



LIBERTA' E DEMOCRAZIA NELLO STATO DI ISRAELE

LUDOVICO MONTERA

SOMMARIO: 1. Il popolo della luna – 2. Israele: stato ebraico e democratico – 3. Circoncisione maschile e libertà religiosa – 4. Il diritto alla sessualità – 5. Le coppie di fatto.

1. Il diritto del popolo ebraico - *Ham Israel* – del popolo di Israele, è il diritto di un popolo tormentato, in fuga dall'Egitto e dalla schiavitù.

Trattasi di un popolazione che ha sempre necessitato di dover lottare per la propria autodeterminazione¹, gravida di una cultura differente rispetto a quella dei popoli vicini ma sempre caratterizzata da un'autoctonia speciale: tutto ciò che attiene alla quotidianità è profondamente e spiritualmente legato al territorio.

A conforto di ciò vi sono le continue lotte, i noti soprusi e la devota osservanza ai 613 precetti di fare e non fare contenuti nella Torah².

L'autodifesa del giudaismo, d'altronde, è già palesata nel Nuovo Testamento ove sono rinvenibili notizie ed asserzioni comprovanti la presenza di conflitti ed ostilità.

Il manoscritto più antico, quale testimonianza del dissidio tra il popolo di Israele ed un popolo straniero convivente, è il libro di Ester³.

In tale opera è sintetizzata la posizione pagana sul separatismo e l'opposizione sul piano sociale e politico nei confronti dei Giudei: questi ultimi devono essere sterminati e le loro ricchezze confiscate.

¹ (*Esth.* 3,8 s= B 4 s. LXX): “Fra i popoli di tutte le province del tuo regno, si trova dispersa e divisa una nazione, le cui legge sono diverse da quelle di ogni altro popolo, e che non osserva le leggi del re; non conviene quindi che il re la tolleri. Se così piace al re, si ordini che essa sia distrutta; io farò passare diecimila talenti d'argento in mano agli amministratori del re da versare nel tesoro reale”.

² Nella Torah sono contenuti anche i cd. sette precetti noachidi, trasmessi da D.o ad Adamo e, conseguentemente il diluvio universale, a Noè. Trattasi di precetti, pertanto, destinati all'intera umanità e a che quest'ultima dovrebbe seguire scrupolosamente: obbligo di stabilire dei tribunali, divieto di blasfemia, divieto di idolatria, divieto di uccidere il prossimo, divieto di furto e rapina, divieto di immoralità sessuale, divieto di mangiare un arto tratto da animale vivo.

³ Il libro di Ester è giunto in una versione ebraica ed in una greca, che è più estesa perchè contiene lunghe aggiunte. Queste aggiunte (ad esempio i primi 16 versetti del libro) sono considerate ispirate dalla Chiesa Cattolica. Ciò spiega l'insolita numerazione di alcuni capitoli, per distinguere la versione greca da quella ebraica.

Pur narrando eventi risalenti alla prima metà del V secolo a.C., si ritiene che esso sia stato scritto dagli Ebrei della Diaspora nel II secolo a.C.. È un'opera che, insieme a Rut, al Cantico dei Cantici e al Qoelet è stato inserito tra le "Meghillot", cioè tra i cinque "rotoli" biblici letti in occasione di particolari festività liturgiche.



Del resto, già secondo le fonti antiche, ed a dimostrazione del dissidio, i Giudei, a differenza dei pagani, non riconoscendo il culto di una pluralità di religioni, non misero mai piede in santuari stranieri.

Nel *Mishpat Ivri*, diritto ebraico, è possibile rinvenire una terminologia, dapprima avente una connotazione meramente linguistica ma storicamente razziale, necessitante di qualche precisazione.

I termini “Giudei”, “Ebrei”, “Israele” ed “Israelita”, usati talvolta in tono caustico, sono pressoché sinonimi ma con sfumature diverse e che il Nuovo Testamento, in conformità con il Vecchio Testamento, ne attribuisce pari valore e dignità.

“Giudeo”, derivante dal nome del patriarca “Giuda”⁴, diviene in età ellenistico-romana il nome del regno meridionale con capitale Gerusalemme. V’è da precisare che con il corrispettivo astratto “giudaismo” s’intende la forma assunta dalla religione ebraica successivamente alla conquista babilonese del territorio del Regno di Giuda e la conseguente distruzione del primo Tempio (586 a.C.). Pertanto, tutti gli ebrei vissuti dopo l’epoca biblica sono, religiosamente parlando, giudei.

Il termine “ebreo”, di origine biblica, è fatto derivare, da alcuni, dal nome di Eber, discendente di Sem, antenato del popolo ebraico⁵. Secondo altra impostazione il termine deriva dal verbo *avar*, che in ebraico significa “passare, oltrepassare, andare oltre”, da cui *ivri*, cioè “passato oltre” dalla Mesopotamia alla Terra Promessa, dal politeismo, al monoteismo e attribuito per la prima volta ad Abramo. In entrambe le possibili etimologie, ebreo è dunque “colui che discende da Abramo”.

Tuttavia, per “ebreo” si intendono tutti gli appartenenti al popolo d’Israele dall’epoca patriarcale fino ai nostri giorni.

Il termine “israelita”, letteralmente “discendente di Israel”, è il nome dato a Giacobbe dall’angelo del Signore contro il quale aveva lottato⁶. Dal periodo dell’emancipazione (XIX sec.), il termine “israelita” fu impiegato come sostituto di “ebreo”.

Pertanto, israelita è colui che discende da Israel, membro del popolo che aveva tenuto testa a Dio. Si tratta quindi di un sinonimo di ebreo e di giudeo, che nulla ha a che vedere con l’essere cittadino del moderno Stato di Israele.

Il termine “israeliano”, invece, indica esclusivamente un cittadino dello Stato d’Israele, la cui fondazione risale al 15 maggio 1948. Possono, quindi, essere israeliani anche dei cattolici, dei mussulmani, dei non ebrei.

Fin dalla nascita dello Stato d’Israele sorse la disputa circa la possibilità di accogliere il diritto ebraico come diritto dello Stato.

È doveroso, però, tenere distinto il diritto ebraico, a cui appartengono le norme del diritto matrimoniale valide per tutti i circoncisi, dal diritto israeliano che è norma statale.

⁴ *Gen.29,35* spiegato come “lode di D.o”

⁵ Il termine ebreo viene usato la prima volta in *Genesi 14, 13*: «*Ma uno degli scampati venne a dirlo ad Abramo l'Ebreo, che abitava alla querce di Mamre*».

⁶ *Genesi 32, 29*



Lo stato di Israele ha, quindi, lasciato la disciplina delle norme riguardanti il matrimonio ed il divorzio alle singole confessioni religiose presenti nel territorio, tanto da permettere ai singoli credenti di appellarsi ai propri Tribunali.

La fonte primaria del diritto ebraico, a dimostrazione della connotazione religiosa, è sicuramente la Bibbia⁷.

La Bibbia, o Scrittura, (Mikrà) si divide in tre parti principali: il Pentateuco (Torah⁸), i Profeti (Neviim), gli Agiografi (Ketuvim).

La parola “Torah” significa “insegnamento” in ebraico e comprende il Pentateuco, cioè i primi cinque libri della Bibbia: Genesi, Esodo, Levitico, Numeri, Deuteronomio (Torah scritta), e la Torah orale che ha dato origine al Talmud.

Più specificamente, la Torah scritta, *Torah shebiKTav*, è l’istruzione che D.o⁹ ha dato ad Israele sul Sinai ed è contenuta nel Pentateuco. I saggi d’Israele credevano che oltre a questa rivelazione, Mosè abbia ricevuto un’ulteriore istruzione comunicata oralmente: la Torah orale, *Torah shebe’alpeh*.

Pertanto, la Torah deve essere intesa come “istruzione di D.o” e non ,come erroneamente si ritiene,”legge”.

La Torah contiene 613 mitzvot delle quali 248 sono עשה מצות (*mitzvot aseh*, comandamenti positivi, obblighi) e 365 sono תעשה לא מצות (*mitzvot lo taaseh*, comandamenti negativi, divieti).

Tale numerazione, secondo la tradizione rabbinica, è da considerarsi fortemente simbolica: 248 era considerato, infatti, il numero delle ossa del corpo umano e 365 sono notoriamente i giorni dell’anno (nonchè i legamenti che collegano tra loro le ossa); pertanto, con le 248 singole ossa è necessario compiere le 248 azioni prescritte e che ogni giorno dell’anno occorre impegnarsi a non violare i 365 precetti negativi.

Per il rav. Avraham Hazan, D-o ha caratterizzato ogni popolo con una funzione: le funzioni del popolo ebraico sono i *mitzvah* e lo studio della Torah.

