

Antonio Ruggeri

Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*

SOMMARIO: 1. Il “diritto di famiglia” quale banco privilegiato di prova del modo di essere delle relazioni tra le Corti e delle trasformazioni (e vere e proprie “mutazioni genetiche”) intervenute tanto nella Costituzione quanto nelle altre Carte dei diritti. – 2. Una questione teorica di cruciale rilievo: sono strutturalmente omogenee la Costituzione e le altre Carte dei diritti? La convergenza tra le Carte, in rispondenza al principio della miglior tutela dei diritti quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali. – 3. Il diverso marchio genetico della Costituzione rispetto alle altre Carte dei diritti, l’una ponendosi a base di ordinamenti ormai *pleno iure* “integrati” e le altre invece riferendosi a sistemi “composti” e bisognose di attingere ai serbatoi costituzionali nazionali al fine della loro incessante rigenerazione semantica (in particolare, il significato del richiamo fatto alle “tradizioni costituzionali comuni” ed al “consenso”, quali tecniche argomentative multiuso). – 4. Il rilievo della comparazione nella soluzione delle più spinose questioni relative ai diritti e l’uso ad oggi estremamente ridotto fattosene nelle pratiche interpretative adottate in ambito interno, espressione di un *habitus* mentale ormai vetusto nel quale si rispecchia l’antica (e però tuttora diffusa) credenza del carattere autosufficiente della Costituzione, quale fonte in grado di dire sempre “tutto su tutto” e di dirlo nel modo migliore, laddove proprio dal confronto tra le Carte si può invece tentare di stabilire dove si situi la più “intensa” tutela dei diritti. – 5. I mobili confini del “diritto di famiglia”, l’esame di talune questioni che ad esso fanno capo, gli orientamenti al riguardo manifestati dalla giurisprudenza europea, complessivamente ispirati a cautela e rispetto nei riguardi delle tradizioni costituzionali nazionali. – 5.1. La nozione di “famiglia” e la sua struttura, la loro declinazione “plurale” nella giurisprudenza della Corte EDU, cui si contrappone la definizione “singolare” datane dal giudice costituzionale, in linea di scrupolosa fedeltà alla nostra tradizione che ha nel paradigma eterosessuale il suo “nucleo duro” più genuinamente espressivo. – 5.2. Adozione, affido, procreazione medicalmente assistita, eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: la Corte EDU ribadisce il primato delle tradizioni nazionali. – 5.3. *Segue*: Una questione spinosa, ad oggi in attesa di una soluzione complessivamente appagante, ovvero sia la fecondazione *involontariamente* eterologa per scambio di provette: di chi il figlio? – 5.4. L’intreccio tra le questioni che insistono nell’ambito specificamente proprio della famiglia e le questioni relative ad altri campi (in particolare, a quello del lavoro ed alla materia penale) e la conferma che dalle soluzioni per esse apprestate si ha della tendenza marcata della giurisprudenza europea alla flessibilizzazione delle discipline legislative. – 6. Il “dialogo” intergiurisprudenziale e le sue più salienti implicazioni, avuto riguardo al modo di essere delle pubbliche funzioni in genere e della giurisdizione in specie, tendenzialmente portata a presentarsi quale *giurisdizione per risultati*, frutto di “leale cooperazione” tra le Corti. – 7. “Dialogo” intergiurisprudenziale e teoria della Costituzione: una succinta notazione finale.

* Testo rielaborato di una relazione all’incontro di studi su *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Catania 29 maggio 2014, alla cui data lo scritto è aggiornato.

1. *Il “diritto di famiglia” quale banco privilegiato di prova del modo di essere delle relazioni tra le Corti e delle trasformazioni (e vere e proprie “mutazioni genetiche”) intervenute tanto nella Costituzione quanto nelle altre Carte dei diritti*

Pochi altri ambiti materiali di esperienza possono, forse, competere alla pari col “diritto di famiglia”¹, qui fatto oggetto di una rapida riflessione, nell’offrire numerose e particolarmente istruttive indicazioni a riguardo delle più salienti tendenze delle relazioni tra Corti europee e Corti costituzionali e, allo stesso tempo (e ancora più a fondo), del modo di essere, in struttura e funzioni, tanto della Carta costituzionale quanto delle altre Carte dei diritti (per ciò che qui più da presso rileva, la Carta dell’Unione europea e la CEDU).

Le une relazioni sono col tempo andate incontro a significativi aggiustamenti e sembrano invero tuttora essere alla ricerca di un loro complessivo assetto, di un equilibrio non appieno raggiunto, seppur faticosamente perseguito. Le più rilevanti vicende processuali sono, nondimeno, fatte oggetto di costante monitoraggio da parte di una dottrina che cresce ogni giorno che passa e – credo di poter dire – va progressivamente affinando i propri strumenti di analisi e di sistemazione dei materiali giurisprudenziali (materiali che, peraltro, sono ormai debordanti ogni tentativo di contenimento, a motivo dei richiami ormai quotidiani che, nel consenso così come nel dissenso, le Corti si fanno a vicenda).

Assai meno battuto è invece l’altro versante, quello dello studio dei cambiamenti ai quali sono andate (e vanno senza sosta) soggette le Carte, quelle di origine esterna al pari della Costituzione.

La cosa ha una sua pronta spiegazione. I fatti della vita, col groviglio di interessi spesso problematicamente conciliabili ed anzi talora reciprocamente, frontalmente contrastanti, e con la concretezza che è loro propria attirano subito l’attenzione dei commentatori delle pronunzie giurisdizionali che ad essi si riferiscono. Tardano invece

¹ Le virgolette si devono al carattere opaco della nozione, i cui confini semantici non sembrano essere nitidamente tracciati, secondo quanto si dirà meglio a momenti.

a farsi strada riflessioni adeguate al piano della teoria della Costituzione, sollecitate dalle vicende processuali, per il significato di ordine generale che, astraendo dalle contingenze, può ad esse assegnarsi, coi riflessi che possono quindi aversene circa il modo di essere e di divenire dei documenti normativi di maggior pregio, le Carte appunto.

Le notazioni che seguono non aspirano ad aggiungere un nuovo commento a quelli, numerosi e vari per orientamento e svolgimenti, venuti alla luce in relazione alle vicende processuali che saranno più avanti richiamate, peraltro esse pure selezionate in seno ad un corpo di materiali giurisprudenziali assai consistente in quanto considerate particolarmente conducenti alla dimostrazione della tesi che sarà a momenti prospettata. I riferimenti giurisprudenziali saranno infatti circoscritti all'essenziale e riguardati unicamente dall'angolo visuale adottato per le peculiari esigenze ricostruttive di questo studio, che aspira unicamente ad attingere da essi quanto serve a conferma delle trasformazioni (sarei tentato di dire, delle vere e proprie *mutazioni genetiche*) cui sono andate soggette tanto la Costituzione quanto le Carte restanti, proprio per effetto delle trasformazioni intervenute nell'esercizio della giurisdizione e rese visibili per il tramite delle relazioni che si intrattengono tra le Corti che della Costituzione e delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti.

2. Una questione teorica di cruciale rilievo: sono strutturalmente omogenee la Costituzione e le altre Carte dei diritti? La convergenza tra le Carte, in rispondenza al principio della miglior tutela dei diritti quale Grundnorm delle relazioni interordinamentali

Prima di passare ai richiami giurisprudenziali ed al fine di coglierne il significato complessivo, ci si deve chiedere se la Costituzione e le altre Carte siano in tutto e per tutto omogenee tra di loro, sì da potersi appunto sottoporre a reciproco confronto.

Certo, discorrono tutte di diritti fondamentali², ma – qui è il punto – ne discorrono allo stesso modo e, perciò, con identità di effetti? E, se non ne discorrono allo stesso modo, è più ciò che le accomuna ovvero ciò che le divide?

Ora, non si fa qui questione del “posto” detenuto da ciascuna Carta nel sistema delle fonti, che – secondo dottrina e giurisprudenza corrente – sarebbe comunque diverso, se non altro perché il “posto” è pur sempre assegnato dal punto di vista ora di questo ed ora di quell’ordinamento. Ciascuna Carta, insomma, rivendica per sé la “competenza delle competenze”; e, pur laddove sembra dichiararsi disponibile a farsi da canto per cedere il campo ad altra Carta, per ciò stesso conferma il proprio primato, la esclusività cioè del proprio punto di vista e delle conseguenti qualificazioni. Sta qui infatti la radice da cui si tiene la teoria del carattere irrieducibile ed indisponibile del c.d. “nucleo duro” della Costituzione, nel quale è racchiusa ed espressa l’identità della Costituzione stessa, secondo quanto è avvalorato al piano dei rapporti col diritto dell’Unione (il più “forte” tra quelli di origine esterna, unitamente al diritto internazionale consuetudinario ed al diritto concordatario, siccome espressivo di norme di rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*) dalla dottrina dei “controlimiti”.

Non mi è adesso dato di tornare a dirne criticamente, dopo averne trattato ripetutamente altrove. Mi limito solo a rilevare, per ciò che più da presso interessa questo studio, come, pur non rinunciando nessuna Carta (e Corte) a far valere il proprio

² La Costituzione, poi, esibisce – come si sa – una struttura assai più complessa ed internamente composita, non limitandosi unicamente a dare riconoscimento ai diritti ed a disciplinare i rapporti di ordine sostantivo (dei cittadini tra di loro come pure coi pubblici poteri), ma ponendosi allo stesso tempo quale norma (o insieme di norme) di organizzazione. Le due parti in cui si divide la nostra Carta, al pari di molte altre, danno un’emblematica rappresentazione della duplice funzione della Costituzione, quale peraltro mirabilmente espressa nella efficace, ad oggi attualissima, definizione datane dai rivoluzionari francesi all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo del 1789. Ciò nondimeno, anche per l’aspetto ora considerato, il confronto con le altre Carte regge ugualmente, sol che si ammetta – come devesi – che la separazione dei poteri ha la sua eminente ragion d’essere nel bisogno di preservare i diritti, che ne sarebbero altrimenti gravemente pregiudicati. La “vera” funzione, originariamente propria della sola Costituzione (nell’accezione liberale del termine) e da questa quindi condivisa con altre Carte, è dunque quella (e solo quella) di farsi garante dei diritti, per il tramite dei limiti al potere che dal riconoscimento dei diritti stessi linearmente e necessariamente discendono.

punto di vista (e, dunque, ad esercitare la “competenza delle competenze” per sé rivendicata), quello della reciproca convergenza appaia essere un principio fondamentale che ritroviamo presso tutte le Carte, un principio dunque espressivo di un “modello” ad esse comune, al di là poi della peculiare connotazione complessiva di ciascuna.

Per vero, sono solo le Carte di origine esterna a ritagliare per sé, in modo espresso, un ruolo meramente “sussidiario”, dichiarando di voler (e poter) valere unicamente in quanto la tutela da esse apprestata risulti maggiormente appagante per i diritti di quella che è loro offerta in ambito interno. La Costituzione, infatti, tutto questo esplicitamente non lo dice; anzi, in una citatissima, ancorché ormai risalente (e però tuttora attualissima), pronunzia del nostro giudice costituzionale, la [n. 388 del 1999](#), pur affermandosi – e sono parole di straordinario rilievo – che la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti “*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”, si tiene subito prima a precisare che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, *e non meno intensa garanzia*, nella Costituzione”. Una dichiarazione, questa, che si è altrove qualificata come espressiva di un nazionalismo o patriottismo costituzionale “ingenuo ed infecondo”³, che nondimeno è assai indicativa di una mentalità ancora oggi molto radicata e diffusa, pur se bisognosa – come qui pure si tenterà di mostrare – di un complessivo, critico ripensamento.

³ Il riferimento è tratto dal mio *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in www.diritticomparati.it, 19 aprile 2013 e in [Consulta OnLine](#), 19 aprile 2013, § 4.

Dal loro canto, le stesse Corti europee danno non di rado vita a relazioni interordinamentali (o intersistemiche⁴) non sempre in tutto conformi al modello al quale dovrebbero invece restare fedeli⁵.

⁴ La precisazione sembra opportuna, dal momento che le due Carte qui fatte oggetto di specifica attenzione, quella dell'Unione e la CEDU, sono dalla nostra giurisprudenza (a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007) tenute rigorosamente distinte, per ciò che attiene al loro regime complessivo, tant'è che – come si rammenterà – si è negata alla seconda la “copertura” dell'art. 11 cost. invece riconosciuta a beneficio della prima, proprio in ragione del difetto del requisito della “organizzazione” richiesto dalla norma costituzionale al fine di dar spazio alle limitazioni di sovranità dalla essa acconsentite. Eppure, com'è parimenti noto, la stessa giurisprudenza ([sent. n. 349 del 2007](#), punto 6.1 del *cons. in dir.*) non ha mancato di rilevare che la CEDU costituisce una “realtà giuridica, funzionale e istituzionale”. È poi opinione di una sensibile dottrina (per tutti, R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio - R. Foglia, Giuffrè, Milano 2013, 243) che la costruzione giurisprudenziale sul punto possa in un non lontano futuro essere fatta oggetto di un complessivo aggiustamento. Tanto più – mi permetto di aggiungere – ove il giudice delle leggi dovesse finalmente avvedersi che il riconoscimento della “copertura” dell'art. 11 non per ciò stesso porterebbe ad estendere alla Convenzione il regime dell'applicabilità diretta che – come si sa – è proprio delle norme *self-executing* dell'Unione e che, in realtà, discende da una espressa previsione in tal senso contenuta nei trattati, nulla potendosi dunque desumere, in un senso o nell'altro, dal disposto costituzionale che rimane muto circa le forme e gli effetti delle limitazioni in parola. Che poi anche alla Convenzione possa ovvero debba darsi – perlomeno, in certe situazioni ed a certe condizioni – subito applicazione è un altro discorso, che si è tentato di argomentare in altri luoghi e che non può essere ora nuovamente ripreso.

