

## IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NEI RAPPORTI TRA PRIVATI: QUALI SPAZI PER LA LEGISLAZIONE REGIONALE?

di Filippo Viglione

(in corso di pubblicazione in *“le Regioni”*, 2012)

**Sommario:** 1. Posizione del problema. – 2. Il problema del rapporto tra autonomia negoziale e non discriminazione nella dimensione regionale. – 3. Rappresentanza e consenso al trattamento medico. – 4. I criteri di distinzione tra diritto pubblico e privato in relazione alla competenza regionale. – 5. Non discriminazione, autonomia contrattuale e consenso ai trattamenti medici nei principali paesi europei. I principi comuni e gli spazi per la legislazione locale.

1. Il diritto privato regionale rappresenta oggi, agli occhi dell'interprete, uno dei banchi di prova privilegiati per verificare la tenuta del sistema delle fonti privatistiche, nel quadro di una ben nota complessiva frammentazione guidata da spinte localistiche e nel contempo globaliste. Dottrina e giurisprudenza paiono impegnate in maniera decisa a definire criteri di certezza per delineare gli ambiti entro cui la legislazione regionale possa muoversi senza invadere la sfera del c.d. “ordinamento civile”, individuato dal legislatore della riforma costituzionale del 2001, in maniera declamatoria, quale limite invalicabile che la normativa regionale non dovrebbe poter oltrepassare<sup>1</sup>.

Già un primo sguardo allo stato dell'arte, dopo dieci anni dalla cristallizzazione costituzionale del limite, offre l'impressione di un tema estremamente problematico, che conduce l'interprete attraverso continui paradossi ed evidenti antinomie, confermati di recente da una decisione della Corte costituzionale, n. 94 del 21 marzo 2011, con la quale sono state dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale di alcuni articoli di una legge ligure, recante norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, questioni promosse in riferimento proprio all'art. 117, comma secondo, lettera l), della Costituzione, che prevede il limite dell'ordinamento civile alla competenza legislativa regionale.

Il primo apparente paradosso che coinvolge il diritto privato regionale si legge in controluce proprio rispetto alle decisioni assunte, nel corso degli ultimi anni, dal giudice delle leggi, chiamato talora a “salvare” le normative regionali, in qualche misura intersecanti l'ambito privatistico. Le argomentazioni dei giudici costituzionali, laddove giungono a ritenere costituzionalmente legittime tali leggi regionali sospette, tendono ad aggirare il problema, talvolta non riconoscendovi il valore di veri e propri atti normativi, poiché mancanti di efficacia precettiva immediata<sup>2</sup>, talaltra escludendo che le normative regionali incidano sul settore privatistico, marginalizzandone con ciò il rilievo. In sostanza, emerge un quadro in cui il c.d. diritto privato regionale sembra poter sopravvivere

---

<sup>1</sup> La bibliografia dedicata al diritto privato regionale è divenuta negli ultimi anni assai corposa. Tra le sole opere monografiche e collettanee, è possibile menzionare A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, 2008; S. GIOVA, «*Ordinamento civile*» e *diritto privato regionale*, Napoli, 2008; R. TORINO, *Il diritto privato regionale in Spagna*, Padova, 2008; F.P. TRAISCI (cur.), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2007; E. CALZOLAIO (cur.), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Atti del convegno internazionale di Macerata 30 settembre - 1° ottobre 2005, Milano, 2006; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005; Aa.Vv., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Atti del seminario svolto a Milano il 30 novembre 2002, Milano, 2003.

solamente quando non si tratti di diritto privato o, addirittura, quando non si tratti di vere norme giuridiche.

Del resto, la collocazione dell'ordinamento civile tra le "materie" riservate alla competenza statale esclusiva appare, di per sé, il frutto di un'opzione politica assai discutibile, mal coordinata con altre competenze ripartite, che certamente afferiscono all'area privatistica (tra cui il commercio con l'estero, le professioni, la tutela della salute, il governo del territorio, le politiche energetiche, le casse di risparmio e le aziende di credito a carattere regionale)<sup>3</sup>. La stessa giurisprudenza costituzionale ante-riforma, pur in un quadro normativo opaco privo di un riferimento costituzionale esplicito, era giunta a riconoscere spazi di potestà legislativa regionale, sebbene entro limiti circoscritti, anche nel campo dei rapporti privatistici<sup>4</sup>. Il che rende manifesta una scelta paradossale e di retroguardia del riformatore del 2001, che pare ignorare la concreta utilità di una legislazione regionale che possa incidere, anche in virtù delle particolari situazioni locali, sul settore del diritto privato. Anziché delineare una opportuna delimitazione dei confini della normativa regionale privatistica, si è dunque preferito cercare di escludere in radice il problema, che tuttavia non ha mancato di presentarsi immediatamente dopo l'approvazione della riforma, in numerose occasioni, come testimonia l'elevata quantità di contenzioso relativo all'art. 117, secondo comma, lett. l), giunto all'attenzione della Corte costituzionale, rendendo con ciò assai complessa l'attività di quanti, in via di interpretazione, cercano di ritagliare margini di operatività al diritto privato regionale.

Si assiste, pertanto, a tentativi di ridefinire la stessa nozione di ordinamento civile, che certamente non è priva di ambiguità, o di qualificarla alternativamente come limite o come materia<sup>5</sup>, allo scopo di consentire una lettura trasversale, entro cui possa insinuarsi

---

2 Si tratta, ad esempio, di Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, in *Foro it.*, 2005, I, 297 e Corte cost. 6 dicembre 2004, n. 378, *ivi*, 2004, 295. La Consulta, in questi casi, ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale di alcune norme statutarie della Regione Toscana e della Regione Umbria, valorizzandone la natura "programmatica" e dunque l'assenza di carattere prescrittivo. Sul tema, si vedano i commenti in questa rivista, 2005, p. 11 ss., di Bartole, Bin, Cammelli, Caretti, Falcon, Pastori, Pizzetti e Ruggeri. Si veda, inoltre, V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 377 ss., il quale esprime comunque una perplessità circa l'opportunità di simili enunciati all'interno degli Statuti regionali che rivestono valore politico-culturale e non propriamente normativo.

3 Sulle difficoltà interpretative originate dalla formula "ordinamento civile" e sulle varie alternative definitorie, cfr. G. ALPA, *"L'ordinamento civile" nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, p. 175 ss.

4 Per una utile sintesi del percorso giurisprudenziale ante riforma del Titolo V della Costituzione, si legga P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, in LIPARI (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, p. 288 ss.

