

Il pluralismo degli ordinamenti democratici è influenzato dall'accelerazione del progresso tecnologico e dall'incremento dei flussi migratori. Questi eventi incidono anche sulla fisionomia delle relazioni interpersonali di carattere familiare. Gli Atti di questo volume esaminano alla luce del principio di laicità delicate questioni giuridiche relative all'identità di genere, alla tutela della libertà religiosa del minore, alla dimensione interculturale della società e alla ridefinizione delle forme di composizione delle crisi familiari, affidando all'esercizio responsabile di autodeterminazione e autonomia il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

I curatori del volume sono professori ordinari di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico nell'Università di Messina e hanno pubblicazioni in materia di tutela giuridica, anche sovranazionale, della libertà religiosa in ambito di famiglia, istruzione, confessioni, assistenza e bioetica.



€ 17,00

ATTI DI CONVEGNO



RELAZIONI FAMILIARI E LIBERTÀ DI RELIGIONE

RELAZIONI FAMILIARI E LIBERTÀ DI RELIGIONE

«BENI DI RILIEVO COSTITUZIONALE»
A CONFRONTO

Atti del Convegno dell'Associazione dei docenti
della disciplina giuridica del fenomeno religioso
(Messina, 21 e 22 settembre 2023)

*A cura di Sara Domianello, Fortunato Freni,
Angelo Licastro, Adelaide Madera e Marta Tigano*

ATTI DI CONVEGNO

*A cura di S. Domianello, F. Freni,
A. Licastro, A. Madera e M. Tigano*

PISA
UNIVERSITY
PRESS

PISA
UNIVERSITY
PRESS

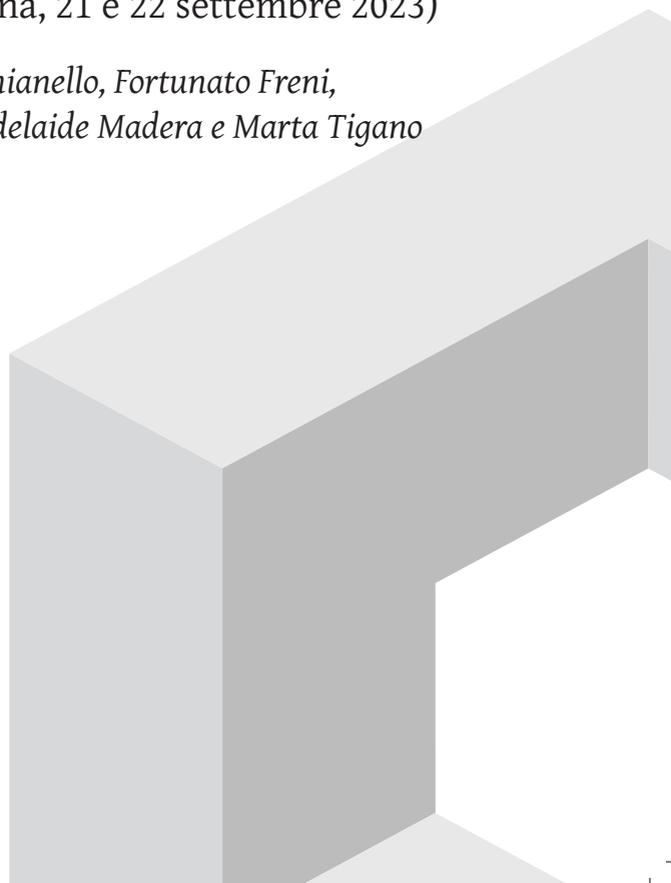
RELAZIONI FAMILIARI E LIBERTÀ DI RELIGIONE

«BENI DI RILIEVO COSTITUZIONALE»
A CONFRONTO

Atti del Convegno dell'Associazione dei
docenti della disciplina giuridica del fenomeno
religioso (Messina, 21 e 22 settembre 2023)

*A cura di Sara Domianello, Fortunato Freni,
Angelo Licastro, Adelaide Madera e Marta Tigano*

P UNIVERSITY S A
UNIVERSITY
PRESS





ATTI DI CONVEGNO

Relazioni familiari e libertà di religione : «beni di rilievo costituzionale» a confronto : atti del convegno dell'Associazione dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso, Messina, 21-22 settembre 2023 / a cura di Sara Domianello ... [et al.] - Pisa : Pisa university press, 2024. - (Atti di convegno)

346.015 (23)

I. ADEC II. Domianello, Sara 1. Diritto di famiglia [e] Libertà religiosa

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Membro Coordinamento
University Press Italiane

Questo volume è stato pubblicato con contributi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina (fondi Dipartimento di eccellenza 2023-2027) e dell'ADEC, Associazione dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso.

I contributi riprodotti nel presente volume sono stati sottoposti a *peer review* a cura dei componenti del Comitato scientifico del Convegno.

© Copyright 2024

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 - 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISBN 979-12-5608-062-5

In copertina: fonte Unsplash.

Layout grafico: Arianna Tonarelli

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0) Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: www.pisauniversitypress.it

Indice

INTERVENTI DI APERTURA E INTRODUZIONE DEI LAVORI

Sulla relazionalità quale fondamento della soggettività giuridica <i>Alessio Lo Giudice</i>	7
Presentazione e apertura del convegno <i>Pierluigi Consorti</i>	13
Considerazioni introduttive <i>Salvatore Berlingò</i>	17

PRIMA SESSIONE

Relazioni familiari, identità di genere e autonomia personale tra diritti religiosi e ordinamenti civili <i>Andrea Zanotti</i>	21
Relazioni tra genitori e figli: il ruolo della libertà di religione e di coscienza <i>Angelo Licastro</i>	41
La maternità surrogata: reato, peccato o libertà? <i>Federica Botti</i>	43
Le nuove frontiere della funzione educativa genitoriale: il diritto dei genitori di avviare la prole al proprio credo <i>Monia Ciravegna</i>	73
Parità di genere nella relazione matrimoniale tra <i>bonum coniugum</i> (dell'ordinamento canonico) e dovere di solidarietà fra i coniugi (del diritto italiano) <i>Mariangela Galluccio</i>	89



 SECONDA SESSIONE

Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture <i>Antonio Fuccillo</i>	109
Le relazioni familiari in crisi tra diritto civile e diritti religiosi <i>Natascia Marchei</i>	111
Il consenso al divorzio nel diritto ebraico: per una mediazione interculturale tra autonomia confessionale e ordinamento inglese <i>Andrea Micciché</i>	129
Il fenomeno della prigionia coniugale dalla prospettiva nordamericana: l'ordinamento canadese e statunitense <i>Tania Pagotto</i>	143
'Delibazione' delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e ostatività della convivenza coniugale: il limite dell'ordine pubblico nella "diversa esegesi" della recente giurisprudenza di legittimità <i>Greta Pavesi</i>	161
Conclusioni e chiusura del Convegno <i>Sara Domianello</i>	177

COMUNICAZIONI

La pietà filiale nella tradizione confuciana. Aspetti dottrinali, storici e giuridici <i>Daniele Arru</i>	189
Dopo di noi. La disabilità in famiglia tra diritto e religione <i>Francesco Sorvillo</i>	205
Quando educare i figli fa problema. L'incerto confine tra libertà religiosa e paternalismo <i>Salvatore Taranto</i>	219