Come che sia di ciò, per scorrevolezza espositiva la differenza tra il carattere interordinamentale e quello intersistemico delle relazioni qui fatte oggetto di esame non sarà d'ora innanzi più messa in evidenza e i due termini saranno pertanto utilizzati in modo promiscuo.

⁵ Una particolarmente attendibile testimonianza in questo senso è di recente venuta dalla Corte dell'Unione, in *Melloni*, laddove si è avuta una categorica affermazione del principio del primato del diritto “eurounitario” – come a me piace chiamarlo –, del bisogno cioè della sua uniforme applicazione quando pure in ambito interno dovesse aversi una più estesa garanzia al diritto in gioco. Nella vicenda, infatti, ad opinione mia e di altri, la Corte ha chiuso assai sbrigativamente la partita, senza approfondire adeguatamente la questione – come invece avrebbe dovuto – circa l'ordinamento in seno al quale si situi la più intensa tutela al diritto stesso. Cosa che avrebbe invece dovuto fare, se non altro in virtù del principio, di cui all'art. 4 del Trattato di Lisbona, che fa obbligo all'Unione di prestare ossequio non soltanto alle “tradizioni costituzionali comuni” ma (e di più) ai principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali, per il tramite dei quali l'identità costituzionale degli Stati mirabilmente si esprime e richiede di esser fatta valere [su quest'autentico “metaprinzipio” delle relazioni interordinamentali, v., tra gli altri e di recente, G. GERBASI, *Il contesto comunicativo euro-nazionale: alla ricerca di un ruolo (cooperativo) delle Corti costituzionali nella rete giudiziaria europea*, in www.federalismi.it, 20/2012, spec. al § 3; G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. 206 ss.; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss., e,

Ora, non è questo, evidentemente, il luogo per verificare se siano maggiori gli scostamenti ovvero i lineari svolgimenti del modello stesso, di questo o quell'ordinamento. L'importante è la conferma della bontà di quest'ultimo, bisogna quindi di essere come si conviene preservata e in modo integro trasmessa anche ai futuri svolgimenti delle relazioni interordinamentali.

Da questo punto di vista, al di là della dichiarazione fatta dalla nostra Corte con la pronunzia del '99 sopra richiamata, è importante non perdere di vista che a spingere vigorosamente nel verso della convergenza tra le Carte è appunto il *principio della maggior tutela*, nel quale anche la nostra giurisprudenza dichiara *toto corde* di riconoscersi⁶, alla cui luce va dunque ricercato di volta in volta, in relazione alle esigenze peculiari del caso, dove si fissa il punto più elevato di sintesi assiologica, al piano delle relazioni intersistemiche. È poi vero che la divaricazione delle posizioni si rende pur sempre possibile a motivo del fatto che le Corti non intendono (e, soprattutto, non praticano) allo stesso modo il principio in parola; e, per avvedersene, basti solo por mente al fatto che la Corte EDU è solita farsi cura specificamente del diritto evocato in campo, mentre – a dire della nostra Corte – si tratta piuttosto di guardare all'intero sistema dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti⁷. Quella del

della stessa, ora, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012. Infine, con specifico riguardo al fenomeno religioso, nelle sue forme espressive, sia individuali che collettive, A. LICASTRO, *Unione europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano 2014].

⁶ V., part., [Corte cost. n. 317 del 2009](#) e succ.

⁷ Ha molto insistito su queste diverse vedute, che sono di prospettiva appunto (o di metodo) ancora prima che di teoria, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961. Dal mio canto, ho già avuto modo più volte di precisare che questo è solo tendenzialmente ma non sempre vero; un avviso, ora, avvalorato da un profondo conoscitore della giurisprudenza europea, R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n.16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, contributo all'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, Università di Milano-Bicocca 10 marzo 2014, in *paper*, § 5.

“sistema” – come si è tentato di mostrare in altri luoghi⁸ – è infatti una delle più raffinate tecniche decisorie di cui il giudice costituzionale si avvale e che può dar modo, con la strutturale duttilità che la connota, agli operatori di diritto interno di potersi smarcare alla bisogna dal *pressing* delle Corti europee⁹.

Proprio perché il confronto va sempre fatto tra “sistemi”, se ne ha – a me pare – l’impossibilità di fare graduatorie di sorta, di formale fattura, tra le Carte, così come invece patrocinato dalla Consulta, specificamente al piano dei rapporti con la CEDU, definita – come si sa – quale fonte “subcostituzionale”. La stessa Carta dell’Unione, d’altronde, al pari di ogni altra fonte di diritto “eurounitario”, si ritiene comunemente esser tenuta a prestare ossequio, *per sistema*, ai “controlimiti”, non potendo perciò pretendere di essere osservata laddove anche solo rispetto ad uno di essi incompatibile. Seguito, tuttavia, a considerare misteriosa la ragione per cui in quest’ambito di esperienza non debba valere il principio dell’affermazione della *Costituzione come sistema*, un sistema che ha tra i suoi principi fondanti quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale: un varco, questo, attraverso il quale possono trovare ingresso in ambito interno norme dell’Unione e norme esterne in genere che, seppur

⁸ ... e, tra questi, nel mio “Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in www.diritticomparati.it, 19 novembre 2013, e in www.federalismi.it, 24/2013.

⁹ Di una vera e propria “aggressività” del giudice di Strasburgo ha ripetutamente discusso una sensibile dottrina (O. POLLICINO, del quale, v., tra gli altri suoi scritti, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss.; *La Corte europea dei diritti dell’uomo dopo l’allargamento del Consiglio D’Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss.; *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010, e, ora, *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.).

È interessante notare come il discorso che si va ora facendo valga altresì al piano dei rapporti col diritto dell’Unione, possieda cioè una generale valenza, trattandosi ogni volta di far luogo ad una composizione dei materiali normativi in campo orientata verso il principio della più intensa tutela, sistematicamente connotato anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali (su ciò, ancora E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, dedicate a *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*, § 3).

non compatibili con questo o quel principio fondamentale, ciò nonostante si dimostrino idonee a fissare ancora più in alto della stessa Costituzione il punto di sintesi assiologica ottimale evocato dal caso.

La convergenza tra le Carte è, insomma, resa possibile per effetto della duplice spinta in tal senso prodotta dalla *tendenziale internazionalizzazione ed europeizzazione della Costituzione* e dalla *tendenziale costituzionalizzazione delle Carte di origine esterna*; e la *Grundnorm*, che poi è un autentico *Grundwert*, delle relazioni interordinamentali, che dà senso e giustificazione di siffatta convergenza, sta proprio nel “metapprincipio” dell’ottimale servizio che va reso ai beni della vita meritevoli di tutela, visti nel loro fare “sistema”.

È alla luce di questa indicazione metodico-teorica che dobbiamo, dunque, ora tentare di rispondere alla domanda sopra lasciata in sospeso circa il carattere omogeneo ovvero disomogeneo delle Carte, per ciò che esse *in nuce* sono, in struttura e funzione.

3. Il diverso marchio genetico della Costituzione rispetto alle altre Carte dei diritti, l’una ponendosi a base di ordinamenti ormai pieno iure “integrati” e le altre invece riferendosi a sistemi “composti” e bisognose di attingere ai serbatoi costituzionali nazionali al fine della loro incessante rigenerazione semantica (in particolare, il significato del richiamo fatto alle “tradizioni costituzionali comuni” ed al “consenso”, quali tecniche argomentative multiuso)

Questa verifica va condotta guardando non tanto al linguaggio di cui le Carte si avvalgono per dare riconoscimento ai diritti, dove più dove meno connotato da essenzialità di disposti, che talora si traduce in laconicità e – ad esser franchi – opacità concettuale¹⁰, quanto ai contesti istituzionali cui le Carte stesse appartengono e nei quali pretendono di esser fatte valere.

¹⁰ La qual cosa, poi, ripropone la questione, altrove fatta oggetto di studio, concernente l’opportunità di far luogo ad un congruo aggiornamento delle Carte (della Costituzione in primo

Si dà una differenza di fondo, di tutta evidenza, tra i contesti in parola. Le Carte internazionali sono documenti normativi forgiati per le peculiari esigenze di *sistemi “composti”*, alla cui formazione cioè partecipano più ordinamenti (o sistemi), ciascuno dotato di una propria identità costituzionale (si potrebbe dire, ma impropriamente, di una propria “*sovranità costituzionale*”), bisognosa di essere comunque preservata e ulteriormente trasmessa. Le Costituzioni nazionali, di contro, sono i documenti di base di ordinamenti al loro interno “*integrati*”, quali che siano poi le forme di siffatta integrazione¹¹.

La Carta dell’Unione europea, che è l’organizzazione forse più avanzata tra quelle esistenti in seno alla Comunità internazionale lungo la via della integrazione, pur ponendosi come espressiva di diritti dotati di una identità “europea”, risente nondimeno del carattere composito della istituzione di appartenenza. La qual cosa si rende palese andando oltre lo schermo della forma degli enunciati e penetrando appunto nella struttura della istituzione, alla quale dà voce particolarmente espressiva la giurisprudenza della Corte dell’Unione. La differenza tra la Costituzione e le altre Carte, insomma, si coglie nel momento in cui il *diritto vigente* si converte in *diritto vivente*.

Le Corti europee sono portatrici di modelli culturali plurimi (e non sempre convergenti) in fatto di salvaguardia dei diritti, oltre che di modelli di sistemi giuridici in genere ancora oggi significativamente differenziati, siccome appartenenti a “famiglie” un tempo molto distanti tra di loro, malgrado la tendenza viepiù marcata al

luogo, ma anche delle altre Carte, alcune delle quali, come la CEDU, invero ormai datate). Sta di fatto che è anche per effetto del linguaggio a maglie larghe (o larghissime) del loro dettato che si rende palese la centralità di posto detenuto dalle Corti nei sistemi istituzionali di appartenenza, sulla quale peraltro si tornerà tra non molto.

¹¹ Dal punto di vista molto generale ora adottato, non rileva distinguere tra gli Stati usualmente considerati “composti”, quali sono quelli federali, e gli Stati c.d. “unitari”, siano o no caratterizzati da un maggiore o minore decentramento interno (come, da noi, quello su basi regionali, oltre che fondato sul riconoscimento delle autonomie locali). Anche quella federale è, infatti, come si sa, una delle forme dell’unità, espressiva di un’integrazione ormai compiuta.

loro ravvicinamento¹²; e questo vale per la Corte dell'Unione e, forse più ancora, per la Corte EDU, sol che si pensi al numero degli Stati membri del Consiglio d'Europa, agli ambienti di provenienza, alla diversa storia che essi hanno alle spalle.

Tutto ciò, ovviamente, non ha senso alcuno per le Corti nazionali. Antiche divisioni esistenti in alcuni ordinamenti statali precedenti la loro unificazione appartengono ormai ad un lontano passato, pur dandosi in alcuni di essi spinte centrifughe che non meritano di essere sottovalutate e che nondimeno non valgono a negare la condizione di matura integrazione interna ormai raggiunta.

È in questa *disomogeneità strutturale*, ad oggi in una consistente misura riscontrabile negli ordinamenti non ancora *pleno iure* integrati e riflessi nelle Carte dei diritti di cui essi si sono dotate, che va visto il fondamento dell'attenzione prestata dalle Corti europee verso i diritti quali riconosciuti dalle Costituzioni nazionali e del particolare conto in cui sono tenute le indicazioni da esse date al fine della soluzione dei casi demandati al giudizio delle Corti stesse.

Si pensi, ad es., al rilievo assegnato alle tradizioni costituzionali comuni da parte della Corte di Lussemburgo, in primo luogo, ma anche della Corte di Strasburgo; e ciò – si badi – al di là dei riferimenti ad esse espressamente fatti, dal momento che le tradizioni stesse mostrano di poter esercitare nei riguardi degli indirizzi formati dai giudici europei un'influenza culturale che costituisce, come in un *iceberg*, proprio la parte più consistente della montagna del materiale giurisprudenziale di fattura europea, ancorché non quella immediatamente visibile.