5 La tesi che identifica nel diritto privato una "materia" è stata prospettata in passato dalla Corte costituzionale (sent. 27 luglio 1972, n. 154, in questa *Rivista*, 1973, con nota di BARTOLE, ove si legge che "il diritto privato costituisce una materia a sé stante e non compresa, quindi, nelle varie materie che Statuti e Costituzione in vari gradi e con vari limiti attribuiscono alle potestà regionali") ma è divenuta ben presto tesi minoritaria, anche a seguito di numerose critiche dottrinali.

la fonte regionale. Da altre parti si delineano, scomponendo la nozione di diritto privato regionale, i limiti in cui siano consentite deroghe all'esclusività della potestà statale, in presenza di norme di diritto privato regionale "proprio" e "improprio"<sup>6</sup>. Ed ancora, si propone un criterio elastico, rappresentato dalla prevalenza della materia, pubblicistica o privatistica, incisa dalla legislazione locale<sup>7</sup>. Procedendo talvolta caso per caso, nel definire se una legge regionale risponda ai criteri particolari che ne giustificano la competenza, o richiamando altre volte il parametro della ragionevolezza, reputato particolarmente idoneo allo scopo da buona parte della dottrina<sup>8</sup>, si manifesta la necessità di un criterio che guidi anche i giudizi di legittimità costituzionale, non lasciando margini di eccessiva indeterminatezza. La stessa Corte ha talora utilizzato strumenti di assai dubbio rigore, ipotizzando una minore o maggiore resistenza opposta dalle diverse aree del diritto privato all'impatto della legislazione regionale<sup>9</sup>, criterio smentito dalla stessa attività normativa delle Regioni, che mostrano oggi maggiore attenzione per i settori del diritto di famiglia o dei rapporti civili, considerati in passato aree di piena impermeabilità.

In fondo, proprio in quest'ultima prospettiva si coglie uno dei più clamorosi paradossi della situazione venutasi a creare attorno al diritto privato regionale. Le difficoltà frapposte alla sua piena legittimazione si riconducono tutte, in ultima analisi, all'idea che il diritto privato debba caratterizzarsi per una intrinseca vigenza del principio di uguaglianza, che verrebbe compromesso dalla frammentazione del sistema uniforme ed unitario statale<sup>10</sup>. In questo senso, ci si può interrogare su quale possa essere la sorte delle leggi regionali che, negli ultimi anni, hanno promosso il principio di non discriminazione, cercando di offrire strumenti utili ai cittadini per una tutela forte della dignità e dell'uguaglianza anche in ambito privatistico. In altri termini, il principio di uguaglianza può declinarsi su differenti piani, di modo che la sua promozione a livello regionale rischia di

---

6 La distinzione si deve a V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 11 ss., per il quale le norme di diritto privato in senso improprio sono quelle che "concentrano la loro forza regolatrice su modalità o presupposti dell'azione pubblica, presentandosi quindi, propriamente, come norme regolatrici di attività amministrative" (V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 382).

7 Il criterio della prevalenza viene espressamente richiamato da Corte cost., 23 dicembre 2003, n. 370, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3803 e Corte cost., 16 giugno 2005, n. 234, in questa *Rivista*, 2005, p. 1268 ss.

8 Oltre ai lavori già citati di Roppo e Benedetti, il riferimento alla ragionevolezza è fatto proprio anche da A. MUSIO, *Potestà legislativa regionale e diritto privato: storia di un equivoco*, in *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, cit., p. 323 e da R. FAVALE, *Diritto civile regionale e interprete occhiuto*, in *Il diritto privato regionale*, cit., p. 166 s.

9 Così, ad esempio, Corte cost., 4 luglio 1989, n. 391, in questa *Rivista*, 1990, p. 1594, con nota di DE MARTIN; Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 506, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 920 con nota di FRANCO, Corte cost., 1° aprile 1998, n. 82, in *Giur. cost.*, 1998, p. 772 ss.

creare disuguaglianze nella prospettiva statale, in un apparente corto circuito logico che è opportuno quantomeno rendere palese.

2. Con la decisione n. 94 del 21 marzo 2011, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, promosse dal Presidente del Consiglio di Ministri per un presunto contrasto con l'art. 117, comma 2°, lett. l), in riferimento agli articoli 7, comma 1°, 8, comma 2° e 13, comma 3° della Legge n. 52 del 10 novembre 2009 della Regione Liguria.

La prima ipotesi di contrarietà con la riserva di competenza statale per quanto attiene alla disciplina dell'ordinamento civile faceva riferimento, dunque, alla previsione per cui "la Regione, nell'ambito delle proprie competenze, opera per assicurare la trasparenza e garantire a ciascuno parità d'accesso ai servizi pubblici e privati e dà attuazione al principio in base al quale le prestazioni erogate da tali servizi non possano essere rifiutate né somministrate in maniera deteriore per le cause di discriminazioni". Tale disposizione, secondo le censure sollevate, potrebbe configurare un obbligo legale a contrarre, valido per operatori pubblici ma anche privati, con ciò delineando una possibile invasione di campo rispetto alla competenza dello Stato. Discostandosi da una precedente giurisprudenza costituzionale, si è in questo caso ritenuto che la legge ligure abbia una portata differente dalla previsione di un obbligo legale a contrarre, contenendo essa piuttosto una norma programmatica, che impegna la Regione stessa a dare attuazione a principi già presenti in Costituzione, quali l'uguaglianza e la non discriminazione nell'erogazione di servizi pubblici e privati.

Come si vede, il ragionamento condotto dai giudici delle leggi si muove su un duplice binario; da un lato, si pone l'accento sul carattere programmatico della normativa ligure, come tale inidonea a creare diritti e doveri in capo ai singoli. Tale caratteristica, che sterilizzerebbe qualsivoglia pretesa giudiziale dei singoli privati fondata esclusivamente sulla legge regionale, ne salva il giudizio di costituzionalità, ricalcando lo stesso iter argomentativo utilizzato nel giudizio di costituzionalità relativo ad alcuni recenti statuti regionali<sup>11</sup>. D'altro canto, viene rimarcata l'opportunità che le Regioni diano piena attuazione a principi tratti dalla Costituzione, oltre che dai Trattati europei, di modo che ogni censura rivolta a simili previsioni rischia di far trapelare una latente insofferenza verso i principi di uguaglianza e non discriminazione.

---

10 Il riferimento al principio di uguaglianza, che pare coincidere in questa prospettiva con il principio di unità della disciplina privatistica, rappresenta il principale fondamento di tutte le pronunce nelle quali la Corte costituzionale è pervenuta ad una giudizio di illegittimità delle disposizioni regionali (tra le molte, cfr. Corte cost., 18 marzo 2005, n. 106 "*verrebbe frustrata l'esigenza di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale*"; Corte cost., 6 novembre 2001, n. 352, in questa *Rivista*, 2002, p. 579 ss. "*l'ordinamento del diritto privato si pone quale limite alla legislazione regionale, in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti fra privati*"). In questo senso si esprime anche parte della dottrina; cfr., tra gli altri, P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa dir. priv.*, p. 747 ss., il quale evidenzia nel limite del diritto privato una "funzione di presidio al principio di uguaglianza"; si veda, nella stessa prospettiva, anche N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in Aa.Vv., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, cit., p. 3, per il quale l'ordinamento civile si identifica con "il complesso delle regole, degli istituti che delineano il sistema del diritto privato fondato sul principio di eguaglianza".