Considerando la Bibbia come un manuale per saper vivere, un testo che fornisce le “istruzioni” per comportarsi come un buon ebreo, occorre comprendere da quando comincia la missione del popolo ebraico.

È il libro dell’Esodo che segna l’inizio della storia del popolo ebraico.

⁷ D.PIATTELLI, *Concezioni giuridiche e metodi costruttivi dei giuristi orientali*, Milano 1981; N.RAKOER, *The Multi-language Bibliography*, cit., pp.101-182; D.DAUBE, *Studies in Biblical Law*, Cambridge, 1947.

⁸ La Torah è scritta a mano su una lunga pergamena attaccata di seguito su due aste di legno provviste di manici. I rotoli della Torah (o “Séfèr Torah” in ebraico) sono dopo ricoperti di un tessuto in velluto (nella tradizione ashkenazita) o rinchiusi in un cofanetto con due porte (nella tradizione sefardita). In cima alle aste sono attaccati ornamenti metallici (“rimonim”) che sono circondati da una corona (“kètèr”). Ci si attacca anche la “mano” (“yad”) che serve di indice per leggere il testo.

⁹ Il nome del Divino viene trascritto come D-o al fine di segnalare l'impronunciabilità del Sacro Nome. (*Es* 20,7; *Dt* 5,11).



Più specificamente è quando il popolo ebraico, che si trovava in schiavitù nel paese d'Egitto, uscì verso la Palestina attraverso la penisola del Sinai sotto la guida di Mosè, e quando D-o trasmise a quest'ultimo la prima *mitsvâh*: santificare il mese.

D-o disse a Moshè e ad Aharon nel paese d'Egitto: "Questo mese sarà per voi l'inizio dei mesi, sarà per voi il primo mese dell'anno"¹⁰.

La parola *chôdesh*, mese, si riferisce più precisamente alla luna nuova, e quindi il versetto è da intendere nel senso di «questa luna sarà per voi...».

Se ne desume, pertanto, che il mese era nelle mani del popolo ebraico il quale doveva esercitare sul tempo una sorta di controllo, a proclamazione della propria autonomia e affermazione di sé come soggetto, non più come oggetto definito da altri.

A differenza di quanto si possa generalmente credere, la Genesi, seppur costituente il primo libro del Pentateuco, parla poco di ebraismo.

Il fondamentale rilievo è rinvenibile nella circostanza che, tuttavia, è proprio grazie al libro della Genesi che si può capire da dove proviene il popolo ebraico: d'altronde se si vuol sapere dove andare è necessario sapere chi si ha alle spalle.

Nella letteratura ebraica rabbinica si è soliti distinguere tra la Aggadà, avente carattere narrativo e interpretativo del testo sacro, e in particolare della *Torah*, e *Halachà* avente carattere precettistico.

Il marchio prettamente halachico lo si rinviene nella Mishnah¹¹: verso la fine del sec. II dell'era cristiana Rabbi Yehudah Ha-Nassi raccolse tutto quello che fino ad allora gli studiosi di Torah avevano riordinato e, unitamente ai suoi discepoli, completò la trascrizione della Torah Orale¹², o meglio, delle discussioni dei Maestri riguardo ad essa.

2. I diritti umani rappresentano il più importante sistema di valori degli ultimi due secoli in cui si rivengono le dimensioni essenziali per lo sviluppo dell'individuo.

Fonte normativa di misura del grado di attuazione dei diritti umani è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del dicembre 1948¹³.

¹⁰ Esodo 12,1-7

¹¹ H. L. Strack, *Einleitung in Talmud und Midraš*, 5^a ed., Monaco 1921 (ristampa immutata, 1930); M. Mielziner, *Introduction to the Talmud*, 3^a ed., New York, 1925. Per pubblicazioni posteriori v. sopra. In italiano: M. Beilinson e D. Lattes, *Il Talmud*, scelta di massime, parabole, leggende, Torino 1924; A. Cohen, *Il Talmud*, traduz. di A. Toaff, Bari 1935.

¹² La *Mishnâh* di Rabbî Yêhūdâh ha-Nâsî è divisa in sei "ordini" (*sêdarim*, sing. *seder*): il primo, *Zêrâ'im* (Delle sementi), contiene le leggi relative all'agricoltura e all'uso dei prodotti del suolo; il secondo, *Mô'ed* (Delle ricorrenze), quelle relative al sabato e alle feste annuali; il terzo, *Nashim* (Delle donne), le norme del diritto matrimoniale; il quarto, *Nêzîqin* (Dei danni), le altre norme del diritto civile e quelle del diritto penale; il quinto, *Qôdashim* (Delle cose sacre), tratta dei sacrifici e degli argomenti a essi collegati; il sesto, *Têharôt* (Delle purificazioni), tratta delle leggi di purità e d'impurità.

¹³ T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.



Seppur condita da un individualismo tipicamente occidentale e da un preteso universalismo, la Dichiarazione Universale ha attribuito ad ogni individuo il diritto di vivere¹⁴.

Con l'espressione "età dei diritti"¹⁵ Norberto Bobbio ha fatto riferimento al particolare rilievo che la tutela dei diritti umani ha assunto a partire dal secondo dopoguerra.

Certamente con ciò non si vuol intendere che i diritti fondamentali hanno trovato una loro piena tutela ed una compiuta attuazione, ma che la protezione di tali diritti diventano il principio costitutivo del diritto interno degli stati costituzionali di diritto nonché del diritto internazionale: destinatari non sono più solo gli Stati ma anche gli individui.

Bobbio vede la "progressiva affermazione dei diritti dell'uomo" scandita da una serie di tappe: originariamente vi è la *costituzionalizzazione*, o anche *positivizzazione*, dei diritti¹⁶ nelle costituzioni liberali e poi in quelle democratiche. In secondo luogo, la *progressiva estensione* dei diritti nel catalogo delle libertà, la *universalizzazione*, avviata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

La rivoluzione copernicana dell'età dei diritti è, quindi, determinata dall'affermazione della concezione individualistica della società: l'"individualismo metodologico", secondo cui lo studio della società deve partire dallo studio delle azioni degli individui" come indirizzo "dominante" nelle scienze sociali". E senza "l'individualismo ontologico, che parte dal presupposto [...] dell'autonomia di ogni individuo rispetto a tutti gli altri e della pari dignità di ciascuno, e l'individualismo etico, secondo cui ogni individuo è una persona morale", sostiene Bobbio, "il punto di vista dei diritti dell'uomo diventa incomprensibile"¹⁷.

Con la progressiva e graduale affermazione dei diritti umani si è venuta modificando altresì la concezione di democrazia: non più solo partecipazione del popolo al governo della res pubblica ma attuazione dei diritti fondamentali all'interno di ciascun Stato.

Lo Stato democratico, pertanto, dovrebbe considerare il popolo nella sua integrità, comprensivo della maggioranza e delle minoranze e garantire a quest'ultime il riconoscimento dei diritti umani.

Questo riconoscimento dovrebbe, quindi, intendersi come la conseguenza delle mortificazioni subite dalle minoranze: d'altronde le coscienze assopite si risvegliano quando vi è una forte lesione dei diritti dei meno forti.

Seppur la sua esistenza non sia riconosciuta da tutti gli Stati del Medio e Vicino Oriente, Israele, Stato democratico e di diritto che vive un costante stato d'assedio¹⁸, è entrato a far parte delle Nazioni Unite dal 1948.

¹⁴ Si veda l'art. 3 della *Dichiarazione universale dei diritti umani*: "Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona".

¹⁵ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 3° ed. 1997, p. viii.

¹⁶ N. Bobbio, "Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti" (1988) in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1999, p. 437.

¹⁷ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 60.

¹⁸ G. M. QUER, *Democrazia e diritti umani in Israele*.



Lo Stato di Israele possiede una Costituzione scritta, ma basa il suo sistema costituzionale sulle cosiddette Leggi fondamentali, le quali contengono il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

Sarà, poi, compito del sistema giudiziario di tutelare e garantire effettivamente i diritti umani.

Nel 1897 fu indetto il primo congresso sionista che proclamò il diritto del popolo ebraico alla rinascita nazionale: diritto riconosciuto nella dichiarazione Balfour del 2 novembre 1917 e riaffermato col Mandato della Società delle Nazioni.

La problematica del popolo ebraico, privo di indipendenza, è stata fortemente sentita a seguito della famigerata Shoà tanto che il 29 novembre 1947, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dopo mesi di lavoro da parte dell'UNSCOP (*United Nations Special Committee on Palestine*), adottò la risoluzione 181 che esigeva la fondazione di uno Stato ebraico in Eretz Israel¹⁹.

Il diritto naturale del popolo ebraico a essere, come tutti gli altri popoli, indipendente nel proprio Stato sovrano, ha indotto i sopravvissuti all'Olocausto nazista a rivendicare il loro diritto ad una vita libera e dignitosa nella propria patria.