D'altro canto, non si dimentichi che la stessa Carta dell'Unione nasce con l'impronta genetica del suo stabile e fermo orientamento verso la giurisprudenza dell'Unione stessa, la quale sin dalle sue origini ha specificamente volto lo sguardo

¹² Così, ad es., per ciò che concerne i sistemi di *civil e common law*; e non occorre ora rammentare come a siffatto ravvicinamento molto abbia giocato (e giochi) il ruolo sempre più rimarchevole esercitato dalla giurisprudenza quale “luogo” elettivo per l'appagamento di bisogni particolarmente avvertiti ed in modo pressante rappresentati alle sedi di apparato, senza che queste ultime (specie quelle preposte alla direzione politica ed alla produzione normativa) riescano a darvi risposte sufficientemente credibili e complessivamente soddisfacenti.

verso le tradizioni in parola, dai serbatoi costituzionali nazionali attingendo il materiale di cui l'Unione era strutturalmente priva, in fatto di riconoscimento dei diritti. Come mi è venuto più volte di dire, nell'Unione, insomma, si realizza proprio l'inverso di ciò che si ha negli ordinamenti nazionali: in questi ultimi, sono le Corti al servizio delle Carte, chiamate a darvi voce ed a renderle vive, effettive; nell'Unione, di contro, la Carta è chiamata a conformarsi alla Corte o, quanto meno, ad essa ad ispirarsi. Certo, man mano che passa il tempo e la Carta riesce sempre di più ad affermarsi e radicarsi nel terreno delle pratiche giuridiche volte alla salvaguardia dei diritti, assumendo una sua propria identità, quella tendenza alla costituzionalizzazione dell'Unione, di cui poc'anzi si diceva, si rende viepiù palese e marcata¹³. Il rapporto è, a conti fatti, di mutua alimentazione, la Carta attingendo alla Corte e però progressivamente emancipandosi dagli antichi e stringenti vincoli. E, tuttavia, tutto ciò si ha pur sempre... *attraverso la Corte*, dal momento che *il diritto vige solo per il modo con cui vive*, senza la voce dei giudici restando muto ed inespressivo.

Il vero è che il quadro è assai più composito di come non risulti dalla sua scarna e semplificata descrizione appena fatta. Le suggestioni culturali, infatti, sono sempre a plurimo verso di marcia; e, così, la Corte dell'Unione si volge, a un tempo, verso le tradizioni nazionali (specie alcune, tenute in gran cale¹⁴) e verso la CEDU, così come la Corte di Strasburgo, dal suo canto, presta attenzione alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo unitamente a quella delle Corti nazionali (anche qui, in special modo

¹³ Utili indicazioni possono al riguardo aversi dal documentato scritto monografico di recente portato a termine da L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, nonché dal rapporto della Commissione sull'attuazione della Carta, reso noto il 14 aprile 2014 (*2013 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*), che può vedersi in www.diritticomparati.it, 24 aprile 2014.

¹⁴ ... e, tra queste, quelle che vengono dagli ordinamenti tedesco, spagnolo, italiano e francese. Che poi a base di siffatta attenzione si dia non soltanto il valore in sé di tali tradizioni, in ragione della storia che le giustifica e sorregge, ma anche (e in particolare misura) il peso posseduto dagli ordinamenti suddetti al piano delle relazioni di ordine politico-istituzionale, è innegabile. Nulla ciò, ad ogni buon conto, toglie al valore delle tradizioni stesse.

di alcune) e, infine, queste ultime Corti guardano alla giurisprudenza di entrambe le Corti europee.

Il carattere composito della struttura delle Carte europee si apprezza proprio per il modo con cui si risolvono le questioni portate al giudizio delle loro Corti, vale a dire per il modo con cui si leggono gli enunciati delle Carte stesse, dando spiccato rilievo alle tradizioni nazionali, sia pure fatte oggetto di originali rielaborazioni e degli adattamenti giudicati di volta in volta i più opportuni per le peculiari esigenze di un contesto europeo ad oggi connotato da una integrazione sovranazionale incompiuta, pur se già pervenuta ad un grado apprezzabile di maturazione, nel cui seno si annidano, minacciose ed imprevedibili, vocazioni nazionalistiche mai del tutto sopite e spinte disgregatrici di vario segno¹⁵.

Uno degli indici maggiormente attendibili di questo stato di cose può vedersi nell'uso in concreto fatto della dottrina del consenso da parte della Corte EDU¹⁶.

Il richiamo al consenso da parte della Corte di Strasburgo risponde alla stessa "logica" che sta a sostegno dell'appello fatto dalla Corte dell'Unione alle tradizioni costituzionali comuni; e ciò, a prescindere dalla diversa origine storica che sta a base di siffatti richiami¹⁷. E, invero, in un caso e nell'altro, la ragion d'essere di siffatta apertura a materiali normativi esterni ai contesti in cui le Corti stesse svolgono il loro ufficio si fa riportare proprio a quel carattere composito delle istituzioni cui esse appartengono e, per ciò pure, dei documenti normativi cui danno voce ed offrono

¹⁵ Basti solo por mente allo straordinario successo riscosso nelle elezioni francesi del marzo scorso dalla destra di Marina Le Pen, che ha subito pensato di portarlo all'incasso invitando tutti gli antieuropeisti convinti dei varî Stati ad una "santa alleanza" contro l'Europa dell'euro e dei banchieri.

¹⁶ Per una sintesi efficace, v. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013, nonché, ora, *amplius*, R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. 214 ss. e, dello stesso, già, con specifico riguardo alla materia matrimoniale, *Convergenze (inconsapevoli... o naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss.

¹⁷ Come si sa, la Corte dell'Unione si è, infatti, indotta a far ricorso alle tradizioni nazionali allo scopo di dotare l'Unione stessa di un catalogo di diritti di cui essa era strutturalmente priva; un'esigenza, questa, di tutta evidenza non avvertita dalla Corte di Strasburgo.

garanzia. Si avverte, insomma, il bisogno di far poggiare le letture delle Carte su basi strutturali solide, basi che richiedono dunque di essere forgiate attingendo a materiali apprestati dagli ordinamenti nazionali ed a questi “comuni”¹⁸. Le Corti sanno infatti di dover costantemente dotare la propria giurisprudenza di una rilegittimazione, di un “consenso” appunto (largamente inteso), che non può che venire loro dagli ordinamenti nazionali.

Il consenso è, in realtà, una tecnica argomentativa multiuso, connotata da una strutturale duttilità ed adattabilità a casi anche molto diversi tra di loro. Se non si tiene fermo quest’assunto, si rischia di rimanere disorientati davanti a taluni suoi utilizzi che, a tutta prima, potrebbero apparire discontinui o apertamente contraddittori; ed invece – al di là, ovviamente, dei casi in cui non ne sia fatta adeguata e vigilata applicazione – la varietà delle applicazioni stesse si presenta quale la conseguenza linearmente discendente dalla duttilità della tecnica posta in essere.

Come nel film *sliding doors*, il consenso si apre infatti a dimensioni parallele: laddove se ne abbia riscontro, obbliga la Corte europea a rileggere la Convenzione in un certo modo, facendo poggiare l’esito di siffatte letture su tradizioni nazionali consolidate e diffuse; se il consenso fa difetto, le letture possono essere altre, ora spianandosi la via al riconoscimento del margine di apprezzamento ed ora facendo contrarre quest’ultimo, fino ad aversene il totale azzeramento¹⁹.

¹⁸ Che poi, come da tempo e da molti si fa notare, tali essi non siano e che piuttosto si abbiano consistenti selezioni, dovute a ragioni tanto culturali quanto politico-istituzionali, è un discorso che non può trovare qui le sue opportune verifiche e il necessario approfondimento.

¹⁹ Sulla dottrina del margine di apprezzamento e sulle sue varie applicazioni, tra i molti altri e di recente, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, cit.; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Jovene, Napoli 2013, 180 ss., e, con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013,

Non è poi vero – come, invece, una nutrita dottrina ritiene – che l’esistenza del consenso porti di necessità alla riduzione del margine di apprezzamento ovvero al suo mancato riconoscimento. Come si avrà modo di precisare meglio a breve, l’accertamento della violazione della Convenzione da parte di atti di diritto interno non esclude che le stesse autorità nazionali debbano restare private di apprezzamento, il quale anzi può risultarne ulteriormente evidenziato e sollecitato a significative realizzazioni, ogniqualvolta le indicazioni date dal giudice europeo si aprano a raggiera a plurime loro specificazioni ed attuazioni, secondo quanto è proprio del rapporto tra principi e regole²⁰.

Insomma, il consenso dà modo al giudice europeo di far espandere ovvero contrarre a fisarmonica la Convenzione, assicurandone una penetrazione graduata nei territori nazionali, in applicazione di quella tecnica decisoria dello *stop and go* che è, peraltro, ricorrente non solo presso l’altra Corte europea ma persino presso le Corti nazionali (e, segnatamente, quelle costituzionali).

4. *Il rilievo della comparazione nella soluzione delle più spinose questioni relative ai diritti e l’uso ad oggi estremamente ridotto fattosene nelle pratiche*

1021 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.

²⁰ Si pensi, al riguardo, all’uso viepiù frequente fatto delle sentenze-pilota ed ai modi assai varî coi quali vi si può dare svolgimento in ambito interno. A giustificazione della loro adozione, v. ciò che ne ha, ancora non molto tempo, detto la stessa giurisprudenza europea, in sent. del 3 settembre 2013, ric. n. 5376/11, *M.C. ed altri c. Italia* (in materia di indennizzo ai contagiati da trasfusioni e somministrazione di emoderivati). In dottrina, tra i molti altri, M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.

interpretative adottate in ambito interno, espressione di un habitus mentale ormai vetusto nel quale si rispecchia l'antica (e però tuttora diffusa) credenza del carattere autosufficiente della Costituzione, quale fonte in grado di dire sempre "tutto su tutto" e di dirlo nel modo migliore, laddove proprio dal confronto tra le Carte si può invece tentare di stabilire dove si situi la più "intensa" tutela dei diritti

Le "tradizioni costituzionali comuni" e il "consenso", poi, testimoniano *per tabulas* il rilievo della comparazione quale strumento privilegiato e particolarmente adeguato a dissodare il terreno sul quale si radicano e crescono gli indirizzi interpretativi delle Corti europee²¹: vero e proprio passaggio obbligato per pervenire *causa cognita* alla decisione, specie laddove si tratti di far luogo alla soluzione delle più spinose questioni relative ai diritti. Di contro, nelle pratiche di diritto interno, pur

²¹ Di ciò la più accorta dottrina si dimostra essere ormai pienamente consapevole: tra i molti altri, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; S. ROMANO, *Nuove pratiche nell'interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., 205 ss. P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, relaz. all'incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Struttura Didattica Territoriale del Distretto di Corte d'Appello di Venezia, su *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte EDU e nazionale: la dignità della persona nella vita privata e familiare, nel carcere e nelle istituzioni*, in www.europeanrights.eu, 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi e M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2013; L. PEGORARO, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Comparación y globalización (Las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado)*, in *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, a cura di L.R. González Pérez e D. Valadés, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2013, 265 ss.; AA.VV., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, a cura di M. Carducci e P. Riberi, Giappichelli, Torino 2014, ed *ivi*, part., il saggio introduttivo di M. CARDUCCI, *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, 5 ss. Altri riferimenti in R. IBRIDO, *L'interpretazione evolutiva e il matrimonio omosessuale. Il caso spagnolo*, in www.forumcostituzionale.it, 8 aprile 2014, spec. al § 5.

Il problema, semmai, si sposta al piano delle tecniche in applicazione delle quali la comparazione può essere fatta a modo e con profitto; ma questa è una generale questione, ad oggi assai dibattuta e nondimeno, a mia opinione, non ancora soddisfacentemente risolta, che si porta molto oltre l'*hortus conclusus* entro il quale è tenuta a stare la riflessione che si va ora facendo.

essendo col tempo cresciuta l'attenzione per le tradizioni culturali e positive di altri ordinamenti, il ricorso alla comparazione rimane un fatto meramente occasionale, legato alla sensibilità di singoli operatori, che nondimeno non si pone quale elemento costitutivo del processo interpretativo.

Il vero è che, per un retaggio culturale ad oggi non più proponibile e però non ancora rimosso, la Costituzione e l'intero ordinamento sulla stessa fondato si presentano ancora oggi, per il modo con cui se ne fa uso nelle più diffuse esperienze processuali, come autosufficienti e, per ciò pure, però autoreferenziali, in grado di dire sempre *tutto su tutto* e di dirlo nel modo migliore²².

È questo, a me pare, il portato di un *habitus* mentale risalente e, nondimeno, ancora oggi largamente diffuso, ancorché appesantito da incrostazioni bisognose di essere sollecitamente e senza rimpianti asportate, un vero e proprio crampo mentale – se posso dire con franchezza – espressivo di una torsione che è metodica, ancora prima che teorico-ricostruttiva, del modo con cui guardare alla Costituzione stessa e ai suoi rapporti con le altre Carte. Perché, se si conviene – come non può non convenirsi – che quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale è principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, si impone di dover prestare attenzione, a un tempo, al diritto di origine esterna ed agli ordinamenti nazionali dai quali il diritto medesimo attinge i materiali (e, segnatamente, le “tradizioni costituzionali comuni”) grazie ai quali si mette in grado di far luogo alla propria incessante rigenerazione strutturale. Come potrebbe altrimenti un operatore nazionale scrupoloso e coscienzioso porre in essere le necessarie verifiche della rispondenza dei verdetti dei giudici europei ai parametri culturali e positivi che ne giustificano l'adozione e ne segnano lo svolgimento?