11 Vedi *supra* nota 2.

Per evitare un approccio eccessivamente dogmatico ai problemi che solleva la disposizione regionale, sembra proficuo verificare quale sia il concreto effetto che quest'ultima è destinata a produrre. Non vi è dubbio al riguardo che, quando la Regione si assume l'impegno di assicurare la trasparenza e garantire a ciascuno parità d'accesso ai servizi pubblici e privati, essa prospetti l'adozione di misure successive volte a disegnare una più autentica disciplina non discriminatoria. Il profilo maggiormente discutibile non riguarda ovviamente l'erogazione di servizi pubblici, per i quali la parità di trattamento è senza dubbio principio cardine che dovrebbe guidare l'attività dei prestatori di tali servizi, quand'anche si tratti di soggetti privati<sup>12</sup>. Diversa è la problematicità della disposizione, laddove essa coinvolge la prestazione di servizi privati, rispetto ai quali appare astrattamente configurabile una sovrapposizione con l'area dei rapporti di diritto privato.

Al riguardo, occorre fugare ogni possibile dubbio circa l'eventualità che tale disposizione incida in maniera significativa sui confini dell'autonomia privata, verificando se ciò possa determinare quella alterazione delle "regole fondamentali che disciplinano i rapporti privati", che la giurisprudenza costituzionale individua quale manifestazione del superamento del limite imposto alla potestà legislativa regionale<sup>13</sup>. Tra queste regole fondamentali non pare dubitabile che oggi sia riconoscibile anche il principio di non discriminazione, entrato ormai a far parte del bagaglio culturale anche del civilista, specialmente grazie all'apporto della giurisprudenza comunitaria.

Se il dato di partenza è dunque rappresentato da una coincidenza di principi fondamentali, che non mostra piani di discrepanza con la normativa regionale, occorre tuttavia rilevare come i rimedi apprestati contro le ipotesi di discriminazione nel nostro diritto dei contratti appaiano ancora di incerta definizione. Ciò deriva dalla particolare intersezione di principi che dominano la materia contrattuale, e che in questa prospettiva sembrano posizionarsi in maniera contrapposta, libertà ed autonomia da un lato, uguaglianza e non discriminazione dall'altro. La disciplina antidiscriminatoria in materia contrattuale tende, così, a differenziare le conseguenze del comportamento lesivo della parità di trattamento, a seconda che ci si trovi di fronte a scambi con il pubblico o di scambi individuali<sup>14</sup>. Nel primo caso, articolata è la normativa, a livello comunitario e statale, che impone la parità di trattamento, posto che i limiti alla autonomia contrattuale che ne derivano vengono considerati sopportabili dal sistema, in vista del raggiungimento di una più piena operatività del principio di pari trattamento.

---

12 In proposito, si consideri che il processo di privatizzazione dei servizi pubblici costringe a riflettere ulteriormente tanto sul principio di uguaglianza nell'accesso ai servizi pubblici quanto sulla tutela contro le discriminazioni. La rilevanza della problematica è opportunamente avvertita da M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 97 ss.

13 Tra le varie decisioni del giudice delle leggi che richiamano le regole o i principi fondamentali, si veda Corte cost., 28 luglio 2004, n. 282, in *Foro it.*, 2005, I, p. 28 e Corte cost., 13 novembre 2009, n. 295, in *Contratti*, 2010, p. 2, con nota di A.M. BENEDETTI.

14 Il tema è indagato, di recente, da D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.

Ben più discussa è la sorte delle condotte antidiscriminatorie che in ambito contrattuale non si legano ad offerte al pubblico. In questo caso, infatti, il principio di parità di trattamento presenta particolari difficoltà di concretizzazione, poiché sembra difettare quella pluralità di situazioni comparabili, che sola può rendere manifesta la disparità di trattamento ed, in ultima analisi, la violazione del principio di uguaglianza. Non vi è dubbio infatti che, volendo far coincidere discriminazione e ingiusta disparità di trattamento, la conseguenza inevitabile consista nel far divenire la non discriminazione in ambito contrattuale un principio che necessariamente investe una comparazione di relazioni differenti, utile quando ci si trovi in presenza di beni o servizi offerti al pubblico, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di beni o servizi pubblici o privati<sup>15</sup>. In realtà, questa coincidenza appare, a ben vedere, fuorviante, laddove si consideri che non tutte le discriminazioni si realizzano attraverso trattamenti differenziati, mentre in ognuna è insito un elemento manifesto di lesione del principio di dignità delle persone, destinate in ambito contrattuale a subire atteggiamenti vessatori in ragione di loro particolari caratteristiche, quali la razza, il sesso, la religione o, come nel caso individuato dalla legge ligure, l'orientamento sessuale<sup>16</sup>.

Ma ciò in ogni caso non viene considerato generalmente sufficiente a generare conseguenze rilevanti direttamente sul contenuto contrattuale, né tantomeno a configurare ipotetici obblighi a contrarre. Ciò che deriva, piuttosto, è la configurazione di possibili rimedi risarcitori, volti a riparare la lesione della dignità che ogni forma di discriminazione è destinata a produrre. In questa prospettiva, si colgono i limiti della normativa regionale, che certamente non detta norme immediatamente precettive, non delinea obblighi a contrarre né configura nuovi rimedi in ipotesi di discriminazione contrattuale. La censura di incostituzionalità sotto il profilo della invasione dei limiti della potestà legislativa statale appare, pertanto, del tutto fuori luogo ove si consideri correttamente la relazione di piena coerenza che essa è idonea ad instaurare con l'attuale disciplina nazionale.

Nel medesimo senso, appare corretta anche l'affermazione di costituzionalità dell'art. 13, comma 3°, della l. n. 52/2009 della Regione Liguria. Vi si prevede che "nell'esercizio dell'attività legislativa, regolamentare, programmatoria e amministrativa", gli organi regionali si conformino al principio di non discriminazione legato all'orientamento sessuale, anche attraverso la previsione di sanzioni di carattere amministrativo dei comportamenti discriminatori. Tali sanzioni non vengono già delineate dalla legge regionale, che si limita a prefigurarne l'introduzione. Quand'anche le contenesse, tuttavia, non si potrebbe comunque reputarle *de plano* incostituzionali, in ragione della piena legittimità del potere sanzionatorio locale, che si conformi ai principi di legalità, tipicità e nominatività degli atti amministrativi. Questa previsione, anzi, potrebbe rappresentare una vera risorsa, della quale il diritto antidiscriminatorio mostra di sentire attualmente una grave assenza. Basti pensare, in proposito, alla scarsa efficacia che il divieto di discriminazione porta con sé in ambito contrattuale, come si ricava dalla scarna

---

15 T. WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, 1995, p. 158 ss.

16 Attente riflessioni sul crescente ricorso alla clausola di dignità umana quale strumento di regolazione si possono leggere in G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 819 ss.; più di recente, le varie declinazioni della dignità nel diritto privato sono oggetto del saggio di S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.

giurisprudenza chiamata a darvi attuazione, oltre che dalla irrisoria quantificazione dei danni riconosciuti in dipendenza di comportamenti antidiscriminatori.