Dopo secoli di privazioni dei diritti fondamentali, di ghetti e stermini, il 14 maggio 1948 nasceva, e veniva proclamato unilateralmente, lo Stato di Israele²⁰ con la *Dichiarazione d'Indipendenza dello Stato di Israele*.

Da tale data, la democrazia in Israele è divenuta trascinate e roboante tanto che le espressioni “ebraico” e “democratico” sono divenuti oggetto di accesi dibattiti.

Seguendo un’impostazione più severa²¹ vi sono taluni valori da considerarsi al contempo democratici ed ebraici e, di conseguenza, lo Stato sarà democratico se la legge è abbastanza astratta ed universale da rendere nulle le appartenenze religiose, ma vi è anche chi²² sostiene che la tradizione giuridica ebraica può essere presa in considerazione solo laddove, senza cadere in contraddizioni, ne rafforzi i valori democratici, ammettendo, per l’effetto, una convivenza dell’ebraico e del democratico.

Israele è uno Stato democratico ed ebraico. La sovranità appartiene al popolo ebraico che ha creato uno Stato per garantire la tutela dei diritti umani.

A conforto di ciò si rinvencono sentenze della Corte Israeliana che hanno avuto ad oggetto alcuni diritti fondamentali come ad esempio il diritto alla libertà di espressione (sentenze HCJ 153/83, HCJ 2481/93, HCJ 212/03, HCJ 316/03, HCJ 680/88, HCJ 4804/94, HCJ 1890/03), la libertà religiosa (sentenza HCJ 76

¹⁹ Public Law 104 - 45 - Jerusalem Embassy Act of 1995.

²⁰ David Ben Gurion, presidente del consiglio del nuovo Stato fino al 1954, concluse il suo discorso con un richiamo alla pace: “*Chiediamo...agli abitanti arabi dello Stato d'Israele di mantenersi in pace e di partecipare alla costruzione dello Stato sulla base della piena eguaglianza dei diritti di cittadinanza e con adeguata partecipazione a tutte le sue istituzioni provvisorie e permanenti. Porgiamo la mano a tutti gli Stati vicini ed ai loro popoli in un'offerta di pace e di buon vicinato...Lo Stato d'Israele è pronto a dare il proprio contributo a uno sforzo comune per il progresso dell'intero Medio Oriente*”.

²¹ *The Judge in a Democracy*, Aharon Barak - Princeton University Press - May 2008.

²² Menachem Elon, *Jewish Law History, Sources, Principles* Jewish Publication Society, 1995.



22/02), l'uguaglianza uomo-donna (sentenze HCJ 104/87, HCJ 153/87, HCJ 721/94), la costruzione della barriera difensiva tra territorio israeliano e territorio palestinese (sentenze HCJ 316/03, HCJ 337/71), la tortura (sentenza HCJ 5100/94).

Lo Stato di Israele si struttura sul principio della divisione dei poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario.

Il potere legislativo è detenuto dalla Knesset, costituita da 120 membri, che vengono eletti ogni quattro anni, ed opera in sessioni plenarie ed attraverso dieci commissioni permanenti.

Il Presidente di Israele viene, invece, eletto dalla Knesset per un mandato di sette anni non rinnovabile.

Il sistema elettorale israeliano è definito all'articolo 4 della Legge fondamentale: il sistema di rappresentanza del Paese è proporzionale, così garantendo la rappresentanza delle minoranze, e i candidati rappresentano partiti nazionali e non quartieri o circoscrizioni elettorali locali. Tuttavia, la soglia minima richiesta per essere rappresentati (soglia di sbarramento) è pari al 2% dei voti.

Il Primo Ministro viene scelto dal Presidente dello Stato di Israele tra i membri della Knesset²³. Il Presidente affida tale incarico ad un membro del parlamento, che di norma è colui il quale ha più possibilità di formare una coalizione di governo, con più di 60 membri, alla luce dei risultati elettorali.

Il Primo Ministro designato ha un periodo di 28 giorni, e sino ad un massimo di 42 giorni, per formare il governo²⁴.

Formatosi il governo, il Primo Ministro designato lo presenta alla Knesset entro 45 giorni dalla pubblicazione dei risultati delle elezioni in gazzetta ufficiale e, solo dopo aver chiesto ed ottenuto un voto di fiducia, espresso da una maggioranza di almeno 61 membri, i nuovi ministri assumono i propri uffici²⁵.

Il potere giudiziario, il cui prestigio e potere trova fondamento nel rispetto per la *rule of law*, è completamente indipendente dall'esecutivo e dal legislativo, consta di tre livelli di giudizio: i Tribunali di Magistrato, con funzione di giudice di primo grado, si occupa di casi civili e penali minore entità; i Tribunali di Distretto, con competenza su casi civili e penali di maggiore rilievo; ed, infine, la Corte Suprema con giurisdizione nazionale ed avente anche funzioni di Alta Corte di Giustizia²⁶.

²³ *Ressler v. Minister of Defence* (1988) 42 (ii) P.D. 441, in Zamir, Zysblat, *Public law in Israel*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

²⁴ *Baron v. Prime Minister and Minister of Defence* (1948) 1 P.D. 109, in Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, in State University of New York, 2002.

²⁵ GROPPI TANIA-OTTOLINGHI EMANUELE- RABELLO ALFREDO MORDECHAI (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, 2006, Giappichelli.

²⁶ ²⁷ *Iz'at Muhamad Mustafa Dwaikat and others v. The State of Israel and others* (1980) 34(i) P.D. 1, in Zamir, Zysblat, *Public op. cit.*



Appositi tribunali si occupano di infrazioni al codice della strada, vertenze di lavoro, delinquenza giovanile, rivendicazioni minori e via dicendo. La giurisdizione in materia di stato civile (matrimonio e divorzio) compete alle corti delle varie comunità religiose.

La Corte Suprema israeliana ha come suo antecedente l'*High Court* britannica presente in Palestina dal 1917 al 1948 e, attraverso la funzione di Alta Corte di Giustizia, gioca anche un ruolo importante nel proteggere i diritti dell'individuo e nel preservare il principio della legalità.

I compiti della Corte Suprema, oggi questi sono elencati dalla legge che disciplina il potere giudiziario, la *Basic Law: The Judiciary*, il cui terzo capitolo si occupa, all'art.15, esclusivamente della Corte Suprema.

È interessante notare come, all'interno dello Stato di Israele, vi sia il contemperamento di due sistemi, il secolare diritto religioso ebraico ed il diritto israeliano, di cui l'uno ne rivendica la supremazia dell'altro²⁷.

Ed è proprio nell'ottica di un bilanciamento che interviene l'Alta Corte di Giustizia che si propone di cristallizzare, ed ad individuare, i valori fondamentali di una società democratica ed ebraica.

3. *“Avraham era vecchio in età avanzata, e il Sign-re lo aveva benedetto in tutto. Al suo servo vecchio di casa, che soprintendeva tutto ciò che egli possedeva, disse: “Poni la tua mano sotto la mia coscia. E ti farò giurare per il Sign-re D-o del cielo e D-o della terra, che non prenderai una moglie per mio figlio dalle figlie dei Cananei in mezzo ai quali io abito; ma andrai alla mia terra e al mio parentado e là prenderai la moglie per mio figlio Izchak..”*²⁸

La problematica del matrimonio misto²⁹ sorge già quando Avraham invia il suo servo fedele nella terra della sua famiglia d'origine per prendere da lì la moglie per il figlio Izchak.

Il popolo ebraico si caratterizza per il desiderio di preservare la propria identità: la gente che si riproduce insieme sta insieme.

²⁷ G. Jacobsohn, *Apple of Gold. Constitutionalism in Israel and in the United States*, Princeton, Princeton University Press, 1993, 106, B. Akzin, *The place of the Constitution in the modern State*, in *Israel Law Review*, 1967, 15 ss., E. Gutmann, *Israel: Democracy without a constitution*, in V. Bogdanor, *Constitutions in Democratic politics*, Aldershot, Gower, 1988, pp.290 ss., M. Hofnung, *The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel*, in *American Journal of Comparative Law*, 1996, pp.588 ss., A. Barak, *The constitutionalization of the Israeli legal system as a result of the basic laws and its effect on procedural and substantive criminal law*, in *Israel Law Review*, 1997, 3ss.

²⁸ *Beresbit.*, 24:1-4

²⁹ *Alfredo Mordechai Rabello, Introduzione al diritto ebraico: fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002; *Ben Zion Schereschensky, Family law in Israel*, ed. Rubin Mass, Gerusalemme, 1984; *Maurice Lamm, The jewish way in love and marriage*, ed. Harper % Row, New York, 1998; *Alberto Somekh, Il matrimonio ebraico, le ketubot dell'Archivio Terracini, Zamorani, Torino, 1997.*



Secondo la Torah vi sono talune unioni che rischiano di essere potenzialmente distruttive per il mondo ebraico nonché lesive dell'identità di gruppo.