Il vero è che è proprio il principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale ad agire *dal di dentro* per la trasformazione strutturale della

²² Contro l'immagine di una “*Costituzione-totale*” mi sono già dichiarato in altri luoghi (e, tra questi, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno*, cit., spec. al § 4), dai quali possono, se si vuole, aversi maggiori ragguagli.

Costituzione, sempre di più sollecitata grazie al “dialogo” tra le Corti a presentarsi – mi è venuto di dire altrove²³ – quale una “*intercostituzione*” che vede nel costante ed ininterrotto confronto con le Carte di origine esterna non già una penalizzazione del suo antico primato bensì una risorsa preziosa alla quale dar fondo al fine del proprio incessante rinnovamento semantico, da spendere al meglio nei casi della vita in vista dell’ottimale appagamento degli stessi principi costituzionali, e segnatamente di quelli di libertà ed eguaglianza: la coppia assiologica fondamentale nella quale si specchia la dignità della persona umana, quale autentico *Grundwert* dell’ordinamento, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali.

Il confronto tra le tutele assicurate da questa o quella Carta (Costituzione inclusa) e da questo o quell’ordinamento è *condicio sine qua non* al fine di stabilire dove si situi quella più intensa garanzia dei diritti, di cui poc’anzi si diceva: un accertamento, questo, imposto dai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio di apertura suddetto e coi principi costituzionali restanti, in vista del loro ottimale appagamento.

Tutto ciò richiede – com’è chiaro – una disponibilità all’ascolto, a dismettere l’antica vocazione alla chiusura in se stessi, senza alcun preorientamento in un senso o nell’altro. E richiede pertanto di rifuggire da irrigidimenti sterili, il più delle volte inadeguati alla complessità dei casi, col grumo di interessi contrapposti che ne costituiscono la cifra identificante, la più genuinamente espressiva. Una complessità che il più delle volte sollecita ad adottare soluzioni, per quanto possibile, “morbide” ed aperte a plurimi svolgimenti, nell’affannosa e non di rado sofferta ricerca di equilibri tra i valori evocati in campo suscettibili di acquisire a sé i più larghi e condivisi consensi, in ambito interno così come al piano delle relazioni internazionali e sovranazionali.

²³ Ho iniziato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss., con gli ulteriori svolgimenti dativi in più scritti, tra i quali *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013, spec. al § 6.

Il diritto di famiglia – come si tenterà ora di mostrare con esempi – costituisce un terreno particolarmente fertile per la verifica della bontà di quest'esito teorico.

5. I mobili confini del “diritto di famiglia”, l'esame di talune questioni che ad esso fanno capo, gli orientamenti al riguardo manifestati dalla giurisprudenza europea, complessivamente ispirati a cautela e rispetto nei riguardi delle tradizioni costituzionali nazionali

Il diritto di famiglia – come si accennava all'inizio di questa riflessione – è una sorta di “contenitore” dentro il quale stanno molte cose, anche non poco diverse tra loro. I confini di questo campo materiale sono, in realtà, mobili ed evanescenti, suscettibili di espandersi a dismisura, dal momento che molti rapporti intersoggettivi, che di per sé si dispongono e svolgono in campi diversi da quello della “famiglia” strettamente intesa, possono produrre effetti rilevanti altresì per quest'ultima. È poi pur vero che la soluzione a certe questioni può variare a seconda dell'angolo visuale da cui ad esse si guarda, dal momento che, riviste *dal punto di vista della famiglia*, esse possono assumere una certa configurazione piuttosto che un'altra (si pensi, ad es., al condizionamento esercitato dalle esigenze facenti capo alla famiglia in ordine alla definizione di questioni relative a rapporti di lavoro o a vicende penalmente rilevanti, secondo quanto si avrà modo di dire meglio a momenti con esempi).

Qui, nondimeno mi troverò costretto a tralasciare di prendere in esame molte di tali questioni, la cui considerazione pure sarebbe di grande interesse, dovendomi per ragioni di spazio contentare di fermare, con la massima rapidità, l'attenzione unicamente su alcune “schegge” di giurisprudenza, selezionate tra quelle che ai miei occhi appaiono particolarmente istruttive ai fini della ricostruzione alla quale ora si attende.

5.1. *La nozione di “famiglia” e la sua struttura, la loro declinazione “plurale” nella giurisprudenza della Corte EDU, cui si contrappone la definizione “singolare” datane dal giudice costituzionale, in linea di scrupolosa fedeltà alla nostra tradizione che ha nel paradigma eterosessuale il suo “nucleo duro” più genuinamente espressivo*

È opportuno iniziare dalla nozione stessa di famiglia e dalla sua struttura.

La giurisprudenza della Corte EDU ci consegna al riguardo un copioso patrimonio di giurisprudenza che presenta numerose sfaccettature e, ciò nondimeno, appare indicativo di un marcato orientamento del giudice europeo volto a prestare osservanza alle tradizioni costituzionali nazionali²⁴. Stranamente, oggi queste

²⁴ Sulla tutela della vita familiare nella giurisprudenza europea è venuta ormai a formarsi una cospicua messe di scritti: tra i molti altri, C. RAGNI, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali*, in AA.VV., *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S. Rossi, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 233 ss.; E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all'ult. cap., e, della stessa, *Il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2011, 63 ss.; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, t. I, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., spec. 147 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit., 323 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 199 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e success.*, 4/2012, 252 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, Napoli 2012, spec. 114 ss.; V. SCALISI, *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. e, della stessa, *amplius*, già, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012; E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2013, 48 ss.; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma Tre-Press, Roma, 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale*

tradizioni sono fatte oggetto di accerchiamento ed aperte contestazioni (non tanto *ab extra* quanto) nello stesso ambito interno in cui pure hanno le loro radici, sono cresciute, si sono affermate e diffuse. Al tirar delle somme e pur nel carattere internamente composito della giurisprudenza che prende corpo fuori delle nostre mura può, infatti, dirsi che, nel complesso, alle tradizioni stesse si guarda con attenzione e rispetto.

Molto chiara in tal senso è la decisione della Corte di Strasburgo adottata nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 (ric. n. 30141/04), con la quale, a seguito di un articolato ragionamento, il giudice europeo perviene alla conclusione che la Convenzione non esclude ma neppure impone il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Diversa è, invece, la condizione delle coppie che aspirano alla registrazione della propria unione di fatto. In *Vallianatos ed altri c. Grecia* (Grande Camera, 7 novembre 2013, ric. n. 29381/09 e 32684/09), la Corte EDU, per un verso, tiene distinta la condizione di tali unioni rispetto a quella della famiglia fondata sul matrimonio; per un altro verso, però, riconosce la discriminazione in base all'orientamento sessuale dovuta al divieto di accesso alle unioni civili registrate stabilito in Grecia per le coppie composte da persone dello stesso sesso.

Decisivo, ad ogni buon conto, appare essere, una volta di più, il consenso.

delle Corti costituzionali, Plus, Pisa 2013, 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss.; R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, Human Rights, 3/2013; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. alla parte VI (ma *passim*), e *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 18 novembre 2013; L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in www.articolo29.it, 5 dicembre 2013; AA.VV., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo - L. Paladini - P. Pustorino, Springer, Berlin 2014; A. D'ALOIA, *El matrimonio entre las personas del mismo sexo: ¿Una irresistible escalada constitucional?*, in *Anuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, 2014, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 79 ss.; S. MATTEINI CHIARI, *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milano 2014, spec. la prima parte.

Si metta a rapido confronto l'indicazione data a Strasburgo in ordine alla struttura del matrimonio con quella risultante dalla nota [sent. n. 138 del 2010](#) della nostra Corte, a riprova di quel diverso modo di essere, in struttura e funzione, della Carta EDU e della Costituzione, di cui si diceva sin dall'inizio di questa riflessione e si dirà ancora meglio a breve. Una pronunzia, quest'ultima, fatta oggetto – come si sa – di plurimi e divergenti commenti, in occasione della cui formulazione molti autori non sono riusciti a rifuggire dalla tentazione di far pesare sulla bilancia i propri preorientati giudizi, in un senso o nell'altro. Purtroppo, il linguaggio costituzionale, con la sua strutturale apertura (e, in più punti, vera e propria concettuale vaghezza), si presta a farsi docilmente piegare da chi confonde le indicazioni della Carta coi propri desideri e la propria visione del mondo. E così che, venendo al caso nostro, non pochi autori si sono dichiarati dell'idea che, a giudizio della Consulta, nulla si opporrebbe a che il matrimonio tra omosessuali, ad oggi escluso dal codice civile e dalla legislazione in genere, possa un domani essere introdotto anche per le vie comuni²⁵. Si tratta, nondimeno, di una lettura della sentenza che fa luogo ad una sua vistosa manipolazione. Può infatti anche non piacere ciò che in essa sta scritto, così come a molti non piace; e, però, la Corte è, in realtà, ferma nel dichiarare che la nostra tradizione costituzionale, al pari di quella invalsa in altri Paesi, impone l'osservanza del paradigma eterosessuale a coloro che aspirano al matrimonio.

²⁵ La tesi trovasi ripetuta anche in certa giurisprudenza (così, ancora di recente, in una ordinanza della Cassazione cui di qui ad un momento si farà richiamo). In dottrina, tra i molti che ne hanno discorso, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della [sent. n. 138/2010](#): il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2719 ss. e R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu - F. Facury Scaff, Conceito Ed., Florianópolis 2012, 103 ss. Spunti di vario segno nei contributi che sono in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010, e in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit. Infine, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., spec. 145 ss.

Sul punto non possono aversi dubbi o esitazioni: la tradizione è questa, e solo questa. Che poi essa non solo non escluda ma anzi implichi che anche le coppie non coniugate, *siano o no dello stesso sesso*, debbano essere come si conviene protette è parimenti fuor di dubbio. Si tratta nondimeno – chiarisce la Corte – di formazioni sociali che hanno in luoghi diversi da quello descritto nell’art. 29 (e, segnatamente, nell’art. 2) il fondamento della loro salvaguardia.

In fin dei conti, sul punto non c’è – è questo che ci viene detto a Strasburgo – una tradizione europea; ci sono solo le tradizioni nazionali, varie e tutte comunque bisognose di essere preservate. D’altro canto, il giudice europeo questo concetto lo ribadisce in numerose altre occasioni, come ad es. a riguardo della rettificazione dello stato civile conseguente al mutamento di sesso di uno dei coniugi e dei suoi effetti sul vincolo matrimoniale²⁶.

Poi, può farsi (come s’è fatta) questione circa la possibilità di innovare alla tradizione nazionale con le forme costituzionali²⁷; non è, nondimeno, di questo che

²⁶ In *H. c. Finlandia* (Corte EDU, IV sez., 13 novembre 2012, ric. n. 37359/09), il giudice europeo giudica non discriminatoria e fa pertanto salva la normativa finlandese che dà modo di convertire il matrimonio in unione civile registrata (*civil partnership*) unicamente a condizione che sussista il consenso dell’altro coniuge. Da noi, come si sa, a seguito della rettificazione, il matrimonio è considerato automaticamente sciolto; su siffatto automatismo pende tuttavia una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, I sez. civ., 14329/13 (su di essa, le note di S. TALINI, *Il mutamento di sesso impone lo scioglimento del vincolo matrimoniale? La questione in una recente ordinanza di rimessione della Corte di cassazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio, giugno 2013, e A. D’ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale è incostituzionale?*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 149 ss., che fa opportunamente notare come pur dopo l’eventuale accoglimento della questione non per ciò se ne avrebbe il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso). Sulla condizione giuridica dei transessuali, v., part., A. LORENZETTI, *Diritto in “transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, F. Angeli, Milano 2013; quanto ai soggetti dal sesso indefinito, ora, A. D’ALOIA, *Il “terzo” sesso*, in www.confronticostituzionali.it, 28 aprile 2014.