PRIMA SESSIONE





Relazioni familiari, identità di genere e autonomia personale tra diritti religiosi e ordinamenti civili

Andrea Zanotti*

1. L'iniziale riconducibilità a un'unica matrice del matrimonio canonico, del matrimonio civile e della famiglia

Si narra che Federico II di Prussia, musicista di valore, volesse omaggiare Johann Sebastian Bach mettendolo, al contempo, alla prova. Lo invitò a corte e gli propose di svolgere, improvvisando, un tema musicale chiuso, impossibile da sviluppare. Egli scelse così di arricchire il tema, inventando una serie di canoni musicali sin lì sconosciuti, intitolando l'opera «Das musikalische Opfer», nota oggi come «L'Offerta musicale». Ma "Opfer" in tedesco significa offerta nel senso di "sacrificio", "vittima sacrificale": e questo particolare svela l'intento ironico di Bach di ripagare la provocazione del Re con una moneta ironica e pregiata. Certo l'amica Sara Domianello non è Federico II di Prussia, né tantomeno il sottoscritto Johann Sebastian Bach: ma si affaccia alla mente questo aneddoto perché riflette la difficoltà di articolare con un qualche costrutto l'argomento assegnatomi. Infatti, un tema come quello che mi è stato chiesto di trattare, poteva rappresentare, fino a qualche anno fa, un intrigante esercizio di stile. Ci si muoveva ancora abbastanza a proprio agio dentro categorie consolidate: una sorta "comfort zone" dove i parallelismi tra matrimonio civile e religioso, i confronti tra i diversi "tipi" di famiglie correvano sui binari di una tradizione ancora percepibile, nella quale l'impronta dell'istituto canonistico del matrimonio aveva costituito il calco anche per quello civile¹.

* Università di Bologna.

1. Cfr., per tutti, Angela Maria Punzi Nicolò, *Due modelli di matrimonio*, in *Matrimonio*



Era dunque sufficiente, avendo un punto di riferimento, rendere conto delle variazioni e costruire una comparazione tra modelli.

E questa operazione ricostruttiva era praticamente obbligata, se si pone mente al fatto che il matrimonio civile fu introdotto nell'ordinamento post-unitario in virtù di una rivendicazione di carattere giurisdizionale riportabile all'ancora belligerante orizzonte dei rapporti tra uno Stato liberale e anticlericale e una Chiesa oltranzista ed orfana della sua temporalità, più che alla necessità di creare un nuovo modello di matrimonio e famiglia². L'impianto di fondo, che il matrimonio civile accoglieva nel Codice Pisanelli, era e rimaneva sostanzialmente quello tramandato dai secoli sedimentati di un cristianesimo che ne aveva fornito i contenuti teleologici, gli elementi giuridici, i rimandi simbolici nonché la struttura formale e liturgica. Questa sovrapposizione, del resto, era del tutto comprensibile, stante la convergenza di interessi – sia pur per motivi, al fondo, diametralmente opposti – tra lo Stato e la Chiesa nel regolamentare il rapporto tra l'uomo e la donna: l'orientamento procreatico (incentivazione di economie non tecnologiche, per parte dello Stato e legittimazione della eterosessualità matrimoniale *ex parte Ecclesiae*), la fedeltà (buon costume e sicurezza dei natali, per parte dello Stato, orientamento ispirato alla *ratio peccati*, *ex parte Ecclesiae*), l'indissolubilità (stabilità dell'ordine sociale, per parte dello Stato, riflesso simbolico dell'immagine delle nozze mistiche tra Cristo e la Chiesa, *ex parte Ecclesiae*)³. Questa coincidenza di interessi, a ben vedere al fondo discordanti, scema fino a diventare incompabile negli anni Settanta del secolo scorso, che ci consegnano un matrimonio civile totalmente disassato rispetto al modello di provenienza canonistico: e con esso in concorrenza. Stava cambiando un'antropologia, mentre noi giuristi interpretavamo – in continuità col passato, tolte rare eccezioni⁴ – i cambiamenti con i nostri strumenti consueti.

concordatario e giurisdizione dello Stato, a cura di Lorenzo Spinelli, Giuseppe Dalla Torre, Bologna, Pàtron, 1987, pp. 11 ss.

2. Sulle vicende che hanno segnato l'introduzione del matrimonio civile in Italia, si vedano le belle pagine di Giuseppe Dalla Torre, *Ancora su «due modelli di matrimonio». Considerazioni fra diritto e storia*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 1988, n. 1, pp. 33 ss.

3. Su ciò vedasi Giuseppe Caputo, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, Tomo II, *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Padova, Cedam, 1984, pp. 77 ss.

4. Giuseppe Caputo, *Op. cit.*, p. VI: «Nella solitudine della città secolare l'uomo si ancora ad una sola ed immediata certezza, ad una sola ed immediata sacralità: la sacralità

2. L'affacciarsi, in una dimensione ormai globale, di altre concezioni religiose di unioni coniugali e familiari

D'altronde, la velocità con la quale sono maturati capovolgimenti d'orizzonte di inedita radicalità è stata così repentina da rivelare una sorta di dislivello interpretativo prometeico.

In verità, il mutare dei fondamenti dell'istituto civilistico era solo l'inizio di una rottura di faglia che oggi si palesa come una crisi di civiltà: quale preistoria che non conosce continuità alcuna col passato dal quale proveniamo. Il regime di monopolio detenuto dal matrimonio si è rapidamente sfaldato, registrando un calo drastico dei matrimoni e l'affiancarsi di altri modelli legali volti a interpretare le relazioni giuridiche di coppia⁵. Si è aperto, se così possiamo dire, un vero e proprio mercato, volto a interpretare nuove domande e inediti scenari, nei quali anche una pluralità di modelli religiosi di matrimonio si sono affacciati alla ribalta della globalità. Così abbiamo cominciato a conoscere e insegnare i fondamenti del matrimonio islamico ed ebraico, induista e buddhista, ortodosso o protestante: di talché abbiamo deciso di avviare, a Bologna, un nuovo insegnamento: "Matrimonio e famiglia tra diritti religiosi e diritti statali", che sta riscuotendo un successo sorprendente e incrementale e per il quale è di prossima pubblicazione un nuovo manuale. Di tali mutamenti si registrano riflessi e incidenze sull'ordinamento italiano: si pensi ai fenomeni migratori che insediano sul territorio nazionale famiglie poligamiche, al riconoscimento di ripudi pronunciati all'estero e accolti come divorzi nel nostro ordinamento in virtù di norme di collegamento invalse e azionate dal diritto internazionale privato; mentre, al contempo, i processi di delibazione delle sentenze canoniche di nullità sono di-

del corpo: che è presenza ed oblio, uragano e melodia delle sfere. Eros sovrasta ben presto gli Dei dell'effimero e regna sovrano nel nuovo Pantheon.... Come tutti gli Dei egli è possessivo e non tollera regole e discipline: travolge implacabile le vecchie fedi e le antiche obbedienze. Modelli istituiti, come quello della famiglia, entrano in crisi: ed in crisi entra anche la tradizionale dialettica tra norma e trasgressione. Non rischia, però, questo Dio prepotente e geloso, cancellando tutte le norme, di cancellare anche le condizioni della sua esistenza? Non rischia di distruggere se stesso il divino distruttore, di perdere il proprio empito dionisiaco annegandosi in un'apollinea ed asettica permissività e tolleranza? Il gesto non è più gesto quando si fa abito e ripetizione».