È doveroso precisare che per il diritto ebraico il matrimonio misto non è apertamente vietato: non avrà alcuna validità, anche se celebrato da rabbini.

La fonte primaria sulla quale si basa la proibizione per un ebreo di sposare un non ebreo, si trova nella Bibbia³⁰: 'Non li sposerai (i gentili, dei quali la Bibbia parla nei versi precedenti), non darai la tua figlia al loro figlio e non prenderai la sua figlia per il tuo figlio'. Il motivo di questa proibizione è chiaramente enunciato nel verso seguente: 'Giacché condurrà il tuo figlio via da Me e serviranno altri dei...'. ('Altri dei' può anche essere interpretato significare quegli ideali e 'ismi' che non sono conformi ai dettami della Torah, e davanti ai quali l'uomo inchina la testa dedicando loro il proprio cuore e la propria anima).

La problematica del matrimonio misto, consistente anche nella mancanza di una corretta educazione ebraica, propone come possibile soluzione la "conversione" all'ebraismo del partner non ebreo.

La conversione è l'atto con cui si entra a fare parte del Kelàl Israel ("globalità della comunità di Israele"),

Il processo di conversione, denominato "*Ghiur*", alquanto delicato e richiedente una forte convizione da parte del candidato, avviene alla presenza di un Tribunale rabbinico (Beth Din, letteralmente "casa del giudizio").

Conseguentemente il colloquio preliminare, e sempre in caso di esito positivo dello stesso, il candidato dovrà sottoporsi ad un programma di studio nonché dovrà garantire una presenza affettiva in seno alla comunità.

Trascorso un ragionevole periodo di tempo, il candidato verrà sottoposto ad una prova scritta e/o orale e, solo in caso di esito positivo, il Tribunale rabbinico valuterà, con criteri personali, il livello di conoscenza acquisito dal candidato nonché le motivazioni presentate dallo stesso.

Se anche questa prova ha esito positivo, il Beth Din fisserà, a conclusione del percorso, la data del rito di Brit Milah³¹, ovvero della circoncisione (solo per gli uomini), e del Mikwè, cioè del bagno rituale.

La parola *Mikwè* si incontra per la prima volta in Genesi 1°, 10: "*D.o chiamò terra l'asciutto e chiamò mari la raccolta delle acque*" (mikwè màyim)³², e sta ad indicare una piscina per l'immersione rituale: immersione che deve essere completa e in stato di totale nudità.

Il mikwè, che secondo la tradizione ebraica rappresenterebbe il grembo materno, secondo dei criteri ben precisi, deve essere costruito nel terreno e deve contenere una quantità indispensabile per una immersione totale. L'acqua, inoltre, deve essere piovana e non può essere veicolata artificialmente. Inoltre l'acqua del mikwè non deve scorrere, ad eccezione che non si tratti di una sorgente naturale.

³⁰ Deut. 7:3

³¹ Genesi 17,7

³² Anche in altri due passi della Bibbia si parla ancora di mikwè - come mikwè màyim, cioè raccolta di acqua - e precisamente in Esodo 7°, 19 e Levitico 11°, 36.



Il rito della circoncisione maschile, Brit Milah, impresso nella carne di ogni ebreo, invece, risale ai tempi di Abramo, al quale, come segno della sua alleanza con D.o, fu ordinato di circoncidere se stesso e i suoi figli Ismaele e Isacco. Dato che Isacco aveva otto giorni di vita al momento della sua circoncisione, oggi il *Brit milah* viene praticato ai bambini che hanno raggiunto l'ottavo giorno di età³³, e viene eseguito durante le ore diurne.

L'obbligo di provvedere alla milà del bambino incombe sul padre³⁴. Se il padre è assente, o comunque non provvede, l'obbligo ricade sul Bet Din; se neppure il Bet Din provvede, ogni singolo membro della Comunità deve fare in modo che non rimanga un uomo incirconciso in Israele.

Normalmente il Brit Milah si compone di tre atti: 1) milà propriamente detta, che consiste nella recisione del prepuzio, cioè della pelle che ricopre il glande; 2) peri'ā, rivoltamento della mucosa sottostante; 3) metzitzā, succhiamento del sangue della ferita.

Al termine dell'operazione, uno dei presenti solleva una coppa di vino e recita una benedizione conclusiva. Prima di bere, è consuetudine che le labbra del bambino vengano bagnate con del cotone immerso nel vino.

Così come Abramo ricevette il suo nome completo con la Milah, l'ultimo atto della cerimonia è l'imposizione del nome al bambino: un nome ebraico tradizionale.

La letteratura medica è solita distinguere quattro categorie:

- a) circoncisione terapeutica (ad es. in caso di fimosi o parafimosi);
- b) circoncisione profilattica (ad es. nei neonati per prevenire infezioni del tratto urinario nell'infanzia);
- c) circoncisione rituale (tipica di talune confessioni religiose);
- d) circoncisione provvista di altre motivazioni (desiderio di imitazione, ragioni non esplicitate da parte del richiedente).

La cosiddetta circoncisione "profilattica" o di "routine" nasce nel XIX secolo per interrompere la masturbazione che, alla luce di una teoria poco chiara, causava molte e varie affezioni³⁵.

La morale sessuofobica e puritana tipica dell'età medio vittoriana determinò nei Paesi di lingua inglese, quali Regno Unito, Canada, Australia, Nuova Zelanda e Stati Uniti, l'adozione di tale pratica.

Solo verso gli anni trenta del XX secolo, il progresso scientifico mise in discussione la pratica della circoncisione, intesa come deterrente all'autoerotismo, per giungere a

³³ Anche se, in teoria, l'obbligo di circoncidere il figlio cade sul padre, in pratica, la circoncisione è eseguita da un esperto chiamato *Mohel*. Nella cerimonia un ruolo speciale lo assume il *Sandek*, cioè colui che tiene il bambino tra le braccia durante il rito. Durante la cerimonia, il bambino è fatto sedere su una sedia speciale, chiamata "seggio di Elia", simbolica rappresentazione del profeta Elia che, secondo la tradizione, visita ogni celebrazione del Brit milah. Il rito si conclude con questa benedizione: "come questo bambino è ora entrato a fare parte del Brit milah, possa meritare di accedere allo studio della Torah, di entrare nel baldacchino nuziale e di compiere opere buone!".

³⁴ Kiddushin 29a; Yorè De'ā 260, 1

³⁵ A.M. Di Nola, Circoncisione, in Enciclopedia delle Religioni, 2° vol., Firenze, Vallecchi, 1970. P.C.



qualificarla come misura di prevenzione delle infezioni urinarie in età pediatrica e di lotta all'AIDS.

È indubbio che l'ablazione del prepuzio costituisca un atto di disposizione del proprio corpo, comportante conseguenze di carattere permanente con un'alterazione della massa fisica.

La libertà religiosa individuale³⁶, o meglio la libertà di educare religiosamente, pertanto, potrebbe trovare impedimento nella sottoposizione del minore ad interventi medici diretti ad incidere sull'integrità fisica.

Più specificamente, atteso che la circoncisione altererebbe la corporeità del minore, si potrebbe correre il rischio di configurare una fattispecie di lesione penalmente rilevante.

La figura del minore, già garantita da la Convenzione ONU sui Diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989, diventata legge dello stato nel 1991, la convenzione di Oviedo " Diritti dell'uomo e biomedicina " del 4.4.97 (ratificata dall'Italia con L. 4.3.2001 n. 145) e da la Convenzione di Strasburgo del 25.1.96 (ratificata dall'Italia con L. 20.3.2003 n. 77), non può, quindi, essere considerato la vittima dei cd. reati "culturalmente orientati" qualora la pratica della circoncisione, nel rispetto della tradizione, venga eseguita da soggetti abilitati alla professione medica e alla luce degli standards di sicurezza ed igiene.

L'ignoranza nei confronti di un rito che dura da millenni e la confusione tra infibulazione e circoncisione sono presto sfociate in decisioni di certo non passate inosservate.

La Corte d'Appello di Colonia³⁷, con la prima pronuncia in ordine alla rilevanza penale della circoncisione maschile cd. rituale³⁸ (eseguita cioè per tradizione culturale o religiosa), ha stabilito che *"il corpo di un bambino viene modificato in modo duraturo e irreversibile con la circoncisione"*.

Il caso riguardava nello specifico un bambino di quattro anni, che era stato circonciso da un medico islamico, ma che poi ha avuto necessità di cure al pronto soccorso perché aveva ricominciato a sanguinare dopo un paio di giorni dall'intervento.