²⁷ Su ciò, v., part., A. MORRONE, *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in www.rivistaaic.it, 00/2010, ult. §; A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, Comunicaz. al convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, i cui *Atti* sono in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli, nonché in www.gruppodipisa.it, settembre 2013; pure *ivi* possono, volendo, vedersi il mio “*Strane” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche*

dobbiamo ora nuovamente discorrere. Semmai, ci si può chiedere quali scenari potrebbero anche da noi prefigurarsi per il caso che il consenso sulla struttura del matrimonio (nel senso del suo *obbligatorio* riconoscimento anche quale unione omosessuale legalizzata ed a tutti gli effetti equiparata a quella eterosessuale) dovesse un domani formarsi ed essere di conseguenza riconosciuto dalla Corte europea. La “razionalizzazione” convenzionale di un modello aperto a tutto campo quali effetti potrebbe produrre in ambito nazionale? Ci si può immaginare, *in questo diverso contesto (ma solo in esso)*, l’esistenza di un vero e proprio obbligo di introduzione con legge comune del matrimonio tra persone dello stesso sesso? Detto altrimenti: *la rigenerazione semantica della Convenzione per effetto del consenso può comportare una flessibilizzazione della Costituzione, assoggettandola a letture diverse da quella ad oggi fatta propria dal giudice delle leggi?*

Qui è il fuoco della questione oggi dibattuta. Ci si deve infatti chiedere se sia sufficiente una pronuncia del giudice europeo discosta dal suo attuale indirizzo e sorretta da un consenso altrove formatosi e divergente dalla nostra tradizione per dare “copertura” ad una eventuale legge contraria alla tradizione stessa ed alla Costituzione che fa ad essa rinvio. A stare all’inquadramento tra le fonti disegnato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze del 2007, non dovrebbero esservi dubbi a riguardo del fatto che si sarebbe qui in presenza di uno di quei casi, pure dalla stessa giurisprudenza considerato come remoto, di contrasto tra Convenzione e Costituzione che non potrebbe che risolversi a vantaggio di quest’ultima²⁸. In siffatto

ed implicazioni di ordine istituzionale, e, ancora, G. RAZZANO, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Brevi considerazioni e qualche spunto dal diritto romano*, e S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*. Ulteriori ragguagli sul punto, nel mio *Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 43 ss.

²⁸ Si può poi discutere, come invero si è discusso, circa la tecnica adeguata alla riaffermazione del primato della Carta costituzionale sulle altre Carte (e, segnatamente, appunto sulla CEDU): se, cioè, debba farsi luogo ad una pronuncia caducatoria, nelle forme e con gli effetti usuali, della legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*” ovvero se – come a me pare – si possa, puramente e semplicemente, dichiarare in una congiuntura siffatta l’inidoneità della fonte internazionale ad integrare il parametro costituzionale, di cui all’art. 117, I c., in buona sostanza facendone disapplicazione nel singolo caso. Non è, nondimeno, senza significato il fatto che, a partire dalla [sent. n. 311 del 2009](#), il nostro giudice delle leggi si sia ben guardato dall’optare – come aveva

inquadramento, per ragioni che non possono essere ora nuovamente riprese, non mi sono mai riconosciuto e confesso, anzi, che col passare del tempo vado sempre di più discostandomi dall'ordine metodico-teorico fatto proprio dalla Consulta. Ciò nondimeno, con riguardo alla specifica questione ora in esame (e prescindendo adesso dalla circostanza per cui l'ipotesi del conflitto parrebbe anche a me essere di assai improbabile riscontro), dubito che il conflitto stesso possa risolversi a beneficio della Convenzione. Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, mi limito infatti solo a rilevare che le consuetudini di rilievo costituzionale (specie se millenarie...) non si "abrogano" a colpi di sentenze e di leggi che ad esse si ispirino (tanto più se comuni...). La stessa ipotesi della revisione costituzionale, di certo in via di principio prospettabile, al fine di non risultare essa pure viziata da palese astrattismo e per avere un minimo di fondamento, dovrebbe risultare sorretta da una nuova, profondamente radicata, tradizione nel senso della destrutturazione del rigido paradigma eterosessuale, sostituito da altro aperto a plurimi modelli di famiglia (anche tra persone dello stesso sesso, dunque). Insomma, l'innovazione costituzionale richiede – a me pare – di essere preceduta da (e di poggiare su) un "consenso" interno diffuso (una vera e propria consuetudine di vita sociale) nel senso della declinazione "plurale" del modello di

in precedenza fatto – per il primo corno dell'alternativa, esprimendosi invece in termini alquanto laconici e sibillini, tali invero da far pensare che sia piuttosto il secondo corno a riscuotere i maggiori consensi in seno alla Consulta.

La soluzione *soft*, qui nuovamente patrocinata, presenta infatti l'innegabile vantaggio di mantenere integra, ancorché recessiva per un caso dato, la norma convenzionale, buona dunque a poter essere nuovamente fatta valere in un caso diverso, senza essere perciò espunta una volta per tutte dall'ordinamento. Ho poi più volte rimarcato (e profitto dell'opportunità oggi offertami per farlo ancora una volta) che, per una consuetudine ormai saldamente radicata e non contestata da alcuno, a seguito e per effetto delle declaratorie d'incostituzionalità viene a cadere sia la *norma* specificamente acclarata come incostituzionale e sia pure la *disposizione* che quella norma esprime, dalla quale dunque si ritiene che non possano estrarsi norme diverse dalla prima. Viene cioè a parificarsi (a mia opinione, indebitamente) l'effetto di annullamento a quello di abrogazione (segnatamente, di abrogazione nominata), la disposizione considerandosi ormai sradicata dal terreno dell'ordinamento e perciò inservibile in qualunque sede istituzionale ed esperienza di vita in cui possa farsi questione del suo possibile utilizzo (ma traendone norme diverse da quella caducata dalla Corte). Non oso, in conclusione, immaginare quale scenario possa mai configurarsi per il caso, ancorché remotissimo, che la Consulta dovesse accertare l'incompatibilità di norma convenzionale rispetto alla Costituzione, per il caso che quest'ultima si consideri soggetta al sindacato di costituzionalità nelle sue forme usuali.

famiglia e di matrimonio. L'intrinseca ragionevolezza della nuova disciplina costituzionale, qui immaginata, una volta di più rimanda infatti, a un tempo, a fatti e a valori, ad un modello culturale e ad un assetto delle relazioni intersoggettive complessivamente diversi da quelli ancora oggi esistenti in seno alla società e ad una parimenti, conseguentemente, diversa composizione dei valori costituzionali, suscettibili di dar vita ad un loro mutuo bilanciamento dagli esiti ricostruttivi discosti da quelli cui è pervenuto il giudice delle leggi con la [sent. n. 138 del 2010](#).

Come che sia di ciò, per ciò che ora maggiormente importa, una cosa è certa; ed è data dalla conferma venuta dal giudice europeo di un modello internamente articolato di "famiglia", comunque rispettoso – come si diceva – delle tradizioni nazionali. Con il che l'eventualità dell'antinomia tra Convenzione e Costituzione (e normativa sottostante) risulta – *perlomeno al presente* – in radice scongiurata.

5.2. Adozione, affido, procreazione medicalmente assistita, eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: la Corte EDU ribadisce il primato delle tradizioni nazionali

Analoga disponibilità e vera e propria deferenza nei riguardi delle tradizioni nazionali è dal giudice europeo manifestata anche per ciò che concerne l'adozione da parte di soggetti omosessuali, pur nel quadro di un più articolato ragionamento rispetto a quello fatto con riguardo al diritto alle nozze.

In *Fretté c. Francia* (26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97), la Corte EDU nega che si abbia violazione della Convenzione ad opera della legislazione francese che esclude l'adozione da parte del *single* omosessuale, mentre l'ammette per il *single* non omosessuale, ancora una volta appellandosi alla mancanza del consenso, nonché alle divisioni riscontrabili in seno alla comunità scientifica a riguardo dei possibili effetti negativi a carico del minore²⁹.

²⁹ Non è inopportuno rammentare che la nostra legislazione dà modo anche al *single* di adottare ma solo in casi eccezionali e, comunque, pur sempre a salvaguardia del superiore interesse

Anche in *Gas e Dubois* (15 marzo 2012, ric. n. 25951/07), il diniego opposto dalle autorità nazionali all'adozione del figlio della *partner* dello stesso sesso e motivato con riguardo al preminente interesse del minore è considerato non offensivo della Convenzione che non prevede espressamente la facoltà di adozione per le coppie non coniugate.

In *X ed altri c. Austria* (Grande Camera, 19 gennaio 2013, ric. n. 19010/07), una volta di più il giudice di Strasburgo ribadisce che la Convenzione non fa obbligo agli Stati di riconoscere il diritto di adozione del figlio del *partner*; ammette, nondimeno, la violazione della Convenzione stessa per l'aspetto della discriminazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali.

Diverso, e non meritevole di indebito accostamento alla condizione in cui versano adottanti ed adottati, è il caso che si ha con riguardo all'affido di minore a soggetti omosessuali, secondo quanto è peraltro avvalorato dall'orientamento tenuto da alcuni giudici nazionali che hanno opportunamente distinto l'affido dall'adozione, dando modo a coppie di omosessuali di essere destinatarie del primo, pur perdurando il divieto di accesso alla seconda³⁰.

del minore (li si può vedere richiamati, di recente, da B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, comunicaz. al Convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.grupppodipisa.it, § 1.1).

³⁰ Alcune recenti vicende che hanno da noi destato un certo interesse possono vedersi illustrate in R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., 119 ss.; in argomento, inoltre, volendo, la mia nota dal titolo *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in www.diritticomparati.it, 18 dicembre 2013, e in [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it), 18 dicembre 2013.

Il preminente interesse del minore sta poi a base della soluzione apprestata per alcuni casi di affido particolarmente delicati, come in *Zaunegger c. Germania* (V Sez., 3 dicembre 2009, ric. n. 22028/04) o *Sporer c. Austria* (3 febbraio 2011, ric. n. 35637/03), nei quali è stata accertata l'illegittima discriminazione operata a danno del genitore di figlio nato fuori del matrimonio e dato in affido alla sola madre.

Particolarmente complesse e meritevoli di analisi caso per caso sono poi le vicende riguardanti le sottrazioni internazionali dei minori (su di che, M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Cedam, Padova 2012), in merito alle quali anche la Corte EDU ha avuto modo di pronunziarsi (specie con *Neulinger*) fissando dei punti di diritto quindi ripresi dalla successiva giurisprudenza, nella quale si dà conferma delle varietà delle forme di cui può rivestirsi il principio del preminente interesse del minore e delle sue possibili combinazioni con l'interesse genitoriale (su ciò, part., R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 127 ss.).

Non mancano nondimeno, in relazione ad altre questioni, le oscillazioni, anche ampie e vistose, del giudice europeo, con una maggiore propensione della Grande Camera a dare rappresentazioni della Convenzione tali da rendere testimonianza della sua strutturale flessibilità rispetto a quelle date dalle singole Camere, in sede di primo giudizio³¹.

Ad es., in *S.H. ed altri c. Austria*, in tema di accesso alla fecondazione di tipo eterologo, la Grande Camera capovolge nel 2011 il verdetto della Camera dell'anno precedente, escludendo la violazione della Convenzione da parte della legislazione nazionale preclusiva della fecondazione stessa, ancora una volta per assenza di consenso e facendo pertanto salvo il margine di apprezzamento degli Stati. In *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012, ric. n. 54270/10), in fatto di diagnosi preimpianto, viene invece riconosciuta la violazione della Convenzione. Non è senza significato la circostanza per cui il nostro giudice costituzionale, dopo una prima decisione interlocutoria adottata nel 2012, [la n. 150](#)³², con la quale ha restituito gli atti alle autorità

³¹ Sono molti i campi materiali nei quali si ha riscontro di questa tendenza (un caso che, come si rammenterà, ha fatto molto discutere è quello della esposizione del crocifisso nelle scuole, in occasione della definizione del quale la Grande Camera ha temperato il rigore del precedente verdetto della Camera, rimettendosi una volta di più all'apprezzamento discrezionale dei legislatori nazionali: v., infatti, 18 marzo 2011, ric. n. 30814/06, *Lautsi e altri c. Italia*).

³² La decisione è stata ampiamente annotata: tra gli altri, v. G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it, 25 giugno 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in www.forumcostituzionale.it, 29 giugno 2012; pure *ivi*, A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, 19 luglio 2012; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in www.rivistaaic.it, 3/2012; pure *ivi*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, e B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*. Inoltre, R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in [Consulta OnLine](#), 26 febbraio 2013 e, pure *ivi*, S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, 23 luglio 2012, nonché, volendo, anche il mio *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione*

emittenti per una nuova valutazione della rilevanza a seguito del “fatto” nuovo costituito dal sopravvenire della prima pronunzia del giudice europeo³³, si sia da ultimo orientato (con una decisione di quest’anno, la cui pubblicazione ad oggi non si è ancora avuta e che ha, nondimeno, già fatto molto discutere giuristi e non) nel senso della illegittimità costituzionale della legge 40 nella parte in cui non acconsente alla procreazione eterologa neppure in caso di assoluta infertilità della coppia, facendosi pertanto interprete di un “consenso” volto all’apertura di una disciplina legislativa fin troppo rigida ed afflitta da non poche contraddizioni (peraltro, come si sa, dalla stessa Corte già rilevate), rendendola pertanto maggiormente flessibile, in linea con un orientamento che, come si è già avuto modo di precisare e si tenterà di dire ancora meglio a breve, va sempre di più affermandosi nei campi più varî di esperienza.

Anche in materia di trattamento riservato ai figli, persino davanti alle più odiose discriminazioni, quali quelle fondate sullo *status*, rispettivamente, di figlio legittimo ovvero di figlio naturale, la Corte di Strasburgo, pur optando per l’eguaglianza del trattamento stesso (già in *Marckx c. Belgio* del 1979, ric. n. 6833/74), non esclude che *weighty reasons* possano giustificare una disciplina differenziata (ad es., in *Mazurek c. Francia* del 2000, ric. n. 34406/97, e *Genovese c. Malta* del 2011, ric. n. 53124/09)³⁴. Ancora una volta, non coincidente si dimostra essere l’atteggiamento delle autorità nazionali, secondo quanto è da ultimo testimoniato dalla piena eguaglianza di condizione dei figli, anche da noi – come si sa – finalmente raggiunta. Non è, nondimeno, inopportuno rilevare come l’eguaglianza stessa sembri piuttosto essere

medicalmente assistita), 12 giugno 2012; R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit., 253 ss.