Ben nota, al riguardo, la vicenda decisa dal Tribunale di Padova<sup>17</sup>, nella quale il raddoppio del listino prezzi di un bar legato a motivi razziali è stato sanzionato con un risarcimento danni pari a soli 100 euro, con ciò dimostrando l'assoluta inconsistenza del parametro legato alla patrimonialità del danno oltre che la inadeguata ristorazione del danno morale nella limitata quantificazione che la giurisprudenza generalmente accoglie<sup>18</sup>. Proprio la constatazione di una diversa sfera privatistica, chiaramente individuabile nella connessione con le regole risarcitorie, evidenzia l'opportunità di una disciplina regionale che incida sul versante amministrativo delle medesime condotte, con un intervento che appare giustificato dalla scarsa efficacia degli strumenti finora disegnati a livello civilistico. Tale inadeguatezza ha origini radicate nella mentalità del giurista continentale il quale, a differenza del *common lawyer*, appare abituato tradizionalmente, e non solo nel campo della non-discriminazione<sup>19</sup>, a ricercare un evento dannoso che sia distinto dalla violazione di dignità ed autodeterminazione della persona, circostanza che sembra renderlo miope di fronte a tale genere di condotte illecite, rendendosi con ciò evidente l'opportunità di un supporto collocato su piani differenti.

3. L'ultima censura alla legge ligure riguardava l'articolo 8, comma 2°, contenente la previsione per cui chiunque maggiore d'età possa "designare una persona che abbia accesso alle strutture di ricovero e cura per ogni esigenza assistenziale e psicologica del designante e a cui gli operatori delle strutture pubbliche e private socio-assistenziali devono riferirsi per tutte le comunicazioni relative al suo stato di salute". L'incostituzionalità della previsione, ad avviso del Governo, riguarderebbe ancora una volta l'invasione di campo rispetto alla competenza statale, posto che tale ampia formulazione potrebbe

---

17 Trib. Padova, ord. 19 maggio 2005, in *Dir. uomo*, 2005, p. 107 ss. ed in *Giur. it.*, 2006, p. 949 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Il contratto nella società multi-etnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*. Tale sentenza viene richiamata, tra gli altri, da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La tela di Penelope del danno non patrimoniale: aspettando il ritorno delle sezioni unite?*, in *Corr. giur.*, 2007, 1174, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 174; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 349.

18 Sulla utilità di una revisione dei parametri risarcitori, che tragga spunto dalle esperienze legate ai rimedi ultracompensativi, suggerita anche dalle norme antidiscriminatorie, si legga la tesi proposta di recente da F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010.

19 Basti pensare, al riguardo, al contiguo tema della lesione del consenso informato, in cui la nostra giurisprudenza, in assenza di pregiudizio alla salute del paziente, reputa che la lesione del diritto all'autodeterminazione produca soltanto un danno ontologicamente trascurabile e comunque di entità economica non apprezzabile (così, ad esempio, Cass., 24 marzo 2006, n. 6572 e Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005). Sul tema, tuttavia, almeno in dottrina pare raggiunta una consapevolezza circa la necessità di aggiornare la sensibilità dell'interprete, rifiutando l'idea tradizionale di salute nel senso "medicale". Così, tra molti, P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, Seminario di studi *L'identità nell'orizzonte del diritto privato* – Padova 21 aprile 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, suppl. 4, p. 1 ss.; G. ALPA, *Il diritto di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, nel *Trattato Sacco, Le persone e la famiglia*, I, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, 243 ss. p. 243 ss. e in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 85.

ricomprendere anche la possibilità di delegare ad altra persona il consenso ad un determinato trattamento sanitario, incidendo così sull'istituto privatistico della rappresentanza.

La Corte costituzionale reputa non fondata la questione, rilevando che l'art. 8, comma 2°, si limita a consentire che una persona possa essere delegata a ricevere comunicazioni, senza che ciò incida sulla disciplina della rappresentanza, diversamente da quanto prevedeva invece una recente legge della Regione Toscana, già oggetto del vaglio di incostituzionalità nel 2006<sup>20</sup>. Del resto, la legge ligure in questo caso utilizza l'istituto della rappresentanza in maniera pienamente conforme a quanto già previsto dal Codice in materia di protezione dei dati personali, ove si ammette che l'interessato conferisca delega o procura ad un incaricato per esercitare il diritto di accesso ai dati personali (artt. 7 e 9, Codice in materia di protezione dei dati personali).

L'ipotesi che certamente guida il pensiero del legislatore regionale è rappresentata dai casi in cui un paziente, per l'eventualità di una propria futura incapacità, deleghi il partner dello stesso sesso a ricevere ogni comunicazione relativa al proprio stato di salute. Non vi è invece riferimento alla possibilità di designarlo per prestare il consenso ai trattamenti medico-chirurgici, circostanza che avrebbe invece inciso in maniera diretta sull'istituto della rappresentanza, ampliando le facoltà di scelta del paziente. Questa interpretazione, che certamente non discende dal testo della legge ligure, non avrebbe superato il vaglio di costituzionalità, così come recentemente capitato alla già citata legge toscana<sup>21</sup>, proprio in quanto avrebbe generato un palese conflitto di regole tra la disciplina statale che non consente delega al consenso al trattamento medico e la diversa indicazione proveniente dalla fonte locale.

Circoscritta, invece, nei corretti confini l'interpretazione della legge ligure, questa si presenta come un piccolo contributo che la Regione Liguria promuove nella direzione di una maggiore considerazione degli interessi di persone dello stesso sesso, legate da vincoli affettivi. L'ordinamento statale, com'è noto, trascura ampiamente il tema delle convivenze, siano esse omosessuali o eterosessuali e tale circostanza sembra costringere gli enti territoriali a forme di supplenza, in modo da garantire perlomeno alcuni frammenti di disciplina non discriminatoria. In realtà, in questo caso, il valore della normativa regionale appare più che altro declamatorio, posto che essa sembra ribadire una regola già ricavabile da un'interpretazione sistematica a livello statale, che consente in ogni caso di individuare una persona che possa quantomeno ricevere le comunicazioni circa i propri dati personali, compresi quelli relativi alla salute. Così intesa la circoscritta portata della disposizione ligure, appare ancor più pretestuoso il ricorso alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117, lett. l), della Costituzione, che pare dunque guidato dal solo desiderio di sterilizzare ogni possibile intervento che, in qualche misura, dia specifica attenzione al tema della promozione delle garanzie di non discriminazione legate all'orientamento sessuale.

---

20 Si tratta della Legge Toscana 15 novembre 2004, n. 63 (*Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere*) considerata parzialmente illegittima da Corte cost., 4 luglio 2006, n. 253, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1315 e in questa *Rivista*, 2007, p. 180, con nota di E. LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta in materia di ordinamento civile*.