5. Sulla generale obsolescenza dell'istituto del matrimonio, non solo quello concordatario, si veda Geraldina Boni, *Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?*, in «Arch. giur. online», 2023, n. 1, pp. 1-107: qui, segnatamente, pp. 1-6; Michele Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, p. 881.



ventati come crune d'ago dalle quali è più facile far transitare cammelli che sentenze ecclesiastiche⁶. Purtuttavia i diritti religiosi – e restringerò qui il campo a quelli relativi ai tre monoteismi – presentano, pur nella loro irriducibile diversità, alcuni tratti generali che possono fungere da minimo comun denominatore: la radice eterosessuale procreativa e la natura in parte privatistica di un atto che si apre ad una dimensione *naturalmente e storicamente* sociale. Questi due elementi rappresentano facce di una medesima medaglia. L'eterosessualità matrimoniale rappresenta infatti l'unica pratica sessuale lecita prevista dagli ordinamenti religiosi; per essa l'uomo e la donna collaborano con Dio alla creazione: pro-creano, appunto. Tutte le altre condotte sessuali sono penalmente sanzionate: dalle unioni sessuali prematrimoniali, all'adulterio, all'omosessualità; persino, nel diritto ebraico, la masturbazione. D'altro canto, la famiglia che dall'unione sponsale origina, non solo risponde al fine generalissimo della propagazione del genere umano: ma apre a una socialità funzionale alla crescita della comunità cui essa appartiene. La dimensione collettiva propria delle visioni religiose del mondo gioca qui un ruolo di primo piano: dai vincoli che la Umma genera nell'orizzonte musulmano, alla concezione tomistica – risalente all'elaborazione aristotelica – dell'uomo come animale sociale, alla storia stessa dell'ebraismo, che è, a ben vedere, una storia di famiglie⁷. Ruolo dunque centralissimo e strategico, quello occupato da questo istituto nei monoteismi, che lo difendono altresì nella sua monoculturalità: vietando, con l'istituzione di specifici impedimenti, le unioni dispari, che potrebbero mettere a rischio l'appartenenza confessionale del coniuge e l'educazione della prole nella tradizione religiosa di appartenenza⁸. In questa prospettiva, il matrimonio è la principale cerniera che articola pubblico e privato: riguardando, da

6. Cfr. Marco Canonico, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2015, n. 25, p. 31; Id., *Nullità matrimoniali canoniche ed ordine pubblico italiano*, in «Ius Ecclesiae», 2020, n. 1, pp. 92-94; Geraldina Boni, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2017, n. 5, p. 53; Ead., *Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?*, cit., p. 17.

7. Così Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in Roberta Aluffi Beck Peccoz, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di Silvio Ferrari, Torino, Giappichelli, 2006, p. 3.

8. Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 102-103.

un lato, l'intimità sponsale e filiale ma intessendo, dall'altro, la filigrana della *societas fidelium*, che fu per molti secoli cristiani – e ancora oggi è in molti contesti islamici – anche la *societas civium*⁹.

Sono questi alcuni degli elementi portanti che formano il retroterra e, per così dire, l'ancoramento antropologico dei matrimoni monoteisti, pur differenziandosi essi tra loro anche in maniera notevole. Il divenire, cui sono soggetti, detta invarianze che non possono intaccare le loro fondamenta, rese indisponibili dal radicamento in un diritto divino, per definizione, irrimediabile.

Così poligamie, asimmetrie di genere nella fase costitutiva o estintiva del vincolo, ruoli familiari scolpiti nella *inaequalitas* rappresentano elementi di distonia, nel rapporto con gli ordinamenti secolari, che vanno bilanciati e risolti dalla giurisprudenza alla luce delle norme costituzionali italiane e dei principi supremi della nostra Carta. Quando, beninteso, tali distonie non tocchino i lidi del diritto penale: come nel caso di matrimoni forzati, maltrattamenti inflitti a scopo correttivo, limitazioni all'autonomia personale, fisica o psicologica: e già abbiamo conosciuto un cambio di paradigma del diritto penale, con l'elaborazione di quella categoria di "reato culturalmente orientato" volta proprio a aumentare i limiti di elasticità enzimatica di quella branca del nostro ordinamento¹⁰.

3. La progressiva e vorticoso obsolescenza del matrimonio e l'affermarsi di nuove forme di convivenza

Ma l'irrompere sulla scena di tipologie di matrimoni provenienti da altri universi etnico-religiosi non ha costituito, a nostro dire, l'elemento più rilevante e dirompente di questo scenario: il dato più clamoroso è senz'altro costituito dallo scollamento degli interessi, un tempo apparentemente convergenti, tra Stato e Chiesa cui abbiamo fatto cenno.

9. Cfr. Francesco Castro, *Il modello islamico*, a cura di Gian Maria Piccinelli, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 112 ss.; Andrea Zanotti, *Pubblico e privato nell'ordinamento canonico: il superamento di questo confine nella società globale*, in *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, a cura di Paulo Pulido Adragão, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 37 ss.

10. Già da tempo la dottrina penalistica ha cercato di elaborare, in proposito, nuovi paradigmi di riferimenti; citiamo qui, tra gli altri, a titolo esemplificativo e indicativo, i seguenti lavori monografici: Fabio Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010; Alessandro Bernardi, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010; Id., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2010; Cristina De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010.



L'affermazione folgorante dell'automazione nei processi produttivi, una conquistata signoria sul corpo, il radicamento di un protagonismo femminile e la progressiva sovrappopolazione del pianeta hanno cambiato totalmente lo scenario, disvelando, nell'arco di un battito di ciglia, come non rientrasse più negli interessi delle società occidentali post-secolarizzate la vocazione eterosessuale del matrimonio orientata alla procreazione, la sua indissolubilità, la sua stabilità vigilata dalla fedeltà¹¹. Nella prima metà degli anni Settanta del secolo scorso si disegna una definitiva incompatibilità tra il modello canonico e civile del matrimonio: la riforma del diritto di famiglia testimonia il rifluire di tutto questo comparto in un ambito esclusivamente privatistico, orfano di qualsiasi ispirazione finalistica insufflata dallo Stato¹². Era solo l'inizio di un processo e l'avanguardia di una nuova stagione: che si affermava attraverso l'affrancazione del matrimonio civile dal suo antico alveo canonico, ma che era destinata ad andare oltre, sulla spinta di un'antropologia trainata dalla tecnica ed eversiva del vecchio ordine. La risultante di queste sollecitazioni si sdoppiava in due direzioni: dare, per un verso, cittadinanza formale e giuridica ai rapporti tra persone dello stesso sesso, istanza ormai affermata in larga parte degli ordinamenti occidentali; e delineare, per altro verso, nuove figure di possibili convivenze che non conoscessero gli obblighi e gli impegni derivanti dello schema matrimoniale, ridotto, peraltro, ormai a puro simulacro. Così, per effetto della legge 20 maggio 2016, n. 76, al matrimonio concordatario e a quello civile che originano la famiglia tradizionale, si sono affiancati altri due nuovi tipi legali: l'unione civile (art. 1 cc. 1-35) e le convivenze di fatto (art. 1 cc. 36-69). Entrambe si qualificano come formazioni sociali: e il legislatore sceglie di disciplinarle fuori del contesto codiciale, differenziandone il nome e distinguendole, in questo modo e non a caso, dalla famiglia costituzionalmente definita, all'articolo 29, «quale società naturale fondata sul matrimonio».