³³ In realtà, più che di un “fatto” si è trattato di un atto, quello della Corte europea, trattato dalla nostra Corte come meritevole di assimilazione, al piano degli effetti, allo *ius superveniens*, sì da giustificarsi appunto il nuovo interpello dei giudici *a quibus* (così, già, nella mia *op. ult. cit.*).

³⁴ Su queste ed altre esperienze nelle quali è in gioco il principio di non discriminazione, rimando nuovamente, per tutti, alla monografia di G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., nonché a S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012. Utili indicazioni anche in L. LORELLO, *Ordine giuridico globale e ruolo dello stato*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., spec. 195 ss., con specifico riguardo al noto caso *Muñoz Díaz c. Spagna*.

(purtroppo...) esclusa dall'art. 30 della Costituzione che – come si è fatto, ancora di recente, notare da una sensibile dottrina³⁵ – ha costituito oggetto da parte del legislatore non già di una lettura *evolutiva* bensì di una vera e propria *violazione* (che, poi, il nuovo regime paritario fosse universalmente gradito e ansiosamente atteso è un altro discorso; solo che la sua introduzione avrebbe richiesto il ricorso alle procedure a ciò stabilite nell'art. 138 della stessa Carta, peraltro nella circostanza suscettibili di essere agevolmente messe in pratica, a motivo dei larghi consensi registratisi sul punto in seno alle forze politiche).

5.3. Segue: *Una questione spinosa, ad oggi in attesa di una soluzione complessivamente appagante, ovvero sia la fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*³⁶

La fecondazione medicalmente assistita, al pari di altre opportunità d'intervento nel corpo umano rese possibili grazie allo sviluppo scientifico e tecnologico, pone un mucchio di questioni ad oggi insoddisfacentemente (o, comunque, problematicamente) risolte, cui qui non è possibile riservare neppure un cenno³⁷. Ne dà emblematica testimonianza il caso, che ha fatto molto scalpore, dello scambio di provette verificatosi pochi mesi addietro e che ha portato all'innesto di ovuli fecondati nell'utero della madre "sbagliata". Qui, dunque, non è questione di ricorso alla fecondazione eterologa

³⁵ E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del Gruppo di lavoro su Famiglia e filiazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.grupppodipisa.it, spec. al § 4, che ha, non molto tempo addietro, finemente argomentato la tesi evocata nel testo, a favore della quale anch'io ho già avuto modo di dichiararmi [in *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 761 s.].

³⁶ Ho anticipato la pubblicazione in estratto di questo paragrafo in www.confronticostituzionali.eu, 5 maggio 2014. Sono particolarmente grato a R. Conti, C. Salazar e O. Pollicino per la disponibilità generosamente manifestatami a discutere un caso che ci ha tutti molto coinvolto, ferma restando l'avvertenza che nessuna responsabilità è ad essi imputabile per il modo con cui sono qui rappresentate, in termini fortemente dubitativi, alcune sue possibili soluzioni.

³⁷ ... e per le quali rimando, tra i molti scritti recentemente apparsi, all'accurato studio di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012.

per fatto volontario (la qual cosa, nondimeno, dà ugualmente luogo a non pochi problemi, di ordine giuridico e non), non è cioè in gioco l'autodeterminazione dei soggetti coinvolti nel fatto riproduttivo, dal momento che si è puramente e semplicemente in presenza di un errore. Che fare, allora, nel caso che entrambe le coppie dovessero rivendicare i bimbi venuti al mondo? E, ancora, qual è, nella circostanza, il preminente interesse dei minori, ammesso che resti pur sempre questo il punto primario di riferimento per la definizione del caso? Ho appreso da notizie di stampa che, a parere di alcuni psicologi, sarebbe sconsigliabile l'ipotesi, pure ventilata (ma giuridicamente impraticabile), di una sorta di affido condiviso, il quale – a tacer d'altro – creerebbe problemi d'identità in capo ai minori dagli imprevedibili, negativi effetti. Non mi riconosco alcuna competenza per discutere questa tesi, che nondimeno a prima impressione non mi persuade del tutto, così come mi sfugge la ragione per cui non possa adattarsi al caso nostro la soluzione anni addietro sperimentata a Mazara del Vallo, allorquando sempre per sbaglio si ebbe uno scambio di figli che, una volta riportati con la necessaria gradualità presso le famiglie naturali, sono riusciti ad intrattenere continui e stabili contatti coi “genitori” da cui erano stati inizialmente allevati, grazie ovviamente alla sensibile e fattiva cooperazione di questi ultimi³⁸.

Il vero è che, laddove quest'*animus* di mutua cooperazione dovesse fare difetto e si renda dunque obbligata la via di una scelta esclusivizzante, secondo diritto vigente non sembra esservi alternativa al riconoscimento quale madre legale a tutti gli effetti della donna che porta a termine la gestazione, senza la quale i bimbi non sarebbero mai venuti alla luce³⁹. Una soluzione che – a quanto pare – non è ben vista da alcuni

³⁸ Non va nondimeno trascurata la differenza di fondo che si dà tra uno scambio di bambini venuti alla luce e quello di embrioni.

³⁹ Per quel che può valere, non è priva d'interesse la circostanza per cui anche la Corte dell'Unione, adita in via pregiudiziale dall'Employment Tribunal di Newcastle upon Tyne (Regno Unito), in una sua recente pronunzia (Grande Camera, 18 marzo 2014, in causa C-267/12, *C.D. c. S.T.*), riferita ad una peculiare vicenda, non abbia considerato “madre” una lavoratrice che, in qualità di committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, non riconoscendole pertanto il diritto al congedo di maternità, *ex art. 8* della direttiva 92/85, malgrado la donna si fosse sin dalla nascita preso cura del bimbo, che peraltro era stato subito dato in adozione alla donna stessa ed al suo *partner*.

psicologi, che patrocinano di contro l'attribuzione ai genitori "biologici": genitori, tuttavia, che tali sono unicamente nei riguardi dell'embrione, non pure dei figli⁴⁰, i quali vengono a formazione e diventano pertanto ciò che sono per effetto della gestazione, sì da non risultare a conti fatti improprio che si discorra di due madri ugualmente "naturali", ancorchè in modi complessivamente diversi.

Ora, ammesso pure (ma non concesso) che questa sia davvero la soluzione preferibile (o, diciamo, la meno traumatica) nel superiore interesse della prole, come vi si potrebbe pervenire? La soluzione più piana – com'è chiaro – richiede una esplicita previsione legislativa in tal senso, che nondimeno, qualora dovesse un domani aversi, consiglieri che si presentasse in forma "aperta", contemplandosi cioè la eventualità di siffatto transito della prole dall'una all'altra madre (ed al relativo *partner*) ma non imponendola, vale a dire rimettendo agli stessi soggetti protagonisti di siffatte dolorose vicende la decisione, laddove possa aversi in modo concordato, ovvero, in caso di conflitto, al giudice, al quale dovrebbe in ogni caso restare riservato l'apprezzamento finale della bontà della decisione stessa, in ispecie sotto l'aspetto della sua rispondenza al preminente interesse del minore (nulla, infatti, esclude che la coppia destinataria della prole possa risultare inidonea a farsene cura, secondo quanto è in generale proprio di molte vicende di diritto familiare). In attesa dell'intervento del legislatore, nulla esclude che sia proprio il giudice a prendere l'iniziativa volta a far dichiarare la legge 40 sul punto incostituzionale nella parte in cui non prevede la norma-principio sopra enunciata⁴¹.

Al di là del passaggio normativo suddetto – prenda, o no, corpo a mezzo di un'addizione ad opera del legislatore ovvero del giudice costituzionale –, quali altri esiti sono astrattamente immaginabili?

Confesso di avere in un primo momento pensato all'ipotesi che la gestante possa dichiarare al momento della nascita di non voler tenere presso di sé la prole, la quale

⁴⁰ Debbo questa notazione a R. Conti.

⁴¹ Traggo questo spunto da C. SALAZAR, *Mater semper certa? Una risposta difficile (riflettendo sul caso dello scambio di embrioni)*, in www.confronticostituzionali.eu, 5 maggio 2014.

pertanto, in un successivo momento, potrebbe esser data in adozione ai genitori biologici (sempre che – beninteso – ritenuti in possesso dei requisiti d'idoneità allo scopo richiesti...). E, d'altronde, che senso avrebbe imporre alla madre di tenere un bimbo non voluto, che potrebbe quindi andare soggetto a maltrattamenti e ad uno *stress* psicologico quotidiano dagli imprevedibili, gravissimi esiti, una volta che il bimbo stesso dovesse sentirsi respinto da chi invece, secondo natura, è (o, meglio, *dovrebbe* essere...) fonte di amore e sicurezza? Meglio perciò dar modo alla donna di non portare con sé il bambino. La qual cosa sembra, nondimeno, richiedere – come si diceva – una previsione legislativa in tal senso, che in atto non c'è. La legge 40 non acconsente infatti – come si sa – alla madre di dichiarare al momento del parto di non voler essere nominata ed, essendo madre a tutti gli effetti legali, in caso di abbandono della prole potrebbe esser considerata responsabile del reato di cui all'art. 591 c.p. È però pur vero che il disposto legislativo in parola presuppone il carattere volontario della sottoposizione della donna al trattamento sanitario mirante alla gravidanza, mentre nel caso nostro la fecondazione si è involontariamente commutata da omologa in eterologa per effetto del maldestro scambio delle provette.

D'altro canto, al fine di sfuggire alla sanzione prevista da tale disposto, si dovrebbe immaginare un ulteriore intervento normativo (del legislatore o, in sua vece, del giudice costituzionale) sul disposto stesso, nel senso della sua inapplicabilità al caso qui discusso. È invece del tutto lecito che il marito della partoriente chieda (ed agevolmente ottenga) il disconoscimento della paternità⁴², mentre al contempo il genitore “biologico” (nel senso sopra precisato) chieda (ed ottenga) il riconoscimento della paternità⁴³. Proprio questa potrebbe essere la premessa per un successivo passaggio della prole nella famiglia cui appartiene il padre legale, gestito con sensibilità e prudenza da parte del giudice e senza che la donna che ha partorito la prole stessa vada incontro a responsabilità alcuna.

⁴² Non può infatti farlo, in base alla legge 40, unicamente in caso di consenso prestato alla fecondazione eterologa, che però qui è in tesi insussistente.

⁴³ Anche questa ipotesi è stata prospettata da C. SALAZAR, nello scritto da ultimo cit.

Se, di contro, dovesse assistersi (come, a quanto pare, si ha nella vicenda che ha offerto lo spunto per queste notazioni), ad un aperto conflitto e, dunque, ad una prevedibilmente lunga e travagliata battaglia legale tra le due coppie in campo (che – non si dimentichi – potrebbe proseguire anche in ambito europeo, sfociando in un ricorso alla Corte di Strasburgo), con sicure, non lievi sofferenze dei soggetti coinvolti in questa intricata vicenda, risolutiva potrebbe essere la circostanza per cui venga nel frattempo a consolidarsi un vincolo affettivo tra i bimbi e la coppia che li alleva, al punto da dimostrarsi proprio questo il fattore decisivo, alla luce del principio del superiore interesse della prole. Confesso, nondimeno, di non trovare ancora dentro di me una persuasiva risposta agli inquietanti quesiti sopra posti.

5.4. L'intreccio tra le questioni che insistono nell'ambito specificamente proprio della famiglia e le questioni relative ad altri campi (in particolare, a quello del lavoro ed alla materia penale) e la conferma che dalle soluzioni per esse apprestate si ha della tendenza marcata della giurisprudenza europea alla flessibilizzazione delle discipline legislative

L'intreccio tra i diritti della famiglia o di suoi componenti e i diritti (e gli interessi in genere) specificamente ricadenti in campi materiali diversi da quello tipicamente proprio della famiglia stessa si vede con singolare evidenza in alcune prese di posizione della Corte dell'Unione, in particolar modo laddove la nozione di “vita familiare” viene rivista attraverso “le lenti della libera circolazione e della cittadinanza”⁴⁴.