La circoncisione di un minore di anni 4, quindi, eseguita, per motivi religiosi, da un medico su espressa volontà dei genitori, può dar luogo ad una condanna per il reato di lesioni (§ 223 StGB).

La decisione dell'Amtsgericht di primo grado aveva ritenuto che la condotta del medico fosse giustificata in ragione del consenso prestato dai genitori al fine di garantire il benessere del bambino (Kindeswohl), nel rispetto di quanto previsto dal §1627 del Bürgerliches Gesetzbuch.

³⁶ G. Amato - A. Barbera, Manuale diritto pubblico, azione dei pubblici poteri, 1984; P. Barile, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, 1984; P. A. D'Avack, Libertà di coscienza, culto e propaganda in Enciclopedia del diritto, 1974; F. Finocchiaro, Libertà religiosa in Enciclopedia Giuridica Treccani, 1990; G. Long, Confessioni religiose diverse dalla cattolica, ordinamenti interni e rapporti con lo Stato, 1991.

³⁷ Landgericht Köln - 7 May 2012, No. 151 Ns 169/11

³⁸ Beulke-Diessner, *"Ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein grosses Thema für die Menschheit"*. Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt, in ZIS 7/2012, S. 338-345



La problematica³⁹ sottoposta al vaglio dei giudici tedeschi, al pari di quelli italiani, è, pertanto, consistita nello stabilire se il consenso espresso dai genitori, alla luce della propria tradizione religiosa, possa fungere da esimente in ordine alla circoncisione del proprio figlio minore.

Il drastico risultato cui è giunto il *Landgericht* di Colonia è da considerarsi sicuramente in contrasto con il crescente pluralismo religioso-culturale⁴⁰: la corte distrettuale, facendo leva sulla nozione di “*best interest of the child*”, ha riconosciuto, nel bilanciamento degli interessi, la prevalenza della tutela dell’integrità fisica del minore rispetto alla libertà dei genitori di educare religiosamente il minore.

Il diritto fondamentale del minore alla propria integrità fisica ed autodeterminazione, quale tutelato dall’art. 2 (2) *GG*, costituisce, quindi, una “*verfassungsimmanente Grenze*”.

Il consenso genitoriale, pertanto, non può, quindi, esimere la presunta violazione del diritto all’integrità fisica del figlio minore incapace a decidere consapevolmente “*für die Beschneidung als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam*”.

Ne consegue, pertanto, che “*die Grundrechte der Eltern aus Artikel 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG werden ihrerseits durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gemäß Artikel 2 Abs. 1 und Satz 1 GG begrenzt*”.

A presidio della liceità della circoncisione la Suprema Corte di Cassazione⁴¹ ha rammentato che “*la circoncisione rituale praticata dagli ebrei su neonato deve, pertanto, ritenersi non in contrasto con il nostro ordinamento e ha una preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica, con l’effetto che giammai il mobil [medico o persona specializzata nella pratica della circoncisione] potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata, se non determina un’apprezzabile lesione permanente e non mostra segni di negligenza, imprudenza o imperizia*”.

Anche al fine di controllare situazioni nuove che sfociano nel “multiculturalismo”, i giudici di legittimità hanno, quindi, rintanato la concenzione occidentale di circoncisione, intesa come “atto medico”, dovendo, pertanto, necessariamente fronteggiarsi con il significato simbolico e religioso che tale pratica assume in talune comunità⁴².

La sentenza interviene sulla pronuncia dei giudici di merito che avevano condannato una giovane donna nigeriana per concorso nel delitto ex art. 348 c.p., perchè favoriva la sottoposizione del proprio figlio a un intervento di circoncisione, effettuato da un soggetto non abilitato alla professione medica.

³⁹ Pusateri, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra - se eseguita per motivi culturali che determinano l’ignoranza inevitabile della legge penale - il reato di esercizio abusivo della professione medica*, in questa *Rivista*, 22 marzo 2012; Id., *Escluso il reato di esercizio abusivo della professione medica se la circoncisione maschile cd. rituale è stata eseguita per motivi culturali*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* XIV, 1-2012, pagg. 94-103

⁴⁰ A. Bernardi, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002; F. Basile, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Polit. Crim.*, Vol. 6, 12, 2011

⁴¹ v. Cass., Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646

⁴² Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.



La Cassazione, negando l'applicazione dell'art. 51 cod. pen., come scriminante, perché la scelta della donna "va letta come espressione della cultura della medesima interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza e nulla ha da condividere con la circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei, sicché non è invocabile, nella specie, l'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa", ha ritenuto applicare l'art. 5 c.p. ritenendo sussistente una "incolpevole carenza di socializzazione".

Vi è da precisare che in Italia non esiste una espressa normativa di legge, che specifichi il soggetto che può praticare la circoncisione e il luogo in cui può essere praticata.

La libertà religiosa intesa in senso ebraico⁴³ ha avuto una svolta decisiva con la legge 8/3/1989 n. 101⁴⁴, contenente norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane.

Tale normativa è in linea sia con l'art. 19 della Costituzione che riconosce il diritto alla libertà di religione e sia con l'art. 30 della Costituzione che riconosce il diritto-dovere dei genitori di educare i figli, ivi compresa l'educazione religiosa.

La pratica circoncisoria ebraica risulta implicitamente riconosciuta come conforme ai principi dell'ordinamento giuridico in forza del combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 25 della legge 8/3/1989 n. 101, in forza dei quali è garantito "il diritto di professare e praticare liberamente la religione ebraica in qualsiasi forma...e di esercitarne in privato o in pubblico il culto e i riti".

Le modalità di esecuzione della circoncisione maschile variano notevolmente nelle differenti aree culturali⁴⁵.

In taluni Paesi, ove la religione islamica costituisce l'unica ed ufficiale confessione religiosa, come ad esempio l'Arabia Saudita e l'Iran, il diritto islamico trova un'ampissima applicazione nei tribunali religiosi aventi una giurisdizione quasi esclusiva⁴⁶.

L'art. 46 della Costituzione egiziana stabilisce che "Lo Stato garantisce la libertà di credo e la libertà d'esercizio del culto". Da ciò, si evince, secondo i difensori della circoncisione maschile, il diritto di esercitare tale pratica in quanto manifestazione religiosa o culturale.

Per quanto il Corano non ne faccia menzione, nell'Islam la pratica della circoncisione (*khitan*) costituisce uno dei doveri religiosi principali.

⁴³ G.DISEGNI, Ebraismo e libertà religiosa in Italia. Dal diritto all'uguaglianza al diritto alla diversità, Torino, 1983, p.133; G.FUBINI, Ebraismo italiano e problemi di libertà religiosa, in AA.VV., Teoria e prassi delle libertà di religione, Bologna 1975, p. 726

⁴⁴ In G.U., 23 marzo 1989, n.69, supp.ord.

⁴⁵ B. Bettelheim, Symbolic wounds. Puberty rites and the envious male, Glencoe (IL), Free Press, 1954.

Y.A. Cohen, The transition from childhood to adolescence. Cross-cultural studies of initiation ceremonies, legal systems and incest taboos, Chicago, Aldine, 1964; A.M. Di Nola, Circoncisione, in Enciclopedia delle Religioni, 2° vol., Firenze, Vallecchi, 1970. P.C.; Remondino, History of the circumcision from the earliest times to the present, Philadelphia-London, Davis, 1891.

⁴⁶ Customary and Islamic Law and its Development in Africa — An Overview", su Hunton & Williams Bulletin, August 2004, p. 3



Seppur costituisca un'eredità della tradizione ebraica, l'età in cui si è sottoposto il candidato mussulmano è quella prepuberale e puberale (generalmente tra i 7 e i 13 anni).

Poichè la circoncisione costituisce uno dei tratti della *fiṭra*, la pura natura su cui Allah ha creato l'essere umano, questa è da considerarsi obbligatoria per tutti i Mussulmani maschi: d'altronde, Allah comandò al Profeta Muhammad (sallAllahu 'alayhi wa sallam) di seguire il puro credo di Ibrahim ('alayhis salam), e la circoncisione è una parte di esso ed il Messaggero di Allah (sallAllahu 'alayhi wa sallam) comandò a Kulayb al-Juhani di fare la circoncisione quando egli abbracciò l'Islam⁴⁷.

È stato provato a dedurre l'obbligo alla circoncisione maschile dal seguente versetto: “*E Abramo!... Quando il suo Signore lo provò con i suoi ordini ed egli li eseguì, [il Signore] disse: "Farò di te un imam per gli uomini", "E i miei discendenti?", "Il mio patto, disse [Dio], non riguarda quelli che prevaricano*⁴⁸”.