Questa aggettivazione "naturale" non è affatto secondaria: ma pone una questione centrale. Le parole custodiscono sempre un potere: qui l'idea di natura che il costituente utilizza contiene una implicazione me-

11. Cfr. Andrea Zanotti, *I difficili transiti della famiglia nel nuovo mondo e l'irrinunciabile alterità del diritto canonico*, in *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, a cura di Ilaria Zuanazzi, Maria Chiara Ruscazio, Tricase, Libellula, 2018, pp. 177-199, in particolare, pp. 195 ss.

12. Questa linea di indirizzo era già stata lucidamente colta da Luigi Mengoni, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La coscienza contemporanea tra "pubblico" e "privato": la famiglia al crocevia della tensione*, Milano, Vita e Pensiero, 1979, pp. 267-288.

tafisica. E non solo nel significato cristiano invalso nella tradizione per il quale “natura id est Deus”: ma in riferimento, altresì, ad un’accezione laica del termine. Non c’è dubbio, infatti, come anche nell’universo darwiniano – che fonda una visione per così dire non religiosa dell’origine della vita – la natura precede l’uomo, e lo prescinde: e il dimorfismo sessuale è lo strumento di cui essa si serve per affinare le specie più evolute, non essendo dunque in alcun modo riconducibile ad un frutto della cultura umana. D’altronde il costituente non poteva che muoversi in questo quadro di riferimento gnoseologico: il superamento della natura avverrà, su questa trincea, qualche decennio più tardi; bisognerà infatti aspettare il 1978 per veder nascere Louise Brown, la prima persona, nella storia dell’umanità, concepita sinteticamente¹³. Le parole usate dall’articolo 29 si qualificano dunque come inequivoche e non soggette a libera interpretazione: laddove se ne volesse mutare il contenuto, aprendolo ad uno spettro omnicomprensivo, si dovrà aprire necessariamente un processo di revisione costituzionale. Non è certo un vezzo nominalistico: ma la rivendicazione dell’utilizzo del termine matrimonio e famiglia ad altri tipi di unioni rivela un sotteso retroterra ideologico: veemente, forse il più sensibile ed acuto in una stagione che si pensava caratterizzata dalla morte delle ideologie¹⁴.

13. Sulla ricostruzione delle tappe che hanno condotto a questo risultato, si veda Andrea Zanotti, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 3 ss.

14. Circa il dibattito costituzionalistico intorno al citato art. 29 si rinvia, *ex multis*, a Vittorio Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell’articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in «Storicamente», 2010, pp. 1-61; Enrico Giarnieri, *Alcune considerazioni circa le unioni omosessuali tra la “società naturale” dell’art. 29 e le “formazioni sociali” dell’art. 2 della Costituzione Italiana*, in «Angelicum», 2012, n. 1, pp. 245-256; Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in «Gruppo di Pisa», 2013, n. 2, pp. 1-24; Ead., *Sub art. 29*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, Vol. I, Principi fondamentali e Parte I - Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, a cura di Francesco Clementi, Lorenzo Cuocolo, Francesca Rosa, Giulio Enea Vigevano, Bologna, il Mulino, 2021², pp. 209-215; Filippo Donati, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in «Rivista AIC», 2014, n. 4, pp. 1-12; Maria Francesca Tommasini, *I rapporti familiari tra tradizione e attualità*, in «Dir. fam. e pers.», 2018, n. 1, pp. 259-283.



4. La dilatata offerta dei modelli possibili di relazioni giuridiche di coppia

Peraltro, proprio noi più di altri sappiamo bene quanto i nomi siano importanti: quanto il battesimo abbia una valenza fondativa, connotandoci, in maniera indelebile, dentro una comunità con una identità non surrogabile. E, già che ci siamo – aperta parentesi polemica – tanto lo sappiamo, come disciplina, da suscitare spaesamento questa nuova etichetta che forse ci verrà appioppata, *Diritto e Religione*: endiadi con la quale si indentificavano, usualmente, due materie di contorno nei programmi scolastici stilati per futuri ragionieri, geometri, periti tecnici; con buona pace della nostra alta tradizione canonistica ed ecclesiasticistica dalla quale proveniamo e che non siamo riusciti a difendere. Chiusa parentesi.

Certo l'offerta dei modelli possibili di relazioni giuridiche di coppia si è notevolmente arricchita: aprendo il ventaglio delle possibilità. Per esso le coppie omosessuali che prima avevano come riferimento la sola convivenza non regolamentata, hanno oggi la possibilità di opzione tra unione civile e convivenze di fatto, mentre quelle eterosessuali non sono più costrette a scegliere tra una disciplina rigida e impegnativa come il matrimonio ed una fattispecie incerta e poco solidale come la convivenza *more uxorio*, potendo così modellare la loro relazione secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità¹⁵. In verità, il panorama di questo arcipelago è assai più vasto e frastagliato e si allarga a considerare le convivenze rafforzate da un contratto, previsto agli artt. 50 e ss. della legge n. 76/2016; le convivenze non regolamentate o libere, che sfuggono alle previsioni della medesima legge; i patti di convivenza, ossia i contratti di convivenza atipici volti a regolare aspetti, modalità o la cessazione della convivenza medesima che potranno, se del caso, essere regolati (ove diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela) *ex art.* 1322 c. 2 del codice civile¹⁶.

Vale la pena soffermarsi un momento, ai fini del ragionamento che stiamo conducendo, a censire le distanze tra il modello tradizionale di fa-

15. Antonio Albanese, *Il nuovo diritto delle famiglie. Struttura dell'opera [Cap. 1]*, in *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formule contrattuali*, a cura di Antonio Albanese, Pisa, Pacini, 2018, p. 34.

16. Cfr. Davide Achille, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, n. 11, pp. 1570-1581.

miglia e gli altri tipi legali. Più vicina a tale figura risulta senz'altro essere l'unione civile, che mutua dal matrimonio le tutele e i diritti-doveri che in esso si dispiegano: la coabitazione, l'obbligo reciproco di assistenza; la contribuzione ai bisogni comuni; la pubblicità dell'atto costitutivo, reso alla presenza di due testimoni e di un pubblico ufficiale; i capi di invalidità; l'iscrizione nel registro dello stato civile. Si annotano, cionondimeno, rilevanti differenze che di seguito sunteggiamo per sommi capi: non si prevede, nonostante il regime di pubblicità dell'atto, una celebrazione connessa alla solennità del rito; gli effetti riguardano solo ed esclusivamente i membri della coppia, non sorgendo alcun vincolo giuridico di affinità tra una delle parti dell'unione e i parenti dell'altra; l'assenza di ogni obbligo reciproco di fedeltà; una dissoluzione dell'unione civile più semplice e celere, perché priva della separazione legale e perché il divorzio può essere introdotto dalla volontà unilaterale di una sola parte manifestata dinanzi all'ufficiale di stato civile¹⁷.