Anche in seno all'Unione, così come s'è veduto per la giurisprudenza della Corte EDU, si danno oscillazioni e remore per ciò che concerne la nozione di “vita familiare”, che risente di spinte volte ora a farla espandere ed ora invece a contrarre, a riprova di quella flessibilità delle tutele di cui qui si viene dicendo. E così, per un verso, si è

⁴⁴ Così, di recente, S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., 49.

agevolato il ricongiungimento “familiare” largamente inteso, beneficiandone anche il *partner* di cittadino di Stato membro dell’Unione stessa, sempre che la loro relazione risulti comprovata (direttiva 2004/38)⁴⁵; per un altro verso, però, si è escluso dal godimento dei diritti previdenziali spettanti ai soggetti rimasti vedovi il convivente *more uxorio*, senza che si consideri perciò operata alcuna discriminazione, come tale vietata dal diritto dell’Unione. Sul punto, si è nondimeno assistito ad una significativa evoluzione giurisprudenziale, che ha specificamente riguardato le coppie composte da persone dello stesso sesso (specie se legate da unioni registrate), con riferimento alle quali, per vero, la Corte dell’Unione, al pari peraltro di quella di Strasburgo, inizialmente si è decisamente dichiarata nel senso della diversità di *status* rispetto alle coppie coniugate⁴⁶, dando così testimonianza di nutrire “rispetto (o, addirittura, deferenza) verso le legislazioni degli Stati membri”⁴⁷. Più di recente, però, ha manifestato una significativa apertura, ammettendo che le unioni registrate abbiano ormai acquisito un rilievo analogo a quello delle unioni di persone coniugate⁴⁸.

È pur vero, tuttavia, che l’assimilazione è sempre rimasta circoscritta ai soli ambiti materiali di specifica pertinenza dell’Unione (ad es., a finalità pensionistica o di

⁴⁵ Sulle “reticenze” invece manifestate al riguardo dai legislatori nazionali, anche per la consapevolezza dei riflessi di ordine economico legati al ricongiungimento, v., di recente, U. RONGA, *Il ricongiungimento familiare*, comunicaz. al Convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

⁴⁶ V., ad es., Corte giust. 17 febbraio 1998, in causa C-249/96, *L.J. Grant v. South-West Trains Ltd.*, a riguardo della riduzione dei prezzi di trasporto concesse ai coniugi dei dipendenti e non pure ai conviventi (il caso è, di recente, rammentato da R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, cit., 192 s.).

⁴⁷ Ancora, S. NINATTI, *op. ult. cit.*, 99, che richiama in tal senso Corte giust., 31 maggio 2001, in cause riunite C-122/99 e C-125/99, *P., D. e Regno di Svezia v. Consiglio dell’Unione europea* [sulla decisione, v. anche B. PEZZINI, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, 1519 ss. ed E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 3/2001, 695 s.].

⁴⁸ V., in specie, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008, in causa C-267/06, *Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, in causa C-147/08 e, più ancora, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 dicembre 2013, in causa C-227/12, a riguardo della quale si è discusso di una tendenza alla “europeizzazione del diritto di famiglia”: v. V. VALENTI, *Verso l’europeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in www.forumcostituzionale.it, 24 febbraio 2014.

congedo dal lavoro), senza che pertanto se ne possano affrettatamente trarre conclusioni dotate di generale valenza. In ogni caso – come si è fatto notare da più autori – anche il giudice dell’Unione, al pari dell’altra Corte europea, non ha tralasciato espressamente di rimettersi agli ordinamenti nazionali per ciò che concerne la definizione della nozione di matrimonio.

Particolarmente impegnative sono, poi, le questioni che presentano risvolti penalmente rilevanti, laddove il bene protetto dalla previsione penale è sottoposto a delicate e problematiche operazioni di bilanciamento con altri beni egualmente meritevoli di tutela e riconducibili agli interessi della famiglia e dei suoi componenti.

Si pensi, ad es., ai casi in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi circa la conformità alla Convenzione di provvedimenti di espulsione degli stranieri condannati per reati che prevedono la sanzione della pena detentiva, in ragione della salvaguardia del bene della sicurezza collettiva⁴⁹, un’espulsione che va, nondimeno, bilanciata col diritto alla vita familiare del reo o dei suoi congiunti e, perciò, con l’aspettativa da essi nutrita al mantenimento di una stabile convivenza⁵⁰.

Si confronti al riguardo il punto di vista manifestato da [Corte cost. n. 202 del 2013](#) (spec. 5 del *cons. in dir.*, dove si fa esplicita menzione di *Cherif ed altri c. Italia*), nella quale si fa opportunamente notare che i casi non sono tutti eguali tra di loro⁵¹ e

⁴⁹ V., part., Corte EDU, 7 aprile 2009, ric. n. 1860/07, *Cherif ed altri c. Italia*, e, già, Grande Camera 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, e 24 febbraio 2009, n. 246/07, *Ben Khemais c. Italia*.

⁵⁰ In altri casi, invece, nei quali le aspettative che fanno capo alla famiglia ed ai suoi componenti sembrano essere di minore rilievo, la Corte EDU non esita a risolvere il bilanciamento a beneficio dell’interesse della collettività. Così, di recente, in *Öcalan c. Turquie (n° 2)*, 18 marzo 2014, ricc. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, punto 164, il giudice di Strasburgo “estime que les restrictions au droit du requérant au respect de sa vie familiale n’ont pas excédé ce qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la défense de l’ordre et de la sûreté publics et à la prévention des infractions pénales, au sens de l’article 8 § 2 de la Convention”.

⁵¹ Il che, tuttavia, non significa – a me pare – che essi siano *necessariamente* tutti diversi tra di loro e che, pertanto, non sia possibile che un medesimo caso si riproduca con identità di caratteri oggettivi nello spazio e nel tempo, secondo quanto propende a ritenere una pur sensibile dottrina (v., part., R. CONTI, in più scritti e, tra questi, *I giudici e il biodiritto*, cit.). D’altro canto, se casi uguali non potessero aversi, non si spiegherebbe l’efficacia generale delle pronunzie di alcuni giudici (come quelli costituzionali) né il vincolo del precedente che pure – come si sa – connota taluni sistemi giudiziari, manifestando peraltro una spiccata tendenza a diffondersi anche in sistemi, quale il nostro,

che piuttosto si rende necessario vagliare alcuni elementi, e segnatamente “la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell’interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all’occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l’effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all’epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione; l’interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite”. La conclusione discende lineare dalle premesse poste e dai loro argomentati svolgimenti. Il giudice delle leggi conclude, dunque, nel senso che “una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall’art. 8 della CEDU, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale”.

La pronuncia è assai istruttiva sotto molti aspetti, per ciò che qui maggiormente importa per due.

Per un verso, come nella stessa decisione si tiene a rimarcare, si impone la necessità di riguardare alle questioni coinvolgenti i diritti fondamentali in genere, quali riconosciuti sia dalla Costituzione che dalle Carte internazionali, da una prospettiva “sistemica e non frazionata”, volgendosi alla ricerca della norma o del sistema di norme

nei quali il vincolo in parola si considera insussistente né, ancora prima (e soprattutto), si spiegherebbe l’efficacia generale delle leggi, naturalmente portate a valere per casi che si ripetano nel corso del tempo (con specifico riguardo alla “situazione normativa” quale oggetto del giudizio di costituzionalità, risultante da elementi oggettivi, fattuali e normativi assieme, suscettibili di ripetizione temporale, può, da ultimo, vedersi, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss., e riferimenti *ivi*).

in cui si situi la “massima espansione delle garanzie” offerte a tutti gli interessi in gioco, e non solo al singolo diritto la cui salvaguardia è fatta di volta in volta valere⁵².

Per un altro verso (e per logica conseguenza da siffatta premessa discendente), appare pressoché inevitabile rifuggire da soluzioni “trancianti”, rigidamente poste e considerate idonee ad essere portate a meccaniche, ripetitive applicazioni.

Il punto è molto importante e su di esso si tornerà a breve per farne oggetto di una riflessione conclusiva e di ordine generale. È nondimeno significativo che molti altri casi ancora, che hanno essi pure fatto molto discutere, avvalorino la bontà di questa indicazione teorica e sembrano pertanto potersi riportare ad una crescente tendenza, di cui si ha riscontro presso la giurisprudenza sia europea che nazionale (tanto comune quanto costituzionale), volta a rendere per quanto possibile flessibili soluzioni legislative giudicate troppo rigide e, per ciò stesso, irragionevoli, come ad es. dimostra la vicenda del cognome paterno che è, in non pochi ordinamenti, in modo esclusivo imposto⁵³. Una vicenda che offre ancora una testimonianza del ritardo culturale accusato dal nostro giudice delle leggi (nella [sent. n. 61 del 2006](#)) rispetto alle aperture al riguardo invece manifestate dal giudice europeo (in *Cusan et Fazzo c. Italia*, 7 gennaio 2014), avendo il giudice costituzionale dichiarato inammissibile la questione; un ritardo che, secondo l’augurio della più sensibile dottrina, si spera possa essere presto superato⁵⁴. La vicenda, nondimeno, dà, una volta di più, conferma dell’uso estremamente duttile degli strumenti decisorii, sol che si ponga a confronto la questione del cognome (che, secondo la richiesta a suo tempo avanzata dal giudice *a quo*, avrebbe potuto essere definita con un’additiva di principio) con quella della salvaguardia del

⁵² Molto importanti sono, tra le altre, sentt. nn. [236 del 2011](#), [264 del 2012](#) e, più di recente, 1, [170](#) e [202 del 2013](#).

⁵³ Quanto, poi, alla scelta del nome, indicazioni di giurisprudenza europea sono in S. STEFANELLI, *Il nome delle persone tra padri, madri, Corti e Stati*, in AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Casseti, Jovene, Napoli 2012, 147 ss.

⁵⁴ Ques’auspicio può vedersi nella nota di E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in [Consulta OnLine](#), 10 marzo 2014.

diritto del figlio a conoscere le proprie origini, appagato appunto a mezzo dell'additiva suddetta⁵⁵.

Alla stessa “logica” volta a rendere flessibili soluzioni normative connotate da eccessiva rigidità (e perciò, in buona sostanza, affette da irragionevolezza) si fanno riportare altri casi ancora, come quelli relativi alla perdita della patria potestà quale sanzione accessoria a condanne penali, dalla Corte di Strasburgo come pure dal giudice delle leggi giudicata irragionevole per il modo automatico del meccanismo che la fa conseguire a certi eventi.

Si rammentino, al riguardo, le pronunzie emesse dalla Corte EDU in *Sabou e Piracalb c. Romania*, del 28 settembre 2004, e *M.D. e altri c. Malta*, del 12 luglio 2012, nelle quali è rilevata la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ovvero quelle della nostra Corte costituzionale, nn. [31 del 2012](#) e [7 del 2013](#), rispettivamente, in materia di alterazione e soppressione di stato del figlio minore; e, ancora, si rammenti il caso, per molti versi analogo e nondimeno ad oggi in attesa di adeguata soluzione, della perdita della potestà (oggi, “responsabilità”) per aver i

⁵⁵ [Sent. n. 278 del 2013](#), emblematicamente espressiva di fecondo “dialogo” intergiurisprudenziale: dopo (e grazie a) *Godelli* (Corte EDU 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09), infatti, il nostro giudice delle leggi con la decisione sopra richiamata ha – come si sa – innovato al proprio precedente orientamento, di cui alla [sent. n. 425 del 2005](#), dando appagamento al diritto in parola con una pronunzia nella quale nondimeno non si trascura l'interesse del genitore, che potrebbe risultare non conciliabile col primo, se non opportunamente protetto. Ed è interessante notare come, una volta di più, la composizione degli interessi in campo secondo ragionevolezza sia operata a mezzo di una tecnica decisoria essa pure duttile, qual è l'additiva di principio, nella quale cioè si specchia e nel modo più genuino esprime quella strutturale elasticità delle Carte, di cui si è qui venuti dicendo.

L'assonanza con la soluzione apprestata in relazione al cognome dei figli è, invece, piena con riguardo all'annosa ed inquietante questione del sovraffollamento carcerario, definita con [sent. n. 279 del 2013](#); e, qui come lì, il giudice costituzionale non ha esitazione alcuna nell'ammettere che la disciplina legislativa risulta essere palesemente contraria a Costituzione e, perciò, bisognosa di essere urgentemente riformata. La decisione ora richiamata, infatti, riprende e fa proprio per filo e per segno il ragionamento fatto dalla Corte EDU in *Torreggiani ed altri c. Italia* (sent. 8 gennaio 2013, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10) ma, diversamente da tale pronunzia, conclude per l'inammissibilità della questione, non trattenendosi tuttavia, in una significativa chiusa della decisione, dall'avvertire che, perdurando le strutturali carenze della legislazione, alla prima occasione utile il verdetto potrebbe essere capovolto e convertito in uno di accoglimento. Un modo – diciamo pure – disinvolto di mettere in campo le tecniche decisorie, giudicate evidentemente fungibili tra di loro malgrado l'identità di “situazione normativa”; e, nondimeno, la conferma della strutturale apertura delle Carte e delle opportunità che sono loro concesse per reciprocamente convergere grazie al “dialogo” intergiurisprudenziale.

genitori causato delle mutilazioni agli organi genitali delle figlie minori (art. 583-*bis* c.p.). Una vicenda, quest'ultima, particolarmente complessa e però, proprio per ciò, meritevole, una volta di più, di essere riguardata a tutto tondo, nell'insieme degli elementi in campo e degli interessi di cui essi sono portatori, tra i quali – come di consueto – quello del preminente interesse del minore⁵⁶ che, all'esito di un congruo scrutinio fatto caso per caso, potrebbe piuttosto talora giocare per il mantenimento di una consuetudine di vita coi genitori responsabili di una pratica senza ombra di dubbio illecita, dal punto di vista della nostra cultura costituzionale, ancorché rispondente alla cultura della comunità cui i soggetti stessi appartengono⁵⁷.