21 La dichiarazione di incostituzionalità ha riguardato, in particolare, l'art. 7 dedicato al “*Consenso informato ai trattamenti terapeutici*”.

Non vi è dubbio, in proposito, che alcune Regioni cerchino, nei ristretti spazi loro consentiti, di promuovere la realizzazione compiuta del principio di uguaglianza e non discriminazione, nel contesto di un diritto statale che invece non mostra particolari sensibilità. Basti pensare proprio alla dimensione sanitaria, su cui vi è concorrenza del diritto regionale e statale, laddove essa intrecci la disciplina antidiscriminatoria. Ci si può infatti interrogare se, con riferimento ad esempio alla prestazione del consenso per le persone incapaci, sussistano differenze ingiustificate nel trattamento di soggetti legati al paziente, a seconda del diverso loro orientamento sessuale e se, dunque, una normativa regionale sia idonea a porre rimedio a tali ingiustificate differenze.

Per quanto riguarda questo aspetto, su cui il Governo intravede una incidenza della normativa ligure, non sembra cogliersi alcuna forma di discriminazione a livello statale, posto che la prospettiva di un consenso delegato ad altri soggetti, laddove il paziente sia impossibilitato a prestarlo validamente, già di per sé viene prevalentemente negata da una giurisprudenza che, in assenza di specifiche indicazioni normative, è chiamata a prendere le proprie decisioni basandosi sui principi generali dell'ordinamento giuridico<sup>22</sup>. Se, dunque, la normativa ligure avesse espressamente previsto una delega al consenso al trattamento sanitario, non vi è dubbio che essa avrebbe forzato i confini delle proprie competenze, andando ad incidere su questioni già particolarmente controverse e sulle quali indiscutibile è la natura privatistica degli istituti coinvolti. In realtà, tuttavia, la legge ligure non viene reputata incostituzionale, nemmeno sotto questo profilo, proprio in quanto non vi compare alcun riferimento al tema del consenso e non è dato comprendere sulla base di quali ragionamenti il Governo ricorrente sia potuto giungere ad una diversa interpretazione.

Una riflessione sulla scelta di politica legislativa regionale può, pertanto, chiarire come la Regione Liguria abbia opportunamente inteso offrire una disciplina antidiscriminatoria in un settore, come quello della tutela della salute, che si articola in livelli di legislazione concorrente tra Stato e Regioni. La possibilità di prevedere una delega alla ricezione di comunicazioni sullo stato di salute si colloca, dunque, nella dimensione pubblica e sociale del diritto sanitario, offrendo una specificazione organizzativa alle strutture ospedaliere, che non incide sui poteri di rappresentanza dei pazienti. Diverso sarebbe stato l'esito del giudizio di costituzionalità, se l'oggetto della normativa regionale fosse stato esteso alla parte privatistica del diritto alla salute, contemplando una invasione della sfera individuale dominata dalle norme riconducibili alla nozione di "ordinamento civile".

In ogni caso, pur apprezzabile nell'intento, la normativa ligure sul punto appare forse eccessivamente timida ed avrebbe potuto spingersi oltre nel disegno di una diversa dinamica nei rapporti medico-paziente incapace. Ad esempio, seguendo un recente suggerimento dottrinale<sup>23</sup>, avrebbe potuto prevedere la possibilità che il medico

---

<sup>22</sup> P. ZATTI, *Le "disposizioni del paziente": ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 313 ss.

<sup>23</sup> Così V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 403 ss., con riferimento alla già citata legge toscana successivamente dichiarata incostituzionale. L'a. suggerisce un'interpretazione in virtù della quale, laddove "il medico toscano si convinca dell'indifferibilità e urgenza del trattamento, egli deve – in base alla legge nazionale – senz'altro applicarlo; ma – in base alla legge toscana – in vista di formarsi il relativo convincimento egli deve consultare il delegato del paziente, che potrà fornirgli elementi utili per una migliore valutazione delle condizioni e delle attitudini rilevanti del paziente stesso, così da massimizzare la possibilità di prendere la decisione più giusta". Aderisce a questa tesi anche A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., p. 137 ss.

quantomeno ascolti il parere, pur non vincolante, delle persone designate dal paziente, tra cui inserire anche il convivente dello stesso sesso. Ciò avrebbe rafforzato l'esigenza di partecipazione del paziente, anche attraverso un soggetto delegato, alle decisioni che coinvolgono la sua salute, senza incidere direttamente sugli strumenti privatistici di gestione del consenso al trattamento medico. Nella attuale declinazione del concetto di alleanza terapeutica, in cui si ravvisa una prestazione del medico che superi l'interesse per la semplice sfera corporea del paziente, la possibilità di designare un soggetto che quantomeno venga sentito nell'assunzione delle decisioni terapeutiche potrebbe senza dubbio rappresentare un tassello essenziale nella promozione della dignità del paziente<sup>24</sup>.

4. Le riflessioni che precedono conducono a ritenere che, all'interno di ciascuna materia su cui il legislatore regionale può proporre una propria disciplina, siano ravvisabili al contempo una sfera pubblica ed una privata, come dimostra il caso della tutela della salute. Da questa premessa discende necessariamente la conseguenza che il limite dell'ordinamento civile non possa reputarsi un limite di materia alla competenza regionale<sup>25</sup>, idoneo a predefinire in via generale gli spazi di diritto pubblico in contrapposizione a quelli di diritto privato<sup>26</sup>. All'opposto, sembra emergere l'opportunità che il vaglio di costituzionalità sulle singole disposizioni all'interno delle leggi regionali venga condotto mettendo in rilievo i possibili punti di frizione con le regole che dominano il diritto privato statale. Le deroghe regionali a quest'ultimo divengono, così, ammissibili laddove giustificate da particolari caratteristiche locali (come avviene in ambito di diritti proprietari), mentre in assenza di peculiarità giustificatrici, il diritto privato regionale deve reputarsi idoneo semplicemente a offrire strumenti specificativi dei principi già presenti nel tessuto privatistico statale.

In altri termini, una differenziazione nella disciplina privatistica su base regionale, con la conseguente possibile compromissione del principio di uguaglianza delle situazioni giuridiche soggettive di carattere privatistico, può essere ammessa solo a determinate condizioni<sup>27</sup>. Ciò tuttavia non inficia l'utilità generale di una disciplina, che anche a livello

24 P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 403 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 223 ss.

25 Così, tra gli altri, V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 30.

26 Si tenga presente, inoltre, come osserva G. ALPA, *"L'ordinamento civile" nella recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 175 ss., che l'endiadi "ordinamento civile" non può identificarsi pienamente né sovrapporsi a quella "diritto privato", anche in conseguenza della frammentazione delle materie del diritto privato in parte riservate alla competenza esclusiva dello Stato e in parte assegnate alla legislazione concorrente.