Secondo una delle varie interpretazioni date dai commentatori del Corano, questo versetto ordinerebbe di farsi circoncidere.

In particolare, secondo taluni giuristi mussulmani classici⁴⁹ la circoncisione è una *sunnah* per gli uomini e un atto meritorio per le donne: “*Se gli abitanti di una contrada dovessero decidere unanimemente di abbandonare la circoncisione, l'imam dichiarerà loro guerra, perché la circoncisione fa parte dei rituali dell'islam, ed è una sua caratteristica*”.

Se la circoncisione non fosse obbligatoria, inoltre, secondo la tradizione islamica, non sarebbe possibile commettere i tre divieti di mostrare, guardare e toccare la '*awrah*'⁵⁰.

Non vi è dubbio che la più antica procedura chirurgica nella storia dell'umanità, ma anche la più controversa, rappresenti, oltre che un segno di adesione religiosa, un forte simbolo di appartenenza e di identità.

L'art. 18 della Dichiarazione Universale, secondo cui “*ogni individuo ha il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti*”, letto in combinato disposto con l'art. 27 par. 1, secondo cui “*ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici*”, costituisce il riconoscimento alle comunità del diritto di vivere secondo le loro norme religiose e di praticare la loro cultura.

⁴⁷ come in sura An-Nahl, aya 123

⁴⁸ (2:124)

⁴⁹ Ibn-Mawdud Al-Musuli (hanafita, d. 1284)

⁵⁰ “*ʿAwrah*” è una parola araba e il plurale è “*ʿAwrāʾ*”. Linguisticamente parlando significa un luogo nascosto e segreto, e l'*ʿAwrah* di una persona è ciò che deve essere tenuto nascosto. Si riferisce anche a tutto ciò che causa imbarazzo quando è esposto, pertanto l'*ʿAwrah* di un individuo è la zona del corpo che (normalmente) provoca imbarazzo se esposta. (Ibn Manzur, *Lisan al-Arab*, 9/370).



Il graduale accoglimento delle diversità e i risvolti legali nonchè medici riguardanti la circoncisione rituale attengono, quindi, al nucleo più profondo di quella società multi-etnica e pluralista basata essenzialmente sul rispetto del diritto inviolabile: il diritto di appartenere alla propria confessione religiosa.

4. La sessualità, o meglio il suo corrispondente astratto in termini di diritto, costituisce una delle modalità di estrinsecazione biologica e sociale del genere umano e, pertanto, ne rappresenta, al di là del mero fine riproduttivo, la più forte forma di comunicazione relazionale.

La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n.561 del 18 dicembre 1987 ha affermato che *“essendo la sessualità uno degli essenziali modi d’espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 della Costituzione impone di garantire”*⁵¹.

Anche la Commissione delle Nazioni Unite sulla Promozione e Protezione dei Diritti Umani, con una risoluzione dell’aprile 2003 sul diritto alla salute, ha richiesto agli Stati di *“proteggere e promuovere la salute sessuale e riproduttiva quali elementi fondamentali del diritto di ciascun individuo a ottenere i massimi standard in materia di salute fisica e mentale”*⁵².

Antecedentemente la riforma del 1983, e quindi in epoca non molto lontana, il diritto canonico bandiva dalla sessualità qualsivoglia risvolto di cupidigia: il *remedium concupiscentiae* era costituito dal ricorso al matrimonio *ad procreandam prolem*.

Nonostante le numerose contraddizioni e le libere interpretazioni dei testi sacri, il diritto alla sessualità è venuto maturandosi solo dopo una lunga evoluzione, derivato di un’ancestrale cultura religiosa.

La repressione e demonizzazione del diritto di poter esternare la propria sessualità, dall’adulterio all’autoerotismo, trovò, nel VI secolo, un compromesso costituito dai cd. “Libri penitenziari”, manuali esplicativi di tutte le penitenze conseguenti il compimento di specifiche attività sessuali.

È solo nel nuovo millennio che la sessualità viene considerata come un *modus vivendi* essenziale per l’espressione e lo sviluppo della persona ed il relativo diritto annoverato tra i diritti inviolabili della persona⁵³.

Nell’ebraismo la sessualità, ed il suo diritto, viene considerata come la manifestazione dell’unione di due individui che reciprocamente si sostengono nel piacere e nella eventuale procreazione: difetta, pertanto, il carattere peccaminoso ed immorale.

⁵¹ A.CERRI, *Corso di Giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011, 236;

⁵² Doc. Nazioni Unite E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

⁵³ Corte di Cassazione, sez. III civile, sentenza 11 giugno 2009 n. 13547



Il fatto che la pratica del sesso sia accompagnata da intenso piacere è, per il credente, un'ulteriore prova della bontà di D.o⁵⁴:d'altronde, si rinvencono spesso nel Testo sacro, immagini con cui i Profeti descrivono il rapporto tra D.o ed Israele⁵⁵.

Secondo la tradizione ebraica, di fatto più avanguardista, il rapporto fisico tra uomo e donna certamente non può ledere il rapporto dell'uomo con D.o. : è convinzione, infatti, che, se compiuta in santità, al momento dell'unione sessuale la *Shekbinah*⁵⁶ scende ed incombe sul loro amplesso.

In tal senso si registrano episodi dimostrativi di una concezione assolutamente priva di un severo moralismo: si pensi all'episodio delle figlie di Lot che, non avendo marito, ubriacano il padre e si uniscono con lui per suscitare una discendenza⁵⁷ o a quello dell'astuzia di Tamar che per avere una discendenza, essendole morto il marito e rifiutandosi il cognato Onan di fecondarla spargendo il suo seme per terra, si traveste da prostituta e concepisce dal suocero Giuda⁵⁸.

Anche da un punto di vista lessicale si può notare che nel Nuovo Testamento, a differenza di quanto accade nel Vecchio Testamento, non si discorre di "eros" ma solo di *agape* o *filia*: nel mondo ebraico si riviene un unico termine *'ahavah* comprendente tutti gli aspetti del sesso⁵⁹.

La morale sessuale mussulmana, invece, bandisce in maniera alquanto severa il concetto di sesso libero: è solo con il matrimonio (nikāh) , inteso come contratto privato a tempo indeterminato, che l'uomo , in cambio di una dote (mahr), ottiene il diritto di avere con la donna rapporti sessuali leciti.

Per il mondo islamico il sesso prematrimoniale, sia con una fidanzata e sia con una prostituta, è fornicazione⁶⁰ (*zina*) e, unitamente all'adulterio sono considerati atti immorali contro i diritti di Allah (SwT) e dei propri organi sessuali.

In particolare, se l'uomo o la donna non sposati commettono fornicazione più di una volta, saranno puniti tre volte con cento frustate, e se si prova che sono colpevoli per la quarta volta, saranno condannati a morte⁶¹.

⁵⁴ L. Caro, *Considerazioni generali sulla sessualità nel mondo ebraico*, in "La Sessualità. Aspetti religiosi, culturali, sociologici e sanitari", Atti del convegno di studi svoltosi a Ferrara il 2 aprile 1995, Bologna 1996, pp. 15-19: 15.

⁵⁵ Caro, *Considerazioni generali sulla sessualità nel mondo ebraico*, cit., p. 16.

⁵⁶ Nella religione ebraica, all'interno della tradizione biblica e teologica ebraica, indica la Presenza di D.o.

⁵⁷ Gen19,30-38.

⁵⁸ Gen38,13-18

⁵⁹ G. Scholem, *Le grandi correnti della mistica ebraica*, Torino 1993 (Zürich 1957), p. 105. Si veda inoltre M. Harris, *The Concept of Love in Sepher Hassidim*, in "Jewish Quarterly Review" 50 (1959-60), pp. 11ss.

⁶⁰ "Non ti avvicinare alla fornicazione. E' davvero cosa turpe e un tristo sentiero" (Sacro Corano, Sura al-Isra', 17:32).

⁶¹ Cfr. "hudud" in *Sharaya' e Sharh Lum'a; Khu'i, Takmilab*, p. 37-8. "Flagellate la fornicatrice ed il fornicatore, ciascuno con cento colpi di frusta e non vi impietosite [nell'applicazione] della Religione di Allah, se credete in Lui e nell'Ultimo Giorno, e che un gruppo di credenti sia presente alla punizione" (Sacro Corano, Sura an-Nūr, 24:2).



In caso di adulterio, la punizione è ancora più severa perché le persone sposate non hanno nessuna scusa in assoluto per commetterlo. Per la *Shariah* le persone sposate colpevoli di adulterio devono essere lapidate a morte.

L'eccessiva severità della tradizione islamica, inoltre, considera la masturbazione (*istimna*), intesa come auto-stimolazione dell'organo sessuale, proibita dal *fiqh* shiita⁶². Sulla medesima scia, l'omosessualità, considerata un'"indecenza", è un delitto che va contro le leggi di Allah (SwT), e quindi punibile.