Diversamente, le convivenze di fatto si differenziano notevolmente dal modello matrimoniale, essendo caratterizzate da un'ossatura normativa molto più leggera ed essenziale, riconducibile piuttosto a una natura contrattuale che istituzionale. Questo indirizzo, d'altronde, corrisponde sia all'opzione di libertà cui si ispirano le parti e che verrebbe limitata da una eccessiva giuridicizzazione del rapporto, sia al portato degli approdi più recenti della giurisprudenza¹⁸. La costruzione giuridica risulta dunque minimalista, dove certamente, nel bilanciamento tra libertà e responsabilità, è senz'altro la prima a prevalere. Questo dato emergerà con ulteriore nettezza laddove si noti che non sono rinvenibili prescrizioni di alcun tipo circa alcuni elementi indicatori importanti, tra i quali: la fedeltà, gli obblighi di assistenza morale e materiale (che pure l'articolo 36 richiama in via definitiva), il dovere di coabitazione, la collaborazione reciproca, la fissazione della residenza, l'obbligo di mantenimento alla fine del rapporto per un periodo proporzionale alla sua durata¹⁹. Così, per conviventi di fatto si definiscono «due persone maggiorenni uniti stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza materiale e morale, non vincolati da rapporti di parentela, affinità o adozione, da ma-

17. Antonio Albanese, *Op. cit.*, pp. 44-45.

18. Leonardo Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, p. 931.

19. Cfr. Luigi Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 927 ss.; Carlo Bona, *La disciplina delle convivenze*, in *Unioni civili e convivenze*, a cura di Geremia Casaburi, Ida Grimaldi, Pisa, Pacini, 2016, pp. 143 ss.



trimonio o unione civile»²⁰. Va notato come il legame affettivo deve essere di coppia – a prescindere dal genere – e che dunque la protezione non possa essere accordata a gruppi o aggregazioni di convivenze, come viene oggi rivendicato da sostenitori e fautori del cosiddetto “poliamore”²¹. L’elemento della stabilità, invece, sfuma in contorni indefiniti e difficilmente definibili: tanto che la dottrina, per uscirne, deve far riferimento alla nozione di «pratiche spontanee e non occasionali di comportamenti corrispondenti all’attuazione di quelli che nella famiglia legittima sono i diritti e i doveri reciproci dei coniugi»²². Questa estrema mobilità di contorni conosce, inevitabilmente, un riflesso anche in materia successoria, ove, di fatto, le unioni civili si atteggiano sulla falsariga del matrimonio, riconoscendo, alla parte superstite, la qualità di legittimario; mentre invece, per quel che riguarda le convivenze, poco è cambiato rispetto al passato, dal momento che lo strumento principe di predisposizione successoria rimane il testamento²³. Per quel che concerne la prole, la riforma del 2012/2013 (l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) azzera la precedente pluralità di *status filiationis* (legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile) riconducendola ad un unico stato di figlio; cosicché il rapporto tra genitori e figli è regolato unitariamente agli artt. 315-bis e ss. c.c., senza più distinzione tra matrimonio e convivenza al di fuori dal matrimonio²⁴.

Per le unioni civili il tema può sorgere quando una o entrambe le parti abbiano avuto figli da precedenti relazioni eterosessuali: la prole avrà i diritti di parentela rispetto ai parenti del genitore che l’ha riconosciuta; riguardo al rapporto tra il figlio di un unito civilmente (o di un convivente omosessuale) e l’altro partner, occorre rinviare alle problematiche relative alla c.d. *stepchild adoption* (adozione del figliastro). Tema ancora acerbo, tutto in divenire di cui ci siamo recentemente occupati in altra sede, rispetto al quale la giurisprudenza ha cominciato ad aprire degli

20. Tale è infatti la definizione scolpita nel comma 36 dell’art. 1 l. n. 76/2016. Cfr. Mario Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 866 ss.

21. Cfr., su tale fenomeno, Elisabetta Grande, *Il poliamore, i diritti e il diritto*, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», maggio 2018, pp. 1-24.

22. Antonio Albanese, *Op. cit.*, p. 46.

23. Giovanni Bonilini, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente” e del convivente*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 980 ss.

24. Cfr. Maria Dossetti, *Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili*, in «Fam. e Dir.», 2015, n. 10, pp. 941 ss.

spiragli, facendo emergere la figura del “genitore sociale”²⁵. Così, la regolamentazione del rapporto tra il figlio biologico di uno dei componenti e il genitore sociale rimane oggi incerta; nelle sue molteplici proiezioni essa non interessa, tuttavia, solo le coppie *same sex* che intendono dar corso a processi procreatici, ma anche quella pluralità di famiglie c.d. ricostituite o ricomposte, nelle quali almeno uno dei membri proviene da una precedente esperienza o matrimoniale (vedovi o divorziati), o di convivenza da cui siano nati figli, o da un nucleo formato da un solo genitore naturale e dal figlio²⁶.

Non sarà sfuggito come a più riprese si siano richiamati concetti giuridici indeterminati, quali “stabilità”, “periodo proporzionato alla convivenza”, “meritevolezza dell’interesse perseguito”; definizioni e principi aperti, quali “formazioni sociali”, “genitore sociale”, facendo non di rado ricorso a concetti elastici quando non anche a clausole generali dell’ordinamento. Ciò non renderà semplice l’opera di interpretazione delegata al giudice: aprendo il fianco al prevalere, in tale opera, a possibili atteggiamenti psicologici o di personali convinzioni di carattere filosofico, esistenziale, politico del magistrato²⁷.

5. Quali rapporti affettivi per quale libertà? Le relazioni familiari senza famiglia e l’irriducibilità di una nuova antropologia all’impronta del sacro

Il panorama sin qui tracciato – ben sapendo, peraltro, che la realtà è più ricca della fantasia – mostra una gamma di ipotesi, di modelli, di possibilità di scelta inimmaginabile sino a qualche anno fa. La domanda che sorge spontanea è dunque quale tipo di rapporto, di unione, di convivenza per quale libertà? Quale diversa antropologia cerca di tradurre il diritto nell’universo delle possibilità contemplate?

Qui la cesura tra la civiltà dalla quale proveniamo, che deriva, anche nelle sue espressioni più radicalmente laiche, dall’impronta del sacro, e quella tecnologica definitivamente affermatasi è, come abbiamo già ri-

25. Si veda Leonardo Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2016, n. 12, pp. 1707 ss.; Alessandra Arceri, *Filiazione ed adozione. La stepchild adoption [Cap. XVI]*, in *Le nuove famiglie*, cit., pp. 351 ss.

26. Cfr., per tutti, Enrico Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 966 ss.

27. Così Enrico Quadri, “*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*” e “*convivenze*”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all’interprete, in «Corr. giur.», 2016, n. 7, pp. 893 ss.



chiamato, radicale: e non va interpretata semplicemente assimilandola a quei tratti di novità che sempre accompagnano l'avvicinarsi delle generazioni²⁸.