27 Cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 164 s., per il quale "la preclusione al legislatore regionale di dettare norme di diritto privato non può operare in modo assoluto e neppure – come ritenuto un tempo – venire meno o cadere solo in casi di temporaneità ed eccezionalità delle situazioni locali regolate".

regionale offra specificazioni alle regole di diritto privato statale. Il terreno delle discriminazioni offre proprio uno dei più eclatanti esempi di come, in assenza di strumenti concreti di promozione della cultura della non-discriminazione, agli enti territoriali locali venga demandato un compito di supplenza, pur circoscritto entro limiti definiti.

Elevando il livello di protezione contro le ipotesi di discriminazione, come avviene in Liguria in ambito contrattuale, il legislatore regionale non si pone in contrasto con la legislazione nazionale e non crea pertanto un diritto privato a macchia di leopardo. Semplicemente offre ai cittadini che rischiano di subire una discriminazione una forma di protezione più ampia o più efficiente, rendendo concreti i principi che già guidano il diritto privato statale e comunitario e declinando in modo forte il principio di uguaglianza. Così, sembra ipotizzabile, come detto, una normativa regionale che in ambito sanitario renda partecipi delle decisioni sui trattamenti medici anche le persone individuate dal paziente, superando un possibile *vulnus* nella declinazione del principio di uguaglianza con riferimento alle convivenze tra persone dello stesso sesso.

A ciò si aggiunga che l'opera di delimitazione tra ciò che è pubblico e ciò che è privato nella normativa regionale non è sempre agevole, specialmente in un periodo storico in cui il *discrimen* appare ad ogni livello sfumato. L'affermazione di una progressiva indistinzione tra sfera del diritto pubblico e privato è talmente diffusa da divenire quasi un luogo comune nella dottrina contemporanea<sup>28</sup>. Tale circostanza manifesta delle ricadute pratiche di grande significato anche nella teoria delle fonti e nella individuazione degli spazi destinati al diritto privato regionale.

Infatti, l'esclusione del c.d. "ordinamento civile" dalla potestà normativa regionale, da più parti considerata anacronistica, non può essere compresa se ad essa si attribuisce il solo compito di garantire una particolare uniformità alla disciplina privatistica, giacché tale affermazione sarebbe eccessivamente semplificatrice ed apodittica<sup>29</sup>. Perché, ci si potrebbe chiedere, l'esigenza di uniformità viene sentita solo quando si tratti di norme privatistiche ed, invece, dovrebbe essere negata nell'ambito del diritto pubblico/amministrativo? Per esemplificare ulteriormente, non è forse contraddittorio accettare che regole dettate a livello locale impongano di non vendere bevande alcoliche dopo un certo orario e invece impedire che una fonte regionale possa sanzionare la mancata vendita delle stesse o la vendita a condizioni più svantaggiose, sulla base di motivi discriminatori? Stride evidentemente la disparità di trattamento di queste due ipotesi, la prima ritenuta norma di diritto pubblico/amministrativo e dunque ammessa a

---

28 Emblematiche le parole di G. FRANKENBERG, *Constructing Legal Traditions. Introductory Remarks on the Public/Private Distinction as Tradition*, in 2 *Comparative Law Review* 2011, p. 5, il quale, riferendosi alla distinzione pubblico-privato, evidenzia che "it is rather widely contested, rather incoherently applied, and comes with a maze of different meanings".

29 In tema, si vedano gli spunti di riflessione offerti da P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, in Aa.Vv., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, cit., p. 29, il quale, muovendo dall'interrogativo sulla ragione per cui l'art. 3 dovrebbe nel solo campo dei rapporti privati garantire dal rischio di differenziazioni normative su base territoriale, evidenzia come l'eguaglianza, o meglio la ragionevolezza, "impone di evitare sempre trattamenti discriminatori, ma può convivere con competenze esclusivamente statali o con competenze pure regionali, che quindi consentono differenziazioni normative *ratione loci*".

livello locale e la seconda norma che incide sui rapporti privati e pertanto costituzionalmente illegittima per invasione della competenza statale. Vi è infatti una palese identità dei rapporti intersoggettivi su cui le diverse normative possono incidere, direttamente o indirettamente, e nemmeno la diversa gradazione dell'interesse tutelato può soccorrere, posto che il principio di non discriminazione riveste il rango di principio cardine del nostro ordinamento, protetto a livello costituzionale e rafforzato dalle previsioni comunitarie.

È chiaro dunque che le reciproche invasioni tra sfera pubblica e privata rendono impossibile procedere scientificamente ad un'attività di scissione tra ciò che è pubblico e ciò che è privato. Tale circostanza segnala la difficoltà di inquadramento sistematico e di delimitazione concreta, posto che la progressiva espansione della regolamentazione imperativa dei rapporti interprivati, caratteristica manifesta di tutto il '900, evidenzia la possibile sovrapposizione di regole privatistiche e pubblicistiche, che insieme costruiscono la disciplina di pressoché ogni materia. In questo modo, si modifica anche quel tratto monolitico tipico del diritto privato uscito dal processo di codificazione ottocentesco, che ha prodotto una normazione unitaria anche in alcuni paesi che hanno mantenuto un carattere federale di organizzazione politica. Il tratto solo eventuale e storicamente determinato di tale impostazione si comprende guardando ad altre esperienze, come quella spagnola, in cui com'è noto il codice civile si colloca quale fonte sussidiaria dei *Fueros* regionali, nella definizione di un sistema privatistico multilivello<sup>30</sup>.

Il diritto privato, nella sua dimensione epistemologica esclusiva, sembra manifestare pertanto un limite evidente, se si considera la "complessità" del sistema, la pluralità di fonti normative, il carattere *multi-level* che domina i rapporti privatistici nell'ordinamento europeo. Per recuperare un senso alla distinzione pubblico/privato la si è, da più parti in passato, agganciata al criterio dell'interesse tutelato, che rende norma di diritto pubblico solamente quella che persegue un interesse di carattere pubblicistico, senza interferire nella disciplina dei rapporti intersoggettivi<sup>31</sup>. In realtà, come si è visto, una interferenza è pressoché inevitabile ed il criterio utile a determinare la legittimità di una norma regionale non può ricondursi in ultima analisi alla natura dell'interesse perseguito. Se, come nel caso esaminato, la normativa regionale è destinata a rafforzare un principio già contenuto nella legislazione statale, offrendo forme di protezione più efficaci, la via dell'incostituzionalità appare impraticabile e contraddittoria.

Da un lato, quindi, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito come siano possibili deroghe regionali alla disciplina normativa civilistica, purché queste "*siano ragionevolmente collegate alle finalità pubbliche connesse allo svolgimento delle competenze costituzionalmente assegnate alla Regione*", sempreché non contrastino con

---

30 Sull'assetto delle fonti privatistiche in Spagna, si vedano R. TORINO, *Diritti forali, Código Civil e codici forali*, in R. TORINO (cur.), *Il diritto privato regionale in Spagna*, cit., p. 97 ss.; V. BARELA, *Diritto privato regionale, foral ed autonomo. Verso un diritto europeo della persona*, Torino, 2009; J.J. RUIZ RUIZ, *Codici Civili Regionali e pluralità di ordinamenti in Spagna*, in E. CALZOLAIO (cur.), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, cit., p. 129 ss.; G. PALAO, *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea: il caso spagnolo*, *ivi*, p. 157 ss.