In caso di omosessualità maschile, il partner attivo deve ricevere cento frustate se non è sposato e ucciso se è sposato, mentre il partner passivo deve essere ucciso senza distinzione per il suo stato civile; nel caso di omosessualità femminile, invece, senza alcuna distinzione, entrambe riceveranno cento frustate, se nubili, o lapidate a morte se sposate⁶³.

5. Con l'espressione "coppie di fatto" ci si riferisce tanto ai conviventi more uxorio eterosessuali, che decidono di non contrarre matrimonio, quanto alle coppie dello stesso sesso che, nel nostro ordinamento non possono farlo.

Tale tipologia di unioni è stata oggetto di interesse da parte dell'Europa che, in diverse occasioni, ha tentato di darne un accenno giuridico tracciandone delle linee comportamentali.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (la Carta di Nizza), approvata dal Parlamento Europeo nel novembre del 2000, individua tra le libertà fondamentali, "il diritto di sposarsi ed il diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che ne garantiscono l'esercizio"⁶⁴.

Con la Risoluzione del 16 marzo 2000 il Parlamento Europeo ha chiesto agli Stati di "garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate ed alle coppie dello stesso sesso parità di dignità rispetto alle coppie ed alle famiglie tradizionali", soprattutto in campo legislativo fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali⁶⁵.

Vi è anche una raccomandazione del Parlamento Europeo intitolata "Risoluzione sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella Comunità Europea"⁶⁶ approvata dal Parlamento Europeo⁶⁷ che invita gli stati membri ad abolire ogni disparità di trattamento delle persone con orientamento omosessuale.

⁶² "{i credenti sono coloro} che si mantengono casti, eccetto con le loro spose (...) mentre coloro che desiderano altro {in termini di soddisfazione sessuale} sono i trasgressori" (*Sura al-Mu'minin*, 23: 5-7)

⁶³ Cfr. "buduul" in *Sharaya e Sharh Lum'a*; si veda anche al-Khu'i, *Takmilah*, p. 42-44.

⁶⁴ Art. 9 *Carta Europea dei Diritti Fondamentali*

⁶⁵ Cfr. AA.VV. di Autorino – Stanzone, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*. Seconda Edizione, 2011, Giappichelli, p. XLII.

⁶⁶ n. A3/00028/94

⁶⁷ L. 8 /2/1994



Sebbene la nostra Costituzione, all'art. 29 "riconosce nella famiglia *“una società naturale fondata sul matrimonio”*, l'art. 2 del testo costituzionale garantisce protezione ad ogni formazione sociale nella quale si svolge la *“personalità umana”*.

Ne discende che ogni unione, il cui scopo è la realizzazione di un progetto di vita comune, dovrebbe godere della medesima valenza e sociale e giuridica di quella regolamentata dal diritto matrimoniale⁶⁸.

Premesso che tutte le questioni afferenti la dignità umana non possono essere esaminate ed affrontate in un'ottica meramente personale ed a discapito della propria sensibilità risulta necessario liberare le coscienze da quell'ostilità preconcepita di matrice cattolica.

Nell'esperienza estera si rinvengono forme convenzionali di autoregolamentazione, come quelle diffuse in Francia, definite *excontracts de cohabitation*, e forme, tipiche dei Paesi di common law, note come *contracts de agreements*, che disciplinano dettagliatamente i rapporti personali e patrimoniali tra i conviventi⁶⁹.

Il primo timido tentativo di colmare quel gap che separa l'ordinamento italiano da numerosi e civili Paesi è reso dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010⁷⁰, che, nel definire le unioni di fatto, in virtù dell'art. 2 della Costituzione, come *“formazioni sociali”* ha riconosciuto *« il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri »*.

Più specificamente la Corte afferma che *“ Per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico ”*

La convivenza, quale situazione di fatto, richiede, in taluni Stati l'adempimento di formalità, come la *“registrazione”* presso un pubblico ufficio con annotazioni su di un registro.

Tale scelta può valere in maniera parziale come accade in Catalogna e in Belgio oppure, può comportare una completa uguaglianza al matrimonio come si verifica nell'Olanda Danimarca, Norvegia e Svezia.

La Suprema Corte di Cassazione è intervenuta in ordine alla trascrizione del certificato di nozze, quale atto pubblico, contratte all'estero nel proprio Comune di residenza.

⁶⁸ cfr. A. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 23 ss.; F.D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, Cedam, Padova, 1993, vol. IV, t. I, p. 757 ss.

⁶⁹ cfr. C. MALAURIE, *Rèformes du droit de la famille*, Parigi, 1975; L. PARRY, *Cohabitation*, Londra, 1981.

⁷⁰ Deposito del 15/04/2010, Pubblicazione in G. U. 21/04/2010



Con la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012⁷¹ gli ermellini hanno inteso le coppie dello stesso sesso godono del diritto ad una “vita familiare” e, per l’effetto, del diritto ad un “trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”.

Si consacrerebbe, pertanto, l’equiparazione della condizione giuridica dei conviventi rispetto ai coniugi.

La Corte, infatti, afferma che " *la coppia omosessuale potrà rivolgersi al giudice per far valere, in presenza appunto di «specifiche situazioni», il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza*". Tuttavia tali principi contrastano con la mancanza, nel nostro ordinamento, di una categoria giuridica in cui inquadrare l'unione di fatto⁷².

La Consulta ha qualificato, infatti, l'unione omosessuale come formazione sociale alla stregua dell'art. 2 Cost. atta a favorire la realizzazione della persona nella vita di relazione ma ha precisato al contempo che spetta al Legislatore individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per tali unioni.

L’apertura al riconoscimento di posizioni giuridicamente rilevanti, corrispondenti a quelli della coppia fondata sul matrimonio, ha indotto la prima sezione civile della Corte di Cassazione, con la sentenza 11 gennaio 2013 n. 601⁷³, a ritenere che non c’è pregiudizio all’adozione da parte di coppie omosessuali quando non è a rischio il corretto sviluppo del minore

Contro la legittimità dell’affidamento del minore ad una madre separata ed alla sua compagna non deporrebbe, a parer della Corte, alcuna “*certezza scientifica*” ma solo “*il mero pregiudizio*” che crescere con due partner dello stesso sesso “*sia dannoso per l’equilibrato sviluppo del bambino*”.

La pronuncia, a ben vedere, ha soltanto confermato la scelta di affidare in via esclusiva un minore alla propria madre.

Seppur condite da chiari intenti “rivoluzionari” le predette decisioni certamente non introducono regole o principi innovativi e dirimenti tali da determinare una profonda mutazione dell’istituzione familiare.

Sarà tuttavia compito del Parlamento di svincolarsi dal concetto di famiglia così come cristallizzato nel 1948, anno in cui entrò in vigore la Costituzione.

In alleanza con la morale cristiana, i rabbini vantano una posizione di chiusura, in virtù di ragioni storiche ed ideologiche, verso il riconoscimento delle coppie di fatto.

⁷¹ Sezione Prima Civile, Presidente M. G. Luccioli - Relatore S. Di Palma

⁷² cfr. G. ALPA, La famiglia di fatto. Profili attuali, in Giur. it., 1989, vol. IV, p. 401 ss.

⁷³ Presidente Luccioli – Relatore De Chiara



Lo Stato di Israele, tuttavia, godendo di una particolare autonomia in materia legislativa, il 5 agosto 2003 ha riconosciuto le unioni civili mediante la semplice esibizione del certificato di residenza e di una dichiarazione notarile.

Il rapporto tra la religione ebraica e lo Stato ebraico in Israele ha determinato il “riconoscimento” solo dei matrimoni religiosi.

Tuttavia, poiché lo stato d'Israele, ai fini statistici, ha bisogno di un'anagrafe civile, il Ministero dell'Interno ha istituito il Registro della Popolazione, nel quale viene annotato anche lo stato civile delle persone.

La differenza, quindi, tra matrimonio "registrato" e matrimonio "riconosciuto" risiede nella circostanza che solo quelli religiosi, da provare con un certificato rilasciato dalla competente Autorità religiosa, ricadono nella seconda categoria.

Tuttavia, atteso che una coppia che fa "registrare" il proprio matrimonio contratto all'estero lo vede in realtà "riconosciuto" a livello sociale, per lo Stato di Israele la differenza tra “riconoscimento” e “registrazione” assume poco rilevanza.

A conforto di tale assunto è intervenuta la decisione HCJ 3045/05⁷⁴ con cui l'Alta Corte ha accettato le richieste di cinque coppie israeliane, composte da persone dello stesso sesso, che avevano contratto matrimonio in Canada ed avevano richiesto di essere registrate all'anagrafe come sposate.