I monoteismi prevedono tre pilastri essenziali del matrimonio che fonda la famiglia: il vincolo di sangue (basti pensare alla rilevanza del *nasab* [vincolo di sangue], vero asse ricostruttivo del matrimonio e della famiglia islamici, alla presenza degli impedimenti di consanguineità e affinità, per quanto ridotti nel CIC 1983, alla incomprendibilità, al di fuori di questa logica, di un istituto come la *chalizà* [levirato] nel diritto ebraico); la stabilità e la vocazione sociale dell'istituto; la procreazione come orientamento imprescindibile e finalità primaria dell'unico esercizio lecito della sessualità, quella eterosessuale matrimoniale suggellata dal precetto (penalmente presidiato nel diritto ebraico e nel diritto islamico) della fedeltà.

Non uno di questi principi cardine trova ormai cittadinanza nel perimetro del nostro ordinamento; di più, di più ancora: essi vengono avvertiti come inconciliabili rispetto a quel principio di autonomia personale che regge tutta l'evoluzione recente del sistema, processata sull'interpretazione sempre più estensiva degli artt. 2 e, soprattutto, 3 della Costituzione, vero "motore immobile", per così dire, nell'avanzamento dei diritti²⁹. Non è più il sangue il principio paradigmatico, ma l'affettività: e vien meno, senza di esso, l'idea di una famiglia che affidava alla proprietà, attraverso il sistema successorio, la garanzia del proprio tramandarsi nella storia. Sparisce il vincolo di affinità, un tempo così rilevante nelle strategie familiari e nell'organizzazione domestica: ancora oggi, ad esempio, nel diritto islamico le cugine non sono proibite; anzi, proprio con le figlie del fratello del padre si stringono tradizionalmente i matrimoni preferenziali³⁰. La stabilità del vincolo familiare, pietra miliare di costruzione delle civiltà tradizionali, si è volatilizzata, così come si è dissolta la sua dimensione sociale, assorbita e anestetizzata dalla sua

28. Cfr. Andrea Zanotti, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana. Riprendendo, un quarto di secolo (o qualche era geologica?) dopo, un dialogo mai interrotto con Giuseppe Caputo*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2015, n. speciale «Daimon. Diritto comparato delle religioni», pp. 9-44: qui, p. 15.

29. Nello stesso senso, Antonio Albanese, *Op. cit.*, pp. 30-31.

30. Cfr. Roberta Aluffi Beck Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in Roberta Aluffi Beck Peccoz, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, cit., p. 192; Francesco Castro, *Op. cit.*, pp. 39-40.

progressiva ed irresistibile attrazione nella sfera – e non solo in termini giuridici – privatistica.

Congedato il principio della fedeltà, la tecnica ha poi metabolizzato l'avvenuto distacco tra sessualità e procreazione, non individuando più il matrimonio come il luogo della trasmissione della vita. La sessualità non conosce alcun *telos* che non sia la propria libera fruizione; e, d'altro canto, la trasmissione della vita è affare che riguarderà sempre di più, se si confermerà la via tendenziale in atto, un processo di assistenza medica dedicata ai soggetti che vi vogliono procedere³¹.

Tutto questo si è già invero da tempo, assumendo implicazioni tali da rendere, per riprendere e portare a piena comprensione la suggestione musicale iniziale, il tema della famiglia non più sviluppabile. Esso, nel nostro ordinamento – a differenza di quanto accade nei diritti monoteisti – è divenuto un tema musicalmente chiuso. Rimangono, invece, da interpretare secondo nuovi canoni – come fu per Bach – relazioni familiari orfane della famiglia. In questa libertà liquida, che sembra peraltro tendere allo stato gassoso, una linea di sviluppo, un'ipotesi ricostruttiva forse si può però cogliere.

6. Lo stagiarsi in primo piano, sull'orizzonte totemico dei diritti, dell'autonomia personale e dell'identità di genere

Il processo in atto appare infatti guidato dall'affermazione totemica dei diritti: diritti umani e soggettivi che paiono camminare velocemente nella direzione di trasformare desideri e volizioni personali in pretese che ambiscono ad essere riconosciute e protette dal diritto come affermazioni perentorie della propria libertà e identità³². È l'autodeterminazione a guidare la conformazione dell'identità sessuale secondo una sensibilità talmente estesa da trovare con difficoltà il suo punto di cristallizzazione. Abbiamo già esaminato in altra sede, ma è utile richiamare qui, la pronuncia della Cassazione del 20 luglio 2015 in tema di cambiamento di genere³³. Tale sentenza ribaltava un indirizzo consolidato ed accoglieva una diversa interpretazione della legge n. 164 del 1982, non richiedendosi più, ai fini della registrazione presso i pubblici uffici del

31. Così Andrea Zanotti, *La vita a comando*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2021, n. 3, pp. 716 ss.

32. Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, cit., pp. 56 ss.

33. Corte Cass., sez. I civile 20 luglio 2015, sentenza n. 15138: se ne veda il testo commentato in «Diritto e Giustizia», 21 luglio 2015.



cambiamento di identità sessuale, l'intervento chirurgico pure esplicitamente previsto dall'art. 1 della legge in parola. Questo adeguamento del «soma alla psiche» viene così affidato alla percezione del soggetto richiedente; e si ritiene sufficiente, per ottenere la rettificazione dell'atto di nascita, la modificazione dei soli caratteri sessuali secondari e non più di quelli morfologici primari³⁴. Ma ciò che ci interessa richiamare è come il punto d'equilibrio risultasse, in quella pronuncia, tutto incentrato sulla considerazione unica ed esclusiva della persona in gioco, divenendo irrilevante qualsiasi altro ordine di considerazioni, ivi comprese quelle relazionali e sociali, considerate, un tempo, determinanti: «L'identità di genere è un profilo relevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale. Lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare. Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche né la diversità sessuale delle relazioni familiari non più considerati né dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea né dalla Convenzione Europea dei diritti umani un presupposto naturalistico del negozio matrimoniale...»³⁵. Il sistema giuridico si muove dunque nella direzione di far coincidere il più velocemente possibile il desiderio e la sua realizzazione, privilegiando l'autodeterminazione personale rispetto a qualsiasi altro interesse: facilitando così i transiti di una libertà soggettiva che non tollera più latitudini e longitudini. In questa direzione si è orientato anche il regime del divorzio breve ottenibile in Comune e senza l'assistenza di un avvocato, favorendo senz'altro la celerità della procedura: ma sacrificando, con ogni probabilità, anche le minime esigenze di giustizia, dal momento che, normalmente, in qualsiasi coppia, una delle parti si configura sempre come più forte – economicamente, psicologicamente, caratterialmente – rispetto all'altra. Ma ciò accade anche in ambito procreatico, dove – come già abbiamo analizzato recentemente in altra sede³⁶ – il desiderio di mettere in campo un “progetto genitoriale” sposta il baricentro della trasmissione della vita dall'esercizio della sessualità a procedure medicalmente assistite. La genitorialità si affranca così dal legame biologico per collocarsi dentro l'ambito di una socialità che non co-

34. Andrea Zanotti, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana*, cit., p. 28.

35. Andrea Zanotti, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana*, cit., p. 29.

36. Andrea Zanotti, *La vita a comando*, cit., pp. 705 ss.

nosce peraltro più, per i transiti sin qui esplorati, un radicamento stabile: come pure esigerebbe la bandiera, issata da pronunce giurisprudenziali nostrane ed europee, del *best interest of the child*, slogan troppo spesso usato come grimaldello per svellere resistenze e perplessità sollevate da “progetti genitoriali” non di rado destinati – come proprio le sequenze giurisprudenziali esaminate spesso impietosamente mostrano – a naufragare nello spazio, pur non così dilatato, che separa due gradi di giurisdizione: lasciando sul campo orfani di genitori sociali o biologici ancora in vita e pronti ad affrontare nuove intraprese esistenziali³⁷.