31 S. PUGLIATTI, voce "Diritto pubblico e diritto privato", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss. Attenta ricostruzione delle teorie che si sono succedute al riguardo in E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 173 ss.

principi generali della legislazione privatistica<sup>32</sup>. D'altro canto, e a maggior ragione, laddove non vi è contrasto con i principi civilistici che si possono desumere dalle leggi statali e anzi vi è piena consonanza con questi ultimi, gli strumenti offerti dalla legge regionale rappresentano un'attuazione delle regole di diritto privato statale e, dunque, tale sintonia è idonea a salvare senza dubbi la legittimità costituzionale della legge regionale. La circostanza per cui, attraverso simili atti normativi, le Regioni incidano sulla sfera giuridica privata non sembra argomentazione decisiva, poiché in questo modo esse esprimono prevalentemente l'esercizio di un potere amministrativo (es.: sanzionare comportamenti antidiscriminatori in ambito commerciale) il quale, sebbene destinato a conformare indirettamente le situazioni giuridiche soggettive dei privati, mira legittimamente a realizzare un interesse pubblico<sup>33</sup>. Ciò che invece renderebbe manifesta l'invasione del campo del diritto privato sarebbe una disciplina che direttamente potesse incidere sulla disponibilità o la circolazione dei beni, ma nel caso in esame appare assente tale attitudine della normativa ligure, che si colloca pertanto, anche in relazione alla sfera contrattuale, sul piano del diritto amministrativo e non come regola di diritto privato.

5. La circostanza per cui diritto pubblico e privato si confondono nella disciplina di taluni fenomeni sociali della vita odierna sembra confermata dal tema, intrecciato con quello della non discriminazione, relativo all'evoluzione dei modelli familiari. Com'è noto, nel processo di secolarizzazione dell'istituto matrimoniale si è individuato l'evento fondatore del nostro contemporaneo diritto di famiglia, in un percorso segnato dalla tappa fondamentale della codificazione napoleonica, che ha ricondotto l'istituto matrimoniale all'interno del diritto civile, così conformando un diritto di famiglia attorno a valori e principi laici. In realtà, osservato nella prospettiva delle fonti, l'ambito dei rapporti familiari appare tradizionalmente legato ad una particolare connotazione di necessaria uniformità, che non ammetterebbe altra disciplina che quella statale. In questo quadro, il processo di c.d. privatizzazione del diritto di famiglia, che tende a valorizzare gli interessi e i rapporti concreti delle persone a scapito degli interessi superiori dell'istituzione familiare, non ha modificato nel corso del '900 questo orientamento sul piano delle fonti<sup>34</sup> e nemmeno ha condotto, in Italia, ad un allargamento dell'idea di famiglia nella direzione delle convivenze non matrimoniali.

L'attuale coesistenza di un principio di esclusività del modello matrimoniale insieme ad una ormai corposa legislazione speciale che conferisce rilevanza alla qualità di "convivente", offre il quadro di un diritto di famiglia italiano, ormai isolato nel contesto europeo, che evita un riconoscimento normativo al fenomeno sociale delle convivenze,

---

32 Corte cost., 5 febbraio 1992, n. 35, in *Giur. cost.*, 1992, I, p. 178.

33 M. MALO, *Il limite del diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in questa *Rivista*, 1995, p. 899.

34 Si vedano, sul punto, le osservazioni di A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., p. 162 ss., il quale segnala la particolare capacità delle Regioni, in quanto soggetti più "vicini" alle istanze provenienti dalla società, di elaborare nuove normative e sperimentare soluzioni e modelli originali, proprio nel settore del diritto di famiglia, in cui più evidenti sono le trasformazioni sociali e culturali e maggiori sono le istanze di riconoscimento provenienti dalla società.

circostanza verosimilmente dovuta ad una difficoltà politica generata dal riferimento alla convivenza tra persone dello stesso sesso. In Europa, è ben noto invece l'itinerario che ha condotto a rivedere l'assetto normativo dei modelli familiari, fino ad includervi, a partire dalle legislazioni dei paesi nordici negli anni '70, forme diversificate di riconoscimento dei rapporti extra-matrimoniali<sup>35</sup>.

Si può comprendere, in questa prospettiva, l'importanza dell'intreccio con il principio di non discriminazione, che, permeando gli ordinamenti dei paesi europei anche dietro lo stimolo comunitario (basti pensare alla rilevanza di tale principio nel Trattato di Amsterdam o nella Carta di Nizza), ha generato una diffusa inclusione dei rapporti di coppia omosessuale tra le forme di vita familiare prese in considerazione e tutelate nelle varie legislazioni statali. Del resto, non è un caso che da queste stesse basi siano nate quelle normative conosciute come direttive antidiscriminatorie di nuova generazione, che hanno rappresentato un momento di forte affermazione di principi fondamentali del diritto europeo destinati a permeare molteplici settori degli ordinamenti nazionali<sup>36</sup>. In realtà, è certamente ancora controversa la risposta al quesito se la non discriminazione possa trovare applicazione diretta e vincolante nel diritto di famiglia, attraverso il necessario riconoscimento delle convivenze omosessuali.

Tuttavia, ciò che è più certo è la circostanza per cui tutti i paesi europei hanno disegnato discipline idonee a tutelare questo genere di rapporto, sotto numerosi e diversificati profili, tra i quali certamente vanno inclusi i diritti di visita in ospedale, con ciò confermando che il principio di non discriminazione ha ormai chiaramente oltrepassato l'originario confinamento al diritto pubblico ed al diritto del lavoro, per conformare ormai anche la dimensione dei rapporti più propriamente privatistici<sup>37</sup>. Al riguardo, in connessione all'organizzazione delle fonti dei singoli ordinamenti, la normativa proviene alternativamente da leggi dello stato o da fonti regionali, come nel caso spagnolo relativo alle *parejas de hecho estables*<sup>38</sup> delle Regioni spagnole.

---

35 La letteratura giuridica in materia è ormai copiosa. Per tutti, si veda R. PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 967 ss.; B. PEZZINI (cur.), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008.

36 Si fa riferimento alle seguenti direttive: 2000/43/Ce sulle discriminazioni relative a razza e origini etniche, 2000/78/Ce sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, 2004/113/Ce sulle discriminazioni legate al sesso nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura, 2006/54/Ce riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

37 Il tema della non discriminazione all'interno dei rapporti privatistici è oggetto di attenzione dottrinale solamente in epoca recente. Una lucida intuizione del fenomeno si deve, tuttavia, ai più risalenti lavori di P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss., ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, p. 335 ss. e di G. PASETTI, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova, 1970.

