente" integrata? Oppure quando si sia deciso di non modificarla ritenendo che la si potesse interpretare in un modo del tutto nuovo ma non aberrante?

Anche stabilire i "parametri umani" di riferimento per fotografare l'autentica percezione di senso delle parole utilizzate in Costituzione non costituisce un gioco a somma zero: l'uomo/donna medio/a, il giurista sopraffino, una non meglio precisata persona ragionevole, il soggetto volenteroso nel superare le proprie lacune intellettuali, il compulsatore dei migliori vocabolari del tempo? C'è ampia scelta.

Non è dunque affatto casuale se, in passato, la Corte Suprema si era, di norma, ben guardata dall'esplicitare in modo così stentoreo gli elementi ora ritenuti imprescindibili affinché si possa riconoscere un "nuovo diritto", preferendo un approccio decisamente più sfumato ed elastico³⁰. Aveva certo sottolineato che la storia e la tradizione costituiscono elementi da prendere in esame – e vi si era appoggiata – ma, più spesso, senza attribuire loro un ruolo pressoché esclusivo o dirimente³¹. Oggi *Dobbs* presenta invece come pacifico e scontato un utilizzo rigidissimo della tradizione che, nella giurisprudenza della *Supreme Court*, è stato sin qui decisamente minoritario o di supporto³²: già si intravedono le conseguenze pratiche alle quali condurrà questo suo decisivo cambio di passo.

4. Una scelta interpretativa poco consona alla *mission* della Costituzione

Il vero problema è tuttavia un altro, ossia che un'interpretazione costituzionale rigidamente ancorata a un approccio (anche) neo-originalista stravolge (a ben vedere) il senso più profondo di quelle particolari fonti del diritto incarnate dalle Costituzioni; quest'ultimo è invece ben valorizzato dagli orientamenti rientranti nella c.d. *living Constitution*.

Secondo la nota formula di Calamandrei, le buone Costituzioni nascono infatti "presbiteri": esse sono cioè naturalmente destinate a durare nel tempo, venendo formulate per inglobare le trasformazioni sociali o applicarsi a circostanze anche imprevedibili all'atto della loro adozione³³. Sin dalle loro origini, le Costituzioni degne di questo nome risultano insomma caratterizzate dalla "formidabile virtù dell'elasticità", così da mantenersi costantemente dotate di significato anche al cospetto di sviluppi persino inconcepibili³⁴. Si tratta di tesi sostenute anche dal (mitico) *Chief Justice* Marshall, almeno nei brani opportunamente riportati nel *dissent*: giudice che, tra l'altro, giustificò l'adozione di interpretazio-

29 Le considerazioni che seguono sono tratte ancora da O. Chessa, *La novità delle origini*, cit.

30 Tra le sentenze recenti in cui la Corte Suprema ha adottato un approccio tipicamente originalista, supportato da cospicui documenti storici, va senz'altro collocata *District of Columbia v. Heller*, n. 07-290, 29 giugno 2008 (554 U.S. 570), il cui parere di maggioranza venne steso, non a caso, da Antonin Scalia.

31 Così P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 291 s. Considerazioni del tutto simili possono esprimersi anche a consuntivo della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: per analisi dettagliate si v. L. Pesole, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, cit., p. 149 ss.; C. Tripodina, *L'argomento originalista*, cit., p. 1 ss. e ancora P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 301 ss.

32 Lo evidenzia A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 29 s.

33 Come scrive M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 47 s., le Costituzioni aspirano all'"eternità ordinamentale" e, anche per questo, il loro testo deve essere sempre "sondato – e rispettato – in tutte le sue virtualità di significato".

34 Così, quasi alla lettera, M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, www.astrid-online, 2008 (1° luglio 2018).

ni evolutive della Costituzione ricostruendo proprio il pensiero che fu dei Framers (e, dunque basandosi, paradossalmente, sulla stessa dottrina originalista)³⁵. La conclusione dei giudici dissenzienti è chiara: i Costituenti americani sapevano bene che stavano scrivendo un documento destinato ad applicarsi alle varie circostanze che sarebbero emerse nel corso dei secoli; esso venne dunque inteso proprio per durare e adattarsi ai tempi.

Questo approccio di sistema emerge, in primo luogo, proprio laddove le Costituzioni si occupano di diritti. Anche la Costituzione americana non definisce perciò a tutto tondo i diritti che prende in considerazione; li menziona invece in termini generali al fine di consentire l'evolvere del loro significato. Un invito che, fino a oggi, la stessa Corte Suprema americana ha raccolto senza remore³⁶.

Per questo, allorché trattano di diritti, le Costituzioni si esprimono con norme prevalentemente di principio (proprio come il XIV Emendamento della Costituzione americana): per consentire l'accordo tra i Costituenti storici, nonché per poter sopravvivere e adattarsi "a ciò che verrà". Ancorandosi, cioè, non già a quanto i Costituenti pensavano di tutti gli aspetti del mondo o alle idee che circolavano nella società in cui operavano, bensì alla volontà che hanno immesso (volenti o incoscienti) nelle specifiche parole da essi utilizzate. Espressioni utilizzabili, quindi, anche oltre il tempo e l'occasione in cui sono state scelte³⁷, alla luce di non preventivabili trasformazioni sociali, scientifiche, tecnologiche, ideologiche ecc.

Valga come esempio "italiano" (tra i tanti possibili) l'evocazione vincolante del "pieno sviluppo della persona umana", contenuta nell'art. 3 della nostra Cost., e il significato problematico da assegnare a tali parole nel procedere della storia³⁸. Che significa, inoltre, che la "libertà personale è inviolabile" e lo sono anche altri diritti così definiti nella nostra Costituzione? Quali margini di espansione attribuire alla stessa libertà personale? Quali luoghi possono definirsi domicilio? Che senso va assegnato ai tre diversi richiami espliciti alla "dignità umana"? Quali i margini dell'autodeterminazione profilabili a partire dall'art. 32 Cost.?

Così, l'VIII Emendamento della Costituzione americana (adottato nel 1791) vieta le puzioni crudeli, ma, all'epoca, era felicemente applicata la pena di morte: dunque, la pena di morte non potrà mai essere revocata? Siamo certi che nel dibattito pubblico e filosofico del tempo – successivo all'opera di Cesare Beccaria, che tanto successo ebbe anche all'estero – non fosse decisamente più variegato lo spettro delle posizioni in campo? E che quelle parole non avessero creato speranze in molti lettori (e facitori) della Costituzione, piuttosto che spegnerle definitivamente³⁹?