6. Il “dialogo” intergiurisprudenziale e le sue più salienti implicazioni, avuto riguardo al modo di essere delle pubbliche funzioni in genere e della giurisdizione in ispecie, tendenzialmente portata a presentarsi quale giurisdizione per risultati, frutto di “leale cooperazione” tra le Corti

Molti altri esempi ancora potrebbero addursi ad ulteriore riprova di quanto si è venuti dicendo, che nondimeno obbligherebbero ad analisi minute ed articolate, riguardanti campi materiali di esperienza anche molto distanti tra di loro, sui quali può nondimeno aversi riscontro degli esiti teorico-ricostruttivi già raggiunti e sopra

⁵⁶ Nei casi di forzata separazione di una minore dai genitori responsabili delle mutilazioni ai suoi organi sessuali si ha, forse, la più emblematica conferma di quell'intreccio inestricabile che si ha tra il preminente interesse della minore stessa ed altri interessi facenti capo ai genitori o all'intera famiglia, cui si è dietro fatto cenno, richiamando un'argomentata riflessione di R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.

⁵⁷ Su ciò, ora, A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in [Consulta OnLine](#), 17 marzo 2014, e lett. *ivi*, cui adde I. RUGGIU, *La Risoluzione ONU del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2014.

I rapporti tra genitori e figli, laddove si faccia questione della salvaguardia della tutela della salute dei secondi, sono nondimeno bisognosi – come qui pure si viene dicendo – di valutazione caso per caso, secondo quanto avvalorano le pronunzie della giurisprudenza europea ora fatte oggetto di esame da S. SILEONI, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in corso di stampa in *Quad. cost.*, 3/2004, spec. ai §§ 3 e 6.1.

sinteticamente rappresentati. È però giunto adesso il momento di tirare le somme, alla luce delle notazioni fatte, puntando diritto al cuore della questione costituzionale, vale a dire interrogandosi circa il complessivo significato da assegnare alle linee di tendenza tracciate dalla più ricorrente e marcata giurisprudenza, sia europea che nazionale (ma soprattutto, appunto, la prima), per ciò che attiene alla struttura e funzione della Costituzione nel suo porsi davanti alle altre Carte e di queste nel loro stare davanti a quella.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale – si è già avuto modo di rilevare in altri luoghi – ha molti volti, molti possibili effetti, molte implicazioni di ordine istituzionale.

Due a me sembrano essere i profili più immediatamente e genuinamente espressivi e, perciò, gravidi di valenze di ordine metodico-teorico, aventi rispettivamente, l’uno, una connotazione specificamente apprezzabile al piano dell’esercizio delle pubbliche funzioni e, l’altro, a quello della struttura semantica delle Carte dei diritti in genere (Costituzione inclusa, dunque). Due profili che in realtà si fanno ricondurre ad un volto unitario, rimandandosi e facendosi luce a vicenda.

Se n’è già detto man mano e, dunque, non occorre ora far luogo ad un lungo discorso per evidenziarli come si conviene. Mi limito perciò solo a riassumerne i tratti maggiormente salienti ed a farne quindi oggetto di una succinta riflessione finale.

Quanto al primo, la varietà dei casi della vita è tale da obbligare, in sede di confezione degli enunciati normativi (in specie di quelli legislativi), a far luogo a discipline per quanto possibile elastiche, tali da potersi armonicamente adattare ai casi stessi, discipline che quindi si consegnino per i loro opportuni svolgimenti (la loro *attuazione*, e non la mera *applicazione*)⁵⁸ ad operazioni di bilanciamento in concreto effettuate dagli operatori: in ultima istanza, dai giudici comuni, i “terminali” per il tramite dei quali le norme delle Carte in genere e delle stesse leggi che vi danno la

⁵⁸ Si riprendono qui taluni svolgimenti teorici che mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi (e, segnatamente, in *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.diritticomparati.it, 22 ottobre 2013, e in www.rivistaaic.it, 4/2013, spec. l’ultimo paragrafo).

prima, essenziale specificazione possono essere in modo congruo fatte valere⁵⁹. Un'attività, questa posta in essere dai giudici, che – come si vede – è, in sé e per sé, “*normativa*”, proprio perché sollecitata alla produzione di regole varie in relazione alle esigenze complessive del caso, ancorché il raggio di escursione di campo dalla stessa coperto risulti, di necessità, circoscritto alla singola vicenda processuale⁶⁰.

La duttilità delle soluzioni, di cui si è venuti dicendo, mostra come anche la giurisdizione, al pari dell'amministrazione e della normazione, sia venuta col tempo a trasformarsi, caratterizzandosi come *giurisdizione per risultati*, più (e prima ancora) che *per atti*, frutto di una “leale cooperazione” tra le Corti idonea a concretarsi in una serie concatenata di attività poste in essere a plurimi livelli istituzionali e tutte convergenti allo scopo. Una giurisdizione che esibisce, dunque, una struttura “*processuale*” e che può intraprendere strade molto diverse, a seconda dei livelli istituzionali in cui s'impiana e svolge e delle peculiari esigenze manifestate dai casi.

Tutto ciò si rende particolarmente visibile ed apprezzabile ogni qual volta le Corti europee (e segnatamente, per ciò che attiene alle questioni di diritto di famiglia, la Corte di Strasburgo) mantengano aperta la partita, avviino ed orientino cioè la catena processuale verso plurimi svolgimenti in ambito interno, non soffocando le tradizioni nazionali ma, all'inverso, offrendo loro l'opportunità di farsi ulteriormente valere⁶¹. È

⁵⁹ Ne ha vigorosamente ed insistentemente rimarcato il ruolo, sopra tutti, R. CONTI, in molti scritti, fra i quali, nel modo più organico, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, con specifico riguardo alle questioni eticamente sensibili, *I giudici e il biodiritto*, cit. [su quest'ultima opera, v., ora, le argomentate notazioni di S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto (spunti di riflessione a margine di un recente libro)*, in www.diritticomparati.it, 20 marzo 2014].

⁶⁰ Non è, nondimeno, da trascurare la tendenza di alcune pronunzie, specie nel loro porsi quali espressive di “diritto vivente”, a portarsi oltre il caso. Una tendenza che è oggi particolarmente visibile in relazione alle decisioni delle Corti europee (in ispecie di alcune, come le pronunzie-pilota della Corte EDU, cui si è già fatto cenno), secondo il riconoscimento datone, anche da noi, dalla stessa giurisprudenza costituzionale (v., in part., [sent. n. 210](#) e [ord. 235 del 2013](#)).

⁶¹ Va, nondimeno, avvertito che assai frequente è l'utilizzo di una tecnica decisoria connotata da varia capacità di vincolo per gli operatori di diritto interno, per ciò che attiene al margine di apprezzamento discrezionale riconosciuto agli operatori stessi, persino con riguardo a casi analoghi. Così, ad es., la inquietante questione del sovraffollamento carcerario ha costituito oggetto di oscillanti prese di posizione da parte della Corte EDU che ha ora (in *Ananyev ed altri c. Russia*, sent. 10 gennaio 2012, ricc. nn. 42525/07 e 60800/08) obbligato lo Stato responsabile della violazione della

solo così che dal “chiodo” piantato in ambito sovranazionale possono partire e tenersi fili vari per fattura e complessiva connotazione che vanno quindi a svolgersi in ambito nazionale assolvendo ai compiti che da essi si attendono in conformità alle indicazioni costituzionali proprie di ciascun ambito. Ed è sempre e solo così che, al momento in cui se ne fa utilizzo nell’ordine interno, gli operatori possono a buon diritto vantare di fare congiunta e proficua applicazione sia della Costituzione che delle altre Carte, senza essere perciò obbligati a scelte esclusivizzanti, in applicazione di quella “logica” dell’*aut-aut* che pure parrebbe essere consentita dal “metapprincipio” della tutela più intensa, quale canone ordinatore delle relazioni interordinamentali.

Le pubbliche funzioni in genere, insomma, hanno proprio nel loro carattere “processuale”, nel senso sopra precisato, la loro cifra maggiormente identificante e qualificante. In questo quadro, il legislatore è vigorosamente sollecitato ad interventi normativi ancora più significativi rispetto al passato *proprio perchè* espressi *per principia* e, per questa via, a recuperare quella centralità di posto nel sistema istituzionale al quale sembra aver da se medesimo, per effetto delle complessive carenze esibite dalla normazione, abdicato, gravando gli operatori restanti (e, segnatamente, i giudici) di responsabilità dagli stessi secondo modello non sopportabili. Devesi piuttosto far luogo ad una complessiva manovra in *tandem* posta in essere da legislatore e giudici in spirito di “leale cooperazione”, al fine di dare una soddisfacente salvaguardia ai diritti ed agli interessi in genere costituzionalmente meritevoli di tutela, una manovra adeguata alle sfide micidiali del tempo presente, pur

Convenzione ad adottare le misure adeguate a porvi fine sotto “tutela” – com’è stato detto nella relazione al Parlamento per l’anno 2012 su *L’esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato italiano*, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, 96 – ed ora invece (in *Torreggiani*, cit.) si è rimesso a scelte al riguardo assunte per intero dallo Stato (nel primo caso, peraltro, diversamente dal secondo, l’esame dei ricorsi analoghi pendenti non è stato sospeso). Sul “seguito” legislativo dato alle indicazioni del giudice europeo, v. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Giuffrè, Milano 2014; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino 2014, ed E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 9/2014, § 5. Adde, ora, la legge di delega 28 aprile 2014, n. 67, in fatto di pene alternative al carcere.

in una congiuntura universalmente considerata assai difficile e quasi proibitiva per ciò che attiene al concreto conseguimento di quest'obiettivo.

7. *“Dialogo” intergiurisprudenziale e teoria della Costituzione: una succinta notazione finale*

Il secondo aspetto attiene, poi, alla trasformazione ormai in corso nella struttura e funzione della Costituzione, a quella che – come si avvertiva – potrebbe considerarsi un'autentica *mutazione genetica* rispetto al modo antico d'intenderla e praticarla. Il “dialogo” intergiurisprudenziale, infatti, costituisce *per tabulas* la testimonianza maggiormente attendibile, praticamente inoppugnabile, della perdita del monopolio, un tempo saldamente detenuto, da parte della Costituzione quale limite al potere e garanzia dei diritti fondamentali, per riprendere ora per l'ultima volta la lezione dei rivoluzionari francesi consacrata nella Dichiarazione del 1789. La Costituzione, insomma, non è più la “legge fondamentale della Repubblica”, come pure essa stessa solennemente si autodefinisce; o, meglio, non è la *sola*. Accanto ed al pari di essa (e non subordinatamente ad essa) si pongono anche le Carte di origine esterna, tutte assieme partecipando ad una recita a soggetto sulla scena in cui si rappresentano le umane vicende maggiormente avvertite e salienti, alle volte si consumano dei veri e propri drammi che attendono una spiegazione, una soluzione complessivamente appagante, una quiete.

Si dà un “gioco” senza fine tra le Carte in parola, una sana competizione – si diceva poc'anzi – a quale di esse riesca a dimostrarsi in grado di offrire sul mercato dei diritti la merce migliore, il vestito confezionato su misura dalle abili mani dei giudici-sarti, al fine di far fronte ai più impellenti, ai più diffusamente ed intensamente sentiti, bisogni dell'uomo. E il modo migliore per vincere la partita, al piano culturale ancora prima che a quello positivo, è proprio quello che sollecita ciascuna Carta a mostrarsi duttile, attrezzata a piegarsi nel modo più congruo davanti a tali bisogni e ad essi

conformarsi, dandosi reciproco ascolto in vista del conseguimento di sintesi assiologiche complessivamente apprezzabili. Non importa, poi, se, in ragione delle peculiari esigenze dei contesti, possa assistersi all'utilizzo da parte delle Corti di tecniche decisorie diverse, persino opposte, al fine di rendere testimonianza di siffatta duttilità strutturale delle Carte e farla nei modi più opportuni valere⁶². Ciò che importa è che proprio in essa sta il segreto che consente a ciascuna Carta di poter esprimere agilità di movenze, capacità di rigenerarsi e di adeguarsi ai tempi ed alle loro esigenze, realizzare inusuali convergenze con altre Carte, offrire l'opportunità all'operatore di turno, quale che sia il livello ordinamentale al quale svolge il proprio ufficio, di sottrarsi all'inquietante dilemma di dover scegliere tra questa o quella Carta, piuttosto facendone congiunta e gratificante applicazione, infine di alimentare ulteriormente un "dialogo" nel quale è la migliore risorsa per l'affermazione ed il radicamento di un ordine "intercostituzionale" che sappia offrire a quanti in essi vivono ed operano di poter ottenere alla bisogna giustizia per i propri diritti.

⁶² Se n'è avuta, ancora non molto tempo addietro, emblematica riprova anche in ambiti materiali di esperienza distanti da quello qui fatto oggetto di osservazione, come a riguardo delle questioni definite con sentt. nn. [278](#) e [279](#) del 2013, dietro già richiamate.