38 Appare interessante notare come i Paesi che conoscono una competenza normativa regionale di diritto privato manifestino spesso la tendenza a fare del diritto di famiglia il settore privilegiato di normazione multi-livello. Oltre alla Spagna, è questo infatti anche il caso del Canada, ove la disciplina del

Tornando alla legge ligure, è chiaro allora come questa tenti di offrire un contributo normativo al problema, ancora aperto, della protezione contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, seguendo in maniera esplicita la linea segnata da altre regioni italiane ma, ciò che più conta, indicata dalle istituzioni europee e già seguita da tutti i paesi dell'Unione, colmando una lacuna ormai troppo evidente nell'ordinamento statale italiano. Nel compiere tale tentativo, la Regione Liguria correttamente evita di proporre un nuovo istituto complessivo di regolamentazione del rapporto di convivenza omosessuale, che certamente avrebbe invaso la competenza esclusiva statale, la quale sola potrebbe istituzionalizzare un nuovo modello di convivenza. La normativa regionale si limita pertanto a disciplinare specifici aspetti legati alla vita delle persone omosessuali, incidentalmente investendo due terreni in cui il principio di non discriminazione fatica a trovare un approdo sicuro: il diritto dei contratti ed il consenso ai trattamenti sanitari.

Per la verità, quest'ultimo aspetto viene solamente evocato dal Governo ricorrente, leggendo tra le righe del provvedimento normativo ligure una intenzione nascosta di modificare i tratti dell'istituto della rappresentanza. Vi è tuttavia, evidente, un salto logico nell'identificare la possibilità per un delegato, dello stesso sesso del paziente, a ricevere comunicazioni circa lo stato di salute e la sua legittimazione ad esprimere il consenso ad un trattamento medico al posto del malato. Certamente, nel delicato momento della malattia, può apparire rassicurante per ciascuno sapere che il proprio partner, dello stesso o di diverso sesso poco importa, venga messo a conoscenza e reso partecipe delle proprie condizioni di salute. È la dinamica dei rapporti medico-paziente, all'interno della quale si inserisce la necessaria considerazione delle persone vicine al malato, a costituire una relazione destinata a coinvolgere tanto la salute, quanto la dignità e l'autonomia delle persone. In questo intreccio di valori, sembra allora apprezzabile l'utilità di una normativa multilivello che disciplini in maniera articolata simili situazioni, concedendo in primo luogo il diritto di visita in ospedale. In altri ordinamenti, che pure garantiscono tale diritto, ad esso si accompagna un coinvolgimento nelle decisioni che attengono alla salute relative al partner divenuto incapace. L'abbinamento tra i due profili, recentemente fatto proprio ad esempio dal *Presidential Memorandum – Hospital Visitation* di Barak Obama<sup>39</sup>, viene evitato dal legislatore ligure, proprio per sfuggire al rischio di incorrere in un giudizio di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, 2° comma, lett. I).

Vi è da rilevare inoltre che nei principali paesi europei, pur non essendo possibile ravvisare una piena identità di soluzioni dedicate al tema della rappresentanza del consenso da parte di persone incapaci, è lecito rilevare una linea di tendenza che valorizza l'idea di salute intesa come benessere complessivo del paziente. Da essa

---

diritto di famiglia è prevalentemente affidata al legislatore provinciale. Per una interessante analisi del diritto di famiglia canadese, nella prospettiva della distinzione tra diritto privato e pubblico, si legga R. LECKEY, *Family Law as Fundamental Private Law*, in 86 *Rev. Barreau Canadien* 2007, p. 69 ss.

39 Per l'efficacia e la delicatezza con cui vengono affrontate simili tematiche, sembra opportuno riportarne un passaggio significativo: *“the failure to have their wishes respected concerning who may visit them or make medical decisions on their behalf has real consequences. It means that doctors and nurses do not always have the best information about patients' medications and medical histories and that friends and certain family members are unable to serve as intermediaries to help communicate patients' needs. It means that a stressful and at times terrifying experience for patients is senselessly compounded by indignity and unfairness. And it means that all too often, people are made to suffer or even to pass away alone, denied the comfort of companionship in their final moments while a loved one is left worrying and pacing down the hall”* (il testo completo si può leggere in [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov)).

discende la necessità di tenere nella maggior considerazione possibile il suo consenso e, quando questo non sia possibile, il concorso di altri soggetti nella determinazione delle scelte di cura. In questa prospettiva, è particolarmente chiaro il riferimento contenuto nella Convenzione di Oviedo, ove si prevede che in ipotesi di incapacità del paziente “*the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law*” (art. 7)<sup>40</sup>.

Quanto poi all'altro profilo di interferenza della normativa ligure con il settore privatistico, e cioè con il principio di autonomia negoziale e con la supposta introduzione di un obbligo legale a contrarre, premessa la delimitazione operata in precedenza circa la portata pratica dell'art. 7, è bene chiarire come anche sotto questo profilo, si riscontri a livello europeo un dibattito particolarmente acceso. Sono, infatti, gli stimoli comunitari a suggerire di indagare il problema della coesistenza tra non discriminazione ed autonomia privata in una dimensione non localistica ma nemmeno soltanto nazionale. In alcuni paesi europei, come ad esempio in Germania, il legislatore statale attraverso il c.d. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* ha promosso una disciplina antidiscriminatoria che si estende in maniera decisa al diritto dei contratti, così da spostare in avanti la frontiera della lotta alle discriminazioni<sup>41</sup>.

In questa prospettiva, la legge ligure apre un capitolo interessante nella lotta alle discriminazioni, poiché non si limita, come spesso avviene in altri ordinamenti, a far coincidere la non discriminazione con il libero dispiegarsi dell'accesso al mercato, ma incide anche sul contenuto contrattuale, non consentendo la conclusione a condizioni differenti da quelle altrimenti praticate in assenza del motivo di discriminazione. È ben vero che ciò riguarda i soli contratti che si rivolgono ad una platea indeterminata di potenziali contraenti, essendo chiaro il contesto non individuale delle contrattazioni investite dal principio di non discriminazione. Tuttavia, un diverso e più ampio confine di applicabilità avrebbe certamente messo in dubbio la legittimità costituzionale e vanificato il tentativo di offrire nuovi strumenti di tutela in ambito contrattuale.

---

40 La parziale convergenza di soluzioni a livello europeo è confermata da alcune recenti riforme che hanno investito il diritto di taluni ordinamenti europei in materia di consenso al trattamento medico. La più piena partecipazione possibile del paziente, ma anche il rilevante coinvolgimento di altri soggetti che arricchiscono la c.d. alleanza terapeutica medico-paziente in ipotesi di incapacità di quest'ultimo, sono confermate ad esempio dal *Code de la Santé Publique* francese, come novellato dalla L. 4 mars 2002, n. 2002-303 e, nel Regno Unito, dal *Mental Capacity Act 2005*. Nella medesima linea di tendenza si può annoverare anche il *Draft Common Frame of Reference* che in parte ricalca la stessa Convenzione di Oviedo (IV.C.8:108). Ampii riferimenti in M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011, p. 361 ss.

41 In argomento, nella letteratura italiana, si vedano le osservazioni critiche di S. HABERL, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 79 ss.