Analoghi problemi pone il IX Emendamento, evocando, accanto a quelli enumerati, non meglio precisati altri diritti *retained by the people*⁴⁰.

Andrebbe quindi sempre brandita con estrema oculatezza l'idea dell'intenzione *soggettivo-psicologica* (*old originalism*) o del *significato pubblico originario* (*new originalism*) del legislatore storico: pretendere di scrutare "dentro la testa di persone morte da secoli" – Costituenti o meno – è letteralmente privo di senso⁴¹, specie se occorra prendere decisioni in linea con questo secolo.

Più utile è appoggiarsi invece – di norma – all'intenzione *oggettiva* di quelle stesse disposizioni, ossia a ciò che esse esprimono nel momento in cui sarà necessario interpretarle e applicarle ai nuovi casi. Pur tenendo ovviamente conto delle volontà di chi ha utilizzato quelle parole (come prescrive anche l'art. 12, comma 1, delle nostre Preleggi), e così pure il loro "nucleo storico, indiscutibile"⁴², ma dando

35 Su questo profilo v. P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 287.

36 Questa tesi è ampiamente illustrata nella *dissenting opinion*: quali esempi si citano le sentenze che verranno evocate *infra* in più luoghi di questo scritto, da *Brown* a *Obergefell* (tanto per citare due esempi cronologicamente lontani ma alquanto significativi). Si v. anche *infra* il § 6.

37 Con riguardo alle clausole costituzionali che contengono principi – come i diritti individuali – non si può quindi adottare uno "storicismo forte", che vincoli il giudice alle intenzioni degli autori della Carta, perché ciò equivarrebbe proprio "a negare che la Costituzione esprima dei principi, dal momento che i principi non possono fermarsi laddove il tempo, l'immaginazione e l'interesse storico di un uomo di Stato si è interrotto. La Costituzione prende sul serio di diritti, lo storicismo no": R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 341. V. anche G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 128.

38 Riflette su ciò O. Chessa, *Originalismo moderato*, cit.

39 O. Chessa, *Originalismo moderato*, cit.

40 P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 297 s. A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 28, evidenzia tuttavia come tale Emendamento non abbia mai assolto al ruolo di una "norma aperta".

41 R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 132.

42 R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., p. 541. Sul fatto che non si possa negare ogni rilievo all'intenzione originaria dei Costituenti (pur non dovendosi rimanere imprigionati da essa) v. le considerazioni e i richiami di L. Pesole, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, cit., p. 142.

altresì vita a un'attività normativa virtuale e attualizzata, derivante pur sempre dalle stesse espressioni linguistiche. Adottando insomma un "originalismo moderato"⁴³ ovvero – ma si tratta di impostazioni che spesso conducono a esiti simili – un "giuspositivismo temperato"⁴⁴.

Le Costituzioni vanno quindi interpretate rimanendo saldamente ancorati al testo e ai "segni" in esse utilizzate, mai rifiutando di confrontarsi con il "nuovo" e con quanto (d'imprevisto) possa comunque rientrare nella portata applicativa delle espressioni e dei principi in esse contenute (dando altresì rilievo alle loro interconnessioni non sempre preventivabili)⁴⁵.

Come affermato nel *dissent* dei tre giudici che non hanno votato la sentenza, la stessa Corte Suprema – come le Corti costituzionali di tutto il mondo (l'italiana compresa) – ha messo in pratica quest'idea fondante dell'interpretazione costituzionale in numerose sue pronunce⁴⁶: tra le ultime, si veda *Obergefell v. Hodges, Directoty, Ohio Department of Health et al.*, n. 14-556, 26 giugno 2015 (35 S.Ct. 2584), che ha riconosciuto il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁷. Ma, tra le più risalenti, va senz'altro citata la notissima *Brown v. Board of Education of Topeka*, 17 maggio 1954 (347 U.S. 483), che ha interpretato la *due process clause* del XIV Emendamento – concepita da chi conosceva e ammetteva la segregazione razziale – proprio per superare la ghettizzazione scolastica delle persone di colore⁴⁸: suona pertanto paradossale (se non provocatorio) che, per giustificare l'*overruling* di *Roe*, Alito la richiami espressamente nella motivazione, paragonando il supposto errore commesso dalla Corte nel 1973 (con *Roe*) proprio a quanto deciso nella razzista sentenza *Plessy v. Ferguson*, n. 210, 18 maggio 1896 (163 U.S. 537) (poi demolita da *Brown*)⁴⁹.

Un simile approccio interpretativo è dunque già saldamente inseribile nella tradizione americana e nel *modus operandi* della Corte Suprema. Se ne è già fatto cenno: va riconosciuto che i *Framers* hanno consapevolmente elaborato la Costituzione rispettando scrupolosamente la *mission* più tipica di un simile documento fondativo, aprendosi, cioè, anche al futuro.

Le Costituzioni reggono, dunque, interpretazioni evolutive e adattative dei loro testi – le esigono, nel rispetto costante delle parole da cui sono formate – per non diventare zavorre inutili e persino pericolose di fronte al progredire della storia. Ciò finirebbe infatti (e inevitabilmente) per delegittimarle, rendendole del tutto anacronistiche.

L'interpretazione costituzionale risente insomma (*deve* risentire) delle novità e dei fatti (anche inaspettati) ai quali andranno applicate le disposizioni contenute nella Carta, le quali, proprio per questo sono più spesso generali e di principio (non già di dettaglio)⁵⁰: questa strategia consente infatti di mette-

43 O. Chessa, *Originalismo moderato*, cit.

44 A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 84, pp. 97 ss.

45 Sono note le posizioni al riguardo di A. Pace, espresse, per esempio, nel già citato *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit., spec. pp. 97 ss. Si v. anche L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 145, per il quale "l'incontestabile esigenza di trarre le norme costituzionali dal... testo, puntando sull'interpretazione sistematica e sul bilanciamento dei principi..., non dev'essere confusa con l'idea di una Costituzione materiale", carica di valori, del tutto "scissa da quella testuale". Sull'"insopprimibilità dei vincoli testuali", pur nel quadro di una posizione ben più aperta verso opzioni interpretative di stampo assiologico, v. F. Modugno, *Interpretazione costituzionale interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo. it* (8 luglio 2005), spec. §§ 2 e 3.