La problematica, a ben vedere, non atteneva alla validità del loro legame quanto piuttosto nello stabilire se l'ufficiale del registro, avesse legalmente o meno rifiutato di registrare l'unione.

Sulla medesima scia si rinviene un precedente giurisprudenziale, HCJ 143/62⁷⁵, riguardante il caso di una coppia eterosessuale, sposatasi a Cipro, e che aveva richiesto di essere registrata come coniugi in Israele. L'Alta Corte ritenne che la coppia doveva essere registrata come sposata in virtù della circostanza che il registro anagrafico costituisce un mero database statistico e non la prova di uno status personale: la validità del matrimonio, pertanto, non dovrà essere sottoposta al vaglio dell'ufficiale dell'anagrafe.

Quest'ultimo potrà rifiutarsi di procedere alla registrazione solo nel caso in cui, quindi, vi siano errori formali: l'esempio citato nella decisione della Corte è quello di una persona che d'aspetto sembra adulta ma chiede di essere registrata come se fosse un bambino di cinque anni.

Nella decisione HCJ 3045/05 la Corte rigettò la contestazione sollevata dallo Stato, secondo cui il matrimonio omosessuale è un istituto giuridico non riconosciuto in Israele e che il matrimonio è l'unione tra uomo e donna, e che quindi la decisione *Funk-Schlesinger v. Minister of Interior* non si sarebbe potuta applicare al caso de quo.

La Corte giustificò sostenendo che la problematica anagrafica deve riguardare sia gli istituti giuridici esistenti che mancanti.

⁷⁴ Ben-Ari v. The Director of the Population Administration in the Ministry of the Interior.

⁷⁵ *Funk-Schlesinger v. Minister of Interior*



Lo Stato ha altresì eccepito che... “ le coppie omosessuali” (sono) “un istituto sociale con alcune ramificazioni legali”, e che “lo Stato d’Israele riconosce le coppie dello stesso sesso in più contesti”.

A parere dello Stato trattasi di riconoscimenti in materia economica e della residenza legale in Israele e, su tale osservazione, la Corte si è trovata d’accordo ed ha citato una sorta di lista dei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza, inclusi i diritti successori e altri diritti sociali.

Tuttavia, la sollevata eccezione attiene ad un tentativo di affrontare il problema dello status personale e, pertanto, alla luce della sentenza *Funk-Schlesinger v. Minister of Interior, l’ufficiale del registro anagrafe si troverebbe ad oltrepassare le proprie competenze esaminando lo status personale della coppia*.

Appare evidente, inoltre che lo Stato non ha sollevata alcuna eccezione di “interesse pubblico” a sostegno del proprio argomento.

Infine, la Corte ha rigettato l’eccezione sollevata dallo Stato secondo cui la domanda di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso sia una questione su cui non vi è alcun accordo sociale in Israele ed è una questione che sarebbe meglio demandare al legislatore. A parer di logica, infatti, la questione sottoposta alla sua attenzione non consisteva nello stabilire se le coppie dello stesso sesso potessero contrarre matrimonio in Israele.

È doveroso evidenziare che con tale decisione non vi è stato alcun riconoscimento di un nuovo status matrimoniale tantomeno è stata assunta una posizione netta con riguardo al riconoscimento in Israele dei matrimoni tra persone dello stesso sesso: trattasi di specifici quesiti destinati ad essere affrontati dalla Knesset.

Avverso la decisione HCJ 3045/05, come era facile prevedere, sono state assunte posizioni di netto contrasto⁷⁶. Il giudice Elyakim Rubinstein ha ritenuto che nel caso di specie non sono stati sostanzialmente violati diritti umani e che un’eventuale violazione avrebbe esclusivamente carattere simbolico: la Corte, quindi, avrebbe fornito di uno stampo pubblicistico di approvazione una nuova tipologia di famiglia, riconosciuta solo in una minoranza dei Paesi mondiali.

A parere del magistrato, inoltre, l’uomo medio non è in grado di distinguere tra la registrazione e il riconoscimento di uno status e, pertanto, la Corte avrebbe dovuto che di tale questione se ne fosse occupato il legislatore.

Le scontate osservazioni discordanti risultano superate dalla circostanza di fatto che alla base dell’ordinamento costituzionale israeliano è rinvenibile il principio di eguaglianza che ha ispirato numerose decisioni e leggi⁷⁷.

La decisione HCJ 721/94 ha affrontato il caso di Jonathan Danilovitch, uno steward della El Al, compagnia aerea di bandiera israeliana, che da 15 anni conviveva con il suo compagno.

⁷⁶ Articles on Judges of the Supreme Court of Israel, Including: Elyakim Rubinstein, Salim Joubran, Meir Shamgar, Mishael Cheshin, Eliezer Goldberg, Yitz , Hephaestus Books, August 2011.

⁷⁷ A titolo esemplificativo: legge del 1951 sull’eguaglianza uomo-donna, legge del 1964 sull’equa retribuzione, legge del 1988 sulle pari opportunità d’impiego.



La compagnia aerea forniva ai mariti e alle mogli dei dipendenti della compagnia un biglietto gratuito una volta l'anno.

Alla richiesta avanzata da Danilovitch di un biglietto gratuito per il suo convivente, l'El Al si opponeva atteso che il regolamento faceva esplicito riferimento ai coniugi.

Basandosi sulla Legge Fondamentale del 1992 “ *Dignità e libertà della persona*” che tutela la libera autodeterminazione dell'essere umano nel proprio sviluppo e sul riconoscimento degli stessi diritti dei coniugi anche alle coppie non sposate, Danilovitch ha citato l'El Al in giudizio per “ *discriminazione a sfondo sessuale*”.

A parere della Corte l'orientamento sessuale costituisce una sfaccettatura dell'autodeterminazione dell'individuo e, pertanto, un'ipotetico trattamento discriminato esclusivamente in virtù dell'orientamento sessuale costituisce una chiara discriminazione non rinvenibile nell'ordinamento israeliano.

Pertanto, provate la coabitazione e la condivisione di vita, quali caratteristiche comune sia delle coppie sposate che delle coppie conviventi, la Corte accoglieva il ricorso proposto da Danilovitch.

Appare evidente l'intento dell'ordinamento israeliano di voler adottare modalità e strumenti idonei a combattere le discriminazioni, tanto attraverso l'utilizzo di clausole di divieto di discriminazioni quanto attraverso il ricorso a disposizioni normative qualificabili come azioni positive.

Atteso, quindi, che dal 1973 il Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders ha definito l'omosessualità come “ *variante non patologica del comportamento sessuale*” e dal 17.05.1990 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha depennato l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali, l'evoluzione delle cause di discriminazione, pertanto, ha indotto, anche la Corte, a rimuovere le condizioni di minorità di determinate categorie di soggetti in ragione di uno status personale.

In Italia, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 109 del 1993, ha definito le azioni positive come «il più potente strumento a disposizione del legislatore, che tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate e a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale».

Le Corti israeliane, a dimostrazione della connotazione meramente democratica dell'ordinamento, riescono, quindi, ad andare oltre il punto di vista religioso, opposto a quello laico, bypassando la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, che attiene esclusivamente alla vita privata dell'individuo.

Appare evidente, quindi, che in contrasto con la legge rabbinica e quanto stabilito nella Torah, secondo cui « *Non avrai con maschio relazioni come si hanno con donna: è to'eva*⁷⁸. »⁷⁹, la giurisprudenza israeliana, ispirata al principio di eguaglianza, appare fortemente orientata

⁷⁸ Il termine *to'eva* è normalmente tradotto come «abominio» ed è utilizzato all'interno del testo sacro in riferimento a diversi atti proibiti.

⁷⁹ Levitico, 18:22



all'implicito riconoscimento, per taluni individui, del diritto alla conduzione di una vita normale all'interno della comunità.

Per l'ebraismo conservatore l'omosessualità non adempie ad una delle 613 Mitzvot, ma nell'offerirne una visione di certo più liberale, secondo cui gli uomini e le donne omosessuali possono condurre la preghiera, avere una aliyah per leggere dalla Torah, e possono anche prestare servizio come educatori della gioventù e come insegnanti nelle scuole ebraiche⁸⁰, nel contempo ne vieta l'ordinazione rabbinica e i matrimoni ed unioni civili.

Ne consegue, quindi, che, nonostante la tradizionale prescrizione per l'eterosessualità e la circostanza secondo cui le relazioni tra persone dello stesso sesso costituiscono una violazione, lo Stato di Israele ha finalmente trovato una propria dimensione nazionale orientata alla sensibilizzazione dei basilari diritti umani.

⁸⁰ Robert Kaiser, *Judaism and Homosexuality*, 4 aprile 1999