7. La sessualità come pura autoreferenzialità e l’implodere della procreatica nella monogenitorialità

E nello svaporare della famiglia per lasciar posto a mere relazioni familiari, anche la monogenitorialità torna ad affacciarsi alla ribalta. Naturalmente il caso si presenta ai nostri occhi mostrando in primo piano il profilo medico-legale della fattispecie.

Ci riferiamo alla recentissima sentenza n. 161/2023, nella quale la Corte costituzionale affronta il tema della richiesta avanzata da una donna di trasferire in utero gli embrioni concepiti tramite PMA con il marito, dal quale poi, nel frattempo, si era separata³⁸. Come noto, la legge n. 40 del 2004 consente di accedere a tale metodica solo alle coppie coniugate o conviventi che esprimano per iscritto il loro consenso: e prescrive, all’articolo 6, di procedere in via sostanzialmente immediata al trasferimento in utero, stante anche il divieto di criocongelare gli embrioni.

In realtà le sentenze n. 151/2009 e n. 96/2015 della stessa Corte costituzionale avevano fatto venire meno – in presenza di particolari circostanze mediche – tale divieto di crioconservazione, dilatando così il tempo tra il consenso espresso ed il trasferimento in utero dell’embrione³⁹. Nel caso di specie, un’insufficienza endometriale dell’utero aveva sconsigliato l’impianto immediato, determinando un consistente differimento temporale, lungo il quale era venuta meno l’*affectio coniugalis*. La fattispecie, pur con delle varianti, non era, di per sé, inedita: e già i giudici di

37. Andrea Zanotti, *La vita a comando*, cit., pp. 709 ss.

38. Sentenza n. 161/2023, pubblicata in *G.U.* 26 luglio 2023, n. 30. Se ne veda il testo online in www.cortecostituzionale.it, Sezione Decisioni.

39. Per una ricostruzione dei percorsi interpretativi operati dalla Corte costituzionale sulla legge n. 40/2004, si veda: Silvia Talini, *Diritto all’impianto e revoca del consenso del padre. Nel “labirinto” della legge n. 40 del 2004*, in «Consulta online», 2023, n. 3, pp. 883 ss.



merito si erano, in proposito, pronunciati. In particolare, il Tribunale di Bologna, che a distanza di quindici anni ha dato risposte diverse a tale problematica. Una prima pronuncia risale al 2000: e con essa si negava – in circostanze praticamente identiche – il trasferimento in utero di un embrione con una motivazione che prendeva le mosse «dall'importanza che riveste la presenza della doppia figura genitoriale, per lo sviluppo integrale della personalità del bambino. Più in particolare, è stato ritenuto ed affermato ed il decidente condivide l'opinione che, l'esigenza antropologica fondamentale del minore di avere una figura paterna ed una materna di riferimento, per un integrale ed equilibrato sviluppo della sua personalità, conduce ad affermare che tale diritto possa essere incluso tra i diritti fondamentali tutelati dall'art. 2 della Costituzione in quanto costituirebbe uno dei presupposti per il normale svolgimento della personalità del soggetto. Tale diritto del figlio peraltro risulta come detto protetto e tutelato dall'art. 30 della Costituzione in cui è riconosciuto ed affermato il diritto del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto da parte dei propri genitori, nonché dall'art. 31 della Costituzione che proclama “il dovere dello Stato di proteggere l'infanzia favorendo gli istituti necessari a tale scopo” e pertanto non si può consentire il ricorso a forme di procreazione artificiale che, contro l'interesse del nascituro, lo priverebbero della figura paterna»⁴⁰.

Lo stesso Tribunale, nel 2014, rigettava, in prima istanza, il ricorso di una donna, rimasta vedova, volto ad ottenere l'impianto in utero di embrioni ottenuti attraverso la PMA, «ritenendo che possano accedere alla p.m.a. solo le coppie i cui componenti siano ancora in vita e che abbiano prestato il relativo consenso informato»⁴¹. Quello, prestato dal marito poi defunto, non poteva ritenersi irrevocabile, e comunque efficace a sedici anni di distanza: sicché il nuovo accesso alla PMA, ora richiesto dalla sola donna, non poteva essere autorizzato. Un anno dopo, invece, lo stesso giudice apre la strada a un'interpretazione diversa, fondandosi su di un passaggio delle linee guida correlate alla legge n. 40/2004 e adottate con d.m. 21 luglio 2004. Esse dettavano una normativa transitoria relativa alle procedure di fecondazione assistita intraprese antecedentemente alla suddetta legge del 2004; e prevedevano che in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, «la donna ha sempre il diritto di ottenerne

40. Tribunale di Bologna, Ord. 9 maggio 2000, in «Fam. e Dir.», 2000, n. 6, pp. 614 ss.

41. Cfr. Tribunale di Bologna, Ord. 17 gennaio 2014, confermata dal medesimo Tribunale con Ord. 12 maggio 2014. Se ne vada il testo in www.biodiritto.org.

il trasferimento»⁴². Su questa stessa strada che si è incamminata la Corte costituzionale con la recente, citata sentenza del luglio scorso, laddove, però, registriamo l'introduzione di variazioni sul tema che vale la pena cogliere nella loro portata. Qui il marito non era affatto morto, ma, come detto, vivo, vegeto e separato: logico che si opponga alla richiesta della moglie, paventando e abborrendo l'idea di diventare padre contro la sua volontà. Ma il ragionamento della Corte è serrato e indefettibile sull'articolo 6 della legge n. 40/2004: il consenso espresso alla PMA non è più retroagibile dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovocita, nemmeno di fronte ad una mutazione copernicana delle relazioni familiari maturata nella dilatazione temporale intercorsa tra fecondazione *in vitro* ed *embryotransfer*⁴³. L'argomentazione allora si sposta intorno all'articolo 3 della Costituzione: dove va finire il principio di eguaglianza tra due ex-coniugi in conflitto su di un punto così delicato? È costituzionalmente legittimo che prevalga la moglie? E per quale ragione? Per una ragione sostanzialmente medica, risponde la Corte. Se fosse l'uomo a voler imporre il trasferimento in utero la donna dovrebbe sottoporsi – contrariamente alla previsione dell'articolo 32 Costituzione – a un trattamento sanitario invasivo contro la sua volontà; mentre nell'ipotesi contraria no. Quindi, nella prospettiva della tutela della salute fisica e psichica della madre e considerata anche la dignità dell'embrione crioconservato che potrebbe attecchire nell'utero materno, «risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in riferimento agli articoli 2 e 3 Cost.»⁴⁴. Bilanciamento certamente discutibile, tenuto conto delle conseguenze di questa decisione sia nei confronti del padre sia del futuro figlio. Questa sentenza porta a riconsiderare come possibile (e in futuro probabilmente non resistibile) la monogenitorialità, quale espressione di autonomia personale spinta da una pulsione procreativa soggettiva affidata ad un processo decisionale che attrae la procreazione nell'orbita di un dominio medico. In questa dialettica l'embrione entra come un ulteriore lacerto delle relazioni familiari: entità di difficile definizione e che già una sentenza bolognese ancor più risalente equiparava agli effetti giuridici ad una

42. Ministero della Salute, Decreto 21 luglio 2004, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *G.U. Serie Generale* n. 191 del 16 agosto 2004.