46 A parte *Roe*, si v., ad esempio, le note sentenze *Brown v. Board of Education* (1954), *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), e persino *Bostok v. Clayton County* (590 U.S. 2020), la cui opinione di maggioranza è addirittura elaborata da un giudice conservatore: v. L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 24.

47 Si v. anche R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 389, per il quale la Suprema Corte, nella sua giurisprudenza, non ha mai opportunamente adottato un atteggiamento rigidamente storicista, riconoscendo invece "il valore di diritti costituzionali che i costituenti non avevano contemplato", adeguandosi così alla realtà e potendo sopravvivere al cambiamento. Com'è nell'ordine delle cose, essa ha perciò applicato la Costituzione producendo risultati che avrebbero sgomentato i suoi sostenitori dei secoli XVIII e XIX.

48 P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 299.

49 Lo ribadisce anche Kavanaugh nella sua *concurring opinion*. Invece, nell'opinione concorrente del *Chief Justice* Roberts – discostandosi da un simile uso del precedente – egli afferma che il superamento di *Plessy* avvenne però con decisione unanime dell'allora *Supreme Court*: *Dobbs* nasce invece da un conflitto interno alla stessa Corte e questo avrebbe consigliato un esito diverso e più misurato.

50 Come scrive G.U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 24, la Costituzione è così "il regno dei principi".

re d'accordo i "diversi" che le elaborano, senza pregiudicare per nulla i futuri punti di ricaduta di quegli stessi principi al cospetto del nuovo⁵¹.

Un approccio – quello appena illustrato – non certo caro a chi intenda impedire il (pur controllato) evolvere dei diritti e soprattutto il sorgere, per gemmazione, dei c.d. "nuovi diritti".

5. Segue: un esperimento "sul campo"

Si trae conferma di tutto ciò da un profilo acutamente sottolineato nel *dissent* dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan.

Vi si stigmatizza che il XIV Emendamento è stato a suo tempo approvato da soli uomini, nel quadro di una società in cui le donne non godevano del diritto di voto e di numerose altre prerogative: il loro ambito d'azione era insomma relegato nel ridotto recinto della casa e della famiglia. I giudici ricordano che proprio nel 1868 – anno di nascita del XIV Emendamento – alla prima ondata di richieste provenienti dalle femministe americane fu replicato che non era ancora giunto il momento in cui le donne avrebbero potuto chiedere tutele costituzionali. Esse non erano quindi percepite come soggetti degni di partecipare alla vita pubblica della Nazione in condizioni di uguaglianza. Neppure molte donne, all'epoca, erano consapevoli dei loro diritti. È dunque quella la prospettiva attraverso la quale leggere, interpretare e applicare l'Emendamento in questione (e anche le altre norme costituzionali)?

Evidentemente non può esserlo. Nel tempo, la società americana è radicalmente cambiata (spesso per l'opera di minoranze combattive) e si è trasformata, in parallelo, anche la percezione dei contenuti della Costituzione, oltre che – di conseguenza – la stessa giurisprudenza della Corte Suprema: ora si ritiene che le norme costituzionali proteggano le donne (e non solo le donne) anche in situazioni e con riguardo ad aspirazioni impensabili ai tempi in cui quelle stesse norme (con quelle parole) sono state approvate. Relegarle in uno stato d'inferiorità nella sfera pubblica e familiare non è nella nostra comprensione delle cose, aggiungono i giudici dissenzienti. Questi stessi sviluppi sono così entrati gradualmente a far parte della tradizione americana⁵².

Ciò è avvenuto (e avviene) senza affatto ripudiare il testo della Costituzione – e, anzi, rimanendo costantemente ancorati a esso – ma superando la psicologia, i pregiudizi e persino l'ignoranza incolpevole di chi l'ha approvato nel '700 o l'ha modificato poi.

Adottare l'approccio interpretativo di Alito & C. significa dunque far uso dell'argomentazione giuridica più comoda per ripristinare l'ordine perduto del passato, incentrato sulla figura prevalente del maschio bianco, benestante, eterosessuale, libero da vincoli⁵³.

S'intende dunque collocare (di nuovo) le donne entro i recinti di un ruolo inevitabilmente subalterno, rendendo legittimo impedire loro di decidere di sé stesse e del proprio corpo non appena prenda avvio una gravidanza⁵⁴. In tale caso, il corpo delle donne si ritiene diventi, cioè, di pubblico interesse, e quindi terreno di scorribanda delle volontà statali: ribaltandosi in tal modo i bilanciamenti in atto da decenni a seguito di Roe.

Che questa sia la volontà politica della Corte Suprema emerge dal fatto che la legge del Mississippi della quale si discuteva non necessitava di un simile *overruling*⁵⁵. Così procedendo si determina invece il totale affossamento del pregresso, abbandonando il fondamentale principio del *judicial restraint*⁵⁶. Lo sottolinea con forza anche il *Chief Justice* Roberts, nella sua *concurring opinion*⁵⁷, benché poi voti il dispositivo della pronuncia.

51 C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., pp. 80 ss.

52 A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 31 s.

53 L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista del corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere "egregiously wrong from the start"*, in www.costituzionalismo.it, 2022, n. 2, p. 39.

54 Sul ruolo che può avere assunto, a tal proposito, l'attuale contesto sociale, ove le donne hanno "atrofizzato" le loro lotte, di contro di ciò che avveniva ai tempi di Roe, v. M. D'Amico, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022.

55 E, inizialmente, il Texas neppure l'aveva chiesto, ampliando le proprie pretese solo dopo che la Corte ha disposto il *certiorari*.

56 Tra gli altri v. L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista*, cit., p. 44 e C. Bologna, *Il caso Dobbs e la "terza via"*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022.

57 L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 53. Roberts afferma pertanto che l'idea della *viability*, inaugurata con Roe, è da ritenersi sbagliata e arbitraria: essa va quindi "scartata". Detto ciò, egli afferma altresì che non era necessario, in Dobbs, procedere

In definitiva, ciò che è del tutto assente dalla decisione di maggioranza, ritenendosi privo di rilievo, è “l’evoluzione della società. L’orologio della storia sembra essersi fermato alla fine del XIX secolo”, quando la donna rivestiva un ruolo poco più (o poco meno) che ancillare, favorendosi altresì le discriminazioni non solo di sesso ma anche etniche e di reddito che molte di esse subivano e subiscono⁵⁸.

6. Dietro l’angolo: un attacco a tanti diritti

Adottando l’assai peculiare versione dell’interpretazione originalista, psicologica, testualista e storica accolta dai giudici di maggioranza, è dunque inevitabile che anche altri diritti già riconosciuti dalla Corte Suprema vengano (prima o poi) messi in discussione. È pertanto logico prevedere che molte fattispecie relative ai diritti e oggi comprese nel diritto statunitense – e già avallate dalla *Supreme Court* – debbano coerentemente seguire la stessa sorte: perché non menzionate in Costituzione o non desumibili dalle tradizioni di secoli fa⁵⁹.

Non a caso, mentre il giudice Alito (l’estensore di *Dobbs*) afferma apoditticamente che ciò non sarà possibile, posto che gli altri diritti fondamentali ai quali si pensa – a differenza dell’aborto – non distruggerebbero alcuna “*potential life*”⁶⁰ – il giudice Thomas ne approfitta per sostenere esattamente il contrario (sollecitando a portare presto quei temi davanti alla Corte)⁶¹.

Spiace scriverlo ma la ragione – si fa per dire – pare essere dalla parte di Thomas, e lo “*Scout’s honor*”, invocato da Alito, lascia il tempo che trova.

Innanzitutto, perché ciò che infatti rileva sopra ogni cosa nel ragionamento della Corte non è tanto la circostanza che i “nuovi diritti” non coinvolgano quello alla vita, bensì che quegli stessi diritti, via via riconosciuti da *Scotus*, non potevano essere nella mente dei *Framers* o di chi viveva alla loro epoca: essi non sono quindi espressamente menzionati nella Carta americana, non si sarebbero mai consolidati nella storia nazionale, hanno creato e creano spesso divisioni sociali e neppure costituiscono il frutto di una tradizione già formata al tempo del loro riconoscimento giurisprudenziale.

I diritti in discorso (e ora “sotto attacco”) sono stati invece riconosciuti spesso *contro* la legislazione in vigore e comunque *contro* il comune sentire di una parte consistente della popolazione, ma *non* già *contro* i principi contenuti nella Carta, assecondando realisticamente l’evoluzione della società e la nuova percezione di quegli stessi valori. Sono il frutto di sensibilità e tradizioni che si sono via via certamente formate, tuttavia dopo il lavoro dei *Framers*. Perché anche a questo servono le Costituzioni: a tutelare le minoranze o le parti (in vario senso) deboli della popolazione contro le maggioranze che tendono ad abusare della loro forza e dell’“è sempre stato così”, negando, di risulta, i diritti altrui.

Valga l’esempio del matrimonio: si tratta di un istituto certamente e profondamente radicato nella tradizione americana, ma ciò valeva anche per la *miscegenation* e per le unioni tra persone dello stesso sesso⁶²? Vi era dunque (o no) l’esigenza (tratta dalla Costituzione) di garantire a tutti la scelta del/della *partner* a prescindere da ulteriori qualificazioni etniche e di genere? O dovrebbe ribadirsi sempre e comunque la natura necessariamente eterosessuale delle unioni matrimoniali, nonché il divieto di matrimonio interetnico, poiché solo questo i *Framers* e i cittadini del tempo conoscevano?

Dopo *Dobbs* anche altri diritti sono perciò messi in pericolo per le americane e gli americani. Se ne può tentare un primo e sommario elenco, muovendo dall’ingordigia di Thomas (che ne indica una pri-

oltre il salvataggio dell’impugnata legge del Mississippi: con ciò si compie infatti il “drammatico passo di eliminare del tutto il diritto all’aborto riconosciuto in *Roe*”. Esito che si sarebbe dovuto eventualmente lasciare a un altro momento, in esito a giudizi diversamente strutturati sul lato della domanda.

- 58 A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di Roe v. Wade*, in *Foro italiano*, 2022, pt. IV, c. 439 s.
- 59 Per un significativo elenco, recuperato da Cass R. Sunstein, si v. ancora A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., c. 439: si pensi al diritto di voto, alle discriminazioni sessuali, alla segregazione, all’educazione ecc. ecc.
- 60 La tesi è ribadita anche da Kavanaugh nella sua *concurring opinion*. A proposito di quanto riportato nel testo, appare piuttosto stravagante come i giudici (e non solo i giudici) ascrivibili alla categoria (del tutto impropria) dei *pro-life* siano di norma i più strenui difensori della pena di morte: si v., sul punto, il caso del giudice Scalia, opportunamente illustrato da P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici originalisti e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte Suprema statunitense*, in *Rivista diritti comparati*, 2017, n. 3, pp. 144 ss.
- 61 Un’attenta analisi della *concurring opinion* del giudice Thomas è proposta da L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., § 13.
- 62 Sul rapporto tra l’abolizione del reato di matrimonio “interrazziale” (*miscegenation*) e l’estensione del *right to marry* anche alle persone dello stesso sesso, cfr. G. Zanetti, *L’orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 89 ss.

ma serie) e spostando lo sguardo un po' più in là: il diritto delle coppie sposate a utilizzare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 del 1965); Il medesimo diritto riconosciuto anche al di fuori del matrimonio (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 del 1972); a non essere perseguiti per la scelta di praticare rapporti omosessuali (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 del 2003); a sposare cittadine o cittadini di altra provenienza etnica (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 del 1967); a non praticare la sterilizzazione senza il consenso dell'interessato (*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 del 1942); al matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 del 2015); a rifiutare / interrompere le terapie anche salvavita per i pazienti in stato vegetativo (*Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 del 1990). Tra l'altro, quest'ultimo esempio smentisce Alito, coinvolgendo inevitabilmente (anche) il diritto alla vita di un "già nato". Lo stesso vale, sia pur in modo indiretto – e nonostante gli argomenti di Alito – per la sterilizzazione, per l'uso di contraccettivi di varia natura (d'emergenza o no) e finanche per le pratiche di procreazione assistita: diritti non menzionati nella Carta né forgiati dalla tradizione e dalla storia americana "ai tempi dei tempi".

7. Segue: le conseguenze per tutti (e non solo per le donne)

A stare dunque con il fiato sospeso non sono solo i diritti delle donne ma, in realtà, i diritti di tutti.

I diritti delle donne, come di consueto – si vedano i casi europei della Polonia e dell'Ungheria⁶³ – identificano solo il "campo di sperimentazione" privilegiato di un cambio di strategia che, in prospettiva, intende incidere ben più nel profondo: una sorta di "prova generale" prima di affondare ancora di più la lama liberticida. Una preoccupazione che ha sicuramente ispirato la Risoluzione del Parlamento UE dello scorso 6 giugno 2022, nella quale si pone in evidenza la regressione in atto sul fronte dell'interruzione di gravidanza, proponendosi di configurare e inserire tale diritto nel quadro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶⁴.

È dunque l'edificio di gran parte dei diritti fondamentali statunitensi a essere messo in discussione dall'approccio della *Supreme Court*: con effetti che saranno inevitabilmente a cascata.

Che cosa hanno infatti in comune tutti i diritti appena menzionati (quello all'autodeterminazione delle donne in gravidanza compreso)? Essi derivano da quanto è espresso chiaramente, ma solo in via di principio, proprio nella Costituzione. Tutte le prerogative di cui sopra riflettono insomma fondamentali aspetti dell'identità e della libertà personale, ossia quanto c'è di più intimo nell'esistenza di una persona, come il diritto di scegliere e di autodeterminarsi con riguardo al proprio corpo, alla propria salute fisica o psicologica e alla propria esistenza presente e futura. Come ha affermato la stessa Corte Suprema in più occasioni, ciò deve competere ai singoli e non agli Stati. *Dobbs* ribalta ora tale convinzione per decisivi aspetti dell'esistere: gli Stati vengono legittimati a "fare e disfare" nella sfera privata e intima di uomini e donne⁶⁵. Aver ricavato quei diritti e quelle libertà da una norma costituzionale di carattere generale (che, proprio per questo, li comprende senza difficoltà) è ritenuta oggi una colpa grave e imperdonabile.

Ad essere affossati sono dunque interpretazioni e approcci interpretativi al testo costituzionale americano che si sono lentamente affermati anche in decisioni precedenti (oltre che successive) a *Roe* e a *Casey*. Un *corpus* di pronunce che ha inteso semplicemente rinvigorire le "radici vecchie" delle norme sulle quali sono sbocciate quelle decisioni, calandole opportunamente nel presente⁶⁶.

Come ha infatti affermato la stessa Corte Suprema in un'altra pronuncia citata nel *dissent*, nell'ordinamento americano "non c'è nulla di più sacro o di più attentamente tutelato" del "diritto di ogni individuo a possedere il controllo della propria persona". Persino troppo, conoscendo certe derive individualistiche statunitensi.

63 Sul caso ungherese v. L. Bellucci, *Tradizione, identità nazionale, etnosimbolismo e discriminazione in Ungheria: sfidare i diritti fondamentali con le loro stesse "armi"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, fasc. n. 15, pp. 1 ss.; sulla deriva polacca cfr. E. Caruso-M. Fisicaro, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *questa Rivista*, 2020, n. 2, pp. 186 ss. Ma non si dimentichi anche la disciplina dell'aborto vigente a Malta, in Slovacchia e in Croazia.

64 Sui contenuti salienti della Risoluzione v. L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista*, cit., p. 37 e p. 42.

65 Come rileva C. Valentini, *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022, *Dobbs* oscura "le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi nel processo politico".

66 L'espressione è di R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 57.

Quelle norme costituzionali *d'antan* tracciano dunque un principio applicabile in vari casi, anche nuovissimi e inimmaginabili per i *Framers*. Alla bisogna sono così servite a colpire scelte sbagliate e proibizioni irragionevoli forgiate dai legislatori statali. Uno sforzo ora cancellato con un tratto di penna e un'alzata di sopracciglia.

8. Una decisione nient'affatto neutrale

La sentenza *Dobbs* non è dunque per nulla neutrale, posto che lascerebbe la scelta di disciplinare l'aborto ai singoli Stati⁶⁷, come si afferma nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh (desumendo ciò dall'affermata neutralità della Costituzione in materia)⁶⁸.

È vero l'esatto contrario: questa pronuncia afferma che, per la Costituzione americana, sarebbero gli Stati a poter decidere come credono del corpo delle donne in gravidanza, persino annullandone *in toto* l'autodeterminazione⁶⁹. Essi potranno anche costringerle a portare a termine la gestazione pur quando fossero vittime di stupro o di incesto, se le loro condizioni esistenziali le indurrebbero ad altre scelte, se la patologia del feto condurrà inevitabilmente alla morte del nascituro, forse addirittura se le gestanti rischiassero la salute o la vita⁷⁰. Ciò avverrà ad assoluta discrezione della volontà statale, ponendo dunque le donne in una condizione di "semi-schiavitù" corporale⁷¹.

E anche se molti Stati non dovessero approfittare di tale apertura di credito, sulle donne continuerebbe a pendere questa "spada di Damocle", con il rischio che venga magari fatta precipitare sulla loro testa da nuovi Governatori e da nuove maggioranze. Per assurdo, e *a contrario*, non va neppure escluso che qualche Stato, rivendicando la propria sovranità, in talune circostanze possa persino imporre alle donne di abortire⁷².

Si tratta quindi di una pronuncia che travolge un profilo del diritto alla *privacy* e soprattutto all'autodeterminazione che aveva ormai cinquant'anni di vita, si era inevitabilmente radicato nel sociale, era stato via via limato dalla stessa Corte, aveva ricevuto le numerose riconferme e applicazioni giurisprudenziali puntualmente richiamate nel *dissent*. Un diritto che aveva creato il ragionevole affidamento delle donne che vi avrebbero potuto far ricorso in casi di mancato funzionamento dei metodi contraccettivi o a seguito di vicende molto più drammatiche⁷³. Di contro, essa favorisce solo e soltanto i governi degli Stati che intendano negare tutto ciò e riapprodare – magari – alla legislazione di un secolo fa: ad esempio del 1925, come appena accaduto in Texas⁷⁴, o persino del 1864 e del 1901, come in Arizona⁷⁵.

E, a ben vedere, una rinascita dell'idea reazionaria dei *diritti riflessi*, in voga durante il fascismo: ossia della tesi per la quale i diritti esistono solo se lo Stato lo consente e fino a quando esso lo tolleri; se lo ritiene, li può anche riconoscere ed eliminare a intermittenza, oltre che per le ragioni più varie. Non si tratterebbe dunque di prerogative intimamente connesse all'esistenza di ogni persona, ma graziose concessioni di chi detiene il potere.

67 Come affermano A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., c. 374, "la Corte che sconfessa *Roe* non è neutrale", rinnegando un diritto che, per quasi cinquant'anni, ha goduto del sostegno della *Supreme Court*.

68 A sostegno di questa tesi si v. N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

69 La decisione pone perciò "un'istanza di tutela fuori dalla Costituzione" e "interrompe il corso di una protezione giuridica che andava assumendo contorni sempre più definiti": C. Valentini, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

70 Questo punto è ben sottolineato nella *dissenting opinion*.

71 L'espressione "servitù corporale" è utilizzata da L. Ferrajoli, *Il problema morale e il ruolo della legge*, in *Critica marxista* 1995, n. 3, p. 45. Nello stesso senso si v. R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuali*, Mondadori, Milano, 1994, pp. 140 s.

72 L.H. Tribe - M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 84 s.

73 Aspetti e implicazioni che, in altre pronunce, la *Supreme Court* ha opportunamente valorizzato: si v., al proposito, proprio la sentenza *Casey* (per questo motivo citata da C. Bassu - M. Betzu - F. Clementi - G. Coinu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 89).

74 Sentenza della *Supreme Court* n. 22-0527, 29 giugno 2022, *in re Ken Paxton* e altri. La legge vieta l'aborto e punisce con il carcere chi lo pratica: la demolizione dell'argine di *Roe* ha consentito la reviviscenza di questa disciplina archeologica.

75 *La Repubblica* del 25 settembre 2022. Per una prima rassegna si v. comunque A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., pp. 32 ss.

È – come noto – l’esatto contrario di ciò che troviamo stabilito nell’art. 2 della Costituzione italiana, per il quale “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili”, dandoli evidentemente per presupposti e non attaccabili dalle maggioranze di turno. Ma contraddice anche ciò che ha sancito la stessa Corte Suprema nelle sue decisioni sui “nuovi diritti” sopra evocati: precedenti e successive a *Roe*.

In sostanza, si ha così la piana violazione di uno dei principi più saldi per uno Stato liberale e di diritto, oltre che dell’idea per cui ogni diritto nasce necessariamente limitato: persino quelli riconoscibili a embrioni e feti⁷⁶. Si possono quindi fissare limiti alle libertà solo allorché esse venissero a cozzare con altre prerogative di analogo livello costituzionale, ma procedendo, in tal caso, a un loro bilanciamento rigorosamente oculato, ragionevole e proporzionato⁷⁷. Ma per la Corte Suprema del 2022 la parola bilanciamento è “sporca”, come si rimarca nel *dissent*.

Tutt’altro fece la nostra Consulta nella sent. cost. n. 27/1975⁷⁸, la quale aprì la strada alla legge n. 194/1978; ed è quanto, due anni prima, praticò anche la Corte Suprema in *Roe* (ragionando, però, di *privacy*, ossia di autonoma decisione della donna, e non già del suo diritto alla salute, come invece nel caso italiano). Una decisione che – va ribadito – non ha prodotto nuovo diritto, se non per alcuni profili forse meno riusciti della sua argomentazione (e, non a caso, successivamente corretti)⁷⁹, esprimendosi comunque su norme vigenti che non riconoscevano il diritto di autodeterminarsi in capo alla donna “in attesa”; essa forniva così un senso ulteriore – benché compatibile e aggiornato – al principio ricavabile dal XIV Emendamento, riscontrandone la concreta violazione.

Contra le norme allora sotto esame, in *Roe* si stabiliva quindi che lo Stato poteva proibire l’aborto solo dopo la *viability* del feto, graduando l’autodeterminazione per trimestre di gestazione e facendo salvi, negli ultimi novanta giorni, i soli casi in cui la prosecuzione della gravidanza mettesse a rischio la vita o la salute della madre: quelli erano i punti di equilibrio individuati tra i diritti confliggenti (corretti o sbagliati che fossero)⁸⁰. Con *Casey* si corresse poi quel bilanciamento, di fatto rivedendolo nel profondo: salvaguardando senz’altro il diritto all’autodeterminazione – e affermando a chiare lettere che “il divieto di aborto offende la Costituzione perché usa il potere statale per imporre tradizionali ruoli di genere alla donna”⁸¹ – ma ampliando lo spazio d’intervento degli Stati nel “graduarlo”, e abbandonando il *trimester framework*. Si conìò addirittura un principio nuovo, il cosiddetto “*undue burden test*”. In base a esso le limitazioni eventualmente introdotte dagli Stati fino alla *viability*, per essere legittime, non dovevano comunque comportare un onere o interferenze eccessivi per le donne: ciò avrebbe infatti negato ciò che, a parole, veniva confermato. Tuttavia, quell’apertura venne immediatamente utilizzata in chiave anti-*Roe*, generando altri interventi statali e altra giurisprudenza di risulta⁸². Mediante *Gonzalez v. Carhart*, 550 U.S. 124 del 2007, si aggiunse poi un altro notevole paletto, vietando una particolare tecnica di aborto tardivo e terapeutico, prescindendo addirittura dalle eventuali valutazioni contrarie dei me-

76 Come ha sancito la nostra Corte costituzionale sin dalla sua sent. n. 1/1956 (e poi costantemente ribadito).

77 V., tra gli altri, R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., pp. 59 s.

78 Sia pur fondando l’invulnerabilità del corpo della donna non già su un suo diritto di autodeterminazione ma sulla tutela della sua salute: per una critica a tale impostazione si v., L. Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it (11 aprile 2006) e G. Brunelli, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, pp. 826 s.

79 Valga non tanto il richiamo alla *viability* del feto, quanto piuttosto alla distinzione della gravidanza in trimestri (graduando, su quella base, le possibilità di scelta della gestante e lo spazio d’azione dello Stato, fino a togliere alla prima la possibilità di scelta se non in presenza di un pericolo per la sua vita): non a caso tale profilo è stato frequentemente (e sin da subito) criticato anche da chi appoggiava le conclusioni della sentenza. Rivedere tuttavia questo aspetto della decisione – come poi avvenuto in altre pronunce – non imponeva tuttavia di mandare al macero l’intera pronuncia. Sulla bontà del criterio della *viability* per definire il sorgere dell’interesse pubblico alla protezione della vita del feto, v. L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista*, cit., p. 38 s. Si v. anche l’opinione dissenziente contenuta in *Dobbs*, ove si conferma la bontà di tale criterio, così come dell’*undue burden test* adottato in *Casey* (anche quest’ultimo “annientato” dalla decisione di maggioranza).

80 Sul fatto che *Roe* abbia decisamente bilanciato i principi disponibili – sulla scia delle stesse Corti europee – mentre *Dobbs* rifiuti questo approccio v. N. Zanon, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Si v. anche la nota che precede.

81 G. Sorrenti, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 3, p. 612, la quale evidenzia come in *Casey*, a differenza che in *Roe*, si avverta l’incidere di un approccio nitidamente *gender-conscious*.

82 Viene ricordata analiticamente dall’opinione di maggioranza, a p. 54 della sentenza. V. anche la serie di pronunce proposte da L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., pp. 21 ss.

dici⁸³. Condendo altresì la motivazione da rilievi di natura morale e assumendo che il feto, anche prima della *viability*, dev'essere comunque ritenuto "un organismo vivente" meritevole di adeguata tutela.

Tra l'una e l'altra delle pronunce appena citate, anche altre decisioni e scelte normative statali sono intervenute per dosare, mettere meglio a fuoco e persino per limitare progressivamente (e spesso non poco) il diritto sancito in *Roe*. Non ne hanno però mai scalfito il nucleo centrale, sia pur superando l'idea della sequenza trimestrale della gestazione, alla quale – non a caso – i giudici dissenzienti di *Dobbs* ormai neppure si riferiscono, ragionando invece soltanto dei margini da riconoscere all'autodeterminazione delle donne⁸⁴.

Dopo *Dobbs*, lo Stato può invece e tendenzialmente tutto, anche allorché fosse in pericolo la vita della donna. Il giudice Kavanaugh, nella sua *concurring opinion*, sembra negarlo, ma non pratica lui stesso, in tal modo, uno di quei bilanciamenti maltrattati dalla pronuncia⁸⁵? La sentenza consente inoltre di punire (o no) chi si trasferirà in un altro Stato per ottenere l'interruzione di gravidanza? O chi aiuterà le donne in questa complicata (e costosa) scelta migratoria? Renderà punibile anche chi, dall'"estero", invierà alle donne che lo richiedano le pillole abortive? Tanti dubbi che prima o poi deflagreranno davanti ai giudici, potendo anche giungere (nuovamente) alla Corte Suprema⁸⁶: con esiti prevedibilissimi.

9. Una Supreme Court delegittimata e dalla giurisprudenza ormai inaffidabile

Mediante *Dobbs* si cancella dunque con un tratto di penna lo *stare decisis*, ed è – come evidenziato nel *dissent* – la prima volta che ciò accade in senso "inverso" al consueto: per arretrare e non già avanzare sul piano dei diritti⁸⁷. E che esistessero i requisiti via via elaborati dalla giurisprudenza americana per giungere a un tale approdo *monster* – in un ordinamento che su quel principio si fonda – è ancora tutto da dimostrare, nonostante lo sforzo di Alito e seguaci⁸⁸.

La maggioranza poteva certo decidere di ritoccare quei precedenti e il bilanciamento in essi stabilito, riconoscendone la bontà di fondo ma limandone alcuni aspetti (com'era già sensibilmente avvenuto con le citate sentenze *Casey*, *Webster* e *Gonzales* tra le altre): ha invece adottato una logica demolitoria, aggressiva e persino arrogante. Un esito che rivela però la visione tutta politica sottesa a questa pronuncia: perché l'argomento originalista è, di fatto, solo lo "uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale" allo scopo⁸⁹.

Lo conferma anche la circostanza per la quale, a quanto risulta, almeno tre dei giudici che si sono espressi in *Dobbs* avevano affermato sotto giuramento, davanti ai senatori chiamati a dare il *consent* alla loro nomina, che mai avrebbero demolito *Roe*⁹⁰: hanno mentito (*rectius*: spergiurato).

Non hanno avuto remore a farlo perché la loro missione (e quella di chi li ha nominati) era più importante dell'onestà intellettuale o del rispetto delle istituzioni. Il loro obiettivo era non solo diventare giudici della magistratura gerarchicamente più elevata degli USA, ma, nello specifico, polverizzare proprio *Roe*. Come si legge nel *dissent*, volevano avere i voti alla Corte per fare terra bruciata di quella

83 Per questo venne fortemente criticata nel *dissent* di Ruth Bader Ginsburg, che vi intravide la premessa per una futura demolizione di *Roe*: lo ricorda A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 26.

84 Viene opportunamente evidenziato da L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., p. 57.

85 Lo nota N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

86 Nella *concurring opinion* di Kavanaugh si afferma perciò che simili questioni (correlate al tema dell'aborto) verranno decise in futuro.

87 Come avvenne, ad esempio, nella celebre (e più volte citata in *Dobbs*) sentenza *Brown v. Board of Education*, che, nel 1954, eliminò la segregazione scolastica (prima giustificata dalla stessa Corte Suprema nella sentenza *Plessy*); lo stesso vale per la sentenza *Obergefell*, sul matrimonio tra persone del medesimo sesso. Anche gli esempi proposti nella *concurring opinion* di Kavanaugh – strumentalmente utilizzati per dimostrare che tutti i giudici che hanno fatto (e fanno) parte della Corte Suprema hanno praticato l'*overruling* – confermano però questo assunto: il tentativo di giustificare l'attuale regresso nel campo dei diritti produce, pertanto, un evidente effetto distopico.

88 V., per tutti, A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., c. 441. Sul punto s'intrattengono (inevitabilmente) a lungo i giudici dissenzienti di *Dobbs*, smontando punto per punto (e con molta efficacia) le affermazioni della maggioranza.

89 C. Caruso, *Originalismo e politicità*, cit.

90 L'ha denunciato Alexandria Ocasio-Cortez, componente democratica del Congresso USA (v. *la Repubblica* del 26 giugno 2022).

pronuncia, oltre che per demolire, in prospettiva, anche altri diritti “sgraditi”, affermando e imponendo a tutte e a tutti la loro visione del mondo, ma dipingendo ciò come il frutto neutrale di una legittima scelta interpretativa.

Dobbs, comunque, non abolirà l’aborto ma solo gli aborti sicuri. Produrrà più lutti (di feti e di donne) e lesioni della salute. Impedirà alle donne meno abbienti di abortire in sicurezza o di abortire *tout court*, ma non ostacolerà chi può permettersi viaggi negli Stati libertari, i costi delle cliniche, le giornate di ferie: ai giudici di *Dobbs* (e ai loro seguaci) questo risultato sembra bastare.

Tale pronuncia crea dunque diseguaglianze tra le donne di diversa estrazione sociale, tra gli uomini (che mai dovranno affrontare situazioni simili) e le donne (che si troveranno in questa “condizione del tutto particolare”)⁹¹, tra le donne dei diversi Stati americani e, in definitiva, tra gli stessi Stati. Forse ha quindi ragione Sabino Cassese ad affermare che il precipitato di *Dobbs* s’inserirà negli stessi ingranaggi della federazione, potendola anche minare nel profondo se, *pro futuro*, la Corte manterrà fede a queste premesse: continuando cioè la sua demolizione dei diritti e lasciando che i singoli Stati facciano un po’ ciò che vogliono, dando luogo a una sconcertante “macchia di leopardo” normativa⁹². È stato così sottolineato che non è neppure del tutto chiaro se, nella visione della Corte, solo gli Stati possano intervenire sul tema, e non anche lo Stato federale⁹³.

Di sicuro, il primo risultato tangibile di *Dobbs* è la più completa delegittimazione della Corte Suprema nonché della sua giurisprudenza passata, presente e futura, divenuta ormai inaffidabile, preda della politica repubblicana e, al momento, funzionale a scelte interpretative utilmente reazionarie⁹⁴. Un risultato di cui andare fieri, se si è tendenzialmente ostili alla democrazia e ai diritti. Purtroppo, negli Stati Uniti d’oggi, tanti lo sono, con conseguenze che anche noi europei, prima o poi, potremmo dover sopportare⁹⁵. Per averne un’idea basteranno probabilmente i risultati delle prossime elezioni presidenziali – sulle regole di svolgimento delle quali gli Stati repubblicani stanno già lavorando alacramente⁹⁶ – ma anche solo attendere sull’argine del fiume il “passaggio” di nuove sentenze di una Corte Suprema ormai squalificata dalla sua militanza reazionaria. In realtà, cominciano già a fioccare, a conferma di un’agenda politica in pieno svolgimento⁹⁷.

91 Parafrasando una perfetta definizione contenuta nella sent. cost. n. 27/1975.

92 *Aborto, perché la Corte Suprema ha sbagliato*, in *Corriere della Sera* del 26 giugno 2022.

93 A favore di questa possibilità si spende infatti la (sola) *concurring opinion* del giudice Kavanaugh: L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 51 s.

94 Se è infatti vero che l’opzione originalista non si traduce immediatamente in conservatorismo (L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione*, cit.) – ai tempi di Roosevelt, le tesi originaliste vennero ad esempio brandite proprio dal campo democratico, di contro a una Corte Suprema conservatrice che, ripudiandole, puntava ad affossare taluni pilastri del *New Deal* (P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 289) – è però altrettanto certo che, nella recente storia degli *States*, così è prevalentemente accaduto (cfr. C. Sunstein, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 2018, n. 3, p. 1674 e C. Tripodina, *L’argomento originalista*, cit., p. 8-9 e nota 28 del *paper*, la quale riporta significativi esempi decisamente anti-ugualitari).

95 Almeno sul fronte dei tentativi, specie considerando i legami internazionali dei gruppi antiabortisti statunitensi, in aggiunta agli indirizzi politici conservatori in aumento in Europa e alla tendenza a instaurare un dialogo sempre più serrato tra le Corti (specie su argomenti sensibili): si rinvia alla relazione di S. Mancini, *Sul corpo delle donne: torsioni populiste della democrazia e attacco ai diritti riproduttivi*, svolta al Convegno *Populismi, identità personali, diritti fondamentali*, svoltosi presso Sapienza Università di Roma il 30 settembre 2022, nonché ai rilievi di A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 24 e p. 35.

96 L’azione ha preso avvio dalla Georgia: cfr. S. Filippi, *La nuova legge elettorale della Georgia limita il diritto di voto: la democrazia USA ancora costretta a fare i conti con Shelby County v. Holder*, in *Diritti comparati* (12 aprile 2021). Essa si sta peraltro estendendo a macchia di leopardo: per una rassegna aggiornata cfr. A. Field, *The Lasting impacts of the 2020 Election: Voter Registration, Voter List Maintenance, and Mail Ballot Applications*, sul sito di *Voting Rights Lab* (29 agosto 2022). La strategia consiste nel rendere più complicata l’iscrizione nelle liste elettorali o il voto per corrispondenza, ritenendo che ciò sfavorirà i Democratici, più graditi alle minoranze, le quali sono meno propense a fornirsi di documenti d’identificazione e a seguire pratiche burocratiche complesse.

97 Si v. *New York State rifle & pistols Association Inc. et al. v. Bruen et al.*, n. 20-483, 23 giugno 2022, che boccia la legislazione dello Stato di New York, la quale aveva timidamente limitato il diritto a possedere armi in privato e in pubblico; *Kennedy v. Bremerton School Dist.*, n. 21-418, 27 giugno 2022, a favore dell’ostentata preghiera di un allenatore a metà campo dopo gli incontri sportivi svolti presso Università pubbliche; *West Virginia v. EPA*, n. 20-1530 del 30 giugno 2022, in cui si priva questo ente del potere di limitare le emissioni di anidride carbonica, preludio alla futura demolizione di altri enti indipendenti di tal tipo, lasciando campo libero alle decisioni statali in materia.

GenIUS

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

Codice ISSN: 2384-9495

genius@articolo29.it