



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**MODELLO COSTITUZIONALE E CONSUETUDINI CULTURALI IN
TEMA DI FAMIGLIA, FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE**

1° OTTOBRE 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri**Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione***

SOMMARIO: 1. La definizione della natura e struttura della famiglia quale spia di un generale modo d'intendere e far valere la Costituzione. – 2. La spinosa questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali, il ruolo al riguardo giocato da *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale, le oscillazioni della Costituzione tra il corno della fedeltà alla propria matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla incessante rigenerazione semantica. – 3. Le consuetudini culturali quale punto obbligato di riferimento al fine di determinare dove passa la linea di confine tra le novità che possono aversi per via d'interpretazione della Costituzione e le altre che richiedono la sua revisione, e il rischio di gravi alterazioni nei rapporti tra legislatore e giudici conseguenti ad usi abnormi degli strumenti di cui essi dispongono. – 4. Il significato del riferimento alla tradizione culturale da cui emerge il volto della famiglia, nella sua monotipica e inconfondibile conformazione, e la questione se essa possa dirsi cambiata anche per effetto dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea. – 5. Battuta senza successo la via della apertura al matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una nuova interpretazione dell'art. 29, è da chiedersi se a ciò possa condurre la revisione con le procedure dell'art. 138, che tuttavia parrebbe essere priva del supporto che dovrebbe esserle offerto da una consuetudine culturale in tal senso orientata, ad oggi non pervenuta a compiuta maturazione. – 6. Esempi di alterazioni del modello costituzionale in tema di famiglia per mano di giudici e legislatore, e segnatamente il ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia, la parificazione della condizione dei figli naturali e di quelli legittimi, l'apparentemente stupefacente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio, la trasmissione del cognome materno ai figli. – 7. Il diritto alla genitorialità e la varietà delle sue forme e del loro giuridico rilievo, all'incrocio tra etica, scienza e diritto (con specifico riguardo al divieto di utilizzo degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca e alla surrogazione di maternità). – 8. Le sofferte esperienze di fine-vita, specie se coinvolgenti i minori, e l'inquietante quesito relativo alla determinazione del punto fino al quale può spingersi la responsabilità genitoriale.

1. La definizione della natura e struttura della famiglia quale spia di un generale modo d'intendere e far valere la Costituzione

Più volte mi è capitato, in occasione dello studio di specifiche questioni di diritto costituzionale, di provare la stessa sensazione di un bambino che spia dal buco della serratura e scopre che oltre di esso v'è un mondo che gli era dapprima rimasto interamente nascosto.

Così, è anche oggi. Tornando a riflettere sulla famiglia, la sua natura e struttura secondo Costituzione, ho pian piano preso consapevolezza del fatto che essa è legata da un filo lungo e sottile ma resistentissimo alle categorie fondamentali della teoria costituzionale e che perciò l'analisi delle principali questioni che la riguardano, a partire da quella concernente la sua definizione (e, dunque, l'identità), evoca in campo l'idea stessa di Costituzione, la sua essenza e funzione. L'impostazione metodica dello studio e i suoi lineari svolgimenti teorico-ricostruttivi risultano infatti orientati (o, ad esser franchi, preorientati) dalla previa adesione a questa o quella visione generale della Costituzione, del suo modo d'intenderla e farla valere nell'esperienza. D'altro canto, è risaputo che tra la teoria generale e l'analisi di questioni particolari si dà un mutuo, incessante ed inscindibile interscambio di suggestioni di vario segno e intensità, l'una non potendo comunque fare a meno delle altre, e viceversa.

Ovviamente, non si ha qui la pretesa di ripensare *ab ovo* annose e discusse questioni di ordine generale, che richiedono sedi loro proprie di trattazione ed approfondimenti e verifiche qui non consentiti. Mi limiterò, dunque, unicamente ad esporre, senza argomentare, le premesse del mio ragionamento, rimandando ad altri luoghi di riflessione scientifica per i necessari ragguagli a loro

* Relazione al Convegno su *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme: rapporti di coppia e ruolo genitoriale*, Catania 27-29 settembre 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato.

supporto, muovendo da quelli che considero dati ormai acquisiti o, comunque, dotati di diffuso e saldo radicamento nella teoria costituzionale. Tenterò quindi di mostrare come questi riferimenti di ordine teorico non siano affatto una divagazione *extra moenia* e che, di contro, risultino direttamente e – spero – linearmente conducenti all’obiettivo qui avuto di mira, portando all’esito di cogliere l’essenza dell’istituto familiare secondo Costituzione.

Il primo di tali dati è quello che vede la Costituzione come un “tutto” unitario e coerente nelle sue parti: resiste, infatti, la *summa divisio* tra queste ultime, come pure la precedenza rispetto ad esse dei principi fondamentali che proiettano un fascio di luce sull’intero campo costituzionale e consentono di mettere a punto significati e valenze degli enunciati della Carta; si danno tuttavia – è ormai provato – mutue implicazioni tra le parti suddette, come pure tra le loro norme e i principi di base dell’ordinamento¹, al punto che si dimostra essere assai arduo (e, forse, inevitabilmente forzoso) stabilire *in astratto* ciò che è rivedibile e ciò che non lo è ovvero, al piano delle relazioni interordinamentali, ciò che può opporsi all’ingresso di norme e pronunzie dei giudici aventi origine esterna, in nome della teoria dei c.d. “controlimiti”, e ciò che invece è da considerare “cedevole”².

È ovvio che l’unitarietà della Costituzione non può (e non deve) essere intesa con eccessivo rigore, assumendo che tutte le regole della legge fondamentale della Repubblica, sostantive ovvero organizzative, si pongano quale filiazione immediata e diretta dei principi e che, perciò, riparandosi dietro il formidabile scudo protettivo da questi eretto risulterebbero esse pure intangibili. Avverso il rischio della innaturale “pietrificazione” dell’ordinamento costituzionale (ma, a cascata, dell’ordinamento *tout court*) è pronta l’obiezione secondo cui la stessa Costituzione prefigura le procedure volte al suo formale aggiornamento e che, laddove non se ne dovesse fare l’uso necessario e adeguato, la Costituzione andrebbe soggetta a *vulnera* talmente gravi da determinarne lo snaturamento e lo smarrimento, secondo quanto peraltro si tenterà di dire meglio a breve.

La circostanza, dunque, per cui si dà un’interna coerenza e armonia tra principi e regole frutto della mano del Costituente non esclude (ed anzi implica) la eventualità dell’innovazione costituzionale, specie laddove le seconde si mostrino ormai *temporis ratione* inadeguate a servire al meglio i primi, i quali pure non si sottraggono, a mio modo di vedere, al loro possibile (e

¹ In argomento, v., almeno, M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis - E. Grosso - J. Luther, Einaudi, Torino 2016, 291 ss.

² Su ciò, ora, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, con specifico riguardo all’identità costituzionale, G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in Federalismi.it, 11/2018, 23 maggio 2018, nonché ora AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018, e, infine, G. MARTINICO, *Constitutional Conflicts and Agonistic Pluralism: What Can We Learn From Political Theory?*, in AA.VV., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, a cura di M. Avbelj - G. Davies, Elgar, Cheltenham 2018, 78 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l’interpretazione dell’“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell’UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss., e il mio [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 488 ss. Per la mia parte, da tempo vado argomentando l’idea secondo cui non si danno “controlimiti” astrattamente opponibili all’ingresso di norme e pronunzie dei giudici aventi origine esterna, dovendosi piuttosto verificare nei singoli casi ed alla luce del “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dove si situi la norma o l’insieme di norme in grado di portare alla ottimale affermazione della Costituzione come “sistema”, nei limiti consentiti dalle condizioni oggettive di contesto. Ed è chiaro che questa soluzione non può non valere altresì per le innovazioni normative di origine interna. Così, nessuno può in astratto dire se una legge di forma costituzionale abbia, o no, superato i limiti alla revisione (al di fuori del caso di scuola di legge palesamente eversiva dell’ordine costituzionale) e, in genere, se persino una legge comune meriti di essere annullata per violazione della Costituzione: valutazioni, tutte queste, che possono farsi unicamente a seguito di delicate e non di rado sofferte operazioni di ponderazione assiologicamente qualificate, in ragione del contesto in cui s’inscrivono e dei beni della vita di volta in volta in gioco, soppesando dunque se è maggiore il beneficio ovvero il costo che si ha per effetto della perdurante vigenza di norme pur incompatibili con questa o quella norma costituzionale, *persino se espressiva di un principio fondamentale*, e però idonee ad offrire un servizio ad altre norme.

auspicabile) aggiornamento che, restando fedele alla loro matrice di valore, ne rafforzi la capacità espansiva e inclusiva³. Si dà, nondimeno, una direttiva metodica di azione alla quale gli artefici della produzione giuridica sono costantemente tenuti ad attenersi, che viene dal cuore pulsante della Costituzione che, secondo la efficacissima e ad oggi attuale formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali, in funzione della cui salvaguardia si pone l'altro elemento costitutivo della Costituzione e principio di organizzazione, la separazione dei poteri.

Non v'è, non può esservi, insomma, innovazione costituzionale (ma, generalizzando, innovazione positiva *tout court*) che non rinvenga, sia pure in forma mediata, giustificazione nell'obiettivo della salvaguardia, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, dei diritti⁴. Lo stesso riferimento ai doveri inderogabili (e, proprio perciò, essi pure fondamentali⁵) di solidarietà, fatto congiuntamente al riconoscimento dei diritti nell'art. 2 della Carta, non avrebbe alcun senso se visto come innaturalmente separato o, peggio, contrapposto rispetto a questo⁶; tutt'all'inverso, è proprio grazie all'adempimento dei doveri che i diritti possono essere messi al riparo dalle minacce sugli stessi incombenti e, prima ancora, che la loro proclamazione non suoni meramente teorico-astratta o, diciamo pure, beffarda, laddove non accompagnata dalla predisposizione delle condizioni necessarie alla loro affermazione (tra le quali centralità di posto hanno appunto i doveri di solidarietà).

La Costituzione, insomma, negli ordinamenti di tradizioni liberali è, *in nuce*, una Carta dei diritti fondamentali⁷. Gli stessi principi fondamentali hanno in ciò la *ratio* della loro esistenza, il *fine* e il

³ Mi sono sforzato di argomentare quest'idea con esempi nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, nella [Rivista telematica del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018. Con specifico riguardo ai diritti fondamentali, sulla loro "vocazione inclusiva" v., di recente, A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016.

⁴ Avverto che d'ora innanzi, trattando dei diritti fondamentali, ometterò spesso, per scorrevolezza della esposizione, di far riferimento all'aggettivo qualificativo, assumendolo come implicito.

⁵ Su questa opportuna precisazione, v., part., A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss.

⁶ Sulla solidarietà si discute – come si sa – animatamente da tempo (riferimenti in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017; A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2017, 17 marzo 2017, 27 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss., e, con specifico riguardo alla condizione dei migranti, tra gli altri, V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 3/2017, 529 ss.; R. CARIDA, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, cit., nonché i contributi all'incontro di studio su *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, svoltosi a Messina il 28 e 29 giugno 2018, i cui Atti sono in corso di stampa; altri riferimenti possono aversi dai miei *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 18 maggio 2017, e [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](#), in questa [Rivista](#), *Studi 2017/III*, 445 ss.); resta, nondimeno, ad oggi largamente inesplorato il modo con cui diritti e doveri si combinano reciprocamente, specie nelle più spinose e complesse vicende giuridicamente rilevanti, quali quelle che vengono poi portate alla cognizione dei giudici.

⁷ Un tempo si sarebbe detto *la* Carta; oggi, però, col proliferare delle Carte dei diritti in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (tra le quali, per ciò che a noi specificamente importa, la CEDU e la Carta dell'Unione europea), l'attributo della "costituzionalità" non appare più appannaggio esclusivo delle leggi fondamentali degli Stati. Ciò che poi risulta gravido di implicazioni, anche – come si vedrà – con riferimento al tema qui specificamente studiato.

confine della loro operatività; e si fanno perciò riconoscere – al di là del dato, comunque non insignificante, della loro autoqualificazione⁸ – per il fatto di porsi quali strumenti *necessariamente, direttamente ed immediatamente* conducenti all’obiettivo della salvaguardia dei diritti in parola.

2. *La spinosa questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali, il ruolo al riguardo giocato da consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale, le oscillazioni della Costituzione tra il corno della fedeltà alla propria matrice originaria e l’altro al rinnovamento e alla incessante rigenerazione semantica*

Si pone, a questo punto, l’ardua questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali.

Senza che se ne possa ora dire *ex professo* e rimandando, come di consueto, ad altre sedi di riflessione scientifica per maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, mi limito qui a rinnovare il convincimento, nel quale anzi sempre di più vado radicandomi, a riguardo del fatto che un ruolo di prima grandezza sia allo scopo giocato da *consuetudini culturali* diffuse nel corpo sociale, cui danno quindi voce gli operatori istituzionali con gli strumenti dei quali dispongono (spec. leggi e pronunzie dei giudici), consuetudini che dunque si pongono, a conti fatti, a parametro dell’interpretazione costituzionale, fattori cioè di stabilizzazione e di rinnovamento allo stesso tempo di quest’ultima (e, di riflesso, di quello).

È stato da tempo avvertito da una sensibile dottrina che la Costituzione, più e prima ancora che essere un *atto*, è un *processo*⁹, attraversato da un moto interno incessante¹⁰. La qual cosa, peraltro, non sta a significare che occasionali esperienze possano immediatamente riflettersi sul dettato costituzionale lasciando in esso il segno della loro affermazione. Una interpretazione costituzionale che dovesse risentire di pulsioni effimere si porrebbe in frontale opposizione con il suo oggetto, con l’essenza stessa della Costituzione, col suo essere cioè fattore di emersione e di ordine di ciò che v’è di più profondo e profondamente avvertito nel corpo sociale, di cui si fanno appunto portatrici ed interpreti le consuetudini in parola; ed opponendosi al suo oggetto, fatalmente rinnegherebbe se stessa.

In questo quadro, l’*original intent*, al quale – come si sa – la giurisprudenza costituzionale ha fatto richiamo proprio con riguardo alla questione di cruciale rilievo concernente la nozione stessa di famiglia (in relazione alla richiesta, negata, del diritto alle nozze tra persone dello stesso sesso)¹¹, gioca un ruolo “garantista” di grande momento, ponendosi a freno della deriva soggettivistica dell’interpretazione costituzionale¹². E questo vale nei confronti di occasionali pretese avanzate tanto dalle forze politico-sociali maggioritarie (ciò che ha uno speciale rilievo proprio nella presente

⁸ La giurisprudenza costituzionale ha peraltro, con riguardo a plurimi campi di esperienza, fatto notare che il criterio dell’autoqualificazione ha un valore meramente indiziario e rimane pertanto soggetto alla prova del contrario: vale, ad es., per ciò che attiene alle leggi d’interpretazione autentica, alle leggi che dichiarino di porre “principi fondamentali” relativi a materie di potestà legislativa ripartita tra Stato e Regioni, agli stessi principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale appunto, non di rado rinvenuti oltre il “luogo” ad essi assegnato nella trama costituzionale (così, ad es., per il principio di legalità in materia penale, la salvaguardia dell’ambiente, la certezza del diritto, ecc.).

⁹ Part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1 marzo 2013. In linea con le indicazioni date dagli autori da ultimo richiamati, v., inoltre, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, cit.

¹¹ Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 138 del 2010](#). La pronunzia – come pure è noto – ha nondimeno vigorosamente sollecitato il legislatore a prestare la doverosa tutela alle formazioni sociali cui danno vita persone conviventi dello stesso sesso, formazioni che a me par giusto chiamare “parafamiliari”, volendo in tal modo marcare sia la somiglianza che la distanza dalla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, ex art. 29 della Carta.

¹² Riferimenti al canone interpretativo in parola, all’utilità che può aversene ma anche ai limiti ai quali va incontro, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss.

congiuntura segnata, da noi come altrove, da un populismo dilagante), quanto da espressioni minoritarie nella società che nondimeno facciano sentire alto e forte il timbro della loro voce: nell'un caso e nell'altro, senza nondimeno che si siano ancora formate delle autentiche *consuetudini culturali* diffuse e radicate, nelle quali, al pari di ciò che si ha (e deve aversi) per i principi di base dell'ordinamento, tutti o quasi tutti si riconoscano, in essi appunto cogliendo l'essenza della Costituzione, la sua naturale proiezione a farsi valere nei tempi lunghi della storia di una comunità politicamente organizzata¹³.

La consuetudine, poi, contrariamente a ciò che molti ritengono, non ha una funzione solo di conservazione dell'esistente ma anche una di rinnovamento. La qual cosa, poi, è tratto costitutivo di ogni norma giuridica (e, segnatamente, di quelle costituzionali) che raccoglie quanto è venuto sedimentandosi nel corpo sociale, vi dà forma ed espressione¹⁴ e, allo stesso tempo, sollecita e promuove la formazione di nuovi processi nomogenetici che si alimentino da nuove consuetudini culturali di riconoscimento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti nel corpo sociale: con un moto, come si vede, che da se medesimo si ricarica e alimenta senza sosta.

La Costituzione, prima e più di ogni altra fonte di diritto, esibisce, dunque, una duplice, strutturale vocazione, oscillando permanentemente tra il corno della fedeltà alla sua matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla rigenerazione semantica, allo scopo di dar voce ai nuovi diritti veicolati dalle consuetudini culturali suddette.

Al pari di Giano bifronte, la Costituzione guarda al passato, alla propria storia, dal legame con la quale non può sciogliersi se non in modo forzoso¹⁵; e guarda anche al futuro, disponendosi ad attrarre a sé e *quodammodo* metabolizzare quanto c'è – come si è venuti dicendo – di più profondo nel corpo sociale, disvelandolo ed offrendovi la protezione più adeguata, alle condizioni oggettive di contesto.

3. Le consuetudini culturali quale punto obbligato di riferimento al fine di determinare dove passa la linea di confine tra le novità che possono aversi per via d'interpretazione della Costituzione e le altre che richiedono la sua revisione, e il rischio di gravi alterazioni nei rapporti tra legislatore e giudici conseguenti ad usi abnormi degli strumenti di cui essi dispongono

Sono, dunque, le consuetudini culturali suddette a tracciare la linea di confine tra ciò che sta o che può stare dentro la Costituzione e ciò che invece vi resta (e deve restarvi) estraneo, tra ciò che può da quella estrarsi per via d'interpretazione e ciò che invece richiede una nuova positivizzazione, ad indicare insomma i punti di rottura nei riguardi delle più avanzate (ma, alle volte, temerarie) riletture degli enunciati, con le quali se ne prospettino inusuali ricostruzioni, non potendosi far altro altrimenti che ricorrere allo strumento della revisione formale al fine dello svecchiamento del linguaggio costituzionale. Ciò che, nondimeno, può rinvenire giustificazione unicamente laddove

¹³ Sul peculiare rapporto che si intrattiene tra Costituzione e tempo, v., part., T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1977), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova 1984; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009; A. LONGO, *Tempo interpretazione costituzione*, I, *Premesse teoriche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹⁴ In altri luoghi, mi sono sforzato di mostrare come i fondatori della scienza del diritto pubblico nel nostro Paese (V.E. Orlando e, dopo di lui, part. S. Romano) abbiano tenuto a mettere in evidenza l'attitudine della Costituzione (e delle leggi in genere) a dare voce ai bisogni maggiormente avvertiti nel corpo sociale: una indicazione metodico-teorica, questa, che peraltro si alimenta dalla tradizione romanistica [maggiori ragguagli, nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017. Sull'insegnamento orlandiano, v., ora, l'ampio studio di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018].

¹⁵ ... e segnatamente – secondo una dottrina, come si sa, assai accreditata – per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente che porti all'affermazione dei valori fondamentali nei quali si riconoscono le forze politiche che hanno combattuto la battaglia vittoriosa per l'abbattimento del vecchio ordine costituito e la costruzione sulle sue macerie del nuovo (come si è da noi avuto con la fondazione della Repubblica).

rispondente al fine di dar voce a nuove consuetudini nel frattempo formatesi, sì da adattare appunto ad esse il dettato della Carta.

Quest'ultima via è, nondimeno, come si sa, battuta assai di rado per la parte organizzativa e quasi mai per quella sostantiva¹⁶, per un verso, a motivo del fatto che la revisione di quest'ultima è considerata un vero e proprio tabù¹⁷ e, per un altro verso, perché si ritiene che per via d'interpretazione si possa fare in buona sostanza di tutto, aggiornando il dettato costituzionale praticamente senza limiti.

Qui il discorso s'intreccia con una generale questione di ordine istituzionale, evocando in campo uno squilibrio tra gli operatori che va facendosi sempre più marcato e, forse, irreversibile, che ha quale suo tratto maggiormente espressivo la confusione dei ruoli tra i decisori politici e i garanti (e, segnatamente, tra legislatore e giudici, costituzionali e comuni).

Sulla "supplenza" – com'è usualmente chiamata – di questi nei confronti di quelli si è versato un fiume d'inchiostro e non occorre pertanto spendere ora parola alcuna a conferma di uno stato di cose che, pur nella varietà delle descrizioni datane, è sotto gli occhi di tutti. Una "supplenza" che – per ciò che maggiormente preme mettere in evidenza – attiene non soltanto all'attuazione della Costituzione ma – di più (e peggio) – alla sua modifica e integrazione. Quando, poi, l'attuazione è data, non di rado prende forma a mezzo di leggi che, per l'una o l'altra ragione, si presentano fatte non a modo: leggi che, alle volte, risultano difettose per... *eccesso*, in quanto espressive di discipline irragionevolmente rigide e dettagliate, specie laddove infarcite di divieti, incapaci di adeguarsi alla varietà dei casi, sì da obbligare poi i giudici a rimodellarle al fine di dotarle della necessaria duttilità strutturale¹⁸.

I casi che, però, sono forse di ancora maggiore interesse ai fini di questo studio sono proprio quelli in cui la "supplenza" in discorso si è tradotta in sostanziali e alle volte corpose manipolazioni del dettato costituzionale. Della qual cosa si sono avute (e si hanno) inequivoche testimonianze

¹⁶ Significative eccezioni sono da noi state quelle che hanno riguardato gli artt. 26 e 27 della Carta. Non prendo, poi, in considerazione i casi di revisione inespressa: vuoi per il fatto che un'accreditata dottrina ne esclude la fattibilità e vuoi (e soprattutto) perché il loro riconoscimento risulterebbe comunque assai incerto e opinabile (se n'è, ancora da ultimo, discusso in occasione del Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, i cui contributi possono vedersi nella [Rivista telematica del Gruppo di Pisa](#)).

¹⁷ Non a caso, tutte le iniziative di riforma più o meno organica da noi poste in essere hanno categoricamente escluso in partenza la rivedibilità della prima parte della Carta e, più ancora, dei principi fondamentali, giudicati "sacri e inviolabili". Tutto ciò, a mia opinione, meriterebbe un complessivo, critico ripensamento (secondo quanto si è tentato di mostrare in più scritti, tra i quali di recente *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, comunicaz. al Convegno da ultimo cit.).

¹⁸ Per restare all'ambito di esperienza in cui ricade l'oggetto del nostro studio, si pensi solo alla complessiva vicenda della legge sulla procreazione medicalmente assistita, cui peraltro si farà cenno più avanti, una legge fatta a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che posta ad oggetto di ardite reinterpretazioni da parte della giurisprudenza comune. E così pure, per ciò che attiene ad altre dinamiche endofamiliari.

Sulla opportunità di discipline legislative – come suol dirsi – "miti" o "leggere", connotate da essenzialità di disposti, conviene una crescente dottrina [*ex plurimis*, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *Biolaw Journal*, 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in questa *Rivista, Studi 2018/I*, spec. 235 ss., e A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.]

tanto per la parte organizzativa, della quale nondimeno non importa ora trattare¹⁹, quanto per quella sostantiva e, prima ancora, per gli stessi principi fondamentali che, anche a motivo della strutturale apertura e vaghezza degli enunciati che li esprimono, non si sono sottratti e non si sottraggono a siffatto lavoro incessante di rifacimento. Di più: proprio i disposti normativi fatti a maglie larghe (o larghissime) sono quelli che si sono venuti a trovare (e si trovano) esposti alle maggiori e più incisive manipolazioni: sono, infatti, le norme apicali dell'ordinamento, che dottrina e giurisprudenza corrente considerano sottratte a revisione²⁰, quelle dotate della minore intensità prescrittiva, sì da non riuscire a sottrarsi a loro continui e sostanziali rifacimenti per via d'interpretazione. Se ci si pensa, non c'è a conti fatti alcun punto dell'ordito costituzionale che sia uscito indenne dalla propria modifica tacita, anzi da incessanti e continuamente cangianti manipolazioni²¹.

4. Il significato del riferimento alla tradizione culturale da cui emerge il volto della famiglia, nella sua monotipica e inconfondibile conformazione, e la questione se essa possa dirsi cambiata anche per effetto dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea

La famiglia costituisce un banco di prova particolarmente attendibile, per un verso, delle oscillazioni tra continuità ed evoluzione della Costituzione, della sua fedeltà alle tradizioni culturali del nostro Paese²² e della sua proiezione verso l'acquisizione di nuove tradizioni, e, per un altro verso, delle trasformazioni (latamente intese) della Costituzione, in parte ad opera del legislatore e in parte per mano dei giudici, fermo restando che ad indicazioni di questi ultimi il primo ha, a sua volta, attinto ed attinge senza sosta.

Numerose le conferme di questo flusso ininterrotto di mutuo *dare-avere* culturale tra gli operatori istituzionali. Si pensi solo alla riforma del diritto di famiglia, avutasi nel 1975 a seguito di un lungo itinerario percorso da talune consuetudini culturali prima di pervenire alla loro compiuta maturazione ed espressione, di cui si sono fatte portatrici schiere di studiosi e di operatori (e, specialmente, giudici), o alla disciplina dello *status* dei figli (e, segnatamente, di quelli nati fuori ovvero dentro il matrimonio), alle unioni civili, ecc.

La famiglia è poi la formazione sociale con riferimento alla quale la Carta costituzionale ha preso atto del centrale rilievo giocato dalla tradizione culturale per ciò che attiene alla definizione

¹⁹ La giurisprudenza ha praticamente riscritto – come si è fatto da molti notare – sia la forma di governo che la stessa forma di Stato, con riflessi immediati peraltro a carico della parte sostantiva, a motivo di quella unitarietà ed interna coerenza del dettato costituzionale, di cui si diceva poc'anzi.

²⁰ Tesi, questa, che – come si è tentato di mostrare nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, dietro già richiamato – merita un complessivo ripensamento. Singolare, a tacer d'altro, appare l'esito per cui i principi di base dell'ordinamento non si sottraggono al loro continuo rifacimento per via d'interpretazione (segnatamente, per mano dei giudici), mentre resisterebbero a qualsivoglia innovazione per mano del legislatore di revisione. Viene infatti in tal modo ad offrirsi, seppur involontariamente, un generoso avallo a pratiche giuridiche discutibili, dalle quali in non secondaria misura deriva quel vistoso squilibrio al piano dei rapporti istituzionali, cui si è già fatto cenno e del quale si dirà ancora meglio più avanti.

²¹ Esempificazioni, ora, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, cit.

²² ... e non solo del nostro: si pensi, ad es., al carattere monogamico della unione familiare (e delle stesse unioni "parafamiliari"), profondamente radicato nella cultura occidentale e invece non condiviso da altre culture. Ebbene, a voler fare la parte dell'avvocato del diavolo, dovremmo dire che la lettera dell'art. 29 parrebbe restare neutrale e indifferente rispetto a questa scelta di campo, attinente alla struttura stessa dell'istituto familiare, di modo che, a seguire il filo di questo ragionamento, un domani non sarebbe necessario, così come si dice da parte dei fautori del riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, far luogo ad una revisione formale della Carta al fine di introdurre la novità in parola (uguale provocazione potrebbe farsi per patrocinare il riconoscimento del matrimonio tra genitori e figli o tra fratelli, ecc.). Ad un siffatto argomentare si può tuttavia obiettare che è il richiamo alla nostra tradizione culturale, alla quale – come si dirà meglio a breve – la Carta stessa rimanda, a non consentire, in alcun caso o modo, di dar spazio a siffatte specie di unioni; e – come pure si è venuti dicendo – fintantoché non dovesse aversi un radicale cambiamento culturale diffuso e profondamente avvertito nel corpo sociale, neppure con legge approvata con le procedure dell'art. 138 vi si potrebbe dare ingresso, al quale ad ogni buon conto si contrapporrebbe il valore indisponibile della dignità della persona umana, quale principio – come si vedrà a momenti – "superconstituzionale" dell'ordinamento.

della sua natura e alla conformazione della sua struttura. Questa, perlomeno, risulta essere la conclusione alla quale è pervenuta un'accreditata lettura, nella quale mi riconosco, del sintagma "società naturale" che figura nell'art. 29²³.

Si pone, a questo punto, la spinosa e per certi versi inquietante questione relativa al modo o ai modi con cui far luogo al riconoscimento della tradizione in parola, del suo perdurante radicamento nel tessuto sociale, come pure al riconoscimento di una eventuale, nuova tradizione, magari *in progress*, non ancora cioè pervenuta a compiutezza e alla necessaria stabilizzazione, al punto di sollecitare gli operatori a prenderne atto e a darvi effetto.

La società è divisa, in relazione a talune questioni (specie in ambito biogiuridico) lacerata, da noi come altrove; c'è indubbiamente un fermento culturale di cui sono protagonisti individui e gruppi sociali che premono vigorosamente a favore dell'affermazione di un modello culturale "plurale" di famiglia, quale – per ciò che qui specificamente importa – si concreta nella pretesa volta al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso²⁴.

Una sensibile dottrina discorre, peraltro, come si sa, da tempo di "famiglie" al plurale²⁵; a quest'indirizzo, che è metodico e teorico allo stesso tempo, sembra tuttavia opporsi l'uso al singolare del termine "famiglia" fatto nella Carta e la sua definizione monotipica quale "società naturale fondata sul matrimonio".

Quest'argomento può essere, a mio modo di vedere, confutato solo in un modo: ragionando nel senso che la tradizione culturale e positiva del nostro ordinamento, al pari peraltro di quella di altri Paesi, sia stata *ab immemorabili* "plurale", internamente articolata, nel senso anzidetto. Così, però, oggettivamente non è stato e non è.

Si è dietro rammentato che l'*original intent* non può essere pretermesso in sede d'interpretazione

²³ Ho argomentato questo mio convincimento nei miei *Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di "famiglia"*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss., nonché in *Studi in onore di F. Gabriele*, II, Cacucci, Bari 2016, 873 ss., e "*Strane*" *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 331 ss. Ha, di contro, ancora di recente, svilito la portata del significato dell'enunciato costituzionale, assumendo che in esso si annidi un ossimoro concettuale e positivo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, 62, riprendendo una indicazione data in *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, 1066 ss. Di questa idea si era, peraltro, già dichiarato C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Barbera, Firenze 1950, 294 s.

²⁴ Quest'obiettivo è perseguito in plurime forme e attraverso plurime strategie processuali, tra le quali quella di dar modo a coppie composte da persone dello stesso sesso di vedere riconosciuta la loro pari condizione genitoriale (su di che, *infra*).

²⁵ V., part., V. SCALISI, "*Famiglia*" e "*famiglie*" in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss., nonché in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova 2014, 3 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. il cap. I; M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2014, 1248 ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, 1306 ss. e, nella stessa *Rivista*, F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, 6/2016, 1447 ss., del quale v., già, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, 2002, I, 509 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, 1219 ss., spec. 1230 ss.; G. COLLURA, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in *Scritti in onore di M. Compoti*, Giuffrè, Milano 2008, 825 ss.; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Giappichelli, Torino 2009, 527 ss.; utili indicazioni anche in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Utet, Torino 2014; M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2014; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.; R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 625 ss., spec. 639 ss.; A. VALITUTTI, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016, 675 ss.; G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri - D. Rinoldi - V. Petralia, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 165 ss.; G. FREZZA, *I "modelli" familiari*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 413 ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in AA.VV., *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di F. Romeo, ESI, Napoli 2018, 79 ss.; N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2018, 927 ss., e altri ancora.

costituzionale, pur non possedendo carattere risolutivo e assorbente, unitamente ad esso dovendosi tenere conto di ulteriori criteri e dati, che nondimeno richiedono di saldarsi armonicamente al primo e non già di porsi rispetto a questo in frontale opposizione.

Devo qui ribadire che la lettera dell'art. 29²⁶ non consente – a me pare – una interpretazione evolutiva tale da portare al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la cui affermazione è invece patrocinata da una nutrita ed agguerrita schiera di studiosi per il tramite di quella che ai miei occhi appare essere una *interpretatio abrogans*.

Ci si deve tuttavia chiedere se quest'obiettivo possa essere raggiunto attraverso una rilettura frutto d'integrazione²⁷ della nostra Carta con altre Carte costituzionali (in senso materiale)²⁸, tra le quali una speciale considerazione è comunemente, giustamente riservata alla CEDU ed alla Carta dell'Unione²⁹. Proprio a quest'ultima Carta va assegnato un particolare rilievo, sol che si pensi che essa è dotata di forza “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, andando unicamente soggetta al limite del rispetto dei principi fondamentali di diritto interno³⁰, diversamente dalle altre Carte rese esecutive in ambito interno con legge comune e provviste – a giudizio della Consulta – di rango “subcostituzionale”³¹. Ma non si dimentichi che, per sua stessa affermazione, la Carta di

²⁶ Rammento che la giurisprudenza costituzionale si è duramente espressa nei riguardi di interpretazioni meramente ancorate alla lettera, qualificandole come “primitive” ([sent. n. 1 del 2013](#)); è pur vero tuttavia che neppure può approdarsi alla sponda opposta di svilire *in toto* il rilievo delle parole, se non altro perché si priverebbe altrimenti di ogni ragion d'essere la revisione costituzionale (nell'assunto, errato, che tutto possa farsi per via d'interpretazione) e, allo stesso tempo, si determinerebbe una grave, forse irreparabile, alterazione dei ruoli istituzionali, con pregiudizio della separazione dei poteri nel suo fare sistema coi principi fondamentali restanti. E, venendo meno quest'ultima, come si è rammentato richiamando la Dichiarazione del 1789, non c'è più la Costituzione.

²⁷ Di questo bisogno di mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi la giurisprudenza è da tempo avvertita: v., ad es., [Corte cost. n. 388 del 1999](#), nella quale nondimeno si tiene a rimarcare la *primauté* culturale, prima ancora che positiva, della nostra rispetto alle altre Carte, rilevandosi come la legge fondamentale della Repubblica in ogni caso non offra mai un tutela meno avanzata ai diritti di quella che è ad essi apprestata dalle altre Carte. La qual cosa è, a tacer d'altro, confutata proprio da queste ultime (e, segnatamente, dalla CEDU e dalla Carta dell'Unione, laddove ritagliano per sé un ruolo “sussidiario”, assumendo di poter valere unicamente a condizione di riuscire ad offrire ai diritti una protezione più adeguata di quella che è ad essi data in ambito interno, dunque anche ad opera della Costituzione).

²⁸ ... e, di conseguenza, quali Corti costituzionali (in senso materiale) vanno tendenzialmente e in modo viepiù marcato proponendosi le Corti europee, secondo quanto è peraltro rilevato dalla più sensibile dottrina [tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *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; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss., e AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016].

²⁹ Il carattere “tipicamente costituzionale” della Carta dell'Unione è ora riconosciuto anche dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#).

³⁰ Una piena equiparazione alla Costituzione, ad ogni buon conto, comunque non si ha, a tener ferma la nota teoria dei “controlimiti”; ciò che però – come qui pure si è segnalato – dà vita ad un'autentica aporia di costruzione, rilevabile al piano metodico prima ancora a quello teorico.

³¹ La qualifica si rinviene, com'è noto, nella giurisprudenza sulla CEDU inaugurata con le sentenze “gemelle” del 2007; applicando lo schema della fonte interposta, essa però dovrebbe considerarsi valevole anche per le altre Carte, in virtù del riferimento fatto agli impegni internazionali nell'art. 117, I c., cost. (così, infatti, ora, con riferimento alla Carta sociale europea, secondo [Corte cost. n. 120 del 2018](#), laddove nondimeno si discrimina – discutibilmente – tra il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali e quello della Corte EDU, specificamente per l'aspetto del vincolo prodotto dalle relative interpretazioni a carico degli operatori di diritto interno). Come si è però tentato di argomentare altrove, questo modo di ambientare i rapporti tra le fonti, al piano formale-astratto, non può essere condiviso e richiede piuttosto un radicale mutamento di prospettiva, che porti a riguardare ai rapporti stessi dal punto di vista dei valori fondamentali e dei principi che vi danno espressione (e, segnatamente, di quelli di cui agli artt. 2 e 3 della Carta), alla luce – come si avvertiva poc'anzi – del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela. Il sistema è, dunque, sistema di *norme*, non

Nizza-Strasburgo richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della CEDU³², che viene dunque in tal modo veicolata (per l'aspetto culturale, se non pure per quello positivo³³) in ambito interno, fatto ad ogni buon conto salvo – come si è veduto – il principio della massimizzazione della tutela³⁴.

Ora, la giurisprudenza europea, per il tramite della quale il diritto vigente si converte in vivente, appare essere, con riguardo alla definizione di famiglia e alla sua struttura, molto ricca e varia, in parte raccogliendo le sollecitazioni venute da alcune espressioni della società favorevoli al riconoscimento di nuovi modelli di famiglia e, però, allo stesso tempo mostrandosi complessivamente cauta e rispettosa delle tradizioni culturali e positive dei singoli ordinamenti costituzionali³⁵. Francamente, non credo che possa dirsi essersi già formata una “tradizione costituzionale comune” facultizzante la istituzione del matrimonio tra omosessuali³⁶, stante la

già di *fonti*; e solo i casi della vita possono consentire di stabilire a quali di esse debba darsi la precedenza siccome in grado di appagare al meglio i diritti e, per ciò stesso, di portare all'affermazione della Costituzione come “sistema”.

In partenza o in astratto, insomma, non può dirsi quale sia la fonte (o, meglio, la *norma*) cui debba darsi, nella singola vicenda processuale, la prevalenza, quest'esito dipendendo dal modo con cui le norme stesse partecipano alle operazioni di bilanciamento secondo i casi, ferma restando la condizione *astrattamente* paritaria di tutte le Carte dei diritti, *proprio per il fatto di essere tali*, tutte cioè dotate della “copertura” (più e prima ancora che dell'art. 117) degli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare sistema coi principi fondamentali restanti.

³² Su ciò, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

³³ Di una “comunitarizzazione” della Convenzione, nondimeno, non è possibile – a stare alla giurisprudenza ed alla più accorta dottrina – discorrere, perlomeno fintantoché non si perfezionerà (se mai si avrà...) la prevista adesione ad essa da parte dell'Unione.

³⁴ In realtà, questa eccezione porta, nei fatti, all'esito per cui tutte le Carte richiedono – come si diceva – di attingere l'una dall'altra (o dalle altre), ciascuna concorrendo alla incessante rigenerazione semantica delle restanti. Il “metaprinzipio” suddetto, infatti, prima (o piuttosto) che portare alla selezione dell'una norma al posto dell'altra, in applicazione della “logica” esclusiva dell'*aut-aut*, è fattore di preorientamento interpretativo nel “circolo” in seno al quale tutti i documenti normativi “tipicamente costituzionali” s'immettono e svolgono la loro formidabile opera di servizio nei riguardi dei bisogni elementari dell'uomo.

³⁵ Ad es., nel noto caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 (ma anche in altri) la Corte di Strasburgo ha stabilito che la CEDU non impone alle legislazioni nazionali, cui espressamente rinvia, di introdurre il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso. Indicazioni con riferimento alla giurisprudenza sia di questa Corte che di quella dell'Unione (della quale ultima molto importante è ora la pronuncia sul caso *Coman* del 5 giugno 2018), possono aversi dai commentari venuti più di recente alla luce, dai quali traspaiono i molti volti della famiglia, senza nondimeno che ne risulti sopraffatta o rifatta la struttura per come risultante dalla tradizione nazionale [v., in particolare, AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, e *ivi*, part., D. RINOLDI - V. PETRALIA, *sub art. 9*, 160 ss., con amplissima bibl. Per un chiaro quadro di sintesi, v., inoltre, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., 75 ss. Cfr., poi, la nozione di famiglia e di vita familiare fatta propria dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, in merito alla quale v., di recente, L. CASSETTI, *sub art. 17*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, a cura di L. Cappuccio e P. Tanzarella, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 454 ss.].

³⁶ In generale, sul ruolo di prima grandezza giocato dalle tradizioni in parola, pur dopo la venuta alla luce della Carta di Nizza-Strasburgo, ha opportunamente insistito la più sensibile dottrina [riferimenti in L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, Giappichelli, 2013, e O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero sia l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; cfr., inoltre, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Oss. eur., dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017, e, da ultimo, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco”*

perdurante vigenza di discipline nazionali assai varie, alcune delle quali indisponibili a siffatta apertura. Per ciò che a noi più interessa, non credo che si sia già formata da noi una tradizione costituzionale in tal senso, tale da indurre all'abbandono della tradizione cui ha fatto richiamo l'art. 29 e, di conseguenza, ad una rilettura di quest'ultimo aggiornata alla luce del nuovo e (supposto) comune sentire.

5. Battuta senza successo la via della apertura al matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una nuova interpretazione dell'art. 29, è da chiedersi se a ciò possa condurre la revisione con le procedure dell'art. 138, che tuttavia parrebbe essere priva del supporto che dovrebbe esserle offerto da una consuetudine culturale in tal senso orientata, ad oggi non pervenuta a compiuta maturazione

Si è dietro veduto che le consuetudini culturali, di cui qui si fa parola, richiedono un largo consenso, altrimenti negherebbero se stesse, ancora più largo poi laddove si tratti – come qui – di ridefinire la struttura stessa del nucleo primigenio della società, la famiglia. Se, dunque, non è possibile l'aggiornamento per via d'interpretazione dell'art. 29, la via piana parrebbe essere quella del suo rifacimento per via di revisione costituzionale³⁷. Ci si deve tuttavia chiedere se si diano da noi le condizioni oggettive di contesto che possano portare a quest'esito³⁸. Si è infatti veduto che il diritto costituzionale è (e dev'essere) disvelamento di consuetudini culturali; non può, ad ogni buon conto, contrapporsi in modo forzoso a queste ultime, altrimenti verrebbe rigettato dal corpo sociale e andrebbe fatalmente soggetto a più o meno corpose, seppur abilmente mascherate, manipolazioni semantiche³⁹.

Non è – sia chiaro – un problema di garanzie formali della legalità costituzionale, quali si hanno in sede di giudizi sulle leggi davanti alla Consulta, che, pur potendo astrattamente aversi, dispongono però, con specifico riguardo agli atti di forma costituzionale, di margini molto ristretti per farsi valere. E, invero, quante leggi approvate con le procedure dell'art. 138 si conoscono che sono state portate al sindacato della Corte e da questa annullate? Non si dica che non si è fatto perché erano tutte buone. Ne dà conferma la circostanza che sono state riscritte di sana pianta dalla

tra revirements e questioni irrisolte, in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, cit.].

³⁷ Hanno, tra gli altri, discorso di questa prospettiva A. MORRONE, *sub art. 2*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, I, a cura di M. Sesta, Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.; 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?, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 345 ss., spec. 360 ss. Il mio pensiero sul punto, più volte manifestato, può – se si vuole – vedersi in *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in [Rivista AIC](#), 4/2011, 18 ottobre 2011, spec. al § 2.

³⁸ Non ho alcun dubbio a riguardo del fatto che è nella consapevolezza della sostanziale impraticabilità di questa via che si preferisce battere piuttosto l'altra della riscrittura del dettato costituzionale per via d'interpretazione, perseguita attraverso quella strategia processuale volta a gradualni riconoscimenti, cui si è fatto sopra cenno e di cui si dirà ulteriormente a breve.

³⁹ È interessante notare come anche studiosi che non nascondono la loro preferenza per il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali hanno, poi, dovuto ammettere che il riconoscimento stesso non costituirebbe la ratifica "di un *idem sentire* affermatosi stabilmente nella società" bensì "uno scatto in avanti rispetto al presente" (C. TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, 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, 360).

È, ad ogni buon conto, evidente che, una volta che dovesse affermarsi una nuova consuetudine culturale favorevole all'apertura al matrimonio tra omosessuali, non vi sarebbe a rigore bisogno della sua "razionalizzazione" positiva, bastando allo scopo il riferimento alla tradizione contenuto nell'art. 29; è, tuttavia, chiaro che fare opera di chiarificazione sul punto non è privo di conseguenze, se non altro valendo a dare certezze e garanzie che altrimenti potrebbero non aversi.

giurisprudenza⁴⁰. Si è insomma assistito alla stipula di un tacito patto, di un'autentica convenzione costituzionale, quindi convertitasi in consuetudine, cui hanno dato vita principalmente i giudici comuni (e, per la loro parte, anche i protagonisti istituzionali dei giudizi in via d'azione), col fatto stesso di non sollevare questioni di legittimità costituzionale, e la Corte costituzionale, che pure adita assai di frequente in via principale avrebbe potuto (e dovuto) vagliare preliminarmente la bontà del parametro e, solo all'esito positivo di siffatto riscontro, farne utilizzo⁴¹: una regola non scritta, questa, che ha indotto gli operatori a battere la via del rifacimento per via d'interpretazione piuttosto che l'altra, apparsa impervia, della caducazione in sede di sindacato di costituzionalità.

Come che sia di ciò, sta di fatto che anche precetti non sorretti da sanzioni giuridicamente efficaci (e questo vale specificamente per le norme costituzionali⁴²), al di là dei meccanismi di garanzia e della loro funzionalità, se non dispongono di profonde e salde radici nel tessuto sociale vanno poi fatalmente incontro a loro incisive manipolazioni per via d'interpretazione.

Come si è dietro accennato, si è infatti assai di frequente assistito al ribaltamento dell'ordine giusto in cui legislazione e giurisdizione devono stare, la seconda prendendo il posto della prima, anziché disporsi a rimorchio e salvaguardia di quella. Un fenomeno, questo, di cui si ha riscontro non solo presso la Consulta: non si trascuri, infatti, il ruolo al riguardo giocato dai giudici comuni, specie laddove non si rivolgano al giudice costituzionale affinché faccia luogo alla caducazione delle norme di legge sospette d'invalidità ma procedano *motu proprio* alle manipolazioni interpretative in parola, ora perché consapevoli della esistenza di un radicato indirizzo della Consulta avverso alle sollecitazioni a quest'ultima in passato rivolte nel senso dell'annullamento ed ora perché il rifacimento del dettato legislativo richiederebbe un'operazione complessa per la quale la sede del sindacato di costituzionalità appare essere comunque inadeguata.

Per chiudere sul punto, non mi pare che, allo stato attuale della evoluzione culturale raggiunta nel nostro Paese in ordine alla natura della famiglia e alla struttura del matrimonio, i tempi possano considerarsi ormai maturi perché il matrimonio stesso possa essere aperto a persone di ugual sesso con legge costituzionale e men che mai con legge comune (ammesso, e non concesso, che ci siano i numeri e la volontà politica per farvi luogo)⁴³.

Ciò posto, non va però perso di vista il fatto che alle volte uno stesso obiettivo può essere centrato per via traversa o in modo mascherato, non di rado assistendosi all'aggiramento, posto in essere in modo più o meno abile e raffinato, di una indicazione costituzionale, senza che peraltro sia agevole darne la dimostrazione.

Si pensi – per ciò che qui specificamente importa – alla disciplina delle unioni civili, di cui alla legge n. 76 del 2016. Qui, il problema di fondo è come stabilire dove passa la linea di confine tra ciò che richiede una regolazione non dissimile rispetto a quella riservata alla famiglia (nella sua ristretta e propria accezione) e ciò che, di contro, ha bisogno di una pur parziale differenziazione.

Sappiamo dalla già richiamata [sent. n. 138 del 2010](#) che la diversità di trattamento riservato alla

⁴⁰ Emblematica testimonianza di ciò si è avuta (e si ha) con riguardo al Titolo V, quale rifatto nel 2001 (ma molti altri esempi potrebbero nel medesimo senso addursi). In argomento, v., nuovamente, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, cit.

⁴¹ ... secondo quanto è stato più volte rilevato dallo stesso giudice costituzionale, ad es. sul terreno dei rapporti tra CEDU e diritto interno. È poi pur vero che altro è il parametro costituito da una fonte di forma costituzionale, quale quella che ha riscritto il Titolo V, ed altra cosa il parametro cui dà vita una fonte interposta, quale la legge di esecuzione di un trattato internazionale. Sta di fatto, però, che, in un caso e nell'altro, non si è avuta la conversione del parametro in oggetto del sindacato di costituzionalità. Hanno fatto eccezione a questa regola (ma solo fino ad un certo punto...) la esposizione dei "controlimiti" avutasi nel caso *Taricco* (chiuso da [Corte cost. n. 115 del 2018](#)) e, prima ancora, la denuncia della loro violazione ad opera di [Corte cost. n. 238 del 2014](#).

⁴² Proprio le norme apicali dell'ordinamento – è ormai provato – sono infatti obbligate a confidare, in non pochi casi, sul senso dello Stato e, perciò, nell'adesione al valore di fedeltà alla Repubblica e all'etica pubblica consacrata nella Carta al fine di potersi far valere, non riuscendosi a centrare l'obiettivo unicamente a mezzo dei meccanismi sanzionatori allo scopo predisposti che vanno incontro a limiti strutturali loro propri di rendimento.

⁴³ Quest'ultima via è stata ritenuta percorribile da una nutrita schiera di studiosi, alla luce di quanto stabilito da [Corte cost. n. 138 del 2010](#); a fugare però ogni residuo dubbio (ammesso che avesse motivo di sussistere...) al riguardo è sopravvenuta la [sent. n. 170 del 2014](#) che ha nella parte motiva risolutamente escluso la eventuale prosecuzione dell'esperienza matrimoniale una volta che uno dei coniugi dovesse acquisire lo stesso sesso dell'altro.

famiglia e alle formazioni sociali a questa similari resta pur sempre soggetta a verifica secondo ragionevolezza. Di questo canone, però, si può (e deve) fare uso in doppio verso di marcia e con duplicità di esiti o effetti; e, così come la tipicità della regolamentazione non può spingersi oltre una certa soglia (pure rimasta astrattamente indefinita), del pari anche una disciplina indifferenziata non può specularmente portarsi oltre un certo punto, presentandosi altrimenti essa pure viziata per irragionevolezza⁴⁴.

La questione allora, a conti fatti, si riduce al quesito seguente: sono sufficienti le differenze relative all'adozione e al dovere di fedeltà dei coniugi a giustificare lo "stacco" tra la famiglia quale "società naturale" e la (comunque diversa) formazione sociale cui dà vita l'unione civile?

Non è agevole rispondere a questa domanda, in relazione alla quale dispongo di una sola certezza: che non è comunque consentito pervenire ad una piena identità di trattamento tra l'una e l'altra specie di formazione sociale, risultando altrimenti chiaramente aggirato il precetto costituzionale che – piaccia o no – tipizza l'una (quella nominata) rispetto alla seconda, innominata (ed *ex adverso* questa rispetto a quella).

Debbo qui confessare di esser persuaso che la tendenza che sembra essere per il prossimo futuro in crescita è nel senso di una sempre più marcata assimilazione del trattamento; e non escludo, perciò, che questo *trend* possa pervenire persino alla meta dell'integrale appiattimento della condizione delle formazioni suddette. Basti solo pensare, con riguardo al rapporto genitori-figli, ai casi ricorrenti di trascrizione in Italia di atti di nascita formati all'estero da cui i minori risultano figli di genitori omosessuali⁴⁵.

Al di là di come si valutino queste esperienze, ad alcune delle quali si farà cenno tra non molto, resta il fatto, inoppugnabile, che non possono chiamarsi cose uguali con nomi diversi, come pure cose diverse con nomi uguali, tanto più quando i nomi li ha dati la stessa Carta costituzionale. Il principio di eguaglianza e il canone della ragionevolezza vanno presi sul serio, non quali *optional* rimessi alla insindacabile scelta dei governanti di turno e – non è inopportuno rammentare – degli stessi garanti della legalità costituzionale, dai quali ci si attende chiarezza e certezza, non confusione o commistione di modelli culturali comunque diversi.

6. *Esempi di alterazioni del modello costituzionale in tema di famiglia per mano di giudici e legislatore, e segnatamente il ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia, la parificazione della condizione dei figli naturali e di quelli legittimi, l'apparentemente stupefacente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio, la trasmissione del cognome materno ai figli*

Il dettato costituzionale sulla famiglia è, nondimeno, un banco di prova particolarmente attendibile al fine della verifica della effettiva capacità prescrittiva della Costituzione. La circostanza poi che le alterazioni del dettato stesso siano state (o, meglio, da molti si considerino

⁴⁴ Un autentico *passee-partout* o, se si preferisce, una sorta di *deus ex machina* appare essere il canone o criterio in parola che, esattamente come nelle antiche tragedie, scende dal cielo a districare vicende particolarmente aggrovigliate dalla mano dell'uomo e non altrimenti districabili.

⁴⁵ Ormai numerose sono, infatti, le pronunzie dei giudici comuni che vi fanno luogo, fatte oggetto di commenti perlopiù orientati ad incoraggiarne l'ulteriore diffusione [*ex plurimis*, G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 7/2017, 946 ss. e, pure *ivi*, C.E. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, 952 ss.; inoltre, A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in Federalismi.it, 23/2017, 29 novembre 2017, e U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2018, II, 552 ss.]. Meritano, poi, di essere ricordate le recenti decisioni dei Tribunali di Bologna e di Pistoia che hanno con decreti del luglio 2018 disposto la formazione di un atto di nascita in cui figurano due madri, facendo applicazione diretta dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, nonché, più di recente, il provvedimento della Corte d'appello di Perugia del 22 agosto 2018 (e su di esso la nota di A. SCHILLACI, *Joan ha due mamme/2: la conferma della Corte d'Appello di Perugia*, in Articolo29, 23 agosto 2018).

essere) *in melius*, lungo la via che porta alla meta dell'affermazione dei principi di libertà ed eguaglianza nel loro fare "sistema" coi principi fondamentali restanti, non vale comunque a scaricare gli operatori delle responsabilità che conseguono alla scelta di aver battuto vie diverse da quella tracciata nella stessa Carta per il proprio aggiornamento, laddove a ciò non soccorrano le pur notevoli risorse dell'interpretazione.

Molti esempi possono addursi a riprova di questo stato di cose, in aggiunta a quello sopra riportato con riguardo alla conformazione della struttura della famiglia, alla sua conversione da monotipica in "plurale", rilevata – come si diceva – con compiacimento da numerosa dottrina. Esempi che attengono, per un verso, alle relazioni tra i coniugi e, per un altro, a quelle degli stessi coi figli.

Per il primo aspetto, il dato più saliente e appariscente è costituito dal ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza tra i coniugi e unità della famiglia⁴⁶.

Nulla si dice nell'art. 29 a riguardo del fatto che il pur parziale e circoscritto sacrificio per l'eguaglianza dei coniugi si consumi a discapito di questo o quello di essi; il Costituente, nondimeno, non ignorava di certo il passato millenario di storia dell'istituto familiare che aveva visto sistematicamente penalizzata e persino mortificata la condizione della donna rispetto a quella dell'uomo, un passato al quale ha inteso reagire, antepoendo nondimeno pur sempre l'interesse della istituzione familiare rispetto a quello dei singoli e della stessa coppia da essi composta⁴⁷.

Sta di fatto che l'autore della Carta ha immaginato eguaglianza ed unità quali valori in potenziale, reciproco conflitto ed ha fatto la sua scelta. Questo schema è stato, tuttavia, rovesciato

⁴⁶ Ho anticipato il mio pensiero sul punto in *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti Comparati*, 1/2017, 15 giugno 2017; lo riprendo qui con ulteriori precisazioni.

⁴⁷ Dietro la formula che ammette le limitazioni per l'eguaglianza dei coniugi si intravede, poi, quel preminente interesse dei minori cui è quindi dato specifico rilievo negli artt. 30, 31 e 37 (su ciò, anche *infra*). Su tale interesse, da tempo, com'è noto, oggetto di dispute non sopite al piano teorico e – ciò che più importa – a quello del suo pratico riscontro, v., tra i molti altri, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016; L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, e S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.; A. ARENA, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in questa *Rivista, Studi 2016/II*, 241 ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 5 marzo 2017, che paventa il rischio che la formula si riveli *bonne à tout faire*; G. VANNONI, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in questa *Rivista, Studi 2017/II*, 298 ss.; A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., 429 ss.; U. SALANITRO, *op. et loc. ult. cit.*, e, con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, L. RATTI, *sub art. 24*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 474 ss., e ad entrambe le Corti europee I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai - E. Olivito, Jovene, Napoli 2017, 55 ss. (in altri contributi a questo volume sono frequenti richiami al principio del preminente interesse del minore). Per un confronto con la giurisprudenza della Corte interamericana, v., poi, G. MARTINICO, *sub art. 19*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, cit., 491 ss., spec. 504 ss. Da ultimo, i numerosi contributi al convegno su *The best interest of the child*, svoltosi all'Università La Sapienza di Roma il 20-22 settembre 2018.

È poi da segnalare che un'accreditata dottrina ha, ancora di recente, rinnovato il proprio convincimento avverso la possibilità di configurare un interesse della famiglia *ut sic*, diverso e (se del caso) preminente rispetto a quello dei suoi componenti (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 62 s.). Si è poi fatto notare da parte di un'autorevole dottrina (T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 635) che l'interesse della famiglia non può che risolversi in quello comune ai suoi componenti, allo stesso tempo ammettendosi l'eventualità che siano sacrificati interessi "individuali ed egoistici". Sta di fatto che la configurabilità di interessi facenti capo alla famiglia in quanto tale dispone dell'esplicito avallo della lettera del dettato costituzionale (fa il punto sull'annosa questione F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, nel vol. coll. da ultimo cit., 7 ss. e, della stessa, ora, *sub art. 29*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevari, Il Mulino, Bologna 2018, 197 ss.).

su se stesso da sensibili studiosi, cui ha fatto quindi da eco una nutrita giurisprudenza, che hanno fatto notare come un'unità imposta a forza sulla eguaglianza finirebbe col rinnegare se stessa, ponendosi quale una invenzione artificiale, incapace di reggersi in piedi e di durare nel tempo. Di contro, è venuta affermandosi, dapprima a fatica e di poi con crescenti consensi, l'idea secondo cui l'unità si costruisce e mantiene proprio preservandosi l'eguaglianza, non già con la sua menomazione sia pure per una giusta causa⁴⁸. Riprendendo l'indicazione di ordine metodico-teorico dietro rappresentata, si è dunque formata una *consuetudine culturale* secondo la quale l'ordine giusto in cui i valori di eguaglianza e unità devono stare è proprio quello di far discendere il secondo dal primo, sì da aversi il congiunto appagamento di entrambi.

Sottoscrivo *toto corde* quest'esito; purtroppo, però, la lettera dell'enunciato costituzionale non dice questo, non dice cioè che l'unità è frutto di una costruzione teorico-positiva cui si perviene attraverso un faticoso e alle volte sofferto lavoro quotidiano pazientemente posto in essere da coniugi che si sentano davvero, in tutto e per tutto, eguali e desiderosi di portarsi rispetto a vicenda. Dice invece che l'unità può affermarsi a discapito della stessa eguaglianza: *secundum verba* – parrebbe – persino di quella morale, e non solo di quella giuridica; in realtà, come si è fatto notare da un'accreditata dottrina⁴⁹, la prima non può andare soggetta ad alcun limite, per la elementare ragione che in essa si rispecchia e risolve la dignità della persona umana, che – ha efficacemente rilevato questa stessa dottrina⁵⁰ – non è bilanciabile, ponendosi piuttosto quale la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti e bisognosi di reciproca ponderazione.

Il vero è che, come si è tentato di mostrare altrove⁵¹, il Costituente intendeva dire cosa diversa da ciò che detto; e, invero, non conoscendo al tempo il linguaggio dei bilanciamenti secondo valore, ha discusso di limiti all'eguaglianza: non sarebbe tuttavia stato concepibile ammettere una sperequata condizione dei coniugi sia pure limitatamente a taluni campi materiali di esperienza, la qual cosa avrebbe comportato una menomazione della dignità del coniuge penalizzato, mentre si è inteso spianare la via a circoscritti sacrifici imposti dalla legge ora all'uno e ora all'altro a presidio dell'unità della istituzione familiare cui gli stessi hanno dato vita, comunque ovviamente soggetti a verifica di costituzionalità secondo ragionevolezza.

Un esempio poi altamente emblematico di modifica tacita del dettato costituzionale, frutto della convergente opera di rifacimento dello stesso posta in essere da giudici e legislatore e dietro

⁴⁸ Questo pensiero è rimarcato con forza in [Corte cost. n. 286 del 2016](#), cui si farà più avanti richiamo, laddove troviamo scritto che “è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo”, poiché l'unità “si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità”.

⁴⁹ Part., G. SILVESTRI, *Brevi note sull'eguaglianza “morale” dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1973, 75 ss.; v., inoltre, P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, 485 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza “morale” dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss.; F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, spec. 611 ss. Più di recente, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 145 ss.

⁵⁰ Ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nel sito [AIC](#), 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss., nonché, in buona sostanza, già, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., laddove si rileva il carattere “supercostituzionale” del valore della dignità. Si sono quindi rifatti a questa indicazione teorica, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss., e L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, spec. 157 ss. Di contro, reputano la dignità soggetta a bilanciamento, al pari di ogni altro diritto o principio fondamentale, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

⁵¹ ... nel mio *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, cit.

ispirazione e sollecitazione di una consistente schiera di studiosi, è quello registratosi con riguardo alla condizione dei figli, segnatamente per ciò che attiene alla parificazione di quelli nati fuori del matrimonio e di quelli nati in costanza dello stesso⁵².

Ancora una volta, la Costituzione si presenta sul punto, di cruciale rilievo, oscillante tra vecchio e nuovo. Risente del condizionamento della tradizione allo stesso tempo in cui si prefigge di reagire ad essa: soffre infatti l'influenza esercitata dagli schemi forgiati da una inveterata quanta ignobile consuetudine culturale che vedeva additati al pubblico ludibrio i figli naturali e sacrificata la loro condizione giuridica complessiva; e ne dà conferma l'aggettivo "compatibile" che figura nell'art. 30, una parola pesante quanto un macigno e che osta al raggiungimento dell'obiettivo della piena eguaglianza, svuotando a conti fatti, in una consistente misura, l'affermazione che subito la precede nell'enunciato costituzionale, secondo cui ai figli suddetti sarebbe da riconoscere "ogni tutela giuridica e sociale".

Insomma, un'autentica, effettiva eguaglianza non avrebbe comunque potuto realizzarsi. Come mai, allora, è riuscita ad affermarsi senza dover passare attraverso la revisione formale del disposto in parola?

La risposta è in ciò che s'è detto prima. La Costituzione ha recepito una indicazione venuta dalla tradizione; col tempo, però, è venuta a formarsi un'altra tradizione che si è iscritta entro la cornice di un generale ripensamento degli *status* coerente col passaggio dal soggetto alla persona⁵³, una tradizione alla quale la legge ha dato voce e forma, senza essere contraddetta dagli operatori istituzionali ed anzi dagli stessi è stata particolarmente apprezzata (specie da parte dei giudici comuni, che non ne hanno fatto oggetto di contestazione davanti alla Corte costituzionale, prima, e da quest'ultima poi)⁵⁴.

Si possono fare altri esempi ancora. Si pensi, per tornare ai rapporti tra i coniugi, alla evoluzione repentina e, per certi versi, stupefacente avutasi nella giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio: la Consulta, con la [sent. n. 64 del 1961](#), ha recepito una vecchia tradizione culturale, francamente ripugnante all'idea stessa di eguaglianza morale, prima ancora che giuridica, dei coniugi; nel '68, con la [sent. n. 126](#), ha quindi dato voce ad una nuova tradizione culturale. Perlomeno, così parrebbe doversi concludere a riguardare con distacco a questa ormai lontana vicenda⁵⁵.

La verità è, però, un'altra: che la prima volta si è fatto luogo all'inopinato recupero di una tradizione ormai superata o, forse, che resisteva solo in alcune frange del tessuto sociale, nel mentre era già venuta a formarsi un'altra tradizione con quella frontalmente contrastante, risolutamente portata ad affermarsi e a diffondersi, alla quale si sarebbe potuto (e dovuto) da subito fare richiamo, sol che se ne fosse avuto il coraggio e la sensibilità. Nel frattempo, intervenuti significativi mutamenti nella composizione della Corte⁵⁶, ha preso forma il brusco *revirement* di orientamento sopra rammentato. Accade – come si sa – assai spesso e non è il caso qui di mostrarsene sorpresi. Il punto è però che, ferme le condizioni oggettive di contesto (fattuale e positivo)⁵⁷, non si spiega

⁵² Nella ormai incontenibile lett. al riguardo formatasi v., tra gli altri, R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2015, 554 ss., e A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2018, 385 ss.

⁵³ Come ha efficacemente rilevato C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 7 ss., i diritti fondamentali si pongono quali "agenti dissolutori degli *status*". Le vicende di questa risalente nozione, unitamente al suo complessivo ripensamento, possono vedersi in G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del novecento*, Giuffrè, Milano 2013.

⁵⁴ Si è dunque assistito ad una modifica tacita della Costituzione con legge... *ordinaria*, sostenuta da una consuetudine culturale che ne ha determinato la nascita e la mantiene in vita.

⁵⁵ Sulla scomparsa dell'adulterio, per tutti v. L. OLIVERO, *L'infedeltà virtuale. Italia e Francia a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 510 ss.

⁵⁶ Solo quattro i giudici partecipi di entrambe le decisioni, su un totale di quindici la prima volta e quattordici la seconda (Sandulli, Branca, Fragali e Mortati).

⁵⁷ ... ferma, cioè, quella che a me piace chiamare la "situazione normativa", quale oggetto del sindacato di costituzionalità, nella sua duplice connotazione strutturale risultante da elementi sia fattuali che normativi (su ciò, indicazioni in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.).

come mai possa la medesima questione di costituzionalità ricevere risposte diametralmente opposte. Ciò che si risolve – com'è evidente – in una grave menomazione del bene della certezza del diritto costituzionale e, a un tempo, della certezza dei diritti costituzionali. Tanto più grave appare poi essere quest'esito se si pensa che sulla Corte, più che su ogni altro giudice, grava l'onere di salvaguardarlo, ponendosi le sue pronunzie al riparo di ogni possibile impugnazione grazie allo scudo protettivo eretto dall'art. 137, ult. c., uno scudo che – secondo una sua diffusa rappresentazione – farebbe della Corte l'organo di chiusura del sistema, il luogo cioè in cui si fissano i punti di non ritorno nelle controversie tra gli operatori del diritto⁵⁸.

Sta di fatto che la spiegazione data dalla Corte a giustificazione del proprio *revirement* in materia di adulterio è però proprio quella rispondente al modello teorico qui sommariamente rappresentato: il diritto, quello vigente come pure quello vivente, deve infatti dar voce – come si è venuti dicendo – alle consuetudini culturali espresse dal corpo sociale, assecondandone lo sviluppo e il radicamento nell'ordinamento e nell'esperienza.

Per fare ancora solo un esempio al riguardo, di ciò si è avuta testimonianza con la già richiamata [sent. n. 286 del 2016](#), con la quale – com'è noto – si è acconsentito, in nome della evoluzione della “coscienza sociale”, alla trasmissione anche del cognome materno ai figli⁵⁹. La qual cosa ha, a un tempo, ripristinato condizioni di eguaglianza tra i coniugi e, soprattutto, salvaguardato l'identità personale della prole. Il punto è, però, che laddove dovesse fare difetto l'accordo tra i coniugi, resterebbe salvo il regime che privilegia il coniuge di sesso maschile, diversamente da ciò che si ha in altri ordinamenti nei quali la trasmissione in parola non sacrifica in partenza nessuno dei coniugi, pur avendosi poi la perdita del secondo cognome col passare delle generazioni. Perdurano, dunque, come si vede, le oscillazioni tra vecchio e nuovo, in un quadro che è comunque assai cambiato rispetto ad un orientamento culturale ancora fino a pochi anni addietro considerato granitico e non scalfibile.

7. Il diritto alla genitorialità e la varietà delle sue forme e del loro giuridico rilievo, all'incrocio

⁵⁸ Si è però fatto in altre sedi notare che lo stesso divieto d'impugnazione in parola, pur laddove si consideri espressivo di un principio fondamentale dell'ordinamento, non si sottrae alla eventualità del suo bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali, all'insegna del “metaprincipio” della ottimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti, visti nel loro fare “sistema”. La qual cosa, in particolare, può aver luogo nel caso che sopravvenga ad una decisione della Consulta una pronunzia di questa o quella Corte europea che lo stesso giudice costituzionale, successivamente adito, riconosca essere idonea ad innalzare il livello della tutela suddetta, con la conseguenza che la Corte delle leggi potrebbe (*rectius*, dovrebbe) quindi darvi seguito, seppur col costo del superamento del giudicato costituzionale (non già, però, nel senso della rimozione degli effetti dallo stesso prodotti bensì nell'altro dello scostamento da esso per il futuro).

Si pensi, ad es., alla eventualità che in un primo tempo si abbia l'annullamento di una norma di legge che invece sia in ambito europeo giudicata indispensabile al fine di apprestare l'ottimale salvaguardia ad un diritto fondamentale. Ebbene, la riproduzione con legge di norma dapprima caducata, che – come si sa – è dalla Consulta giudicata lesiva del giudicato costituzionale, potrebbe invece essere qui consentita (ed anzi apprezzata dallo stesso giudice costituzionale), grazie alla “copertura” offertavi dalla giurisprudenza europea e, dal nostro punto di vista, dagli artt. 2 e 3, riletti alla luce di quel metodo della integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui si faceva poc'anzi parola.

⁵⁹ Tra i molti altri commenti, v. L. TRUCCO, *Lo “statuto del doppio cognome”. Genova convince la Consulta*, in *Nuova giur. lig.*, 4/2016, 49 ss.; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 gennaio 2017; S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 19 maggio 2017, e, nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, 4/2017, 21 novembre 2017; G. VIGGIANI, *La questione del cognome materno e l'intervento “indifferibile” del legislatore*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 467 ss.; C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2017, 31 maggio 2017, e, pure *ivi*, A. FUSCO, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. *Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, 3/2017, 5 settembre 2017. In questi (e in altri scritti) è ampiamente evidenziata l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea (specie in *Cusan e Fazzo c. Italia* del 2014). Un confronto tra quest'ultima e la giurisprudenza interamericana è in F. BAILO - L. TRUCCO, *sub art. 18*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, cit., 478 ss., spec. 489 s.

tra etica, scienza e diritto (con specifico riguardo al divieto di utilizzo degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca e alla surrogazione di maternità)

L'indicazione metodico-teorica qui data in relazione al rapporto tra consuetudini culturali e interpretazione e revisione costituzionale è, a mia opinione, da tener ferma in relazione ad ogni altra questione che si ponga nell'universo familiare, specie a quelle maggiormente spinose e intricate, quali sono le questioni la cui ambientazione e soluzione si situa all'incrocio tra etica, diritto e scienza.

Si pensi, ad es., alla varietà dei modi con cui oggi si pone il diritto alla genitorialità, ai molti volti che può assumere, specie in talune vicende della vita nel corso delle quali lo stesso può trovarsi in conflitto con altre pretese soggettive parimenti meritevoli di tutela, senza che sia affatto agevole rinvenire un punto equilibrato di reciproca composizione e, prima ancora, che si sappia in applicazione di quale criterio quest'ultima possa aversi.

La scienza, come si sa, ha fatto enormemente crescere le pretese in parola, mentre l'etica parrebbe, perlomeno per certi versi, farvi da ostacolo o, come che sia, frenarne le aspettative e indurre a maggior cautela: nel mezzo sta il diritto, obbligato a volgere lo sguardo attento e pensoso sia verso l'una che verso l'altra. Le consuetudini culturali, di cui qui si viene dicendo, giocano allora un ruolo di prima grandezza, esse pure traendo alimento dalle opportunità offerte dalla scienza, in un quadro che appare peraltro essere complessivamente connotato da opacità e mobilità degli elementi di cui si compone.

Sta di fatto che, in tema di questioni scientificamente sensibili, la Costituzione viene a trovarsi in una condizione di grande incertezza e debolezza: si presenta come malferma e, persino, talora, "muta", spianando in tal modo la via per l'affermazione delle soluzioni scientificamente orientate, nei limiti in cui queste ultime possano rivendicare per sé il titolo per farsi valere in quanto dotate di sufficiente credito nell'ambiente in cui maturano e si radicano.

Emblematica al riguardo la vicenda definita da [Corte cost. n. 84 del 2016](#), in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca. Non si sta ora a verificare nuovamente la linearità del ragionamento svolto nella circostanza dal giudice delle leggi⁶⁰; è interessante, tuttavia, la conclusione cui tale pronuncia perviene: nell'assunto che, a causa delle divisioni esistenti tra gli scienziati, la Costituzione sia obbligata a restare – come si diceva – muta, la palla è fatta passare nelle mani del legislatore cui è rimessa la scelta circa la destinazione degli embrioni, una scelta nondimeno priva in tesi di parametro costituzionale col quale confrontarsi e soggetta unicamente al consueto giudizio secondo ragionevolezza.

La domanda che allora si pone è da dove il legislatore possa (e debba) ricevere un orientamento (ammesso, e non concesso, che si determini ad intervenire) laddove, come qui, anche la scienza resti muta (o – il che è praticamente lo stesso – parli troppe lingue reciprocamente incomunicabili, come nella classica Babele) e lo stesso corpo sociale si presenti al proprio interno profondamente diviso e brancoli nel buio più fitto (come, d'altronde, è in un certo senso comprensibile, trattandosi di questioni di biodiritto dai risvolti sia etici che scientifici particolarmente delicati e complessi). Insomma, se – come pare – non si è ancora formata, anche per effetto dell'influenza esercitata dal mondo della cultura, nella varietà delle sue espressioni, una consuetudine in un senso o nell'altro, è da chiedersi cosa mai si possa pretendere dal legislatore che faccia⁶¹.

Altre volte, invece, la soluzione, seppur impegnativa, può essere raggiunta proprio perché la scienza non vi si oppone, ed allora il campo resta occupato unicamente dall'etica e dal diritto.

⁶⁰ Molti i commenti di vario segno (ma perlopiù critici) alla decisione *de qua*, tra i quali quelli che sono in [Biolaw Journal](#), 2/2016.

⁶¹ Nel frattempo, perdurando l'inerzia del legislatore, le tensioni e contraddizioni esistenti nella società e tra gli scienziati finiranno verosimilmente con il seguitare a scaricarsi sui giudici, i quali non possono trincerarsi dietro un pur sofferto *non liquet* a motivo dell'ufficio ricoperto e dei doveri ad esso conseguenti [svolgimenti sul punto nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in [Biolaw Journal](#), 2/2016, 245 ss.

Si pensi, ad es., alla vessata questione della maternità surrogata⁶², in relazione alla quale si ha una lampante conferma di quanto si diceva poc'anzi in merito ai casi in cui il legislatore fa luogo a discipline connotate da eccessiva rigidità, trancianti (qui, nel senso del divieto del ricorso a siffatta tecnica riproduttiva), le quali vanno poi fatalmente incontro al loro rifacimento in sede di giudizi di costituzionalità ovvero – come pure si diceva – per via interpretativa, un rifacimento volto a rendere duttili ed agevolmente adattabili ai casi le discipline stesse. Perché il vero è che non v'è modo di stabilire in astratto quando il diritto alla genitorialità possa farsi valere e quando si trovi invece costretto ad arrestarsi a fronte di altri beni o interessi meritevoli di prioritaria considerazione: sono piuttosto i casi della vita, nella loro complessiva connotazione, ad attrarre a sé la soluzione giusta.

Enuncio qui senza argomentare (e rinviando al riguardo ad altre sedi di riflessione scientifica) qual è la soluzione nella quale mi riconosco e che considero maggiormente adeguata a realizzare una equilibrata composizione degli interessi in campo, che è quella di un netto rifiuto di qualsiasi

⁶² In tema si è riversata – come si sa – un'autentica alluvione di scritti, tra i quali, per limitare ora i riferimenti unicamente a quelli più di recente apparsi, v. almeno i contributi che sono in *GenIUS*, 2/2017; inoltre, tra i molti altri, v. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2/2014, 157 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, 3/2015, 7 ss. e, ancora, i contributi che sono nel fasc. 2/2016; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 2 febbraio 2016; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 211 ss., e, pure ivi, E. LA ROSA, *Surrogazione di maternità e "rischio penale"*, 313 ss.; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., 717 ss.; A. LA SPINA, *La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, a cura di M. Trimarchi - A. Federico - M. Astone - C. Ciraoletto - A. La Spina - F. Rende - E. Fazio - S. Carabetta, Giuffrè, Milano 2017, 359 ss., spec. 371 ss.; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in questa *Rivista*, *Studi 2017/II*, 325 ss.; F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2017, 21 luglio 2017; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit.; R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2017, 1262 ss.; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 79 ss., e, dello stesso, ora, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018, spec. 103 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 148 ss.; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1/2018, spec. al § 3; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018, e, nella stessa *Rivista*, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, 9 marzo 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 2 aprile 2018; U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, cit., spec. 556 s.; F. ROMEO, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it.*, 4/2018, 835 ss.; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, ESI, Napoli 2018; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, a cura di A. Di Stasi, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 137 ss., e, pure ivi, M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, 161 ss.; M. GERVAZI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: the Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2018, 213 ss. Infine, i contributi al Convegno organizzato da *GenIUS* e svoltosi a Torino il 25 maggio 2018 su *La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*. In prospettiva comparata, I. PARISI, *Utero surrogato: normative a confronto*, nel [sito](#) dell'Associazione Luca Coscioni, 26 maggio 2015.

forma di genitorialità conquistata col costo di fare del corpo umano una merce di scambio⁶³. La qual cosa sarebbe gravemente lesiva della dignità di tutti gli attori sulla scena, a partire da quella dello stesso bambino venuto alla luce in tal modo⁶⁴; nulla, di contro, a mia opinione si oppone ad una maternità frutto di un dono, espressivo cioè di uno slancio solidale di una persona verso un'altra o altre. La qual cosa, poi, consiglia di restringere l'area dei soggetti che possono esserne protagonisti alla stretta cerchia familiare, sì da far presumere (salva, nondimeno, la prova del contrario) la gratuità del ricorso a siffatta tecnica riproduttiva.

Delicate questioni si pongono, poi, con riferimento al seguito da dare a siffatta forma di maternità, laddove se ne riscontri il carattere illecito. È una questione, questa, che peraltro si ripropone in relazione a molte e varie vicende in ambito familiare, laddove entrino in rotta di collisione, da un canto, il ripristino del primato di regole disattese e, dall'altro, la cura del preminente interesse del minore, specie per il caso che si siano già costituiti legami familiari particolarmente stretti il cui scioglimento potrebbe avere effetti devastanti per il minore stesso⁶⁵.

Ancora una volta, nessuna risposta può considerarsi valevole una volta per tutte, dovendosi piuttosto soppesare con estrema delicatezza i beni della vita in campo, ricercando una soluzione per quanto possibile complessivamente appagante⁶⁶.

I numerosi casi dei quali la giurisprudenza (specie di merito) è stata chiamata a farsi carico costituiscono, nondimeno, un indice abbastanza attendibile della tendenza in atto a far pendere la bilancia proprio dalla parte del minore e, perciò, a mantenere i legami suddetti: un indice che rende, perciò, testimonianza di una consuetudine culturale che va sempre di più radicandosi nel corpo sociale, della quale si fanno appunti interpreti e garanti gli operatori di giustizia.

8. Le sofferte esperienze di fine-vita, specie se coinvolgenti i minori, e l'inquietante quesito relativo alla determinazione del punto fino al quale può spingersi la responsabilità genitoriale

In parte analoghe alle esperienze riguardanti l'inizio-vita, sono le esperienze concernenti il fine-vita, alle prime peraltro solo *apparentemente* speculari⁶⁷.

Debbo subito chiarire la ragione dell'uso dell'avverbio, dovuto al fatto di considerare un'autentica forzatura l'assimilazione delle vicende che conducono alla nascita di una nuova vita rispetto a quelle che invece portano al suo spegnimento.

Non posso qui riprendere *ab ovo* questioni assai vessate che, andando alle loro radici, riportano al senso stesso della vita, della dignità, dell'autodeterminazione della persona umana, vale a dire riportano ai fondamenti del vivere del singolo e del suo modo di porsi davanti ai suoi simili e all'intera collettività. Mi limito qui a riproporre una conclusione alla quale sono pervenuto in altri studi, nei quali mi sono sforzato di argomentare la tesi secondo cui l'autodeterminazione del soggetto non è né *tutto* né *niente*, come invece viene con vigore patrocinato da quanti si aggrappano all'uno o all'altro corno dell'alternativa. Specialmente coloro che assegnano carattere assorbente alla volontà della persona, assumendo che solo per il suo tramite possa esprimersi e farsi valere la dignità della persona stessa, sono naturalmente portati ad intravedere tra le pieghe del tessuto

⁶³ La tesi può vedersi in A. RUGGERI - C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in questa *Rivista*, *Studi 2017/I*, 138 ss., con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, 60 ss.

⁶⁴ Importanti precisazioni sul punto sono in [Corte cost. n. 272 del 2017](#).

⁶⁵ Così, ad es., per ciò che attiene ai dolorosissimi casi di scambio di provette o di bambini in culla, che hanno avuto larga risonanza presso la pubblica opinione e dato vita ad una fioritura di commenti di vario orientamento.

⁶⁶ Plurimi i fattori dei quali occorre tener conto, tra i quali appunto quello del tempo intercorso tra la nascita del minore e la scoperta dell'illecito, la natura dei vincoli venutisi a determinare in seno al nucleo familiare nel quale il bambino si trova, ecc.

⁶⁷ Su ciò, v., part., la riflessione che va da tempo svolgendo S. AGOSTA e che ha avuto la sua organica rappresentazione in *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita* Giuffrè, Milano 2012.

costituzionale l'implicito riconoscimento di un vero e proprio diritto a decidere della propria morte o – come suol dirsi – di una morte “degnà” (confondendosi, però, a mia opinione, la dignità con la qualità della esistenza umana)⁶⁸.

Confesso di diffidare, in via di principio, della bontà delle tesi che vedono ad ogni piè sospinto un nuovo diritto, assumendone l'implicito riconoscimento ad opera della Carta⁶⁹; la qual cosa, a tacer d'altro, reca grave nocimento proprio ai veri diritti, obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento coi nuovi e... *non veri*. Qui, poi, mi pare che sia assai arduo argomentare l'idea che una Costituzione che ha inteso fare della persona umana (della sua vita, della dignità, dei suoi diritti in genere) il perno attorno al quale ruota e dal quale si tiene l'intero edificio positivo possa porsi, ad ugual titolo, a fondamento di pratiche che portano all'esito della fine della vita: paradossale e francamente eccentrica ai miei occhi appare la conclusione cui molti pervengono col rinvenire il fondamento in parola proprio nella norma, espressa dall'art. 32 della Carta, posta a tutela della salute e della vita.

Spinossissime e inquietanti risultano poi essere le questioni relative al fine-vita laddove riguardino proprio i soggetti maggiormente deboli ed inermi, i minori, tanto più se incapaci, per età o malattia, di rappresentare il proprio punto di vista⁷⁰. Il *punctum crucis* in cui le questioni suddette finiscono col confluire è quello in cui si situa il seguente quesito: fin dove può spingersi la responsabilità genitoriale?

Purtroppo, l'esperienza insegna che possono darsi casi, ai quali la stampa anche internazionale ha dato ampio risalto, in cui la volontà dei genitori volta alla prosecuzione della vita è totalmente privata di rilievo⁷¹. Un esito, questo, che ai miei occhi appare inaccettabile e francamente ripugnante, mentre potrebbe ammettersi il caso opposto della preminenza della volontà dei prossimi congiunti di lasciar morire una persona alla quale la scienza non possa ormai più dare alcun soccorso, laddove cioè risulti provato che le terapie cui essa va soggetta si risolvano in un autentico accanimento (questo, sì, lesivo della sua dignità)⁷².

In breve, possono partecipare ad operazioni di bilanciamento unicamente interessi comunque facenti capo alla persona umana, non potendosi ammettere che facciano peso sulla bilancia anche interessi genericamente (ma, in realtà, molte volte apoditticamente) riportabili alla collettività, quale quello che fa leva sul costo economico che è comportato dalle cure, specie di alcune, laddove se ne assuma l'inutilità⁷³.

⁶⁸ Ho toccato questo punto in più scritti, tra i quali, da ultimo, [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 392 ss., spec. 405 ss.

⁶⁹ Ciò che poi non significa che diritti autenticamente nuovi non esistano e non possano esistere, come ancora da ultimo si vorrebbe da parte di un'accreditata dottrina (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 55 ss.).

⁷⁰ Esplicito rilievo a quest'ultima, con riferimento ai minori che siano in grado di potersi esprimere, è dato – come si sa – dalla legge n. 219 del 2017. Con specifico riguardo al rilievo da quest'ultima assegnato al ruolo dei soggetti terzi, v., tra gli altri, A. CORDIANO, *La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate*, in *Fam. e dir.*, 2/2018, 213 ss., e B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 giugno 2018.

⁷¹ Così, da ultimo, nei casi dei piccoli Charlie Gard e Alfie Evans, ai quali i giudici britannici hanno fatto staccare la spina, portandoli a spegnersi anzitempo [sull'ultima vicenda, v. i commenti che sono in [Biolaw Journal](#), 2/2018, nonché S. STURNIOLO, [The best interest of the child nella legge n. 219/2017](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 412 ss.]. Spinossissimi, poi, i casi in cui dovesse aversi conflitto tra i genitori, gli effetti del quale finirebbero con lo scaricarsi per intero sulle spalle dei giudici, gravati di un peso morale e giuridico enorme.

⁷² Come si vede, si ha qui una particolarmente rilevante conferma di come la risposta favorevole a talune questioni cruciali in ambito di biodiritto competa proprio agli scienziati. Il nodo tuttavia resta – come si diceva – non sciolto laddove questi si presentino al loro interno divisi (o, diciamo pure, lo siano in una certa, rilevante misura).

⁷³ Molto citata al riguardo è una importante decisione della Consulta, la [n. 275 del 2016](#), nella quale è risolutamente affermato che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Dalla prospettiva del diritto internazionale, una sensibile dottrina ha, ancora non molto tempo addietro, fatto notare che “in the inter-individual community, dignity is a central value, as well as the sum and presumption of new values – in an international sense of protection of the *homo*, not only the *homo oeconomicus*” (A. DI STASI, *Human Rights Law to Cornerstone in International Biolaw?*, in AA.VV., *Self-determination, Dignity and*