43. Corte costituzionale, Sentenza n. 161/2023, pubblicata in *G.U.* 26 luglio 2023, n. 30, cit., cpv. 9-11.

44. Corte costituzionale, Sentenza n. 161/2023, cit., cpv. 12.3.



comunione indivisa, di talché se non c'era l'accordo delle parti nessuno ne poteva disporre. L'imbarazzo giudicante tradiva allora la difficoltà di qualificare il soggetto "embrione": equiparato, di fatto, ad un oggetto, ad un agglomerato di materiale biologico indisponibile⁴⁵. Nella pronuncia della Corte costituzionale 161/2023, invece, «la dignità dell'embrione» è invocata quale elemento fondante, seppure essa venga posta a servizio di un dispositivo volto a favorire la plausibilità di una pretesa unigenitoriale: problematica, di per sé, per il futuro della *spes hominis* che l'embrione racchiude⁴⁶. Dopo aver richiamato una propria sentenza (n. 84/2016) che sottolineava come l'embrione abbia «in sé il principio della vita» la Corte enuncia che «quale ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»⁴⁷.

8. L'universo della (ri)produzione globale e i nuovi paradigmi del controllo sociale: il gioco di specchi della libertà

È tuttavia interessante notare come questo passaggio sia, anche linguisticamente, guardingo, e tradisca una qualche incertezza. Come se tornasse a far capolino, toccando il tema dell'origine della vita, una complessità non riconducibile solo alle geometrie della genetica, alle semplificazioni delle quali, non di rado, si è nutrita e si nutre l'immanenza post-illuministica, l'*Aufklärung*. Come se un'inquietudine, una scossa elettrica, scuotesse qualche sicumera con la quale le culture laico-secolari, rispetto a quelle metafisico-religiose, hanno affrontato sin qui la mistericità della vita e dell'uomo. Certo non sfugge, in questo disassamento complessivo dei rapporti familiari nel quale ci si muove, che l'embrione si pone, come già evidenziato, quale posta in gioco per affermare lo sdoganamento dell'unigenitorialità femminile; tuttavia, questo indirizzo e

45. Cfr. Giuseppe Cassano, *Brevi riflessioni sul destino «in vitro»*, nota di commento a Tribunale di Bologna, Ord. 9 maggio 2000, in «Diritto e Diritti», dicembre 2000.

46. Corte costituzionale, Sentenza n. 161/2023, cit., ove l'intero capoverso 12.2 è dedicato interamente al tema della dignità dell'embrione.

47. A sostegno di tale forte e fermo assunto, la Corte costituzionale non richiama solo la propria giurisprudenza (sentenze n. 84 del 2016 e n. 229 del 2015), ma, ulteriormente, cita il pronunciamento della Corte EDU, grande camera, sentenza 27 agosto 2015, *Parrillo contro Italia*, laddove si afferma: «*human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision*».

atteggiamento della Corte, al di là della strumentalità, va colto e valorizzato.

Giacché il diritto non è se non la difesa del più debole.

Nella dissoluzione di una civiltà, dobbiamo capire quale bagaglio ci porteremo in un nuovo mondo. Esso sembra ipotecato da un tipo d'uomo che le nuove forme di controllo sociale propagandano come libero da origini e appartenenze, uniformato nel linguaggio e nei consumi, indifferente alla propria provenienza e alla propria storia. Il controllo della sessualità preconizzato da Sigmund Freud e illustrato da Michel Foucault tende a sposarsi oggi con il dominio burocratico dispiegato su di una procreatica programmata ed alienata dal corpo⁴⁸. E non può non colpire l'enfasi libertaria, da cui l'universo giuridico è tutt'altro che immune, con la quale si propagandano e si incentivano inclinazioni sessuali non riproduttive. Essa rappresenta l'altra faccia della medaglia, quella che proclama un congedo probabilmente irreversibile tra le visioni religiose del mondo (e i loro diritti) e il divenire tecnico. Così, il principiare di nuove forme di organizzazione planetaria sembra transitare attraverso la liquidazione della famiglia tradizionale, termine che nella sua radice etimologica deriva dalla lingua osca, ove il lemma "faama" indica la casa, i cui abitanti – riporta il dizionario etimologico – sono uniti per legame di sangue⁴⁹. Questa traccia potente, quella del sangue, continua tuttavia, come un elemento di resistenza, ad esercitare antropologicamente la propria attrazione, se è vero – come dimostra l'interrogarsi della dottrina che sembra adombrare e anticipare l'inverarsi di casi giurisprudenziali forieri di nuovi ed inediti bilanciamenti – che già si profila un diritto in capo ai figli "sintetici" di ricostruire la propria identità genetica, non arrendendosi all'idea di essere piante senza radici, di vedersi privati di quell'identità che fonda la profondità dell'essere, la sua originalità⁵⁰. E

48. Sono, questi, esiti lontani che già però Michel Foucault intravedeva e descriveva, nei suoi meccanismi storici fondativi e nelle sue logiche di potere, ancora alla fine degli anni Settanta: cfr. Michel Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005. Cfr., anche, Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005.

49. Cfr. Voce "Famiglia" in *Dizionario etimologico online*; così anche Arturo Maniàci, *La nozione di famiglia nei diversi settori dell'esperienza giuridica [Cap. II]*, in *Le nuove famiglie*, cit., p. 69.

50. Cfr. Ludovica Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in «GenIUS», 2016, n. 1, p. 43 ss.; Oliver Hallich, *Sperm Donation and the Right to Privacy*, in «The New Bioethics», 2017, n. 2, pp. 107 ss.



allora – concludendo in termini più generali e allusivi questo conversare specifico sulla famiglia e sulle relazioni familiari – come possiamo evitare questo pericolo, si chiedeva già l'ultimo Heidegger? E così rispondeva a sé e al pubblico ristretto della sua piccola città natale, convenuto per commemorare il centenario della morte del concittadino e compositore Konradin Kreutzer: «È necessario salvare l'essenza dell'uomo, è necessario tener desto il pensiero»⁵¹.

51. Martin Heidegger, *L'abbandono. Introduzione di C. Angelino. Traduzione e note di A. Fabris*, Genova, Il melangolo, 1983, p. 40.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2024
da Digital Team Srl - Fano (PU)
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa