

Ricerche giuridiche

217

nuovissima serie

Ricerche giuridiche
Collana diretta da

A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI

Comitato Scientifico

I. Caracciolo, M. Delfino, M. D'Onghia
L. Fernandez Del Moral Dominguez, F. Galgano, L. Gatt
A. Guardiano, M. Iovane, V. Luciani, R. Mastroianni, G. Montedoro
A. Patroni Griffi, S. Prisco, R. Spagnuolo Vigorita, A. Zito

LUCILLA CONTE

LA FAMIGLIA

Istituti e istituzione
nella prospettiva costituzionale

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-912-8

*A Giorgio,
Michela e Tommaso*

Fiction is a solution, the best solution, to the problem of existential solitude.
J. Franzen, *Farther Away*

INDICE

<i>Premessa</i>	11
-----------------	----

CAPITOLO I CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. La percezione di un'insufficienza	19
2. Alcuni spunti derivanti dalla teoria istituzionale	29
3. La famiglia sotto la lente del diritto pubblico	25
4. La famiglia tra funzionalismo ed istituzionalismo	27
5. Il modello costituzionale tra letture originaliste ed evolutive	33
6. Alcuni percorsi possibili	37
6.1. La prospettiva di Law and literature: un primo sguardo	39
6.2. Le finzioni nel diritto: un'ipotesi applicativa	44
7. Universalismo e comparazione nell'approccio giuridico alla famiglia	53
8. Elementi di "crisi" e strumenti per una loro sistematizzazione	56

CAPITOLO II LA FAMIGLIA: ALLA RICERCA DI UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

1. Famiglia e Stato, famiglia e individuo	61
2. L'avvento della Costituzione: un punto di svolta. Si riconosce ciò che c'è, o si crea qualcosa di nuovo?	68
3. La Costituzione, il Codice e l'impatto sulla legislazione successiva	77
4. Questioni in tema di rapporti tra diritto costituzionale e diritto civile	79

CAPITOLO III
LA FAMIGLIA COME AMBITO
DI REALIZZAZIONE PERSONALE

1. Da “antichi” dibattiti a “nuovi” temi di indagine	89
2. Il matrimonio	96
3. Le unioni civili e le convivenze	111
4. La filiazione	120
5. La procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità	126
6. Il diritto a conoscere le proprie origini	142

CAPITOLO IV
LA DIMENSIONE ISTITUZIONALE DELLA FAMIGLIA

1. Tramonto della visione funzionalistica della famiglia	149
2. Il concetto di famiglia e la pluralità di modelli familiari	151
3. La famiglia nella prospettiva delle autonomie territoriali	155
4. Autodeterminazione e legami familiari	162
5. Il rilievo pubblico della famiglia in presenza e in assenza di essa	166
6. Il rilievo pubblico della famiglia e i suoi limiti: il caso paradigmatico dell'istruzione	174

CAPITOLO V
I DIBATTITI PIÙ RECENTI

1. Il principio dei <i>best interests of the child</i> e la sua valenza in ambito interpretativo	187
2. Un convitato di pietra: l'ordine pubblico	193
3. <i>Mater semper certa est/erat?</i>	210
4. Evoluzione della coscienza sociale e principio di certezza del diritto	221

INDICE	9
<i>Conclusioni</i>	231
<i>Bibliografia</i>	241

PREMESSA

Dedicare uno studio di diritto costituzionale al tema della famiglia richiede di confrontarsi preliminarmente con alcune questioni di cruciale importanza, definendo il peso che esse possano avere all'interno della trattazione: i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato (e tra diritto costituzionale e diritto civile); l'interpretazione costituzionale; l'individuazione di un possibile "modello costituzionale" di riferimento; una valutazione su possibili contaminazioni aventi carattere interdisciplinare.

Data l'ampiezza di tali percorsi di indagine, si rende necessario precisare quali tra di essi saranno oggetto di un'attenzione particolare. Il nodo centrale che ci si propone di sciogliere è quello relativo al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'analisi del concetto giuridico di famiglia, al fine di identificare quale possa essere lo specifico apporto del diritto costituzionale, e se quest'ultimo sia dotato di un certo grado di autosufficienza anche rispetto a suggestioni provenienti da altre discipline. La risposta a tale questione, lo si anticipa, sarà in senso affermativo.

Per quanto riguarda l'interpretazione costituzionale, la convinzione di fondo che anima questo scritto risiede nel considerare in larga misura esaurito lo sforzo interpretativo riguardante gli articoli della Costituzione aventi specificamente ad oggetto la famiglia. Più interessante allora appare riflettere sull'attuale esistenza di un modello costituzionale di famiglia che possa anche eventualmente discostarsi da quello tradizionale presupposto dai Costituenti e a sua volta oggetto di significativa rimodulazione ad opera del legislatore.

Il tema della famiglia, e la sua rilevanza per il diritto, determina la percezione di due sensazioni contrastanti: la prima è quella che potremmo definire di rassicurante certezza, che si ricollega ad un concetto in qualche misura da considerarsi presupposto e perciò autosufficiente rispetto alla prospettiva di una sua regolamentazione giuridica; la seconda è identificabile con il rilievo di una sua inafferrabilità, della irriducibilità della stessa ad essere definita dal diritto in maniera univoca.

Illustrando, alla fine del XIX secolo, ai propri lettori il concetto di matrimonio civile, Francesco Ricci rilevava come «la importanza del matrimonio come base della famiglia è stata compresa da tutti i popoli, che anzi i nostri primi parenti non conobbero altra società che la domestica, e fu la medesima che gettò le basi del civile consorzio. Senza la famiglia la società civile non sarebbe mai giunta a costituirsi, e gli uomini, a guisa dei bruti, vivrebbero in guerra tra loro», e riportava alcuni brani dei lavori che avevano preceduto la pubblicazione del Codice civile del 1865, tra i quali il seguente, laddove, partendo dal presupposto che: «si cade in errore quando (...) si voglia intendere che il matrimonio non sia altra cosa che un contratto» si rilevava come «[n]ella coscienza di tutti gli uomini sono stati e saranno essenzialmente distinti questi due fatti: la vendita di un podere, e il matrimonio»¹.

Si tratta di un'affermazione di un certo interesse che, nella sua semplicità, evidenzia la rilevanza umana oltre che giuridica di queste due vicende (compravendita e matrimonio), come elementi di un'esperienza universale e riconoscibile.

L'impostazione è totalmente differente rispetto a quella – pressoché coeva – adottata da Engels ne *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, in cui in entrambi i casi la vicenda proprietaria e familiare risultano de-soggettivizzate. Nella famiglia in particolare, e nel matrimonio monogamico, si sviluppa «il primo contrasto di classe» che «coincide con lo sviluppo dell'antagonismo tra uomo e donna nel matrimonio monogamico, e la prima oppressione di classe coincide con quella del sesso femminile da parte del sesso maschile». Engels pur riconoscendo nella monogamia «un grande progresso storico» rileva però come «contemporaneamente essa accanto alla schiavitù e alla proprietà privata, schiuse quell'epoca (...) nella quale ogni progresso è, ad un tempo, un relativo regresso, e in cui il bene e lo sviluppo degli uni si compie mediante il danno e la repressione di altri»².

¹ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Vol. I. *Della pubblicazione ed interpretazione delle leggi e delle persone*, Parte I, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886, pp. 305-306.

² F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato*, Edizioni Rinascita, Roma, 1953, p. 67 (traduzione condotta sul testo pubblicato dalla casa editrice Dietz: *Friedrich Engerls, Der Ursprung der familie, des Privateigentums un des*

In entrambe le prospettive, il matrimonio appare assumere un'importanza decisiva nella definizione della famiglia rilevante per il diritto, quasi che non vi fosse soluzione di continuità tra la famiglia come *istituzione* e *l'istituto* matrimoniale, reputando esistente tra di essi una sorta di necessario collegamento.

All'interno dell'ordinamento italiano (che costituisce il principale punto di osservazione assunto nella presente indagine) il primo decennio del XXI secolo la riflessione giuridica sulla famiglia è stata caratterizzata per la presenza di due "vicende" di rilievo costituzionale. La prima ha avuto ad oggetto la possibile introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base di una lettura evolutiva dell'art. 29 Cost. (non ritenuta percorribile dalla Corte costituzionale, che ha tuttavia formulato un deciso monito al legislatore affinché provvedesse ad introdurre una disciplina giuridica per le unioni formate da persone dello stesso sesso, come da ultimo avvenuto con la legge n. 76/2016 sulle unioni civili); la seconda ha riguardato la riforma della disciplina della filiazione (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013), attraverso in particolare l'introduzione dello stato unico di figlio e della responsabilità genitoriale, secondo un'impostazione che appare non soltanto determinare la realizzazione, ma anche per certi versi un superamento di quanto previsto dalle disposizioni costituzionali.

Le due direttrici (presupposte dalla stessa collocazione degli articoli costituzionali) attraverso cui il tema della famiglia può essere trattato sono dunque essenzialmente famiglia e matrimonio e famiglia e filiazione. Si tratta di due prospettive differenti che tuttavia non escludono una compenetrazione: anzi, il mantenimento di una distinzione tra di esse, quasi che fossero ambiti di ricerca non comunicanti tra di loro, potrebbe risultare quasi artificioso.

Sembra dunque indispensabile che una trattazione giuridica aggiornata della famiglia non possa non tenere conto del fatto che famiglia, matrimonio e filiazione costituiscono una triade concettuale che non può essere del tutto scomposta, a pena di non comprendere appieno la complessità dell'istituzione familiare intesa come forma di organizzazione dei rapporti umani.

Staats. Im Anschluss an Lewis H. Morgans Forschungen, Berlino, II edizione, 1949, che riproduce la quarta edizione – ed ultima curata da Engels – del 1891).

In uno scritto intitolato proprio *I rapporti umani*, Natalia Ginzburg lamentava la difficoltà di costruire una soddisfacente relazione tra persone di sesso diverso, rilevando invece come sarebbe stato molto più semplice costruire un rapporto, e poi anche una famiglia, con una persona dello stesso sesso: «Ci rammarichiamo col nostro amico di non essere dello stesso sesso, perché ci saremmo sposati se fossimo stati di sesso diverso, per poter stare sempre insieme. Non avremmo avuto paura uno dell'altro, né vergogna, né orrore: così invece resta un'ombra sulla nostra vita, che adesso potrebbe essere anche felice: il non sapere se una persona dell'altro sesso ci potrà amare»³. Si tratta di un'affermazione che, nell'anno in cui il testo è scritto, appare saldamente legata al paradigma eterosessuale del matrimonio, come se non fosse possibile costruire una prospettiva diversa di famiglia.

Il matrimonio omosessuale, la *stepchild adoption*, la fecondazione assistita di tipo eterologo e la surrogazione di maternità costituiscono, al contrario, esempi di ipotesi diverse di famiglia, non limitate all'eventuale omosessualità dei componenti della coppia, ma coinvolgenti anche la dimensione della coppia eterosessuale che non possa procreare naturalmente (o artificialmente utilizzando il proprio materiale biologico).

Si tratta di casi che non soltanto interrogano sul piano contenutistico il testo costituzionale, e dal punto di vista operativo o dell'azione politica il legislatore, ma che rendono evidente come l'idea di famiglia emergente nella società in qualche misura possa eccedere il perimetro di quanto disposto dalla regolamentazione giuridica.

Si riscontra dunque, con riferimento alla famiglia, una sorta di ineffabilità dal punto di vista giuridico, una difficoltà a portare a sintesi la complessità dell'esperienza umana.

Non è il dilemma di Antigone stretta tra la legge interiore e quella formale: il diritto non sembra infatti opporsi al concetto di famiglia. Anzi, cerca in una qualche misura di determinarlo positivamente, con modalità sempre più aderenti ad una concezione della famiglia che

³ N. GINZBURG, *I rapporti umani*, in ID., *Le piccole virtù*, Einaudi, Torino, 1962 (successivamente ripubblicato da La Stampa, Torino, 2005, p. 89).

non risulti «nemica delle persone e dei loro diritti»⁴. Eppure vi è un'irriducibilità di fondo della famiglia al diritto che costituisce il dato da cui la presente indagine intende partire. In dottrina è stato rilevato come la dimensione familiare possa essere soltanto «lambita»⁵ dal diritto: questa apparirebbe la dimensione più rispettosa nei confronti dell'istituzione familiare: pregiuridica e non funzionalizzabile alle esigenze dello Stato.

Tuttavia oggi non appare più possibile analizzare la famiglia dal punto di vista della sua regolamentazione giuridica soltanto avendo riguardo alla prospettiva dell'evitamento di una sua funzionalizzazione. Vi è infatti una volontà di riconoscimento e regolamentazione giuridica che trasversalmente intercetta le aule dei tribunali e quelle parlamentari con l'obiettivo della promozione di diritti collegati alle nuove dimensioni assunte dalle relazioni familiari.

Il punto di vista della rivendicazione dei diritti appare particolarmente interessante in quanto è in grado di rilevare i limiti della concettualizzazione di un tema – quello della famiglia – che per certi versi appare difficilmente riducibile al solo profilo della sua conformazione attraverso il diritto ed il suo linguaggio.

In via preliminare, una prospettiva di *Law and Literature* può rivelarsi utile, perché permette di comprendere più esplicitamente il tema della questione⁶.

⁴ Secondo le parole di Corte cost. n. 494/2002, punto 6.1 del Considerato in Diritto.

⁵ La definizione della famiglia come «isola che il diritto può solo lambire è di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto* (1948), in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 241.

⁶ Una specificazione, all'interno della disciplina denominata come *Law and literature*, delle due prospettive di *Law in literature* e di *Law as literature* è presente in E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 128-129, laddove in particolare l'A. sottolinea come lo studio del diritto come letteratura nasca «dall'idea che il narratore delle storie sia pertinente agli studi giuridici poiché, come ha affermato Robert Cover "il diritto non è che una storia, come le altre, da interpretare". Lo *ius* è *in fabula*, allora, non solo quando le storie narrate dalla letteratura si occupano del diritto, ma anche nel senso del diritto in veste di storia narrata: *ius in fabula* = *ius sive fabula*» (la citazione interna è da R. COVER, *Justice Accused*, Yale University Press, New Haven 1950, 1-7). Per una ricognizione d'insieme sul movimento denominato "Diritto e Letteratura", v. C. FARALLI,

Essa può infatti essere utilizzata per un primo inquadramento del tema che in questa sede viene trattato. Vi sono, infatti, due passaggi letterari, l'uno appartenente ad *Anna Karenina* (Tolstoj) e l'altro a *Divorzio a Buda* (Márai) che evidenziano in modo molto chiaro la complessità dell'esperienza familiare e la difficoltà, per il diritto, di entrare pienamente in contatto con essa.

Il primo è il celebre incipit che rimarca la complessità della dimensione familiare: «Tutte le famiglie felici si somigliano; ogni famiglia infelice è invece disgraziata a modo suo»⁷.

Il secondo, contiene la seguente domanda: «Ma chi era in grado di giudicare una famiglia nel suo intimo?»⁸.

Questi due passaggi evidenziano da un lato la dimensione della problematica ricognizione della complessità (spettante *in primis* al legislatore) e dall'altro la dimensione del giudizio sui casi concreti che possano porsi all'attenzione del giudice (vincolato dal divieto di *non liquet*), attribuendo in entrambi i casi – attraverso il *medium* dell'opera letteraria – un carattere di universalità all'esperienza umana della famiglia.

La stessa prospettiva di Law and literature, nella specifica accezione di Law *as* literature, può essere utilizzata per formulare un preliminare chiarimento del metodo con cui è svolta la presente trattazione.

La struttura di una narrazione per frammenti è stata identificata come l'unica possibile modalità di ricostruire l'esperienza complessa della post-modernità. Il verso conclusivo de *La terra desolata* di T.S. Eliot «These fragments I have shored against my ruins»⁹, lungi dal costituire l'attestazione di un fallimento, inaugura una nuova modalità di accostarsi al reale attraverso la comprensione della pluralità di mondi

Le origini di "Diritto e Letteratura" nel realismo americano, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2012; con riferimento al panorama di studi italiano sul tema, v. M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura in Italia, stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2009.

⁷ L. TOLSTOJ, *Anna Karenina*, incipit, Einaudi, Torino, 1974. La traduzione proposta è quella di Leone Ginzburg.

⁸ S. MÁRAI, *Divorzio a Buda*, Adelphi, Milano, 2002, p. 47.

⁹ «Con questi frammenti ho puntellato le mie rovine», T.S. ELIOT, *La terra desolata. Frammento di un agone. Marcia trionfale*, (trad. italiana di M. Praz), Einaudi, Torino, 1965.

che l'esperienza concreta disvela quotidianamente. È proprio attraverso la raccolta di questi "materiali" che si tenterà di fornire una ricostruzione dell'esperienza giuridica familiare attraverso la lente del diritto costituzionale.

CAPITOLO I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1 La percezione di un'insufficienza. – 2. Alcuni spunti derivanti dalla teoria istituzionale. – 3. La famiglia sotto la lente del diritto pubblico. – 4. La famiglia tra funzionalismo ed istituzionalismo. – 5. Il modello costituzionale tra letture originaliste ed evolutive. – 6. Alcuni percorsi possibili. – 6.1. La prospettiva di Law and literature: un primo sguardo. – 6.2. Le finzioni nel diritto: un'ipotesi applicativa. – 7. Universalismo e comparazione nell'approccio giuridico alla famiglia. – 8. Elementi di "crisi" e strumenti per una loro sistematizzazione.

1. *La percezione di un'insufficienza*

Di fronte al tema della famiglia, le risposte che ha fornito il diritto sono molteplici. Ponendosi sul versante del diritto costituzionale, il primo elemento di difficoltà è rappresentato dal fatto che i fondamenti per così dire "operativi" appartengono ad un'altra branca del diritto (il diritto privato e, più specificamente, il diritto civile ed in particolare il diritto di famiglia).

I principi costituzionali appaiono, inoltre, del tutto interiorizzati da parte del diritto di famiglia, al punto da ritenere una sorta di odioso retaggio culturale ragionare in termini di rilevanza pubblicistica della stessa.

La sensazione è dunque quella di una attuale incapacità (di una insufficienza, appunto), del diritto pubblico e costituzionale a fornire strumenti utili per una progressione del dibattito scientifico in tema di famiglia. La privatizzazione del diritto familiare, e dunque l'acquisita autonomia di disciplina rivendicata dalla dottrina privatistica – che ampiamente ed in modo puntuale fa ricorso ad una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni attinenti ai rapporti familiari – sembra in una qualche misura limitare la portata del contributo che la dottrina costituzionalistica possa fornire.

Nella consapevolezza di chi scrive, il legame tra diritto pubblico e

diritto privato rispetto alla disciplina della famiglia non può risolversi in una contrapposizione ma, al contrario, in una positiva compenetrazione.

Se, sul versante privatistico, ciò è avvenuto attraverso una lettura delle norme di diritto privato e di famiglia nel solco di quella che è stata definita come la «legalità costituzionale»¹, sul fronte del diritto costituzionale appare necessario individuare gli elementi di autonomia rispetto al diritto privato nella trattazione della famiglia.

Si è ritenuto di poterli rinvenire nella distinzione tra istituto ed istituzione.

2. *Alcuni spunti derivanti dalla teoria istituzionale*

Gli istituti di diritto privato sono identificabili con il regime giuridico attribuito ad alcune vicende della vita familiare singolarmente intese quali, a titolo esemplificativo, il matrimonio e la filiazione. Essi dunque costituiscono la pura traduzione in termini giuridici della «vitalità» dell'istituzione familiare, ossia del fenomeno sociale e della sua capacità di entrare in contatto con l'istituzione stessa.

Si è ritenuto, pertanto, di poter recuperare tale spunto, per l'utilità che riveste sotto il profilo principalmente descrittivo.

Ne *L'ordinamento giuridico*, Santi Romano fornisce una serie di definizioni di istituzione. Si tratta di una pluralità di momenti, all'interno del testo, in cui l'Autore precisa il significato di un concetto – indubbiamente sfuggente e problematico, anche perché legato a quello di ordinamento giuridico (fino al punto di fondersi con esso) – ed esprimibile in modo chiastico, per cui «ogni ordinamento giuridico è un'istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria e assoluta»².

¹ Così P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 914 e ss.

² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1946²), Sansoni, Firenze, rist. 1977, pp. 22-23. Alle critiche di indeterminatezza rivolte al concetto di istituzione così configurato, l'A. risponde alla nota n. 30-*bis* a p. 33, ribadendo come l'istituzione si configuri come un «concetto fondamentale e, nello stesso tempo, elementare, senza il quale non

Tra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico «unitariamente e complessivamente considerato» vi è dunque una «perfetta identità»³, cosicché l'istituzione si configura come «ordinamento giuridico obiettivo»⁴.

Ai nostri fini, la problematica equazione tra istituzione ed ordinamento⁵ assume tuttavia minore interesse rispetto allo sforzo definitorio con cui S. Romano prosegue nell'identificazione delle varie sfaccettature del concetto di istituzione, in particolare con riferimento al rapporto tra quest'ultima e il concetto di istituto giuridico.

Se per istituzione si intende «ogni ente o corpo sociale»⁶, con il concetto di istituto giuridico si identificano «i vari rapporti o norme singole che, in vista della comune figura dei caratteri tipici che presentano, vengono raggruppati assieme solo concettualmente»⁷.

L'istituzione non può mai risolversi «in un singolo rapporto o in più rapporti giuridici determinati», poiché essa si configura come «diritto obiettivo», ed «è diritto obiettivo poiché è un ente, un corpo sociale che ha, nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta,

se ne possono intendere altri che lo presuppongono, come ad esempio quell[o] di famiglia».

³ Ivi, p. 28.

⁴ Ivi, p. 29.

⁵ Su cui, per tutte, v. le considerazioni di A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1962, pp. 183-184, ove è rilevato che secondo la teoria istituzionale non sembra esserci «alcuna differenza qualitativa o strutturale tra l'ordinamento statale e gli altri ordinamenti», omettendo di considerare che «soltanto nel "potere" dello Stato si attua quella completa equazione della forza e del diritto che gli antichi teorici avevano indicato col nome di sovranità».

⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29. Questa definizione si scompone ulteriormente in quattro differenti sfaccettature, che ne valorizzano gli elementi di esteriorità-visibilità (p. 29); la natura sociale e non puramente individuale (p. 31); l'individualità dell'istituzione, nel senso che essa, in sé e per sé, costituisce un ente chiuso; il rappresentare un'unità ferma e permanente (p. 33).

⁷ Ivi, p. 30. Nella nota n. 30, alla stessa pagina, l'A. rileva come taluni Autori non distinguano o confondano i due concetti di istituzione e di istituto giuridico. A questo proposito, egli fa riferimento alla identificazione, da parte di B. Croce, della famiglia come «istituzione in senso stretto»: qualificazione che non convince Romano il quale, nella stessa nota, dà ad intendere che il concetto di istituzione si presti ad un ventaglio di ipotesi applicative più ampio della diade famiglia-Stato.

obiettiva. Essa implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici. L'istituzione è dunque «unità», mentre «il rapporto giuridico o non giuridico, postula la pluralità»⁸.

Viene inoltre precisato che non basta, affinché sorga un'istituzione, «l'esistenza di più persone collegate tra loro da semplici rapporti, ma occorre che tra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico». In sostanza, «è necessario che si formi una superstruttura sociale, da cui non solo i rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati»⁹. A questo punto, S. Romano sottolinea come non possa darsi un'istituzione costituita «soltanto da due persone, poiché queste resteranno sempre due individualità, che non avranno modo di costruirne una». La perentorietà di questa affermazione è tuttavia subito mitigata dal rilievo per cui «ci possono essere istituzioni in cui l'elemento personale sia rappresentato da due sole persone, senonché in tale caso è necessario che tale elemento sia sia integrato da qualche altro, che abbia quell'efficacia coesiva e unificatrice che altrimenti mancherebbe». E questa è appunto «la società coniugale che, considerata in sé e per sé, non sarebbe che un rapporto, [ma che] può assumere e di regola assume la figura giuridica di una famiglia, cioè di un'istituzione»¹⁰.

Questa affermazione può essere contestualizzata in base a due ulteriori elementi: Romano, infatti, poco dopo, afferma che «la famiglia romana, le dinastie regnanti, le famiglie dell'alta nobiltà fornite, in taluni paesi, di larga autonomia, la famiglia moderna, non possono certamente confondersi in un'unica categoria, ma sono tutte istituzioni» e, in nota, richiama esplicitamente, con riferimento alla famiglia mo-

⁸ Ivi, p. 55.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Ivi, p. 56.

derna come organizzazione sociale, il volume – (quasi) coevo rispetto alla prima edizione de *L'ordinamento giuridico* – di A. Cicu¹¹.

Sembra tuttavia possibile ammettere come S. Romano, pur rinviando alla dottrina organica ed intrisa di funzionalismo di Cicu (della quale si dirà *infra*), ne ammetta in qualche misura il superamento. Vi è infatti un passaggio particolarmente significativo nel punto in cui Romano articola la sua riflessione sulla famiglia come istituzione. Si tratta del momento in cui si precisa come, pur non potendosi dare un'istituzione in cui l'elemento personale sia costituito da due persone, il caso della società coniugale faccia eccezione, poiché l'elemento personale in essa risulta «integrato con qualche altro», che determini «quell'efficacia coesiva e unificatrice che altrimenti mancherebbe»¹². La famiglia come istituzione si configura dunque come «un'unità continua», un «corpo sociale i cui elementi variano secondo la sua costituzione, che è stata ed è differente secondo i luoghi e i tempi». E ciò avviene «sia per l'intervento del diritto statutale, che l'organizza su una base qualsiasi, per esempio, riconoscendo al marito la qualità di capo sia, anche prescindendo da ciò, per la natura stessa degli scopi da perseguire, ai quali gli individui si subordinano, sia per la possibile e normale prosecuzione oltre i coniugi, pel legame che unisce i suoi membri presenti a quelli passati e ai futuri»¹³.

Risulta particolarmente significativa, in quest'ultima proposizione, la quasi perfetta alternanza tra elementi di conservazione ed elementi di modernità rispetto ad una “lettura” della famiglia in chiave istituzionale. Vi è infatti il rinvio alla possibile (quanto più probabile) organizzazione della famiglia attorno all'autorità del capo (che risulta tale non in relazione ad un retaggio di tipo ancestrale, ma per determinazione del diritto statutale, che sceglie questo all'interno di una pluralità di modelli attuabili) e alla possibile e normale prosecuzione oltre ai coniugi (che identifica il matrimonio come il rapporto da cui traggono origine la famiglia legittima e la prole che essa intenda accogliere al

¹¹ Ivi, p. 56, in nota n. 47 è presente il rinvio ad A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, nell'edizione Athenaeum, Roma, 1915, ora in ID., *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1914), Arnaldo Forni Editore, Sala Bolognese, 1978.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

suo interno). I caratteri di «unità continua» e di «corpo sociale» che assume la famiglia e che permettono di considerarla un'istituzione, prescindono tuttavia dall'intervento legislativo statale, che pure ha il fondamentale compito di definirne l'organizzazione. Essa sembra potersi realizzare su di una pluralità di basi, come dimostra il fatto che gli elementi dell'istituzione-famiglia possono variare «secondo la sua costituzione, che è stata ed è differente secondo i luoghi e i tempi».

Non si vuole naturalmente andare oltre i limiti del testo, né riconoscere come il punto di partenza del ragionamento di Santi Romano sulla famiglia come istituzione parta dal rilievo per cui la società *coniugale* non possa essere considerata un rapporto qualsiasi.

Il presupposto culturale di tale ragionamento è rappresentato chiaramente dalla famiglia legittima, e cioè dalla “famiglia moderna” delineata da Cicu. È tuttavia significativo notare come S. Romano non faccia derivare dal matrimonio (e dunque, dal *rapporto* in sé e per sé considerato) gli elementi di «efficacia coesiva e unificatrice» che egli considera come caratterizzanti la famiglia come istituzione. Essi, infatti, discendono da un duplice impulso di organizzazione: a) quello degli individui che, dando origine ad una famiglia, determinano l'insorgere di un'unità continua tra i suoi membri (anche in una dimensione intertemporale) e dimostrano con ciò di volersi in qualche misura subordinare alle logiche di esistenza e funzionamento dell'autonomo corpo sociale del quale andranno a fare parte; b) quello del diritto statale, suscettibile di organizzare la famiglia «su una base qualsiasi».

Il rilievo per cui «c'è una parola (...) necessaria e sufficiente per chiarire la natura dell'istituzione, ed è la parola organizzazione»¹⁴ e quello, espresso più oltre nel testo, per cui la famiglia, *anche prescindendo* dall'intervento del diritto statale, per la natura stessa degli scopi da perseguire e ai quali gli individui si subordinano, si configura come «un'unità continua», sembrerebbe valorizzare il momento organizzativo in qualsiasi modo esso si determini: sia per un impulso individuale-volontaristico (che ne rappresenterebbe in qualche misura il momento “ideale”); sia per la prospettazione da parte dello Stato di una serie di regole di organizzazione. Senza, dunque, che debba necessariamente svolgersi un'azione combinata tra questi due momenti.

¹⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33.

Non sembra opportuno, in questi termini, ragionare nel senso di una distinzione tra naturalità ed artificialità della famiglia, anche e proprio per il rilievo accordato da S. Romano all'elemento dell'organizzazione (e alle sue numerose e potenziali variabili), che sposta il centro dell'attenzione sui profili di regolazione ad essa applicabili.

Questa impostazione svela in modo molto evidente la problematica identificazione ideata dai Costituenti tra istituzione matrimoniale e vincolo coniugale, che omette di considerare gli elementi ulteriori e qualificanti dell'istituzione familiare (e che sembrerebbero astrattamente poter prescindere anche da esso): su tutti, l'ideale prosecuzione nel tempo ed il legame intertemporale tra coloro che vi fanno parte, ragion per cui ogni individuo si colloca e trova il proprio posto nella linea temporale della discendenza, oltre che nella trama della parentela e dell'affinità.

3. La famiglia sotto la lente del diritto pubblico

La famiglia, dunque, appare tradizionalmente configurarsi come fatto sociale e giuridico ad un tempo¹⁵, presentando elementi di complessità che possono essere adeguatamente oggetto di studio anche da parte del diritto pubblico. Anzi, rispetto ad essa risultano poter essere messi a valore anche i caratteri di quest'ultimo oggetto di aspra critica da parte di V.E. Orlando, il quale nell'accostare gli studi di diritto pri-

¹⁵ Appare utile, in questa sede, fare riferimento ad una nozione "neutra" di tradizione, quale «ordine non progettato razionalmente dai singoli, ma che risulta dal complesso intreccio dei loro comportamenti ereditati, sedimentati, secondo un'evoluzione spontanea, attraverso le generazioni», v. I MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione. A proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *www.forumcostituzionale.it* (11 luglio 2008). Per uno sguardo sul valore emancipante dei momenti di "rottura" rispetto alla tradizione, v. V. MANCUSO, *Il mestiere di Pietro*, La Repubblica, 4 marzo 2013, per cui: «il processo che in Occidente ha portato alla crisi della tradizione (è) da giudicare come qualcosa di necessario e di positivo, una tappa imprescindibile della lunga marcia dell'umanità verso la libertà. Esattamente come le scoperte astronomiche che ora ci fanno sentire sperduti nel cosmo, ma è meglio persi in un'insensata odissea nello spazio che incatenati nell'illusione e nell'errore».

vato a quelli di diritto costituzionale, notava come «mentre lo studioso di diritto privato ha finito col considerare i principi giuridici come esistenze reali, a noi cultori di diritto pubblico appaiono come creazione dell'arbitrio, e, per naturale conseguenza, quella chiarezza, quella precisione, quella sicurezza che contraddistinguono lo studio di un rapporto di diritto privato, si mutano, nel campo del diritto pubblico, in incertezza, in oscurità, in confusione»¹⁶. E ancora, rilevava come nella sfera del diritto privato «le nozioni di personalità giuridica, di famiglia, di proprietà, di obbligazione non sono certo presupposti meno essenziali di quello che non lo siano l'idea di Stato, di sovranità, di governo, pel diritto costituzionale ed amministrativo. Eppure nessuno autore classico di diritto privato ha mai creduto indispensabile al suo studio di premettervi la teoria filosofica della proprietà o della famiglia o della personalità giuridica»¹⁷.

Questi rilievi critici rappresentano in modo plastico la differente impostazione che il diritto privato e il diritto costituzionale possono assumere in tema di famiglia. Quello che appare evidente è come spetti al diritto costituzionale elaborare le basi teoriche di sistema, addentrandosi – questo sì – in un territorio di «incertezza, oscurità e confusione», dovendo giocoforza confrontarsi con premesse storiche, antropologiche, etiche e con la loro rielaborazione (quando non messa in discussione) da parte delle scienze sociali.

In questa prospettiva, valgono le parole di M. Bloch, per cui il di-

¹⁶ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, Modena, 1925, p. 11. Più oltre, a p. 16, si precisa che: «ciò che censuriamo, ciò che è stato essenziale al fisiologico sviluppo del diritto pubblico non è già il servirsi sussidiariamente del criterio fisiologico o del criterio esegetico, ma bensì il non aver tenuto distinti ed autonomi ordini scientifici diversi» e «lo aver dimenticato che altro è diritto altro è filosofia, altro scienza del diritto, altro scienza delle leggi. Noi censuriamo che col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza del diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofia con pezzetti di storia, di politica, di economia ecc.». Per una riflessione sullo «specifico disciplinare» delle materie giuspubblicistiche, v. S. SICARDI, *La scienza costituzionalistica italiana*, in *Diritto e Società*, 4/1999, p. 637 e ss.

¹⁷ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., p. 9.

ritto «nel senso stretto della parola è l'involucro formale di realtà in sé troppo varie per fornire con profitto l'oggetto di un unico studio; ed esso non ne esaurisce nessuna. Per penetrare per esempio a fondo della vita della famiglia (...) sarà mai sufficiente enumerare, gli uni dopo gli altri, gli articoli di un qualsiasi diritto familiare?»¹⁸.

4. *La famiglia tra funzionalismo ed istituzionalismo*

L'ipotesi di lavoro che in questo scritto si intende perseguire vorrebbe sollecitare una più compiuta riflessione sul duplice versante (individuale ed istituzionale) in cui può essere affrontata la riflessione giuridica sulla famiglia. Questa affermazione necessita di essere precisata, con particolare riferimento alla distinzione intercorrente tra un approccio di tipo funzionale o istituzionale rispetto al fenomeno familiare.

Il funzionalismo si collega ad una visione organicistica della famiglia, come struttura sociale servente rispetto alle finalità perseguite dallo Stato¹⁹. Risulta pacifico come, con l'introduzione della Carta costi-

¹⁸ M. BLOCH, *Apologia della storia o mestiere di storico*, Einaudi, Torino, 1969, pp. 130-131.

¹⁹ Per cui, secondo A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1914), Arnaldo Forni Editore, Sala Bolognese, 1978, p. 85, è possibile parlare di «costituzione organica della famiglia», qualificata come «organismo etico» al pari dello Stato. A giudizio di Cicu, la famiglia si caratterizza per un «vincolo reciproco d'interdipendenza personale; il che significa che manca nei rapporti familiari l'indipendenza, la libertà, l'autonomia, che contraddistinguono i rapporti, specie i patrimoniali, del diritto privato». Vi è interdipendenza, «perché nell'ambito dei bisogni che la famiglia è chiamata a soddisfare, vi è destinazione reciproca» in una dimensione in cui «il dovere sopraffà la persona in quel che è espressione d'indipendenza, e cioè nella libertà di volere ed agire: il dovere qui si presenta come antecedente anziché come conseguente; non è riconducibile alla libertà, volontà, responsabilità, ma le sovrasta. In ciò sta l'essenza di ogni organismo: subordinazione delle parti ad un fine con assegnazione di funzioni». Per una lettura evolutiva del contributo di A. Cicu, aggiornato agli scritti dell'ultima fase della sua produzione scientifica, v. V. FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, in *Il Foro italiano*, Vol. 100, V, 1977, pp. 85-86, che ricorda come A. Cicu compia «un'importante operazione teorica» provvedendo a spostare il diritto di famiglia dalla zona del diritto privato, a cui veniva attribuito dalla sua appartenenza al co-

tuzionale, questo approccio debba intendersi completamente superato²⁰.

Nella prospettiva dell'istituzionalismo si ha invece un recupero della consistenza e del rilievo, nonché del valore autonomo, delle formazioni sociali (e dunque, anche di quella familiare) attraverso l'elaborazione del concetto di istituzione²¹. Quest'ultima, è costituita da ogni ente o corpo sociale ed è individuabile sulla base delle seguenti caratteristiche: a) deve avere «un'esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile»: e perciò essa è anche definibile come «un "corpo" sociale»; b) «è un ente o un corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo» ; c) «è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità»; d) è «un'unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, pel mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi messi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, delle sue norme, e così via. Essa può rinnovarsi, conservandosi la medesima e mantenendo la propria individualità: da ciò deriva la possibilità di considerarla come un corpo a sé stante, di non identificarla

dice civile, verso la zona del diritto pubblico», operando così una «contaminatio» fra le categorie pubblico-privato poiché «configura il negozio giuridico nel diritto familiare come atto di potere, efficace dunque a produrre effetti giuridici, ma che "inversamente a quanto avviene nel diritto privato" è capace di produrre quegli effetti solo in via eccezionale , cioè quando coincide con il dovere».

²⁰ Di conseguenza, deve ritenersi «non più attuale (...) la tesi, affermata intorno agli anni '40, che individuava nella materia connotati pubblicistici: in virtù dell'interesse pubblico alla formazione della famiglia su certe basi e con particolari caratteristiche, in quanto cellula fondamentale dello Stato (...); per la natura "superiore" degli interessi in gioco (quelli familiari) che si riteneva giustificare una penetrante ingerenza dello stato nei rapporti di famiglia». Questa visione della famiglia, legata alle sorti del regime fascista, è venuta meno con la prospettiva, accolta dal testo costituzionale, per cui è «compito dello Stato realizzare le condizioni necessarie per favorire la nascita e lo sviluppo dei rapporti familiari ed il pieno godimento dei rapporti che da essi scaturiscono», così T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1-2.

²¹ Per una definizione aggiornata del concetto di istituzione, v. M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione*, Carocci, Roma, 2011 e M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

con ciò che può essere necessario a darle vita, ma che, dandole vita, si amalgama in essa»²². Questa ultima proposizione risulta ripresa da Mortati, laddove definisce l'istituzione come il «termine convenzionale adottato dalla dottrina moderna per designare il fattore che "istituisce", che cioè fonda e regge l'ordine giuridico, perché non gli fornisce solo il sostrato materiale costituito dai comuni bisogni ma gli offre la salda ossatura necessaria a sostenere le membra, quale risulta dall'intima struttura associativa impressa al gruppo dalla distribuzione delle forze e controforze, dalle azioni e reazioni che in esso operano e che valgono ad assicurare, pur nel mutare delle situazioni contingenti, la fedeltà al suo fine. Così intesa, l'istituzione appare sinonimo di "costituzione", nel significato più proprio di fondamentale legge di vita di

²² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., rispettivamente alle pp. 37, 38 e 39. È importante rilevare come l'A., nel rispondere (ivi, pp. 39-40, in nota n. 30-*bis*) alle critiche di indeterminatezza rispetto al concetto di istituzione così elaborato, sottolinei come per definire l'istituzione «sarebbe bastato dire che essa è un ente o corpo sociale, omettendo tutte le altre precisazioni che ho aggiunte, giacché ogni giurista non può non avere il concetto di ente o corpo sociale, che è un concetto fondamentale e, nello stesso tempo, elementare senza il quale non se ne possono intendere altri che lo presuppongono, come, ad esempio, quelli di famiglia, di "ente di fatto", di persona giuridica, almeno nelle figure che le persone giuridiche presentano di solito nel diritto moderno». Appare dunque una non immediata sovrapposibilità del concetto di famiglia a quello di istituzione, in quanto la prima presupporrebbe il secondo. Questa sfumatura risulta di più immediata comprensione laddove l'A. si sofferma sulla compenetrazione tra l'elemento dell'organizzazione sociale e l'acquisizione, da parte di ciò che risulta socialmente organizzato, di un carattere giuridico, da cui deriva che «il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene uniti i vari elementi da cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali», e pertanto, «potrebbe non essere inesatto concepirla come il corpo, l'ossatura, la membratura del diritto, ciò non toglie che quest'ultimo non sia da essa separabile, né materialmente né concettualmente, così come non si può distinguere la vita dal corpo vivente. Non sono due fenomeni che stanno in un certo rapporto, che si seguono l'un l'altro; è invece il medesimo fenomeno», ivi, pp. 46-47. Queste considerazioni risultano di particolare importanza per comprendere appieno l'affermazione che si ritrova più avanti nel testo, per cui la «famiglia come istituzione di diritto privato non si intende o si intende male se si prescinde dalla nozione più larga di ordinamento giuridico» (ivi, p. 97).

cui nessun gruppo può fare a meno perché è essa che, rimanendo costante nel tempo, presiede al suo svolgimento e lo caratterizza»²³.

Nella teoria istituzionalista di M. Hauriou, la famiglia (insieme allo Stato, alla Chiesa, ai sindacati e all'impresa) è collocata all'interno di quelle che sono definite «istituzioni-persone». Esse si caratterizzano per l'essere costituite sulla base di un'idea; per la conseguente creazione di una organizzazione atta a realizzarla; per lo specifico orientamento comune dei membri del gruppo sociale con riferimento all'idea da realizzare²⁴.

L'approccio istituzionale, in questo senso, permette di superare anche la concezione del diritto come sovra-struttura della società, qualora «la società si assuma nel suo senso più proprio di insieme di soggetti raccolti intorno ad un principio ordinatore»²⁵.

²³ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Tomo I, Cedam, Padova, 1969, p. 8.

²⁴ M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini-Sforza, Giuffrè, Milano, 1967, p. 14. Risulta significativo come la teoria istituzionalistica si configuri come applicabile anche alla dimensione del contratto, come testimoniato dalla dottrina dell'imprevidenza elaborata dal Conseil d'Etat, *ivi*, p. 47 e su cui v. anche H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprevision*, in *Revue internationale de droit économique*, n. 3/2001, pp. 339-373, in particolare al § 1.2.1., ove è precisato che «Le point de départ de l'approche d'Hauriou est bien sûr la jurisprudence du Conseil d'État qui a admis la théorie de l'imprevision en 1916 sous la forme d'une indemnisation versée au concessionnaire afin de rétablir l'équilibre financier de ce contractant et prévenir ainsi l'interruption du service public. C'est donc apparemment l'objectif de continuité du service public qui justifie l'adaptation des relations contractuelles entre les deux parties, l'équilibre financier (et non pas l'équilibre contractuel) en étant l'instrument. Selon Hauriou, la dimension institutionnelle de ces contrats administratifs explique l'application de la théorie de l'imprevision» (articolo consultabile al seguente url: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>).

²⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Tomo I, cit., p. 10.

Da ultimo, è possibile dare conto di una più recente prospettiva di tipo neo-istituzionale²⁶.

²⁶ Per una definizione di neoistituzionalismo come approccio scientifico che analizza la «centralità delle istituzioni e del loro ruolo nella spiegazione/interpretazione dei fenomeni sociali», v. M. VAIRA, *Dove va il neoistituzionalismo? Alcune riflessioni su recenti sviluppi e i problemi aperti dall'analisi istituzionale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 1/2003, p. 123; per una definizione delle istituzioni come «insiemi di regole, norme formali o informali che definiscono il comportamento specifico che si deve seguire in determinate attività della vita sociale – da quelle familiari a quelle economiche e politiche», v. C. TRIGILIA, *Cultura, istituzione e sviluppo. La lezione di Max Weber e il neo-istituzionalismo*, in *Stato e Mercato*, n. 2/2015, pp. 265-266. In tema, v. N. MACCORMICK, O. WEIBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Springer Business & Media, 1986 su cui, in commento, cfr. C. FARALLI, *Introduzione a La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2005, che sottolinea come la premessa di tale teoria neoistituzionalistica sia «costituita dal riconoscimento dell'inadeguatezza del giuspositivismo, che impiega nozioni "ideali" poste al di fuori del mondo dell'essere e perde di vista il fatto che il diritto è profondamente calato nella realtà» e S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 132, per cui, in questa prospettiva, «la considerazione del fenomeno giuridico come un insieme di norme non è sufficiente a cogliere la complessità degli ordinamenti positivi»; per un quadro più generale, v. F. PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008 e ID., *All'origine dell'istituzionalismo giuridico: la concezione del diritto in Emile Durkheim*, in *Diritto Pubblico*, 1/2012, p. 313, in cui si sottolinea che «È vero che possono prodursi sfasature tra il diritto e le sottostanti regole morali (...) ma alla lunga il sistema giuridico viene sempre armonizzato alla visione etica socialmente condivisa». Si sofferma sui punti di contatto tra la dottrina di Santi Romano e il neoistituzionalismo giuridico prevalentemente di stampo angloamericano M. BARBERIS, *Santi Romano, Il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2011, p. 353 e ss. Da ultimo, v. M.L. TARANTINO, *Istituzionalismo e neoistituzionalismo. Questioni e figure*, Giuffrè, Milano, 2011. Per un approccio definibile come neo-istituzionale ai temi della famiglia, v. F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, in particolare a p. 123, per cui: «I rapporti familiari assumono un rilievo fondativo, perché immettono nell'organizzazione sociale e politica la "materia prima" da cui questa è costituita e continuamente rinsaldata, e cioè quell'ethos solidale ed anzi amicale che nella famiglia ha le tinte vivide dell'amore e che, pur perdendo di intensità, deve permeare, in questo orizzonte culturale, anche il legame sussistente tra i membri della polis»: in questo senso, dunque, il «primato della famiglia istituzionalizzata discende dall'impostazione personalistica che è espressa dall'art. 2 Cost.» e in cui «la dimensione sociale è origina-

Al pari di quello istituzionale, tale approccio muove dalla «affermata coesistenzialità di società e diritto»²⁷ e dalla definizione di istituzione quale «entità complessa sottostante all'insieme della norme che ne regolano le strutture ed i comportamenti»²⁸. Oggetto di interesse da parte degli studi di carattere neo-istituzionalistico è costituito dal condizionamento esercitato dalle istituzioni sui singoli, in un contesto caratterizzato da una «relazione dialettica» in cui «la famiglia è strumentale allo sviluppo della persona e del pluralismo e, nello stesso tempo, il pluralismo (istituzionale, sociale, politico-ideologico) è un valore dell'ordinamento ed è finalizzato alla tutela della persona. Per questa ragione, esso può essere limitato ove il potere privato, che in esso si realizza, finisca per comprimere i diritti inviolabili dell'uomo»²⁹.

Posto che, alla luce del principio personalista accolto in Costituzione, «non può ritenersi codificata la superiorità della comunità intermedia suoi componenti»³⁰, ci si può chiedere in quale misura l'approccio di tipo neoistituzionale possa aggiungere elementi nuovi nella prospettiva di una trattazione della famiglia dal punto di vista del diritto costituzionale.

Ci pare di poter identificare una direttrice di indagine in questo

ria per l'uomo e ne avvince strutturalmente le libertà ai doveri di solidarietà e di responsabilità nella costruzione del bene comune»; sul versante privatistico, v. A. RENDA, *Il matrimonio civile, una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013 e ID. *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2014, pp. 1025 in cui, significativamente il matrimonio è qualificato come un istituto collocato «entro un diritto privato di interessi indisponibili». In senso analogo, v. L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 104, che sottolinea come l'autonomia della famiglia sia oggetto di protezione, «benché questa protezione possa essere realizzata anche per il tramite di una riduzione dell'autonomia dei privati».

²⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Tomo I, cit., p. 11.

²⁸ Ivi, p. 23. In questo senso, v. anche, a p. 11, la notazione per cui risulta accettabile la formula *ubi societas, ibi ius*, la quale esprime una identificazione tra gruppo ordinato e diritto, mentre la stessa, a termini invertiti (*ubi ius, ibi societas*) sarebbe da accogliere soltanto ove si aderisse all'opinione della «inestensibilità della categoria del giuridico alla vita degli individui, singolarmente considerati».

²⁹ L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, cit., p. 104.

³⁰ G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 161.

senso: nel rinnovato interesse per una compiuta identificazione delle coordinate dell'istituzione familiare e della capacità di quest'ultima non solo di ingenerare comportamenti di adattamento ad essa, ma anche di recepire istanze, se non di mutamento, almeno di conformazione a nuovi assetti determinatisi all'interno della società e che richiedono di poter partecipare del rilievo istituzionale della stessa³¹.

In questa prospettiva, è forse possibile problematizzare l'assolutezza dell'affermazione per cui «non si può (...) parlare del diritto di famiglia come di una “zona di confine” fra diritto privato e diritto pubblico»³².

5. *Il modello costituzionale tra letture originaliste ed evolutive*

Il nodo relativo all'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione, sciolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010³³ attra-

³¹ Si è, pessimisticamente, fatto riferimento all'interno di questo contesto, anche ad «una sorta di neoistituzionalismo per via giudiziaria», in base al quale i diritti sono pre-scritti nella cultura, nella coscienza diffusa...e poi riconosciuti dai giudici sulla base di un testo costituzionale reso, in via interpretativa, sempre più labile», M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 48.

³² T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 2; analogamente v. M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3/2015, pp. 578-579, che valorizza il processo di privatizzazione e contrattualizzazione delle relazioni familiari, avente carattere progressivo e che esprime una «chiara linea di politica legislativa, coerente con il solenne principio di autolimitazione posto nell'ordinamento costituzionale italiano dall'art. 29 Cost., attraverso il riferimento alla famiglia come “società naturale”», per cui «da nessun punto di vista la Costituzione consente una forzatura sulle strutture che la famiglia ed i suoi componenti ricevono dal costume e dal sentire sociale sugli intenti e modalità di vita che in ogni nucleo familiare (e a fortiori dopo la definitiva cessazione del rapporto coniugale) si realizzano per autonoma decisione dei singoli individui»; su questo punto v. altresì P. ZATTI, *Familia, familiae, declinazione di un'idea*, in *Familia*, 1/2002, p. 17.

³³ Sulla quale v., *infra*, più diffusamente, Cap. III, § 2. Sulla definizione costituzionale di famiglia come società naturale fondata sul matrimonio la dottrina costituzionalistica ha avuto modo di avviare un vivace dibattito nell'imminenza del pronunciamento della Corte costituzionale sulla vicenda del matrimonio omosessuale, sulla quale v. R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, P. VERONESI, *La «società naturale» e i*

verso l'utilizzo dell'argomento originalista, non ha determinato la chiusura del dibattito sulla visione costituzionale della famiglia, ovvero sulla possibile interpretazione sistematica dello stesso articolo in relazione ad altri (artt. 2 e 3 Cost.), alla luce del principio personalista e di quello di eguaglianza, con effetti non limitati al solo matrimonio, ma tali da riverberarsi sulla pluralità degli istituti familiari.

Questa possibile concezione "aperta" di famiglia, in grado di superare i confini interpretativi dell'articolo 29, ma anche i divieti stabiliti dall'ordinamento (come il ricorso alla surrogazione di maternità) riceve avallo sul fronte giurisprudenziale, attraverso l'utilizzo del principio dei *best interests* del minore combinato ad una nozione aperta di ordine pubblico.

La domanda che ci si pone è, dunque, se sia possibile riflettere sul versante istituzionale della formazione sociale-famiglia, nel senso di individuare le specifiche relazioni che la collegano all'ordinamento e alle sue finalità, nel rispetto della dignità e dei diritti dei suoi membri.

La sfida attuale per lo studioso del diritto costituzionale della famiglia è rappresentata dall'esigenza di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra l'interpretazione del testo costituzionale in materia di famiglia e le variabili (potenzialmente numerosissime, derivanti dalla concretezza dei casi che per primi i giudici si trovano ad esaminare) rispetto alle quali lo schema costituzionale viene di volta in volta sollecitato.

Il presente studio, pur considerando il rilevante apporto fornito dalle scienze sociali all'analisi dell'evoluzione delle relazioni familiari, ha l'obiettivo di considerare la famiglia innanzitutto come istituzione, e cioè come «fatto ordinato»³⁴ e dunque preso in considerazione dal diritto, determinando una sua emersione dalla realtà sociale e dagli atteggiamenti pratici degli individui.

suoi "nemici", Giappichelli, Torino, 2010 (e-book). La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, come è noto, ha accolto un'interpretazione di tipo originalista che si salda con la «tradizione ultramillenaria» per cui il matrimonio è costituito dall'unione tra un uomo e una donna. Per la dottrina in sede di primo commento a questa pronuncia v. B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di) *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.

³⁴ F. MODUGNO, *Istituzione* (voce), in *Enc. Giur.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 75.

Questo non significa aderire ad un'impostazione volta a cristallizzare le caratteristiche della famiglia. Se, infatti, nel concetto di istituzione risultano evidenti le caratteristiche di durata, permanenza e stabilità, questo non significa che essa debba considerarsi impermeabile alle trasformazioni della società³⁵.

La prospettiva che qui si accoglie è dunque quella di riflettere sulle trasformazioni sociali che interessano la famiglia non soltanto nella loro veste di *fatti* in grado di stimolare l'opera del legislatore, quanto piuttosto come il *prodotto* di modifiche normative di volta in volta intervenute.

È chiaro come questo angolo visuale, che è quello del diritto positivo, possa apparire parziale rispetto alla pluralità di modelli familiari che emergono dall'analisi della realtà sociale e che reclamano un riconoscimento giuridico e rispetto ai quali i giudici, di fronte alla concretezza dei casi da risolvere, non restano indifferenti. In questa analisi non saranno dimenticati. Nella presente fase sociale, giuridica, ordinamentale, appare tuttavia a chi scrive prioritario ragionare sui materiali normativi già esistenti, individuare le sollecitazioni ulteriori che possano provenire dall'interpretazione del testo costituzionale, al fine di fornire le coordinate attraverso cui il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, potrà intervenire.

L'attenzione sarà dunque prioritariamente rivolta al profilo dell'astrazione giuridica del fenomeno familiare (tanto sul livello costituzionale quanto al livello della legislazione ordinaria), nella consapevolezza che «la storia dell'uomo ha pur bisogno di astrazione, di schemi e tipi, che permettano di non dissolversi nell'unicità e irripetibilità di singoli fatti, ma di raccogliarli e ordinarli in categorie, e di orientarsi

³⁵ F. MODUGNO, *Istituzione* (voce), cit., p. 76 richiama infatti all'opportunità di considerare la visibile dialetticità dei concetti di diritto e società, rispetto ai quali il diritto come ordine precede la *societas* come ordinata: *l'ordo ordinans* precede logicamente *l'ordo ordinatus* e dunque lo *ius* costituisce il *prius* e la *societas* il *posterius*. Sul concetto di istituzione come «unità ferma e permanente» che «non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, nel mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi messi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, delle sue norme, e così via» e pertanto «può rinnovarsi, conservandosi la medesima e mantenendo la propria individualità», v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 39.

fra le incognite del futuro. Il diritto nasce proprio da questa necessità astrattiva, che riduce il caos della vita a casi applicativi di norme (...) I fatti non parlano diritto dal di dentro, ma ricevono diritto dal di fuori, da quei rotoli delle leggi, che sono risultato di astrazione e di lontananza interiore. E questo non è il contrario o l'opposto della vita, ma una forma essenziale e necessaria della vita»³⁶.

In questa prospettiva si intende esaminare problematicamente l'inevitabile rinvio all'intenzione originaria del costituente, con particolare riferimento al suo configurarsi quale limite interpretativo. Come è stato infatti rilevato, infatti, letture eccessivamente aperte del testo costituzionale pur «cariche di suggestive possibilità per l'interprete», suscitano l'interrogativo sul se «sovraccaricando le disposizioni costituzionali di significati che gli consentano di permanere oltre il "tempo" ed oltre il "testo" non si concorra paradossalmente ad accentuarne la debolezza nel presente. Se, di conseguenza, la caratteristica di eternità che si vorrebbe in quel modo accreditare alle disposizioni costituzionali, eliminando la loro corazza formale, non corra il rischio di dimostrarsi, nei fatti, la conferma più evidente della loro inadeguatezza nella contingenza storica, della loro crisi rispetto alle situazioni del presente»³⁷. In questa prospettiva, la non-svalutazione dell'intenzione

³⁶ N. IRTI, *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2016, pp. 8-9. Si può riscontrare una certa consonanza tra queste affermazioni e quelle di C. MAGRIS, *Davanti alla legge*, in M. MARCHESIELLO, R. NEGRO (a cura di), *Il diritto allo specchio della letteratura. Materiali di lettura per giuristi e non*, De Ferrari, Genova, 2010, p. 379 (testo originariamente pubblicato in *Nuova Antologia*, n. 2241, Gennaio - Marzo 2007) per cui sono «i valori freddi, l'esercizio del voto, le formali garanzie giuridiche, l'osservanza delle leggi e delle regole, i principi logici, a permettere agli uomini in carne e ossa di coltivare personalmente i propri valori e sentimenti caldi, gli affetti, l'amore, l'amicizia, le passioni e le predilezioni di ogni genere».

³⁷ A.M. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Jovene, Napoli, 1995, pp. 289-290. In quest'ottica, cfr. anche le considerazioni di M. DOGLIANI, *Il doppio "temperamento" del giuspositivismo nell'opera di Alessandro Pace*, in *Diritto Pubblico*, 2/2012, p. 732, per cui la «peculiarità dell'interpretazione costituzionale» va intesa con riferimento al fatto che «se i diritti e le scelte ordinamentali sono costruiti normativi esclusivamente storico-positivi; se il loro insieme è il contenuto di una decisione politica unitaria; se solo l'unitarietà di questa decisione garantisce ai diritti il carattere "sociale", di diritti propriamente "civili" e non di meri prolungamenti dello stato di natura... se così è, la conseguenza è che,

originaria del costituente assolve alla funzione di mantenere aperto uno spazio di analisi sui termini e le condizioni che definiscono l'«equilibrio instabile e sempre mutevole» che «contraddistingue il mondo del dover-essere giuridico, la c.d. realtà effettuale del diritto», con la conseguenza che «spetta alla elaborazione teorica sia dottrinale che giurisprudenziale verificare in ogni momento i mutamenti, le deformazioni o anche le rotture prodottesi, al fine di apportare le revisioni e gli adattamenti necessari a riportare a nuovo equilibrio e a nuova sintesi e unità l'ordine giuridico turbato»³⁸.

6. *Alcuni percorsi possibili*

Analizzare la famiglia nel suo rilievo istituzionale, ma anche nel suo configurarsi come ambito di realizzazione personale richiede di concentrarsi in via preliminare sulla configurazione dei rapporti tra individuo e Stato, tra individuo e collettività e tra individuo e famiglia³⁹.

nell'interpretazione della costituzione, i casi difficili vanno risolti riconoscendo la priorità del metodo originalista. Non si tratta di pietrificare la costituzione, ma di non procedere a forzature estranee a quella decisione unitaria, dotata di un interno equilibrio (e che, soprattutto, è una decisione selettiva, perché i valori positivamente percepiti sono radicalmente alternativi ad altri)».

³⁸ V. SCALISI, *Il diritto civile nelle «prolusioni» del secondo Novecento*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3/2014, p. 512. Considerazioni analoghe, se pure condotte in una prospettiva di diritto e letteratura, sono sviluppate da R.M. COVER, *Nomos and Narrative*, 97 Harv. Law Rev. 4, 1983-1984, p. 17, laddove viene evidenziata la differenza tra “precept” e “material universe”, e, ivi, p. 46, in cui si afferma come «The range of meaning that may be given to every norm – the norm’s interpretability – is defined, therefore, both by a legal text, which objectifies the demand, and by the multiplicity of implicit and explicit commitments that go with it. (...) To know the law – and certainly to live the law – is to know not only the objectified dimension of validation, but also the commitments that warrant interpretations».

³⁹ Da intendersi questi come ambiti interessati da una continua compenetrazione, come espresso in modo immaginifico, ma efficace da A. Moro in Assemblea Costituente, che definisce la persona umana come ciò che «non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato», in *Atti Ass. Costituente*, Vol. I, p. 593 e ss.

Gli Atti dell'Assemblea Costituente sono consultabili, in versione elettronica, su: <http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre%5Fsezionism%2F304>

La regolamentazione giuridica della famiglia, infatti, risulta espressione del modo con cui lo Stato intende porsi nei confronti di una struttura sociale dalle caratteristiche (anche) pre-giuridiche, e che pure appare in grado di costituire il primo livello di socialità (*principium urbis*⁴⁰), funzionale ad esprimere la sintesi tra individualità e collettività⁴¹. Le modalità con cui lo Stato regola la famiglia costituiscono pertanto un utile indicatore per definire la sostanza del rapporto tra Stato e individuo.

Un secondo livello di indagine è rappresentato dalla definizione delle potenzialità, ma anche dei margini dell'interpretazione degli articoli costituzionali sulla famiglia. Esso, essenzialmente si concentra sulle possibili risposte da dare alla domanda se si possa – e, nel caso in cui la risposta sia affermativa, fino a che punto – estendere la nozione costituzionale di famiglia, anche eventualmente in coordinamento sistematico con altri articoli della Costituzione, posto che la “pseudo-definizione” di essa contenuta nell’art. 29 Cost. nel suo tenore letterale sembrerebbe rivolgersi soltanto alla famiglia legittima⁴². Sotto questo

[%2F8964%2Fdocumentotesto%2Easp%3F](#), oppure facendo riferimento al sito www.nascitacostituzione.it attraverso il quale è possibile individuare le sedute di discussione in relazione ai singoli articoli oggetto di consultazione.

⁴⁰ Sulla famiglia come cellula originaria, cellula elementare necessaria di vita sociale, *principium urbis* in cui l'uomo trova impulso per educarsi al sentimento della solidarietà, oltre ad A. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 111 e ss., v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1969, Tomo II, p. 1056. In questo senso, v. anche L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile. Quarta edizione riveduta e aggiornata*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 164, che definisce la famiglia come «fucina dove si plasma la coscienza dell'individuo» e «nucleo sociale primordiale» che «esiste ancora prima dello Stato» e si configura come «il santuario, la palestra, la scuola dove si forgia l'individuo. Lo Stato la deve rispettare; deve tutelarne gelosamente l'integrità», ravvisando in questa esigenza la ragione per cui «il diritto di famiglia è largamente permeato dal diritto pubblico».

⁴¹ Sulla funzione del “riconoscimento” e sull'utilizzo del termine “riconoscere” in Costituzione, nel senso di riferirsi ad un «oggetto preesistente» o «per indicare fenomeni o fattispecie sicuramente costituiti o riconosciuti dall'ordinamento», F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 6.

⁴² C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera, Firenze, 1950, p. 293, per cui «quella di famiglia non appare una definizione in senso

profilo saranno oggetto di analisi le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, con riferimento a quest'ultimo, allo sviluppo della cruciale questione di una supplenza giurisprudenziale di fronte alla «necessità di fornire una risposta a domande che nascono da casi della vita trascurati o infelicitamente trattati da un improvvido legislatore»⁴³.

Si darà inoltre conto dei dibattiti più recenti, che hanno il respiro di “micro-vicende” in grado di fornire una panoramica delle principali problematiche utili a costruire uno sguardo d'insieme⁴⁴ nei confronti di una tema, come si è detto, complesso e sfuggente, che costituisce una continua sfida per l'interprete del diritto e, nella prospettiva del diritto costituzionale, un continuo impulso alla ricerca, di fronte ad una Carta costituzionale stretta tra la pressione derivante dall'evoluzione della coscienza sociale e l'esigenza di mantenere un'integrità sistematica⁴⁵.

6.1. *La prospettiva di Law and Literature: un primo sguardo*

Un'ulteriore prospettiva che può essere adottata nella trattazione del tema della famiglia sotto il profilo giuridico è quella riconducibile agli studi di Diritto e Letteratura (*Law and Literature*).

proprio, nominale (...) “ma piuttosto una definizione in senso improprio, condizionante l'applicazione di una serie di norme giuridiche. La definizione di famiglia come società naturale ha carattere normativo (...) nella definizione si cela non tanto una norma integratrice, quanto addirittura una posizione di limite, una limitazione costituzionale della competenza legislativa in materia di famiglia».

⁴³ S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, 1/2018, p. 14.

⁴⁴ La metodologia applicata in questa parte della ricerca è utile a riassume la complessità di un tema che stimola molteplici prospettive di indagine, segue pertanto la tecnica della «mise en abyme» nella sua accezione utilizzata dalla critica letteraria, in base alla quale la “storia nella storia” rappresenta nella sua parzialità lo spunto utile a ricostruire il quadro d'insieme. Sulla necessaria collaborazione dell'interprete ad effettuare questa operazione di sintesi, v. anche U. ECO, *Sei passeggiate nei boschi narrativi*, Bompiani, Milano, 1994, p. 34.

⁴⁵ Il tema della preservazione dell'integrità del testo costituzionale pure a fronte di «suggestioni terminologiche» che sembrano prescindere da «preoccupazioni di inquadramento dogmatico», è messo in luce da G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 13, in nota n. 19.

Appare necessario premettere come questo filone di ricerca presenti una pluralità di articolazioni interne, a loro volta suscettibili di determinare approcci anche fortemente differenziati nell'analisi dei punti di contatto tra il diritto e la letteratura⁴⁶. La partizione tra Law

⁴⁶ Gli studi di Diritto e Letteratura traggono origine in area angloamericana, a partire dalla pubblicazione dei saggi di J. WIGMORE, *A list of Legal Novels*, in 2 *Ill. Law Rev.* 574, del 1908 e B.N. CARDOZO, *Law and Literature*, in 14 *Yale Rev.* 699, del 1924-25. Un contributo di sicuro interesse, anche per il taglio più specificamente "costituzionalistico" da esso assunto, è quello di R. COVER in *Nomos and Narrative*, 97 *Harv. L. Rev.* 4, 1983-84 (la cui versione in italiano è contenuta in ID., *Nomos e Narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Giappichelli, Torino, 2008). Per una completa disamina del movimento di Law and Literature, con particolare riferimento al suo collocarsi come elemento di reazione nei confronti del formalismo giuridico, v. C. FARALLI, *Le origini di Diritto e Letteratura nel realismo americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2012. Tra i contributi più recenti, e in qualche misura ricostruttivi del panorama scientifico, M. ARISTODEMOU, *Law & Literature. Journeys from Her to Eternity*, Oxford University Press, New York, 2000 e K. DOLIN, *A critical introduction to Law and Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Per un'introduzione in lingua italiana agli studi di Diritto e Letteratura, A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1 e ss., in cui tale campo di indagine viene ricondotto alla «ricognizione degli aspetti della problematica e dell'esperienza giuridica nelle opere letterarie e dell'esame del contributo della letteratura nella formazione della cultura giuridica» (e, dunque, del diritto *nella* letteratura) e, sotto un altro aspetto, alla «valutazione di ipotesi di estensione dei metodi della critica letteraria all'analisi del ragionamento giuridico e all'interpretazione della norma giuridica e della sentenza giudiziaria» (prospettiva definibile come quella del diritto *come* letteratura). L'A. individua il primo contributo italiano sul tema nel volume di A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936. Ampia ricognizione dello stato dell'arte degli studi di Diritto e Letteratura in Italia è presente in M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2009, oltre che nel volume a cura di C. FARALLI e M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010, che raccoglie i contributi presentati in occasione del primo Convegno nazionale della Società italiana di diritto e letteratura (ISLL) organizzato a Bologna nel 2009, tra i quali si segnalano, in particolare, quelli di G. TUZET, *Finzioni giuridiche. È possibile una teoria unificata?*, ivi, 75 e ss. e A. VESPASIANI, *Costituzionalità e narratività*, ivi, p. 123 e ss. Questioni di diritto e letteratura sono sviluppate anche all'interno di testi non integralmente o dichiaratamente ascrivibili a quest'area di ricerca, da F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna, 2004, da E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004; da F. GALGANO,

in literature e *Law as literature* lo esemplifica in modo estremamente chiaro.

Se nel primo caso, infatti, oggetto di studio è la trattazione di tematiche e questioni giuridiche all'interno di opere letterarie (con lo scopo di fornire al giurista un punto di vista culturalmente alternativo, arricchendone la formazione), nel secondo caso l'attenzione è rivolta alla possibile applicazione al discorso giuridico di strumenti appartenenti alla analisi letteraria, al fine di potenziare il livello di comprensione

Il diritto e le altre arti. Una sfida alle divisioni fra le culture, Editrice compositori, Bologna, 2009; da J.B. WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Co., Boston, 1973; da R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986 e da M. NUSSBAUM, *Poetic Justice*, Beacon Press, Boston, 1995. Questioni sul metodo nell'ambito degli studi di Diritto e letteratura sono affrontate da R. POSNER, *Law and Literature. A misunderstood relation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; R. WEISBERG, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, 1992; G. BINDER, R. WEISBERG, *Literary Criticism of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2000. Un paragrafo espressamente dedicato al rapporto intercorrente tra diritto e letteratura ed intitolato *In che cosa il diritto è simile alla letteratura* è inserito nel Capitolo IV (*Cercare una guida in altre discipline: diritto, letteratura e matematica*) del volume di L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 111 e ss., dove è contenuto il seguente passaggio: «Poiché la Costituzione è essa stessa un testo, tutti i necessari presupposti per comprendere i testi ovviamente trovano applicazione anche in relazione alla Costituzione. La domanda da porsi (...) è se ci siano o meno ulteriori presupposti impliciti». Essi, infatti, «conferiscono senso al testo costituzionale» e «sono più controversi di quelli che danno senso al linguaggio in generale». Un aspetto critico, infatti, «consiste nel fatto che il bisogno di ricorrere a valori extracostituzionali non è limitato al problema di che cosa *sia* la Costituzione, ma si estende al problema di ciò che la Costituzione *significhi*: e almeno quest'ultimo è un problema giuridico», ivi, pp. 114-115, parti in corsivo nel testo. In questa prospettiva R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione giuridica*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 754, distingue (all'interno delle concezioni politiche della Costituzione diffuse nella cultura giuridica) tra una concezione "classica" di Costituzione, «suggerita dall'art. 16 della Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) secondo la quale la funzione di ogni Costituzione è l'organizzazione, la distribuzione e – in ultima analisi – la limitazione del potere politico, allo scopo di proteggere le libertà dei cittadini» e «la concezione (moderna, anzi contemporanea) secondo la quale la funzione della costituzione è organizzare la società civile (e non solo i pubblici poteri) e modellare i rapporti sociali (e non solo i rapporti politici tra lo stato e i cittadini) e che veicola «l'idea, per così dire, che la costituzione contenga un progetto dettagliato di "società giusta"».

delle dinamiche attraverso cui il diritto si rapporta alla complessità dell'esistente. L'atteggiamento proposto non si limita (come nel caso del diritto *nella* letteratura) ad un semplice accostamento, ma mira ad una più intensa compenetrazione tra le discipline, sulla base dell'affinità del diritto con le *humanities*. La convinzione che ne deriva è, dunque, quella della possibilità di analizzare il diritto come linguaggio, nella misura in cui quest'ultimo risulta inteso, essenzialmente, come strumento di interpretazione della realtà.

Questa prospettiva, metodologicamente più affascinante ai nostri fini, impone una riflessione accurata sul concetto di interpretazione⁴⁷,

⁴⁷ Per una ricostruzione del dibattito sulla interpretazione costituzionale è possibile fare riferimento a A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2001, p. 35 e ss., e al dialogo tra lo stesso Autore e F. Modugno, in occasione dell'incontro su "*Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto*" che ebbe luogo il 12 maggio 2005 a Roma, Università La Sapienza (contributi reperibili al sito www.costituzionalismo.it). La prospettiva di Modugno parte dal dato per cui «Nei contesti umani, culturali e sociali – imprescindibili nell'interpretazione giuridica in genere (...) è stimolato al massimo un atteggiamento valutativo dell'interprete nei confronti dei principi e valori fondamentali, fondanti e costitutivi del complessivo assetto politico e sociale». In questo scenario, la «specificità dell'interpretazione costituzionale o della Costituzione consist[e] nella peculiare (prevalente) natura o struttura degli enunciati costituzionali formulati in modo da poter esprimere principi o meglio da consentire la costruzione di principi, da indicare gli scopi da perseguire, più che in precise norme di condotta, secondo la classica tripartizione deontica (obbligo, divieto, permesso)», F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, 3/2005, rispettivamente pagine 2 e 4 (corsivo testuale). La prospettiva assunta da Pace è, invece, riconducibile ad un "giuspositivismo temperato", e può essere riassunta nella constatazione per cui: «Il fatto di ritenere che la Costituzione sia prevalentemente un insieme di "regole" (...) non esclude, ovviamente, l'applicabilità ad esse delle teorie dell'argomentazione cui Modugno, come altri, fa riferimento. Significa però che il testo – che per Gadamer, come per Heidegger, è solo un "progetto" incompiuto (che acquista compiutezza solo con l'interpretazione) – non andrebbe considerato come un progetto "di massima", ma come un progetto "esecutivo", essendo in esso prevista anche la disciplina del diritto proclamato», *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, cit., p. 6. È stato sottolineato come la tensione tra i due atteggiamenti interpretativi, successivamente esplicitati nel dibattito tra Pace e Modugno, sia espressiva «della crisi del modello giuridico del mondo d'oggi (...) aggravata dalla rivoluzione che si è venuta determinando nel sistema delle fonti, ormai chiaramente svincolato dalla logica piramidale di impronta statualistica» e in cui «il

e sul se quest'ultimo possa intendersi diversamente qualora abbia ad oggetto un'opera letteraria o un testo giuridico.

Anticipando la risposta a tale interrogativo, è possibile affermare come diritto e letteratura debbano essere trattati come oggetti differenti e che dunque l'attività interpretativa ad essa ricollegata, se pure condotta secondo i tradizionali strumenti ermeneutici, sia volta a giungere a risultati tra di loro non comparabili perché essenzialmente rivolti a fini diversi.

Vi è infatti una sostanziale differenza tra la comprensione e la regolazione dell'esistente, anche se è innegabile che la seconda tra queste attività possa avvantaggiarsi dei risultati acquisiti dalla prima.

Un elemento di essenziale importanza ai fini della presente indagine risiede infatti nel fatto che nel diritto e nella letteratura appare differente l'approccio nei confronti del caso.

L'attenzione per l'aspetto "umanistico" che va ad accomunare diritto civile e diritto costituzionale è stata oggetto di riflessione, a partire dal riscontro «di una pluralità di punti di contatto tra diritto e diritto privato», in base alla quale risulta avere «maggiore senso discutere di diritto civile anziché di diritto privato», poiché: «Il diritto civile (...) non è in antitesi al diritto pubblico ma è soltanto una branca che si giustifica per ragioni didattiche e sistematiche piuttosto che scientifiche, nel senso che raccoglie ed evidenzia quegli istituti che attengono all'organizzazione della società, quindi del vivere dei cittadini in quanto titolari di diritti civili. (...) In questa impostazione non v'è possibili-

giudice ordinario ved[e] sottoposta la sua analisi interpretativa ad un duplice filtro in chiave di valori: quello di derivazione comunitaria, che sempre più sovente ipotizza il riferimento a principi costituzionali comuni, e quello della nostra Corte costituzionale, la quale, pur da tempo avendo abbandonato il modello delle sentenze interpretative di rigetto, tende oggi ad affermare la necessità (sulla base di un procedimento accertativo diffuso e non accentrato) del riferimento ai valori costituzionali, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale laddove il giudice a quo non abbia preventivamente verificato la possibilità di attribuire alla norma denunciata un significato diverso da quello censurato e tale da superare i dichiarati dubbi di incostituzionalità», N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 866. Il punto di vista dello studioso di diritto civile sul tema è delineato altresì da P.G. MONATERI, *Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi di diritto comparato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 531 e ss.

tà di contrapposizione tra privato e pubblico in quanto lo stesso diritto civile è un aspetto problematico di un ordinamento giuridico unitario. Non vi è dunque contrapposizione tra diritto civile e diritto costituzionale, tra diritto civile e diritto amministrativo, tra diritto civile e diritto penale»⁴⁸.

6.2. *Le finzioni nel diritto: un'ipotesi di applicazione*

Sulla base di queste considerazioni, posta l'intrinseca "umanità" che appare caratterizzare queste branche del diritto, un approccio di Law and literature alla tematica giuridica della famiglia potrebbe apparire pleonastico, o comunque superfluo e non produttivo di risultati apprezzabili.

Esso appare tuttavia recuperabile (nel senso sopra descritto di Law as literature) nel senso della ricostruzione di un discorso giuridico sulla famiglia, sulla base di un duplice versante: a) nella forma della "narrazione" della complessità attraverso l'utilizzo dell'espedito della finzione⁴⁹; b) nella identificazione di basi innovative per lo studio della

⁴⁸ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1975, p. 35.

⁴⁹ Sul tema delle finzioni giuridiche, v. le voci enciclopediche di S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 673; V. GAMBARO, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, *Digesto disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, p. 342, oltre a quelle più risalenti di G. MACCHIARELLI, *Fictio iuris*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI/2, Società Editrice Libreria, Milano, 1903 e di R. DE RUGGIERO, *Finzione legale*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. III/1, Vallardi, Milano, 1923. Esse sono oggetto di trattazione in G. ALPA, *A proposito di finzioni giuridiche*, in *Sociol. Dir.*, 3/1995, testo reperito in banca dati Pluris, che al § 1, che le definisce come «procedimenti volti a ritenere vero ciò che è falso, e ciò per ragioni di opportunità, certezza dei rapporti, semplicità di normazione». Il riconoscimento, nelle finzioni giuridiche, della caratteristica di costituire processi di rappresentazione verbali dell'esperienza – su cui, per tutti, v. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, 395 – le qualifica dunque come il risultato di una tecnica giuridica che si avvicina alla letteratura nella misura in cui si rivelano affini allo strumento della metafora. In questo senso, v. E. DIENI, *Finzioni giuridiche*, cit.; G. TUZET, *Finzioni giuridiche. È possibile una teoria unificata?*, cit., ed E. OLIVITO, «Le parole e le cose». *Appunti sulle finzioni nel diritto*, in *Diritto Pubblico*, 2/2009, in particolare p. 522, e *passim*, per cui «la finzione (...) non è un espediente con cui si vuol convincere – poiché è chiara la non corrispondenza a realtà del discorso finzionale – ma è strumento di modificazione mediata del diritto, per mezzo del quale si ricavano categorie e regole nuove da quelle

famiglia nella prospettiva del diritto, derivante dal riscontro per cui, a partire dalla “svolta” costituzionale, non appare più possibile discutere di un’istituzione impermeabile ai mutamenti.

Prendendo le mosse dal primo versante, è necessario precisare come, in questa sede, l’impostazione corale che caratterizza i rapporti tra costituzionalità e narrativa, per quanto suggestiva, verrà lasciata sullo sfondo in favore di una maggiore attenzione conferita al ruolo esercitato dalle finzioni nel diritto⁵⁰.

già esistenti», assolvendo ad uno «scopo essenzialmente pratico», che consiste nell’«adeguamento/adattamento della previsione normativa al dato concreto».

⁵⁰ Secondo la definizione offerta da S. PUGLIATTI, (voce) *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffè, Milano, 1961, in banca dati DeJure, § 22, rubricato *Immagine e finzioni*, le finzioni (con osservazioni riferite alla finzione legislativa, ma utilmente applicabili anche alle finzioni interpretative, come dallo stesso A. precisato nella successiva voce *Finzione*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, in banca dati DeJure, § 6, su cui si tornerà *infra*) «debbono intendersi sotto il profilo della disciplina giuridica, in vere e proprie identità. Per mezzo di esse si ricollegano a fattispecie differenti, uguali conseguenze giuridiche: così che le fattispecie vengono identificate col riferimento agli effetti». L’utilità pratica delle finzioni risiede nella loro attitudine a «semplificare problemi complessi». La scienza, tuttavia – rileva Pugliatti – «non può adattarsi in via definitiva a tali semplificazioni: essa, anzi, deve procedere nella ricerca, approfondendo, per mezzo dell’analisi, gli oggetti che cadono nel proprio dominio e i problemi che ha il compito di risolvere. In determinate epoche, lo stato della cultura e della scienza non consentono sistemazioni che richiedono un più alto grado di evoluzione: le finzioni, allora, facilitano il progresso; ma, appena raggiunto quel grado di evoluzione, la scienza deve sostituirle coi mezzi più adeguati». Nella voce *Finzione* del 1968, in cui la finzione è identificata con il «risultato di un processo mentale che, in quanto immaginato o inventato, non corrisponda puntualmente ad una specifica realtà», il quale si caratterizza per assumere un «preciso rilievo speculativo» all’interno del più ampio «processo di revisione critica del positivismo» (ivi, § 2), il ruolo delle finzioni interpretative risulta meglio esplicitato, sulla base della considerazione per cui: «[a]d ogni modo la funzione dell’interprete e di chi applica la legge è formalmente differente da quella degli organi legislativi veri e propri», cosicché è possibile identificare come «nella fase intermedia nella quale l’interpretazione e l’applicazione della legge tende a preparare e intanto sostituisce l’attività di produzione delle norme legali innovative, si profila l’ombra della finzione, anche se con tinte attenuate e non sempre facilmente visibili». Non risulta infatti possibile «pretendere che l’emanazione delle norme atte a realizzare le esigenze pratiche che continuamente si manifestano risponda puntualmente e tempestivamente al manifestarsi di tali esigenze». Pertanto «gli scarti cronologici come quelli che segnano la incompiutezza o inadeguatezza delle nuove norme rispetto alle

Il tema delle finzioni giuridiche evoca l'adozione di una prospettiva di diritto e letteratura⁵¹, ma la circoscrive al rapporto tra diritto e realtà fenomenica. Esso pone in luce da un lato l'impatto del caso concreto nella determinazione del contenuto normativo delle disposizioni; dall'altro introduce la questione se tale contenuto possa essere influenzato dalla dinamica finzionale, e se quest'ultima possa produrre effetti transitori, o viceversa dotati di un certo grado di definitività⁵².

nuove esigenze, sono tendenzialmente coperti o occultati, appunto, da ciò che, in senso piuttosto lato, può dirsi "finzione" o si può genericamente ricondurre al concetto di finzione» (ivi, § 6).

⁵¹ E ciò avviene anche sotto il profilo dell'analisi delle connessioni tra la finzione giuridica e la figura retorica della metafora. Rispetto ad esse, la dottrina risulta divisa tra la posizione che si caratterizza per la valorizzazione degli elementi comuni alle due figure, cfr. L. L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, 1967, p. 10, per cui «[a] fiction is frequently a metaphorical way of expressing the truth», e quella di chi, in modo maggiormente problematico, individua un rapporto di reciproche implicazioni, sovrapposizioni e contiguità tra «finzione, metafora e analogia», così E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, cit., p. 139. Lo stesso A., peraltro, rileva che da un punto di vista linguistico, «il linguaggio giuridico, come ogni linguaggio non primitivo, è essenzialmente intessuto di metafore, giacché tutte le parole che esprimono concetti immateriali sono derivate per metafora da parole che designano oggetti sensibili, benché ciò non sia ordinariamente percepito a causa del fatto che la maggior parte di questi concetti sono metafore morte», ivi, p. 140.

⁵² Si intende dunque accogliere la definizione di finzione giuridica come mutamento non esplicitato del diritto, su cui v. A. ROSS, *Direttive e norme*, Edizioni di Comunità, Milano, 1978, p. 84 e CH. PERELMAN, *Présomptions et fictions en droit, essay de synthèse*, in AA.VV., *Les présomptions et les fictions en droit, études publiées par Ch. Perelman, P. Foriers, Bruylant, Bruxelles*, 1974, p. 348. Da ultimo, per una valutazione della finzione come «strumento di modificazione mediata del diritto, per mezzo del quale si ricavano categorie e regole nuove da quelle già esistenti», v. E. OLIVITO, «Le parole e le cose». *Appunti sulle finzioni nel diritto*, cit., p. 522 e A. VESPAZIANI, *Per un'ermeneutica della metafora giuridica*, in www.lawandliterature.org, ISLL Papers, 2/2009, ora in A. CERRI (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum per Angelo Antonio Cervati*, Aracne, Roma, 2010, p. 227 ss. Sulle finzioni nel senso di creazioni finalistiche, v. H. VAHINGER, *La filosofia del "come se". Sistema delle finzioni scientifiche, etico-politiche e religiose del genere umano*, Ubaldini editore, Roma, 1967, p. 104. Per una distinzione tra *fictio legis* e *fictio juris*, v. P. TRONCONE, *Fictio legis e fictio juris. Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Archivio Penale*, 1/2020, p. 8 per cui: «[s]e la *fictio legis* trova il suo fondamento in

Si tratta, in entrambi i casi, di approcci che valorizzano la funzione essenzialmente pratica della finzione.

La dottrina ha posto in luce attentamente il legame che intercorre tra utilizzo delle finzioni e il ruolo creativo della giurisprudenza⁵³, sottolineando, con accenti talvolta preoccupati l'utilizzo della c.d. "finzioni occulte" quali espressione dell'arbitrio dell'interprete, quando non dell'ignavia (o incorreggibilità) del legislatore⁵⁴. Tuttavia, pur nella valorizzazione della creatività giurisprudenziale come fattore di impulso per l'utilizzo delle finzioni giuridiche, apparirebbe riduttivo non considerare un ulteriore aspetto. Esso è dato dal collegamento che inevitabilmente intercorre tra l'espedito della finzione e il diritto positivo: esso attiene, dunque, alle modalità con le quali quest'ultimo possa entrare in connessione non soltanto con la realtà sociale (a partire dal caso o dai casi concreti in cui viene trasfigurato dal suo utilizzo in senso finzionale), ma anche con la realtà giuridica, determinandone una più o meno estesa trasformazione. In questo senso, l'operatività della finzione sembra dispiegarsi tanto in funzione storica quanto in funzione dogmatica⁵⁵.

un "non fatto" vale a dire un falso conclamato utilizzato come espediente per produrre una norma che lo regoli, la *fictio juris* è la manipolazione finzionale del diritto vigente per piegarlo a soluzioni applicative, soprattutto giurisprudenziali, per fare in modo di rintracciare quella regola giuridica che la mancanza della fonte non consentirebbe di utilizzare».

⁵³ Su cui, in particolare, cfr. V. GAMBARO, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, cit., p. 349.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 353, laddove le finzioni occulte sono identificate come «espressione di un malessere» all'interno dell'ordinamento giuridico. Su questo punto, v. anche G. ALPA, *A proposito di finzioni giuridiche*, in *Sociol. Dir.*, 3/1995, testo reperito in banca dati Pluris, § 10.

⁵⁵ Sui rapporti intercorrenti tra finzione storica e finzione dogmatica, v. E. OLIVITO, «Le parole e le cose». *Appunti sulle finzioni nel diritto*, cit., 560: «Laddove con la finzione storica sono alterati i fatti della realtà empirica, di modo che essi aderiscano meglio ai tratti della realtà giuridica in cui sono re-inscritti, la finzione dogmatica ha di mira le categorie e gli assiomi su cui poggia il sistema giuridico e ne rielabora i contorni nei limiti e ai fini voluti dall'ordinamento». Tale distinzione non appare tuttavia da intendersi in senso assoluto, potendo quindi riscontrarsi come: «[s]eppure con continue trasformazioni sotto il profilo funzionale e causale, la finzione dimostra di essere consustanziale al diritto e alla realtà che ne viene prodotta, poiché si fa strumento sia della riconversione della realtà sensibile alla luce delle forme concettuali con cui que-

L'utilizzo della finzione – con riferimento alle dinamiche familiari, ricondotto tradizionalmente alla configurazione in termini giuridici della “famiglia di fatto”⁵⁶– trova oggi un'ulteriore ipotesi applicativa nell'interpretazione consolidata⁵⁷ dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184/1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*) con riferimento alla qualificazione in termini di “impossibilità di diritto” della mancata possibilità di ricorrere all'affidamento preadottivo⁵⁸.

sta è qualificata sia, al contempo, dell'adattamento della realtà intellegibile alle esigenze emergenti dal retrostante quadro sociale», *ibidem*, p. 561. Per una ulteriore precisazione sul significato della finzione anche in senso dogmatico, v. E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e diritto profano*, cit., p. 3, il quale afferma che la finzione «al di là delle sue manifestazioni storicamente mutevoli» costituisce «fenomeno necessario del diritto e pertanto «necessariamente richiede di essere dichiarata tale o smascherata, e quindi studiata, per una comprensione critica dell'esperienza giuridica».

⁵⁶ In questo senso, v. G. ALPA, *A proposito di finzioni giuridiche*, cit. § 5 del testo reperibile sulla banca dati Pluris.

⁵⁷ Sulla quale si sono pronunciate in termini favorevoli anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sent. n. 12193/2019, su cui v. G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 1/2020, in particolare p. 6, laddove proprio l'applicazione dell'adozione in casi particolari viene definito un istituto in grado di «garantire la continuità della relazione di cura e di affetto» nella prospettiva della genitorialità non biologica. Di avviso contrario, con considerazioni che intendono stimolare una riflessione sulla complessiva adeguatezza dell'utilizzo dell'adozione in casi particolari, cfr. M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *Federalismi.it* (21 ottobre 2020), p. 122.

⁵⁸ L'adozione ex art 44, comma 1, lett. d), l.n. 184 del 1983, può essere definita come una clausola di chiusura del sistema, dal momento che consente l'adozione in tutti i casi in cui risulti necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, laddove non risulti possibile procedere all'adozione piena. Il fatto che, rispetto a tale forma di adozione, non siano esplicitati i requisiti soggettivi di adottante e adottando ha determinato la sua estensione in via interpretativa non soltanto alle persone singole e alle coppie di fatto, ma anche al partner di una unione omosessuale nei confronti del figlio biologico dell'altro partner, nonché al genitore non biologico in caso di surrogazione di maternità. L'inclusione di queste ulteriori ipotesi, che si sono andate ad aggiungere a quelle “tradizionali” dell'adozione in casi particolari, è avvenuta attraverso una riconfigurazione dei presupposti dell'adozione di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) attraverso la via mediata della finzione per cui la constatata impossibilità di affidamento preadottivo individuata

Si tratta di un'ipotesi mediante la quale è possibile dare veste giuridica a rapporti che, sulla base delle disposizioni vigenti all'interno dell'ordinamento italiano, non potrebbero qualificarsi come familiari, ma rispetto ai quali si opera "come se" ne avessero le caratteristiche.

La finzione giuridica opera, rispetto alle attese di coloro che viceversa si definiscono "famiglia", in un'ottica di rimedio transitorio e parziale, non completamente soddisfacente in quanto applica il regime dell'adozione in casi particolari in ipotesi nelle quali i soggetti coinvolti aspirano all'ottenimento di una genitorialità piena. Di ciò è testimonianza la recente ordinanza mediante la quale è stata posta alla Consulta una questione di legittimità attinente al divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, l.n. 40/2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, (quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁵⁹.

Se ci si pone nella prospettiva ordinamentale, è possibile rilevare come in questo caso la finzione possa essere letta come un primo tentativo di "assimilazione" giuridica, all'interno dell'ordinamento, di relazioni familiari non inquadrabili (neppure in un'ottica *more uxorio*) all'interno del perimetro tracciato dall'art. 29 Cost. Esso, tuttavia, proprio nella sua imperfezione strutturale (che si traduce nel ricorso ad un'adozione in casi particolari "imposta") ha messo in luce il tema

dalla disposizione, viene considerata integrare anche l'ipotesi della impossibilità "di diritto" di procedere all'adozione. Essa sembrerebbe configurarsi come un caso tipico di *remedium extraordinarium* a fini equitativi, cfr. E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, cit., p. 26, che a sua volta rinvia a O.H. MARSMANN, *De fictionibus tam hominis quam juris*, Typis Pauli Ehrichii, Jenae, 1713.

⁵⁹ Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza n. 8325/2020, su cui, *amplius*, Capitolo V, § 2. La Sezione rimettente sottolinea, in particolare, l'inidoneità dell'adozione prevista dalla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), a garantire «quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* ritenute dalla Corte di Strasburgo quali condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa della trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore», A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it (18.06.2020), § 4.1 del testo pubblicato online.

della compatibilità di un tale rimedio con il principio di eguaglianza, letto “nel prisma” del *best-interest* del minore.

Ci si può chiedere fino a che punto le dinamiche finzionali possano essere applicate in modo soddisfacente agli istituti attinenti alla famiglia. Si tratta di una domanda che – nell’ipotesi controversa della maternità surrogata, ma non solo⁶⁰ – risulta intimamente legata alla configurazione del legame intercorrente tra ordine pubblico e *best interest* del minore. Esso può configurarsi nei termini di un bilanciamento già operato a monte dal legislatore nel senso dell’esclusione della possibilità di dare al minore nato da maternità surrogata pieno riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione con il soggetto committente a lui non legato da un rapporto genetico⁶¹; oppure nel senso di un eguale riconoscimento al divieto di maternità surrogata e al *best interest of the child* del rango di principi di ordine pubblico, da non considerare «l’un contro l’altro armati», dal momento che l’esistenza della sanzione penale di cui all’art. 12, comma 6 della l.n. 40/2004 non sembrerebbe implicare anche un disfavore verso il riconoscimento dello *status filiationis* da parte del genitore di intenzione⁶².

Al di là del grado di soddisfazione che possano ingenerare e dell’arco temporale all’interno del quale possano dispiegare i propri effetti, le finzioni giuridiche testimoniano plasticamente la loro natura di rimedio ad una situazione di “crisi” del diritto rispetto alla contemporaneità nei confronti della quale deve spiegare i propri effetti.

Un effetto concreto da subito si determina: è la messa in discussione delle nervature degli istituti giuridici familiari, che si riverbera inevitabilmente sulla famiglia come istituzione.

È significativo notare come un’attenta ricostruzione dottrinale abbia posto l’accento sulle difficoltà applicative che la teoria delle finzioni giuridiche riscontrerebbe entrando in contatto con l’istituziona-

⁶⁰ Essendo essa applicabile anche all’ipotesi (in astratto non coincidente con il ricorso alla gestazione per altri) dell’adozione del figlio del partner in una coppia formata da persone dello stesso sesso.

⁶¹ Così G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, cit. p. 6.

⁶² Così A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la “fase 2”?*, cit., § 4.3.

lismo di Santi Romano⁶³, soprattutto quando si ponga mente alla piena identificazione operata dall'Autore tra realtà giuridica ed istituzione⁶⁴.

Pur condividendo queste premesse, in questa sede appare significativo notare come proprio questo "appiattimento" della realtà giuridica nell'istituzione potrebbe al contrario tradursi in un'amplificazione degli effetti derivanti dall'utilizzo dello strumento finzionale nei confronti non soltanto della pluralità dei casi pratici emergenti dal contesto sociale, ma anche – in definitiva – con effetti nei confronti delle caratteristiche dei confini giuridici dell'istituzione stessa.

Ci si può chiedere se la dinamica finzionale, espressa in via di *mise en abîme* con riferimento al caso dell'estensione dell'adozione in casi particolari a ipotesi non testualmente previste dalla disposizione di riferimento, possa costituire una chiave di lettura delle dinamiche interpretative della Costituzione in tema di famiglia, emancipandole da una prospettiva unicamente (e, forse, improduttivamente) incentrata sull'interpretazione evolutiva⁶⁵. In sintesi, si tratterebbe di valorizzare la caratteristica della Costituzione quale «atto normativo unidocumentale» che «solo a causa del compimento del processo storico di instaurazione e di acquisizione della effettività/validità di quel documento» va «considerato come "autofondante" e conseguentemente trattato positivisticamente, proprio a causa della consapevole e originaria unità politica dei suoi contenuti, e della sua vigenza integralmente storica (che impedisce di proiettarlo sul futuro come un mero insieme di valori aperti)»⁶⁶.

Riconosciuto dunque il ruolo emancipante della giurisprudenza nel determinare l'esistenza di nuove istanze di riconoscimento emergenti dal corpo sociale, resta tuttavia imprescindibile sottolineare (e

⁶³ E. OLIVITO, «Le parole e le cose». *Appunti sulle finzioni nel diritto*, cit., p. 572 e ss.

⁶⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33.

⁶⁵ Su questo punto, sia consentito rinviare a L. CONTE, *La quête e alcune considerazioni sulla "forma" della famiglia*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, in particolare p. 51 e ss.

⁶⁶ M. DOGLIANI, *Il doppio "temperamento" del giuspositivismo nell'opera di Alessandro Pace*, cit., p. 730.

veniamo al secondo versante) l'apporto del circuito politico-rappresentativo nel definire i contorni dei mutamenti in atto⁶⁷.

La particolare valorizzazione che si è intesa accordare alle finzioni giuridiche come strumento di adeguamento del diritto al dato storico-sociale si ricollega alla considerazione per cui che specificità (anche sul versante di Diritto e letteratura) del diritto costituzionale non sembra semplicemente potersi tradurre nella sua particolare attitudine a fornire una descrizione dell'elaborazione normativa legislativa e giurisprudenziale su temi controversi nel senso di un processo corale di narrazione⁶⁸. Essa sembra piuttosto coinvolgere la questione – che è stata

⁶⁷ A questo proposito, appare utile un rinvio alle considerazioni di E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2020, § 1, per cui «Legislatore e corti devono (...) collaborare e coordinarsi nella tecnica del bilanciamento di interessi, secondo ragionevolezza e proporzionalità, che non può mai riferirsi al puro caso, ma sempre al sistema delle regole nella sua capacità di evolvere attraverso la spinta del caso e alla luce dei principi».

⁶⁸ In questo senso, invece, v. A. VESPAZIANI, *Il potere del linguaggio e le narrative processuali*, in *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, 1/2015, p. 74 e ss., che effettua in particolare un'indagine sulla «struttura narrativa della giurisprudenza costituzionale» sottolineando come «la giurisprudenza costituzionale contemporanea ci presenta una serie di racconti di eventi inattesi che cominciano con un'infrazione dell'ordine delle norme predisposte dal legislatore, un'insoddisfazione e una ribellione nei confronti del diritto legislativo mosse dalla rivendicazione di un diritto fondamentale». Pur suggestive, queste impostazioni sembrano talvolta sconfinare nel soggettivismo, risultando maggiormente convincente la posizione di chi riconosce i diritti dell'uomo come storicamente determinati, ma in essi riscontra innanzitutto «il prodotto di una riflessione e di una ricostruzione razionali», così N. BOBBIO, *Presentazione*, in G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. VII e, con particolare riferimento ad un'analisi sul versante discorsivo della giustizia costituzionale, M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, in particolare a p. 225, ove è indicato che «[i]l discorso interpretativo del giudice costituzionale è caratterizzato da un'estrema complessità, che discende dalla complessità della sua posizione istituzionale ed è funzionale al raggiungimento delle finalità che gli sono proprie, ovvero al mantenimento del pluralismo. Una società ispirata al pluralismo sociale ed istituzionale si regge (...) sulla condivisione, elastica e variabile nell'intensità, degli stessi valori. Per mantenerla occorre quindi possedere il senso di equilibrio sufficiente a comprendere quale livello di intensità nella condivisione dei valori comuni sia messo in gioco dal singolo caso concreto e di conseguenza, quali soggetti sono più o meno capaci di raggiungerne la soluzione. Così, nel complesso gioco del mantenimento del pluralismo il giudice costituzionale,

posta, nondimeno, anche sul versante di diritto e letteratura⁶⁹ – riguardante le caratteristiche della legge ordinaria⁷⁰, la sua «apertura al mutamento (e all'abrogazione)», ragion per cui essa «sta al vertice della gerarchia delle fonti non malgrado la, ma a causa della, sua provvisorietà e reversibilità, connesse al mutare delle maggioranze all'interno dell'assemblea rappresentativa»⁷¹.

7. *Universalismo e comparazione nell'approccio giuridico alla famiglia*

In questo studio non viene adottata una prospettiva di diritto comparato: l'analisi si svolge esclusivamente sul piano del diritto interno.

Intendendo soffermarsi pertanto soltanto sulla “soglia” di tale ambito di studio, sono in ogni caso da ritenersi utili, nell'economia della presente trattazione, alcuni spunti sviluppati, a livello di premessa generale, all'interno di teorizzazioni di diritto comparato⁷².

dovendo sempre persuadere tutti, può essere talvolta indotto, secondo la fattispecie affrontata, ad impostare il proprio discorso in modo tecnicamente più diretto ad alcuni soggetti piuttosto che ad altri».

⁶⁹ R.M. COVER, *The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative*, 97 Harv. L. Rev 4 1983-1984, p. 39 (consultabile anche al seguente url: http://digitalcommons.law.yale.edu/dfs_papers/2705), in particolare la notazione per cui: «If law reflects a tension between what is and what might be, law can be maintained only as long as the two are close enough to reveal a line of human endeavor that brings them into temporary or partial reconciliation».

⁷⁰ Per una configurazione in senso metaforico della stessa legge, v. E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e diritto profano*, cit., p. 141, per cui la legge si rivela «uno strumento di trattamento della realtà condannato a non poter mai riprodurre esattamente la realtà su cui dovrà poi operare, potendo al più offrirne una rappresentazione schematica, approssimativa (...). In tal senso, la legge è una riproduzione manchevole, un segno parziale che allude a un tutto che non riesce a “coprire”: una metafora».

⁷¹ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto Pubblico*, 1/2008, p. 17.

⁷² Il riferimento è, in particolare, a G. LOMBARDI, *Premesse al Corso di diritto comparato*, in ID., *Scritti scelti*, a cura di E. PALICI DI SUNI e S. SICARDI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 795 e ss. e a A. PIZZORUSSO, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in *Foro it.*, 1979, p. 131 e ss.

Il tema della diversità di metodo di indagine giuridica tra diritto pubblico e diritto privato è infatti oggetto di riflessioni con riferimento alla stessa attività di comparazione⁷³, ed in particolar modo in relazione a quelli che sono definiti i «perni» del discorso nella comparazione (rappresentati dall'elemento normativo e dall'elemento fattuale, con possibile recupero della prospettiva istituzionalista)⁷⁴.

Sempre nel corso delle teorizzazioni di diritto comparato sono stati messi in luce, quali aspetti caratteristici della prospettiva del diritto pubblico, l'utilizzo di materiali normativi caratterizzati da una «accentuata generalità», riscontrandosi al contrario nell'ambito del diritto privato una maggiore attenzione all'applicazione del metodo comparatistico nei confronti delle singole fattispecie⁷⁵.

Sono state inoltre evidenziate caratteristiche, individuate come tipiche della comparazione giuridica, rispetto alle quali è oggi possibile riscontrare una significativa ibridazione anche con riferimento a ricostruzioni teoriche di stampo costituzionalistico, come la maggiore apertura all'utilizzo di strumenti di interpretazione; l'utilizzazione di esperienze straniere come strumenti di interpretazione dei materiali forniti dalle fonti tradizionali; l'attenzione per attività di giurisdizioni sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali⁷⁶.

Fondamentale è poi la più generale riflessione sull'interdisciplinarietà: il senso dello studio interdisciplinare risiede infatti nello «studiare una realtà dal punto di vista di scienze diverse confrontando i risultati dell'impiego delle diverse metodologie, *ma non vuol dire invece mescolare insieme queste metodologie nel discutibile intento di raggiungere risultati diversi da quelli che sarebbero possibili attraverso l'impiego distinto (ed eventualmente reciprocamente servente) delle medesime*»⁷⁷.

⁷³ G. LOMBARDI, *Premesse al Corso di diritto comparato*, cit. p. 795 s.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 857-862.

⁷⁵ A. PIZZORUSSO, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, cit., p. 134.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 134-135.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 135 (corsivo aggiunto).

Si tratta di un monito metodologico che viene accolto all'interno della presente trattazione sotto un duplice profilo: quello dell'esclusione della prospettiva comparatistica e quello della moderazione nell'utilizzo delle suggestioni di Law and literature.

Il carattere universale delle problematiche sottese alla disciplina giuridica della famiglia determina giocoforza una sollecitazione della Corti sovranazionali⁷⁸: in questa prospettiva risulta ineliminabile il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE, nella misura in cui essa sia oggetto di richiamo all'interno delle argomentazioni dei giudici di legittimità e di merito. Esso, tuttavia, sarà condotto con speciale riferimento agli effetti e alle interazioni che tali materiali giuridici possano determinare nell'ordinamento interno⁷⁹.

⁷⁸ Il richiamo alla giurisprudenza di tali Corti sarà condotto sulla base del fatto che risulta «evidente» come «il ruolo di tali organi, e a fortiori delle Corti internazionali» debba ritenersi «assolutamente limitato alla funzione di reagire a violazioni palesi dei diritti umani e non [a] quella di sostituire alla visione politica che si vince da una scelta legislativa, eventualmente supportata dalla Corte costituzionale nazionale, una differente e contrapposta “volontà”», E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5/2012, p. 682.

⁷⁹ Sull'apertura dell'ordinamento nazionale all'ordinamento internazionale, con particolare riferimento alla disciplina dei rapporti familiari, v. A. RUGGERI, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. e Soc.*, 4/2005, p. 506 dove si discorre di «allargamento della materia costituzionale, ormai ampiamente “coperta” altresì da fonti sovranazionali»; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012; G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (11 novembre 2015), ora in *Scritti in memoria di Paolo Cavalieri*; e, da ultimo, C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze, 2019. Per una riflessione di carattere più generale, si intendono qui adesivamente richiamare le considerazioni di G. ROLLA, *L'influenza delle carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 2-3/2012; p. 194 per cui, pur affermandosi come «I sistemi multilivello di protezione dei diritti (...) contribuiscono, in misura significativa, a determinare il contenuto legale dei diritti costituzionali», la progressiva integrazione degli ordinamenti «non si pone in contraddizione con il riconoscimento che le giurisdizioni nazionali possiedono un ragionevole margine di apprezzamento che tenga conto della specificità delle tradizioni giuridiche» e che in tal modo «una soluzione costituzionale adottata in un contesto

8. Elementi di “crisi” e strumenti per una loro sistematizzazione

La considerazione di base da cui questo lavoro prende le mosse è dunque quella per cui non appare possibile ragionare di famiglia nella prospettiva del diritto costituzionale come se l'articolo 29 non ci fosse, oppure attribuendo ad esso un significato non corrispondente al tenore letterale della disposizione⁸⁰.

geografico, culturale, e politico differente da quello originario ha esiti non meccanicamente comparabili, dal momento che viene necessariamente influenzata dalla specificità delle distinte culture costituzionali» (ivi, p. 206), con la rilevante conseguenza per cui «nel momento in cui la normativa e la giurisprudenza sovranazionali divengono parte necessaria del parametro di costituzionalità, il carattere accentrato del sindacato di costituzionalità inizia ad attenuarsi, a vantaggio di una progressiva (anche se non sempre codificata) ripartizione dei compiti tra i Tribunali costituzionali e le giurisdizioni ordinarie», in modo tale per cui «si può evidenziare che il medesimo parametro (rappresentato dall'art. 117.1 Cost. secondo cui le leggi statali e regionali devono rispettare gli obblighi internazionali) è utilizzato dalle diverse giurisdizioni con effetti differenti: dai giudici comuni, per pervenire ad un'interpretazione conforme a Costituzione (e a Convenzione) con effetti *inter partes*; dai Tribunali costituzionali per annullare una norma con effetti *erga omnes*» (ivi, pp. 209-210).

⁸⁰ In questo senso, v. le considerazioni di P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica* in ID. (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985, Giuffrè, Milano, 1986, p. 14, per cui «Il giuridico non alligna nel quotidiano, non si esaurisce mai alla superficie d'una realtà, ma è sempre la punta affiorante d'una radicazione profonda, che pesca nel profondo d'una civiltà. Il diritto o è valore d'una civiltà o non è. Il cavillo partigiano dell'avvocato, la costruzione artificiosa del dottore, la legge insensata del tiranno sono la maschera scimmiesca del diritto, sono la sua epifania aberrante e mostruosa, che nulla hanno a spartire con quell'armonico ordinamento del sociale radicato nel costume e nei suoi valori, a cui il diritto consegna il suo volto più autentico». Sulla natura dell'art. 29 come pseudo-disposizione, v. C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera, Firenze, 1950, p. 293, per cui «quella di famiglia non appare una definizione in senso proprio, nominale (...) “ma piuttosto una definizione in senso improprio, condizionante l'applicazione di una serie di norme giuridiche. La definizione di famiglia come società naturale ha carattere normativo (...) nella definizione si cela non tanto una norma integratrice, quanto addirittura una posizione di limite, una limitazione costituzionale della competenza legislativa in materia di famiglia».

Allo stesso tempo, risultano di tutta evidenza due aspetti che sembrerebbero mettere in crisi il testo della Costituzione nella parte riguardante le relazioni familiari.

Il primo, che riguarda il fatto che, in ambito familiare, alcune disposizioni costituzionali siano state oggetto di superamento da parte del legislatore “a Costituzione invariata”, sulla base di stimoli provenienti anche da evoluzioni della coscienza sociale (o meglio, dalla formazione di un consenso di base da parte della società su di un dato tema, che si traduce in innovazioni sul piano legislativo).

Il secondo, attinente alla formazione di un diritto di matrice giurisprudenziale (anche sovranazionale⁸¹) che, sulla base dello stesso stimolo o percezione di una evoluzione della coscienza sociale con funzione integratrice delle disposizioni costituzionali, delinea una concezione più ampia di famiglia che – se pure in concreto appare contrapporsi al tenore letterale di disposizioni costituzionali e legislative – sembrerebbe costituire invece l’espressione di un aggiornamento delle stesse sulla base di un’interpretazione evolutiva e sistematica degli articoli costituzionali che ne esprimono l’impostazione personalista in coordinamento con il principio di eguaglianza⁸².

⁸¹ Con l’avvertenza per cui il riferimento alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali sarà effettuato tenendo conto delle specificità dei singoli giudizi, sulla base della constatazione per cui «I giudici accedono alla conoscenza della realtà da una determinata prospettiva. Così, mentre la Corte europea dei diritti dell’uomo, investita tramite ricorso individuale diretto, appare «tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», viceversa, la Corte costituzionale opera una tutela dei diritti fondamentali «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto fra loro», M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, p. 42.

⁸² Questa impostazione può riassumersi nel convincimento per il quale non possa esistere una concezione della famiglia «nemica delle persone e dei loro diritti» (per utilizzare la fortunata espressione utilizzata dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia n. 494 del 2002 in tema di riconoscimento dei figli incestuosi, § 6.1.), e che dunque l’espressione del valore-persona debba conformare la struttura familiare, e non viceversa. Su Corte cost., n. 494/2002, v. D. TEGA, *La giurisprudenza costituzionale sul diritto al nome e all’identità personale. Il caso dei figli incestuosi*, in C. HONORATI (a cura di), *Diritto al nome e all’identità personale nell’ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 82 e ss.; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss.

Il presente lavoro si caratterizza per focalizzare l'indagine sulla famiglia nella Costituzione repubblicana muove dalla consapevolezza che l'individuazione della famiglia come tema di indagine in una prospettiva di diritto costituzionale non possa non tenere conto dell'apporto fornito sul tema dal diritto privato in generale e dal diritto di famiglia in particolare⁸³.

La prospettiva di una distinzione dell'approccio privatistico e pubblicistico alla famiglia, che corra lungo la distinzione tra istituti giuridici inerenti alla disciplina della famiglia da un lato, ed istituzione familiare dall'altro, appare utile a determinare quella che è una delle caratteristiche del diritto pubblico, in cui «la discussione filosofica e politica circa la natura e la convenienza generica e specifica di un istituto non si scompagna mai dallo studio giuridico di esso»⁸⁴.

La ricostruzione che viene proposta all'interno del presente volume lascia, nell'ultimo capitolo, aperti alcuni interrogativi che possono essere ricollegati ad un'unica quanto significativa variabile, costituita da quella che viene definita "evoluzione della coscienza sociale".

All'interno della presente trattazione, l'evoluzione della coscienza sociale sarà analizzata nel suo configurarsi come parametro di riferimento ad uso interno, escludendo dunque una sua assimilazione al più generale concetto di consenso utilizzato dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale non esclude diversificazioni non irragionevoli di approccio all'istituzione familiare da parte degli Stati membri.

⁸³ Quest'ultimo, secondo la definizione fornita da T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1 è «quella parte del diritto privato che disciplina la vita ed i rapporti all'interno di un gruppo di persone, più o meno ampio, legate fra loro dal vincolo coniugale, di parentela o di affinità nonché i rapporti con terzi estranei». Con riferimento alla famiglia di fatto e alla (pur frammentaria) tutela ad essa accordata dall'ordinamento e alla sua non incompatibilità con la tutela accordata dall'art. 29 Cost. alla famiglia fondata sul matrimonio, *ivi*, pp. 149 e ss.

⁸⁴ Così V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, cit., p. 11, che tuttavia valuta questo approccio come un negativo «abito intellettuale».

L'evoluzione della coscienza sociale, sul piano interno, può dunque essere definita come il grado di consenso sociale raggiunto rispetto a determinati temi (e, significativamente, in relazione all'evoluzione delle strutture sociali tra le quali si colloca inevitabilmente anche la famiglia), prima considerati divisivi, ma rappresenta un concetto di difficile definizione e utilizzo in ambito ordinamentale, quando non supportato da politiche legislative che possano darvi concretezza⁸⁵. Al contrario, in assenza di esse, costituisce un elemento in grado di mettere in crisi il principio della certezza del diritto.

Il diritto non si pone infatti in una situazione di indifferenza rispetto alle relazioni familiari. Esse, una volta instauratesi, sono oggetto di regolazione nel loro aspetti che potremmo definire "funzionali", vale a dire volti a garantire la pubblicità verso l'esterno e l'assolvimento degli obblighi reciproci e nei confronti dei figli. Come è noto, se con riferimento alla costituzione o meno del vincolo tra due persone esiste un margine di disponibilità, così non è se si guarda ai rapporti scaturenti dalla filiazione, i quali risultano inderogabilmente disciplinati dal legislatore in ossequio al principio della responsabilità per il fatto della procreazione e alla conseguente tutela dei minori coinvolti.

La Costituzione contiene il riferimento al fenomeno familiare, che apre la sezione dedicata ai rapporti etico-sociali, riconoscendo espressamente la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, predicando l'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e individuando gli obblighi che legano i genitori ai figli. Data l'impossibilità di fornire una disciplina esaustiva della famiglia (peraltro già contenuta nel Codice civile e comunque non rispondente alle caratteristiche di un documento quale la carta costituzionale, che al più avrebbe potuto

⁸⁵ L'imprescindibilità (ma anche il carattere problematico) di un riferimento a questo criterio extra-giuridico è già evidenziato dal rilievo per cui «i problemi di diritto familiare» non costituiscono soltanto «un problema giuridico-formale, ma (...) un problema di fondo che si deve risolvere in altro modo. È un problema di costume, è un problema di etica, è un problema che si può risolvere attraverso un'azione vigile sulla vita collettiva, in modo che siano formati determinati criteri, determinati principi di ordine morale, di ordine sociale, e così via», R. NICOLÒ, *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, I, 1960, pp. 3-18, ora in G. CHIODI (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 264.

contenere principi e linee guida per il legislatore), i Costituenti fornirono dunque una sorta di schema-base, ricco e complesso quanto alle aspirazioni in essa contenute, ancora oggi enigmatico nei suoi profili inattuati, disattesi (o finanche superati) e nelle sue eventuali reticenze, e da cui traggono origine le considerazioni svolte nelle pagine che seguiranno.

CAPITOLO II

LA FAMIGLIA: ALLA RICERCA DI UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Famiglia e Stato, famiglia e individuo. – 2. L'avvento della Costituzione: un punto di svolta. Si riconosce ciò che c'è, o si crea qualcosa di nuovo? – 3. La Costituzione, il Codice e l'impatto sulla legislazione successiva. – 4. Questioni in tema di rapporti tra diritto costituzionale e diritto civile.

1. *Famiglia e Stato, famiglia e individuo*

Il peculiare interesse che è costituito dalla famiglia per il diritto risiede nel suo porsi quale comunità intermedia tra individuo e Stato e nel fatto che essa possiede caratteristiche originali e non replicabili da altre formazioni sociali.

L'atteggiarsi della famiglia a «comunità necessaria»¹ la cui «rilevanza pubblicistica diretta»² si ripercuote necessariamente anche sul piano strutturale, evidenzia in modo molto chiaro il fatto che essa si pone in un territorio in cui i confini tra giuridico e pregiuridico possono risultare sfumati, e in ogni caso passibili di sfumature e contaminazioni.

Le radici storiche e culturali della famiglia costituiscono un campo di studio in cui storici, antropologi ed etnologi hanno fornito un importante contributo volto ad evidenziare elementi strutturali e linee evolutive di tendenza³. Quello che però qui maggiormente interessa è

¹ Secondo l'espressione utilizzata da G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., pp. 121-122.

² *Ibidem*, p. 123.

³ Per una rassegna dei principali studi etnografici in tema di famiglia, v. F. REMOTTI, *Famiglia, matrimonio e parentela in etnologia*, in *Dig. Disc. Priv.*, Utet, Torino, 1994, pp. 203-217, in cui a p. 211 si rileva come pur nella numerosità e varietà dei gruppi parentali, la famiglia assuma «una sua specificità» poiché occupa «una posizio-

valutare la famiglia come istituzione, e dunque sia come fenomeno o fatto normato, sia attraverso l'analisi dei rapporti che intercorrano tra essa e lo Stato.

In un contributo del 1993, Paul Ginsborg notava come, in modo abbastanza inspiegabile, il rapporto tra famiglia e istituzioni politiche non avesse costituito fino ad allora un ambito di interesse per gli storici⁴. In particolare egli paventava il rischio che la storia della famiglia potesse rinchiudersi in una sorta di «ghetto metodologico», rimanendo «uno “studio di area” invece che (...) una parte essenziale di ogni ragionamento storiografico che tenti di legare le istituzioni sociali, tra le quali la famiglia deve essere considerata la più importante, alle istituzioni dello stato»⁵. Al di là della presa di coscienza che si potrebbe dire “interna” rispetto al proprio ambito di ricerca, risulta molto interessante la notazione sulla presenza marginale della famiglia nella teoria politica «perché è stata relegata sistematicamente ad una sfera esterna alla politica, al privato piuttosto che al pubblico»⁶. In questa sede non si analizzerà il rapporto tra famiglia e società civile (uno dei filoni di maggiore interesse a giudizio di Ginsborg, anche alla luce della sua lettura della *Filosofia del diritto* di Hegel nel senso di un rapporto di progressiva dissoluzione, dalla famiglia alla società civile, come primo sintomo del carattere totalizzante che il potere statale assumerebbe rispetto ad essa), in quanto si intende aderire alla posizione di chi non ravvisa nel rapporto tra famiglia e società civile elementi di antitesi⁷.

ne del tutto privilegiata in quanto è stata considerata come praticamente universale» essendo «la presenza di unità domestiche di dimensioni più o meno piccole, organizzate sulla base di stretti rapporti di parentela (...) un requisito strutturale di ogni società umana». In sostanza, come evidenziato da G. P. MURDOCK ne *La struttura sociale* (Etas Kompass, Milano, 1971), la famiglia si configurerebbe l'unità strutturale in grado di svolgere, da sola, le funzioni sessuale, economica, riproduttiva ed educativa.

⁴ Sul rapporto tra famiglia e istituzioni, v. P. GINSBORG, *Famiglia, società civile e stato nella storia contemporanea: alcune considerazioni metodologiche*, in *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 1993, p. 179 e s.

⁵ P. GINSBORG, *Famiglia, società civile e stato nella storia contemporanea*, cit., p. 180.

⁶ *Ibidem*, p. 186.

⁷ In questo senso, J. L. COEN, A. ARATO, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass., 1992, p. 631 e J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, La-

L'approccio di tipo istituzionale alla famiglia impone di chiarire preliminarmente alcuni aspetti, che attengono in particolare alla configurabilità stessa della famiglia quale istituzione⁸.

Nel definire le linee di una teoria istituzionale della famiglia è possibile fare riferimento al contributo di A. Cicu, che ne *Il diritto di famiglia. Teoria generale* opera una prima contaminazione del diritto di famiglia dalla "zona" del diritto privato a quella del diritto pubblico⁹. La famiglia, a giudizio di Cicu, svolge una funzione essenzialmente sociale¹⁰, pur costituendo occasione, per l'uomo, di determinare la completezza di sé¹¹.

Egli arriva a distinguere tra una psiche individuale "egoistica" e una psiche familiare che ad essa si contrappone e senza la quale «la famiglia non avrebbe esistenza né giuridica, né sociale: si avrebbero relazioni libere accidentali ed eventualmente obbligazioni, ma non uno *status* della persona»¹². La visione organicistica e funzionalistica della famiglia presente in Cicu si chiarisce nella seguente definizione, per cui vi è una «distinzione netta fra la posizione giuridica dell'individuo come ente a sé e la posizione stessa come membro di un tutto. Caratteristica della prima la libertà, della seconda la subordinazione ad un fine; forza operante della prima la volontà libera, nella seconda la volon-

terza, Roma-Bari, 1977, p. 45, per cui i mutamenti dell'istituzione familiare producano inevitabilmente un'influenza sulla forma assunta dalla società civile.

⁸ Sul concetto di istituzione, cfr. la distinzione, operata da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1946), Sansoni, Firenze, rist. 1962, p. 36 e ss., tra il concetto di istituzione (nel senso di realtà sociale che sta alla base dei rapporti tra i membri della stessa società) e di istituto (che definisce invece le norme relative ad un determinato rapporto o gruppo di rapporti), in senso perfettamente antitetico a quello individuato da B. CROCE (su cui v. ID., *Teoria e storia della storiografia*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 1945, p. 133 per cui gli istituti rappresenterebbero tutti gli atteggiamenti pratici degli individui oggetto della storia politica ed etica, mentre le istituzioni sarebbero costituite dalla famiglia, dallo stato, dal commercio, dall'industria e dalla milizia). Sul fondamento pubblicistico della disciplina della famiglia, v. P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 785.

⁹ Su cui v. V. FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, cit., pp. 85-86.

¹⁰ A. CICU, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 9.

¹¹ *Ibidem*, p. 78.

¹² *Ibidem*, p. 89.

tà vincolata. A questa diversa posizione corrisponde una diversa struttura formale del rapporto giuridico: questo è sempre relazione fra soggetti di diritto; ma in esso i soggetti possono figurare o come pienamente indipendenti, autonomi, oppure come chiamati all'esplicamento di una funzione, subordinati a un fine superiore. Nell'un caso il rapporto giuridico gravita sull'affermazione di un diritto, nell'altro sull'affermazione di un dovere»¹³.

La teoria istituzionale della famiglia non disconosce il carattere originario di quest'ultima, ma la salda con il necessario regime giuridico che vi dà piena consistenza¹⁴.

Come sottolineato da V. Frosini, in Cicu e in Santi Romano, la famiglia assume dunque le caratteristiche di «un soggetto plurale autonomo di diritto»¹⁵. Ci si può chiedere se e come, rispetto ad essa, possa collocarsi l'individuo, e se, a differenza degli afflati di stampo organistico che caratterizzano la teoria funzionalista, la teoria istituzionale della famiglia possa viceversa essere considerata compatibile con il principio personalista, la cui impronta risulta evidente all'interno della nostra Carta costituzionale.

Questo punto è particolarmente delicato, ponendosi all'incrocio tra i concetti di libertà e autorità e apparentemente mettendo in discussione il ruolo della famiglia-arcipelago, come luogo di promozione della personalità individuale irriducibile a possibili interventi conformativi da parte dello Stato.

In una tale prospettiva, risulta particolarmente significativa l'opzione ricostruttiva proposta da P. Barile, per cui «la qualità di soggetto privato viene affermata non solo in relazione al singolo preso isolatamente, ma anche in relazione alle “formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”» Questa si configurerebbe come «una caratteristica della Costituzione italiana, la quale ha voluto integrare la personalità del soggetto-persona fisica col richiamo al soggetto nel gruppo sociale, anzi in tutti i gruppi sociali leciti ai quali egli, per il “pieno sviluppo

¹³ *Ibidem*, p. 91.

¹⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 46-47.

¹⁵ V. FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, cit., p. 87.

della persona umana” (art. 3 c. 2 C.) è libero di appartenere»¹⁶. Risulta inoltre possibile, con riferimento all’art. 2 della Costituzione, anche un «secondo significato della norma, che è il seguente: soggetti privati costituzionali sono anche tali gruppi presi in sé, siano persone giuridiche od associazioni di fatto, in quanto svolgano la loro attività in seno all’ordinamento giuridico»¹⁷.

Sotto questo profilo possono risultare di una qualche utilità anche gli studi condotti in un campo lontano ed estraneo dal diritto, ovvero la psicologia clinica, che tuttavia forniscono uno schema di base di una certa utilità. Nella seconda metà degli anni ’70 del novecento, Murray Bowen, psicoterapeuta familiare, applica alla struttura familiare un metodo innovativo rispetto a quello psicoanalitico, che egli definisce relazionale e che fa perno sul concetto di “differenziazione” del sé nel sistema familiare¹⁸. La differenziazione sarebbe direttamente collegata alla salute psichica, ma è da Bowen anche utilizzata al fine di elaborare un impianto concettuale in cui la famiglia costituisce una sorta di primo incubatore in cui l’individuo acquisisce competenze relazionali che successivamente potrà mettere a valore al suo ingresso nella società e, in generale, all’interno di comunità via via più ampie. Esso, a differenza dell’*Auflösung* con cui Hegel descrive la dissoluzione della famiglia nella società civile¹⁹, non fa venire meno la struttura familiare, ma appunto mette in guardia da qualsiasi visione organicistica della stessa.

¹⁶ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, p. 9.

¹⁷ ID., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 14.

¹⁸ La tesi di M. BOWEN è contenuta nello studio *Dalla famiglia all’individuo. La differenziazione del sé nel sistema familiare*, Astrolabio Ubaldini, Roma, 1980, che riprende i contenuti di un precedente articolo dello stesso Autore, pubblicato nel 1974 all’interno dei *Georgetown Family Symposia* e intitolato *Toward the differentiation of self in one’s family of origin*, in F. ANDRES, J. LORIO (Eds.), *Georgetown Family Symposia* (vol. 1), Washington, DC, Georgetown University Medical Center. Con riferimento al versante degli studi giuridici su questo tema, si è posto l’accento sull’esistenza di un legame tra l’affermazione del sé non soltanto nella prospettiva individuale, ma anche in seno alla società (e dunque, in senso «relazionale») cfr. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 20.

¹⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. it. Di G. Marini) Laterza, Roma-Bari, 1999, § 158, p. 140.

Il tema che oggi può essere riproposto è dunque quello dell'individualismo all'interno dei rapporti familiari, in un modo però diverso da quello presente nelle codificazioni ottocentesche e ancora in una certa misura veicolato all'interno del dibattito in Assemblea costituente, laddove lo *status* familiare veniva da alcuni definito in modo tale per cui «lungi dall'apprezzare e valorizzare le differenze nell'ambito di un rapporto di parità» mirava invece a «rendere certa per l'ordinamento la struttura gerarchica della famiglia», contribuendo in questo modo «a definire anche le identità dei coniugi»²⁰.

Il valore e la pienezza dei diritti di cui gode l'individuo anche all'interno della famiglia ormai costituisce un dato acquisito, anche per la capacità, sviluppata nel tempo dal testo costituzionale e dalla Corte costituzionale nella sua interpretazione, di conformare ad esso anche la legislazione previgente²¹.

Tuttavia, esiste una «inevitabile differenza tra la volontà del singolo, che costituisce il punto di partenza della pretesa di libertà, e l'ordinamento statale, che si contrappone al singolo come volontà esterna, che gli si contrappone come tale anche in democrazia, dove questa differenza è approssimativamente ridotta al minimo»²².

In sostanza, risolto positivamente il problema del riconoscimento di una dimensione individuale anche all'interno della famiglia, resta il tema di come debba atteggiarsi rispetto ad essa lo Stato.

²⁰ In questo senso, L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 29, citando le posizioni assunte al riguardo da P. Calamandrei e V.E. Orlando in Assemblea Costituente, a giudizio dell'A. sintomatiche della volontà di subordinare la Costituzione ai contenuti veicolati dalla legislazione ordinaria.

²¹ Nota infatti M. BESSONE, sub art. 29, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 49, come la Costituzione, indicando la «eguaglianza morale e giuridica dei coniugi a criterio di ordine dei rapporti familiari, e la famiglia come “formazione sociale” con i caratteri dell'art. 2» segni «una storica inversione di tendenza», poiché da essa risultano direttive che già in linea di principio sono in contrasto con l'ideologia e il disegno politico dei codici della tradizione borghese».

²² H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* (a cura di J. Luther e E. Daly), Giuffrè, Milano, 2013 pp. 721-722. Su questo profilo, v. anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Libertà e Stato*, in ID., *Saggi di diritto civile*, I, a cura di P. Rescigno, Jovene, Napoli, 1961, p. 117 e ss.

Sgomberato il campo da ogni pulsione di tipo funzionalista, incompatibile con la forma democratica repubblicana, la domanda che si pone è se lo Stato possa promuovere un modello di famiglia definito, a discapito di altri possibili.

Se ormai risulta pacificamente escluso che lo Stato possa promuovere una concezione funzionalistica della famiglia come struttura che non abbia come suo primario obiettivo la promozione dell'individuo²³, ci si può interrogare sulle possibili modalità attraverso cui lo Stato possa proteggere beni ed interessi ulteriori, collegati all'esistenza stessa della famiglia, in grado di trascendere la dimensione puramente individuale che all'interno di essa trova occasione di sviluppo.

La risposta a tale interrogativo può essere ricercata secondo due percorsi: l'uno attinente all'interpretazione del testo costituzionale; l'altro relativo alla definizione del concetto di ordine pubblico, così come integrato nella legislazione ordinaria.

Si tratta di due ambiti che potrebbero intendersi come quasi coincidenti, laddove si intendesse il limite dell'ordine pubblico come espressione applicativa dei contro-limiti costituzionali.

La prospettiva che qui si intende accogliere è parzialmente diversa, e valorizza una concezione minimale di ordine pubblico, intendendo questo limite come un esito (non definitivo) del processo deliberativo. Si tratta quindi di un'impostazione che valuta l'ordine pubblico alla luce della legislazione per i tratti in cui ne costituisce espressione.

La mobilità del concetto di ordine pubblico non sembra risiedere, dunque, nella sua possibilità di costituire un punto di sintesi tra principi condivisi a livello internazionale, quanto piuttosto nella sua attitudine ad esprimere il livello di adesione raggiunto, sul piano interno, rispetto a talune tematiche. L'esito di tale processo, per quanto imperfetto, deve essere oggetto di attenta valutazione sul piano costituzionale interno: esso infatti potrebbe dimostrare un'adesione ai principi costituzionali, quanto viceversa discostarsene.

Un consistente nodo da sciogliere risiede nel significato da attribuire al concetto di ordine pubblico, definito dalla più recente giurisprudenza di legittimità (anche se con un'interpretazione successiva-

²³ Sul tramonto dello stato etico, v. già A. DE CUPIS, *Stato e famiglia*, in *Il Foro it.*, 1971, V.

mente disattesa dalle Sezioni Unite) come una sorta di “concetto-valvola” in grado di permettere il riconoscimento all’interno dell’ordinamento italiano di strutture familiari non soltanto non coincidenti con il modello costituzionale, ma anche realizzatesi per il tramite di tecniche procreative vietate dalla legislazione ordinaria²⁴.

2. *L'avvento della Costituzione: un punto di svolta. Si riconosce ciò che c'è, o si crea qualcosa di nuovo?*

È opinione condivisa che l'entrata in vigore della Costituzione abbia segnato un momento di discontinuità rispetto alla disciplina dei rapporti familiari²⁵.

²⁴ Il riferimento è a Corte di Cassazione, sez. I civ., n. 19599/2016, su cui v. le osservazioni di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2/2017, p. 190 e ss. e O. Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello “status” di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 1/2017, p. 169 e ss. Sul concetto di ordine pubblico, da ultimo, F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S. U. della Corte di Cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020 (3 marzo 2020). Per più ampi riferimenti bibliografici, si rinvia al Cap. V, § 2, in nota.

²⁵ Si tratta di una discontinuità che tuttavia, ancora a metà degli anni '70 del secolo scorso, era intesa nel senso per cui «l'attuazione del precetto costituzionale» soprattutto in materia di parità dei coniugi e di governo della famiglia, «ha riconosciuto al legislatore ordinario un'ampia possibilità di scelte e ciò proprio per l'elasticità dei due limiti posti: la uguaglianza dei coniugi e l'unità della famiglia», così A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico-pratico alla l. 19 maggio 1975, n. 151*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1975, p. 239. Nella sterminata letteratura in tema è possibile distinguere alcune fasi dello studio della famiglia sotto il profilo del diritto pubblico. Nella fase “pre-costituzionale” spicca il contributo di A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1914), cit., in particolare alle pp. 123-124, ove si indica che: «I rapporti famigliari hanno origine da un atto (matrimonio, adozione), ora da un fatto giuridico (procreazione in matrimonio), ora dal concorrere di fatto ed atto (procreazione fuori di matrimonio e riconoscimento). Non ci interessa qui la libertà di costituire la famiglia per matrimonio, adozione, la libertà di procreare: il problema è se essa sia libertà individuale o famigliare, è correlativo a quello se sia libertà individuale

o libertà di diritto pubblico quella di assumere pubblici uffici o di contribuire alla pubblica beneficenza. Ma costruito il rapporto familiare, l'esercizio delle funzioni non è, di regola, lasciato alla libera volontà della persona. Ciò, abbiám visto, consegue dal fatto che la designazione alle funzioni, essendo data dal vincolo di parentela, è qui d'ordinario strettamente individuale: dove questo non si verifica, supplisce nella designazione un atto volontario; ma anche qui si è di regola tenuti all'esercizio della funzione: l'atto di investimento è atto di potere, ed una volontà contraria dell'investito non viene presa in considerazione se non in quanto essa può pregiudicarne il fine»; v. altresì, A. CICU, *Lo spirito del diritto di familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 5 e ss. e ID., *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 378 e ss. Come rilevato da M. SESTA in *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, Lettura fornita in apertura alla ristampa de *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, cit., p. 49: «Per Cicu, sottolineare analogie tra diritto pubblico e diritto familiare significa collocare la stessa famiglia in quella visione autoritaria che egli ravvisa e auspica discorrendo dello Stato. Significa, in definitiva, annullare la dialettica pubblico-privato, cioè istituzione-individuo, a tutto ed esclusivo vantaggio della istituzione cui l'individuo e i suoi diritti sono subordinati, e, ancora, a p. 78-79: «Non v'è dubbio (...) che la dottrina del diritto familiare di Antonio Cicu, legata a processi storici ormai compiuti, si pone in sicuro contrasto con lo spirito che ispira il testo costituzionale, e ancor di più con la recente normativa innovativa del primo libro del codice civile».

Studi sulla famiglia (anche) in prospettiva costituzionalistica, ma con particolare riferimento ad un'analisi delle tendenze di carattere storico-sociale, sono stati in particolare quelli condotti da A. MANOUKIAN, *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, il Mulino, Bologna, 1974; D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, il Mulino, Bologna, 2008; V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari 2008; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale: il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè, Milano 2011; C. MANCINA, M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012. Per una specifica analisi del dettato costituzionale, si rinvia a In tema, v. C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, P. Calamandrei, A. Levi, Barbera, Firenze, 1950, p. 291 e ss. e Id., *Famiglia (Diritto privato)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1957, p. 48 ss.; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, p. 553 e ss.; G. B. FUNAIOLI, *L'evoluzione giuridica della famiglia e il suo avvenire al lume della Costituzione*, Mazza, Firenze, 1951; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, vol. III, tomo I, parte I, Utet, Torino, 1957; L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, Milano, 1966; M. BESSONE, *Artt. 29, 30, 31*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976; P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, 1976. Con particolare riferimento all'impatto della riforma del diritto di Famiglia del 1975 quale occasione di sviluppo dei principi costituzionali in tema di famiglia, v. AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del convegno*

organizzato da Sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia, Giuffrè, Milano, 1976; M. DOGLIOTTI, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1977; M. BESSONE, G. ALPA, A. ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del Codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 23 e ss.; F. CUOCOLO, voce *Famiglia (Profili costituzionali)*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989; R. BIAGI GUERRINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia* in *Dig. Disc. Priv.*, VIII, 1992; P. ZATTI, *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2002; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2006, p. 481 e ss.; A. MORRONE, sub art. 2, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Giuffrè, Milano, 2009 e, ivi, M. Sesta, sub artt. 29, 30, 31.

Sui rapporti tra famiglia e filiazione, v. R. NICOLÒ, *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960 ed E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Cedam, Padova, 1998; M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010.

Con riferimento a nuovi modelli familiari e alla loro compatibilità con il quadro costituzionale, v. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *St. Iuris*, 2000, p. 1066; M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, Bononia University Press, Bologna, 2007; L. PANNARALE, *Le regole dell'amore*, in *Pol. Dir.*, 2/2007, p. 217 e ss. e G. FERRANDO, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. Dir.*, 1/2008, p. 3 e ss.; G.C. CASELLI, *Quando la chiesa disciplinava le unioni di fatto*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 276; N. PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 249; M. SESTA, *Una disciplina giuridica per le convivenze, ne Il Mulino*, 2007, p. 442 e ss.; E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero delle difficoltà di una disciplina giuridica per le convivenze*, in *Pol. Dir.*, 2008, p. 107. Di grande interesse per gli sviluppi successivi, oltre che per le indicazioni delle tendenze dottrinali in atto in relazione alla questione in particolare della regolamentazione delle convivenze e del matrimonio omosessuale, è il dibattito tra A. Ruggieri e P. Veronesi sulla rivista *Quaderni Costituzionali* e documentato nei seguenti contributi: A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teorie (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, p. 751 e ss.; P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. Cost.*, 2008, p. 577 e ss.

Sull'importanza della famiglia di fatto come formazione sociale all'interno della quale l'individuo può manifestare, svolgere e sviluppare la personalità, v. L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2004; F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2011; sui confini interpretativi derivanti dalle due distinte forme del matrimonio e della convivenza, v. le riflessioni sviluppate da R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile equilibrio*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 2520. Per un'analisi del concetto di unione non matrimoniale anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale, sia consentito il rinvio a L. CONTE, *Le*

L'elemento più dirompente era costituito dalla esplicitazione della piena parità tra i coniugi, dalla eguaglianza morale e materiale che rompeva non soltanto la gerarchia familiare tradizionalmente fondata sull'autorità del capofamiglia, ma ne metteva in discussione anche i presupposti normativi.

Un primo rilievo può essere effettuato con riferimento alla stessa introduzione, all'interno del testo costituzionale, dei principi in materia di famiglia (che invece erano risultati testualmente assenti nello Statuto albertino, che nel riferimento, all'art., 1 alla «Religione Cattolica, Apostolica e Romana» come «la sola Religione dello Stato», implicava un'adesione ad un modello di famiglia religiosamente connotato) e dalla loro collocazione all'interno dei rapporti etico-sociali: posizione sintomatica della volontà dei Costituenti di attribuire anche alla peculiare formazione sociale della famiglia²⁶ un ruolo nel progetto di emancipazione e promozione della persona umana contenuto nella Carta fondamentale.

unioni non matrimoniali, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014 e bibliografia ivi citata.

Per una riflessione sul testo costituzionale in tema di famiglia e sui suoi margini interpretativi in relazione ai quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale relativa al c.d. «matrimonio omosessuale» (su cui la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 138/2010) v. R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, e-book, Giappichelli, Torino, 2010, volume che raccoglie il ricco dibattito dottrinale svoltosi nell'imminenza della pronuncia della Corte in occasione del Seminario preventivo Amicus Curiae (Ferrara, 26 febbraio 2010). Per un'analisi ragionata delle posizioni espresse dalla dottrina precedenti e successive alla sentenza n. 138 del 2010, sia consentito il rinvio a L. CONTE, «*Impara una quantità di cose dai dotti: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello «specchio» della dottrina*», in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012.

²⁶ Per un'interpretazione dell'art. 29 della Cost. (oltre che degli artt. 30 e 31) quale «specificazione, all'interno del gruppo familiare, delle direttive degli artt. 2 e 3 della Costituzione» per cui «la famiglia appare innegabilmente come «formazione sociale» ove si svolge la personalità dei singoli, di cui la repubblica tutela i diritti inviolabili, e, ancora prima, cellula sociale nella quale debbono dissolversi le profonde contraddizioni della società italiana, ineguale e discriminatoria», v. M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1980, p.19.

Posto il carattere decisamente innovativo degli articoli della Costituzione, ci si può chiedere se essi abbiano determinato un cambiamento radicale rispetto al passato e definitivo nei risultati (secondo questo profilo, anche con riferimento al presente).

Come è noto, il modello normativo del Codice civile del 1942 rifletteva «l'immagine della famiglia autoritaria, ancor quasi patriarcale, non molto distante dalla famiglia della tradizione ottocentesca» delineata nel Codice del 1865 e, ancor prima, nel Code civil che «espressione di un regime autoritario (...) improntò al principio di autorità anche la disciplina della famiglia»²⁷. A tale modello, con l'avvento del fascismo, si accosta quello della «famiglia come istituzione, sottomessa allo Stato e da esso gerarchicamente dipendente, come ente che trascende i singoli membri» e che viene «tutelata in funzione degli interessi statuali»²⁸.

Come è stato opportunamente sottolineato, i principi autoritari cui era improntato il diritto di famiglia e le regole discriminatorie che affliggevano la condizione della donna all'interno della famiglia non possono essere letti unicamente come «il portato del regime allora vigente», trovando un terreno fertile nell'«opinione corrente» e nel «comune sentire del popolo italiano», riflettendo dunque la «coscienza sociale dell'epoca»²⁹.

Esiste una connessione tra l'evoluzione del ruolo della donna e dei figli all'interno della famiglia (e dunque, dei soggetti più deboli nei confronti dei quali si è storicamente esercitata l'*auctoritas* del capofamiglia) e la riforma della famiglia stessa. In questo senso, il dettato costituzionale compie un deciso passo in avanti stabilendo l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e l'esercizio dei doveri-diritti genitoriali

²⁷ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., p. 11.

²⁸ Ivi, p. 14.

²⁹ Ivi, p. 17, ove si rileva come in questo contesto debbano essere analizzate tutte le innovazioni in materia: dall'introduzione del matrimonio concordatario (che, nella lettura fornitane dal Guardasigilli Solmi, determinava un mutamento non di lettera ma di spirito delle norme, nel quadro di una generale protezione attribuita agli interessi superiori e permanenti della comunità nazionale, i quali trascendono la breve vita dei singoli) alla tutela dei figli nati fuori del matrimonio, alla disciplina dell'adozione, a quella dell'affiliazione.

sia nei confronti dei figli legittimi che nei confronti dei figli naturali. Si tratta di un mutamento di prospettiva che necessiterà dell'intervento del legislatore (con la riforma del diritto di famiglia) e della Corte costituzionale (nell'esercizio della sua attività interpretativa in sintonia con i mutamenti della coscienza civile in materia di famiglia³⁰).

³⁰ In proposito, merita attenzione il "distico" rappresentato dalle pronunce n. 64/1961 e n. 126/1968, in merito alla compatibilità con la Costituzione dell'art. 559 c.p. che puniva l'adulterio femminile. Nel 1961, la Corte costituzionale giudica la questione infondata, sulla base di un'argomentazione che richiama i parametri costituzionali degli artt. 3 e 29 della Costituzione e facendo prevalere quest'ultimo in ragione dei limiti che, proprio attraverso tale articolo e a garanzia dell'unità familiare, il legislatore può stabilire al principio di eguaglianza tra i coniugi. Di particolare interesse risulta il seguente passaggio: «*Indubbiamente, secondo una pura valutazione morale, alla quale, a parte le leggi, è auspicabile che si ispiri la vita della famiglia, il principio di fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo. Tuttavia, l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato dell'esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare*». E, proseguendo, «*Con l'affermazione dell'esigenza dell'unità familiare, in fondo, il legislatore costituente riafferma un orientamento già manifesto nel primo comma dello stesso art. 29, allorché dichiara la famiglia società naturale fondata sul matrimonio: dove la qualifica di "naturale", se non ha un preciso contenuto giuridico, ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto di famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo*» (Corte cost., n. 64/1961, rispettivamente punti n. 3 e 4 del Considerato in Diritto, su cui v. C. ESPOSITO, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 1224 e ss.). Pochi anni dopo, sullo stesso tema, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del primo e del secondo comma dell'art. 559 del Codice penale, si pronuncia in questi termini: «*Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia e all'unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale. (...) La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e come tutti i privilegi violi il principio di parità*». Nel riesaminare la questione, la Corte si fa carico di registrare e riportare nel testo della pronuncia la considerazione per cui, dai tempi più

Come è stato sottolineato, «la riforma della disciplina della famiglia rappresenta storicamente l' "avanguardia" di più generali riforme nelle materie che compongono il corpo classico delle codificazioni civili» e la ragione di questo «può essere facilmente colta nel fatto che la dinamica sociale si manifesta in modo più appariscente nella materia familiare che in altre materie privatistiche», determinando l'impossibilità di chiudere nel cerchio del sistema codicistico tradizionale una materia che verso di esso si pone, in un certo senso, come fattore di rottura»³¹.

Già in sede di prima analisi della riforma del 1975, era stato rilevato come, pur all'interno di un quadro permeato «da una vena di individualismo che esalta l'autonomia e la libera scelta dei coniugi all'interno della famiglia» convivessero «spunti e frammenti di una

*remoti in cui la donna era in stato di soggezione alla potestà maritale, «molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquisito pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo» (Corte cost., n. 126/1968, rispettivamente ai punti n. 6 e n. 3 del Considerato in Diritto, su cui v. R. ZACCARIA, *Adulterio. Violazione dell'eguaglianza tra i coniugi "non giustificata" dall'unità della famiglia*, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 2199). È interessante notare come successivamente la Corte abbia modo di meglio perimetrare ulteriormente i confini della propria argomentazione, precisando come: «Non sta alla Corte verificare se e quali modificazioni (...) il nostro tempo abbia portato nella coscienza sociale», anche se «È compito indiscutibile della Corte accertare l'insanabile contrasto [tra la disciplina originaria] e il sopravvenuto principio costituzionale [relativo all'eguaglianza tra i coniugi]» (così Corte cost., n. 147/1969, punto n. 6 del *Considerato in Diritto*).*

³¹ S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato da Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 9-10. Lo stesso A., *ibidem*, individua nello «scarso margine concesso ai poteri autonomi dei privati nel diritto di famiglia», cui consegue il «difficoltoso adattamento delle strutture giuridiche alla realtà sociale» la ragione per cui «nel diritto di famiglia la domanda di riforma si manifest[i] in modo più pressante e sollecit[i] più che altrove una risposta legislativa». Contrariamente, sull'opportunità di non sopravvalutare l'intervento del legislatore in materia di famiglia, v. C. GRASSETTI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 267, il quale rileva che poiché «nella famiglia il sentimento morale è l'anima e i costumi sono più forti del diritto», al legislatore spetta «un compito di indirizzo, di orientamento, anche pedagogico in qualche misura. Ma non di più».

teoria organica della famiglia, società portatrice di interessi superiori agli interessi dei singoli membri»³², da intendersi tuttavia non più come interessi che costituiscono una specificazione degli interessi statali, ma – secondo una prospettiva completamente mutata e che trova la sua origine nel testo costituzionale³³ – «interessi di un aggregato originario, che preesiste allo Stato e che lo Stato non può disconoscere»³⁴.

Vi sono dunque elementi per poter mettere in discussione, senza ovviamente svalutare l'apporto evolutivo e promozionale integrato dai precetti costituzionali, la spinta propulsiva impressa dalla Costituzione nei confronti della legislazione in materia di famiglia.

La constatazione per cui è stato necessario un lasso di tempo trentennale per una prima organica elaborazione di una disciplina del diritto di famiglia che si proponesse di dare attuazione alle previsioni co-

³² Riferibili all'interesse della famiglia di cui all'art. 143, comma 2, c.c.; ai bisogni della famiglia di cui all'art. 143, comma 3, c.c.; alle esigenze preminenti della famiglia stessa di cui all'art. 144, comma 1, c.c.; alle esigenze dell'unità della vita della famiglia di cui all'art. 145, comma 2, c.c.; all'interesse dell'unità familiare di cui all'art. 316, comma 3, c.c.

³³ In particolare, il riferimento è all'art. 29, comma 1, Cost., che identifica la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e all'art. 29, comma 2, che individua, circoscrivendo l'affermazione per cui il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, la possibilità dell'apposizione di limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare. Sul limite dell'unità familiare, v. P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, pubblicato in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1955, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1967, p. 179, per cui: «mentre il principio di eguaglianza regola i rapporti fra i coniugi sia in costanza di convivenza che in regime di separazione, il limite dell'unità familiare non può funzionare altro che nel primo dei due regimi; secondo che l'«unità» che la costituzione vuol garantire è dunque solo quella che esiste durante la costanza della convivenza, cioè non è quella materiale, bensì quella spirituale; o, meglio, l'unità di indirizzo politico – ci si consenta l'espressione – della compagine familiare in fase normale. La norma costituzionale, in sintesi, ammette che l'unità materiale possa legittimamente venir meno; non ammette che, quando essa sussiste, possa venir meno l'unità di direzione, cioè quella spirituale, in seno alla famiglia».

³⁴ N. IRTI, *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 39, per cui nella legge di riforma gli interessi della famiglia possono qualificare alternativamente la somma degli interessi dei singoli membri, ma anche interessi ed esigenze che non coincidono con le esigenze e gli interessi personali dei genitori e dei figli, *ibidem*, in particolare alle pp. 38-39.

stituzionali, è sintomatica del fatto che la Costituzione si pone quale punto iniziale di una svolta che, per compiersi appieno, necessita, oltre che dell'apporto tecnico del legislatore (nella attuazione legislativa) e della Corte costituzionale (nell'elaborazione interpretativa degli articoli costituzionali), anche di una sintonia con le istanze emergenti all'interno del tessuto della società³⁵.

Rispetto ad esse le posizioni del legislatore e della Corte costituzionale sono diverse: potendo il primo, in virtù della legittimazione politico-rappresentativa e in conformità con il dettato costituzionale, imprimere decisivi cambi di passo alla disciplina della famiglia anche eventualmente ponendosi in contrasto con elementi di resistenza presenti nel tessuto sociale; potendo la seconda operare nel senso della declaratoria di illegittimità costituzionale di una disciplina legislativa che si ponesse in contrasto con le disposizioni costituzionali in tema di famiglia, ma – al contrario – non potendo supplire all'inattivismo legislativo (più o meno consapevole, più o meno politicamente ed ideologicamente orientato) rispetto alle istanze di riforma che coinvolgano alcune parti del diritto di famiglia³⁶, salvo che attraverso le ipotesi di

³⁵ A questo proposito risulta emblematica la vicenda dello scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1 dicembre 1970) che, oggi non costituisce più il modello prevalente, in seguito all'introduzione (con l. n. 162 del 2014 di conversione del D.L. n. 132 del 2014) di «due nuove procedure “semplificate” – di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni – che si affiancano, senza sostituirle, ai procedimenti giurisdizionali di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni», v. M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, cit., p. 575 e F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e Diritto*, 12/2014, p. 1141 e ss.

³⁶ Su questo punto, v. la riflessione di I. MASSA PINTO, *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte)?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., p. 259, avente ad oggetto il rischio derivante dalla (potenziale) trasformazione del ruolo delle corti «da organi che interpretano e applicano la Costituzione a organi che mediano istanze e attese che, per quanto genericamente condivise, non possono che essere rappresentate dall'organo produttivo dell'unità politica, ossia dal parlamento. L'alternativa, nel difetto di funzionamento dei meccanismi rappresentativi (...) non può che essere il ricorso ai principî giuridici, intesi come dati storici e sociali, che si impongono all'interprete come dati obiettivi, come prodotti da un già consolidato riconoscimento. Laddove questi non esistono, poiché i principî non so sono (ancora?) stabilizzati in dati sociali, in isti-

formulazione di moniti³⁷ (o, in un caso più estremo), di pronunce additive di principio.

In questa ottica va dunque analizzato il moto propulsivo delle disposizioni costituzionali sul diritto di famiglia, il quale lungi dall'assumere le forme di una linea retta, costituisce il terreno per esaminare il portato delle innovazioni legislative nonché delle tendenze giurisprudenziali in questo ambito.

3. *La Costituzione, il Codice e l'impatto sulla legislazione successiva*

Si possono dunque identificare tre momenti: quello del Codice civile (ormai oggetto di vaste operazioni di riforma), quello della Costituzione e quello della legislazione successiva (comprendente sia leggi di riforma del codice civile sia discipline di tipo settoriale³⁸), da intendersi – nella prospettiva qui adottata – non soltanto secondo una progressione temporale, ma in senso unitario, come parti di disciplina in grado di integrarsi a vicenda restituendo un quadro se non unitario, che trasmetta un senso di coerenza a Costituzione da parte dei relativi ambiti dai quali risulta composto.

Proprio il tema della complessiva coerenza a Costituzione qualifica il punto di vista del costituzionalista, ricomprendendo dunque un'analisi non soltanto della razionalità intrinseca degli istituti del di-

tuzioni, in diritto non scritto, ma pur sempre diritto, la Corte deve restituire la parola alla lotta politica».

³⁷ Sul ruolo dei moniti formulati dalla Corte costituzionale al legislatore, in conformità con i «rispettivi ruoli, per svolgere il programma di trasformazione sociale che la nostra costituzione indica agli attori istituzionali», v. A. SAITTA, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., p. 331.

³⁸ Quali, ad esempio, la l. n. 898 del 1970 sul divorzio; la l. n. 184 del 1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*, come modificata da l. n. 149 del 2001); la l. n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); la l. n. 54 del 2006 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*); la l. n. 173 del 2015 (*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*); la l. n. 76 del 2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*).

ritto familiare, ma anche della loro riconducibilità ad un sistema coerente in grado di rispondere adeguatamente ai principi ispiratori della Carta e che d'altro canto costituisca il risultato di un assetto ordinamentale il meno possibile conflittuale e il più possibile armonioso.

In questo senso, saranno oggetto di analisi alcuni temi di rilevanza cruciale per il diritto costituzionale che intersecano la vita degli istituti del diritto di famiglia, sottoponendoli a tensioni o quantomeno a revisioni critiche, senza pretesa di onnicomprensività ma con l'intento di fornire un percorso di ricerca in ambiti in particolarmente sensibili per numerose implicazioni culturali che ad essi si riconnettono.

L'analisi sarà incentrata sui fattori costitutivi o, meglio, sulle premesse costituzionali da cui muove la disciplina del matrimonio, delle unioni civili e delle convivenze, della filiazione (e dell'adozione), della procreazione medicalmente assistita. Il tema della conservazione degli *status* familiari, il diritto alla conoscenza delle proprie origini, il principio del preminente interesse del minore saranno esaminati nella misura in cui esprimono, all'interno di questo quadro, ipotesi di sviluppo del principio personalista che permea la Costituzione, ma anche alla luce degli standard di tutela prefigurati a livello sovranazionale, in particolare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Essi saranno analizzati non tanto nell'ottica delle singole discipline settoriali (che nelle loro fasi, compresa quella della disciplina della loro "crisi" – la quale per ampiezza e specificità esula dai confini della presente trattazione – sono dettagliatamente oggetto dell'interesse dello studioso del diritto civile), quanto nel loro momento fondante e costitutivo: e cioè, nelle loro premesse generali la cui analisi risulta determinante anche in prospettiva *de iure condendo* rispetto a successive evoluzioni della legislazione³⁹. A questo proposito, basti pensare al tema della problematica introduzione di una "via legislativa" alla maternità surrogata, che risulta immanente alla questione di legittimità costi-

³⁹ Riflette su di una «apparentemente arida "aritmetica giuridica" dei codici» dietro ai quali «si celano in realtà complesse questioni sociali e di giustizia, equilibri faticosamente raggiunti, concezioni diverse della famiglia», G. CHIODI, *Presentazione* in ID. (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2013, IX.

tuzionale rimessa alla Corte costituzionale dalla I sezione della Corte di Cassazione n. 8325 del 29 aprile 2020, che in aperto contrasto con l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite in relazione alla non compatibilità con l'ordine pubblico della maternità surrogata, con conseguente applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983 come norma a tutela del rapporto di genitorialità intenzionale sorto in seguito alla realizzazione di tale pratica riproduttiva, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 6 della l. n. 40 del 2004 (oltre che dell'art. 18 del D.P.R. n. 396/2000 e dell'art. 64, comma 1, lett. g) della l. n. 218/1995) nella parte in cui non consentono, secondo l'attuale interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri del cosiddetto genitore d'intenzione non biologico⁴⁰.

4. *Questioni in tema di rapporti tra diritto costituzionale e diritto civile*

L'analisi della famiglia nella prospettiva del diritto costituzionale non può prescindere da una riflessione sui rapporti intercorrenti tra quest'ultimo e il diritto civile. Tale analisi risulta funzionale non solo alla delimitazione del campo di indagine, ma anche in relazione alla metodologia applicabile.

In questa sede in cui il principale oggetto di indagine è costituito dalla famiglia nella prospettiva del diritto costituzionale appare utile recuperare la più ristretta definizione di diritto civile come «quella parte del diritto privato che riguarda il *civis* come tale o le sue associazioni, cioè il *civis* considerato al di fuori della sua eventuale dimensione di soggetto che svolge attività economiche o imprenditoriali o co-

⁴⁰ In commento, v. A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?*, cit.; F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, p. 532 e ss.; G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Fam. e Dir.*, 7/2020, pp. 690-696.

munque viene coinvolto in rapporti che tipicamente da quelle attività promanano»⁴¹.

Si tratta di una definizione di tipo minimale, che non intende obliterare la complessità del diritto privato. Esso infatti, come è stato notato, esclusa la concezione, definita «vetero-accademica», che lo ricondurrebbe alle «regole che disciplinano i rapporti tra privati, nascenti dalla società civile», non risulta «più considerato soltanto come il complesso delle regole afferenti i rapporti tra i privati, ma è inteso come diritto comune: quanto ai soggetti, come il complesso delle regole afferenti anche i rapporti negoziali tra enti pubblici e i rapporti negoziali tra enti pubblici e soggetti privati, quando tali rapporti siano fondati su basi paritetiche; quanto alle tecniche, come il complesso delle “forme giuridiche” in cui si fanno operazioni ascritte per tradizione al diritto privato; ma il diritto privato è inteso anche come forma di autoregolamentazione dei rapporti, come complesso di regole di garanzia e di rimedi predisposti a tutela dell’individuo nella società dell’informazione, della telematica e delle biotecnologie (umane, animali e vegetali), come complesso di tecniche di risoluzione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti, come complesso delle operazioni che si possono fare combinando tra loro regole di ordine costituzionale, regole contenute nel codice civile, regole emergenti nella prassi»⁴².

Allo stesso tempo, risulta opportuno isolare, rispetto al più ampio *genus* del diritto pubblico, la nozione di diritto costituzionale: esso «non si esaurisce nelle norme che regolano i rapporti dello Stato, anzi contempla, prima di tutto e per la sua massima parte, lo stato in sé e per sé, nei suoi elementi, nella sua struttura, nelle sue funzioni che, come quella legislativa, non danno luogo a rapporti singoli e concreti. Esso è il regno in cui il punto di vista del diritto come istituzione è così

⁴¹ G. CIAN, *Il diritto civile come diritto privato comune (ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 3; Per una riflessione sull’opportunità per il “civilista moderno” di porre mente alle norme costituzionali, v. R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 904 e ss. Di un diritto civile impuro perché «intessuto di fatti, di interessi, anche di valori senza dubbio e perciò stesso carnale» in quanto «scritto direttamente sulla pelle degli uomini», accenna P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 917.

⁴² G. ALPA, *Il «diritto costituzionale» sotto la lente del giusprivatista*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1999, p. 16.

deciso ed esteso che dimenticarlo o negarlo significa annullare, o quasi, tutto il diritto costituzionale»⁴³.

La prima impressione che lo studioso di diritto costituzionale ricava rispetto al tema della famiglia, per come affrontato del diritto civile, è quello di una pluralità di istituti, ciascuno con una propria, articolata disciplina, in grado di fare sistema a sé. Ed è proprio la difficoltà di ricondurre tali disciplina in una prospettiva caratterizzata da un'impronta di unitarietà il primo ostacolo da affrontare: correndo da un lato il rischio di effettuare banalizzazioni, dall'altro di non valorizzare adeguatamente il carattere settoriale ed analitico cui è improntata la tecnica normativa in quest'ambito⁴⁴.

I rapporti tra diritto civile e diritto costituzionale possono svolgersi secondo due direttrici fondamentali: la prima, attinente ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni legislative sia antecedenti l'entrata in vigore della Carta costituzionale (in primis, il Codice civile), sia ad essa successive (valutandone la compatibilità con le disposizioni della Costituzione, inizialmente soprattutto intese nel senso di un limite posto all'attività del legislatore); la seconda, rela-

⁴³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 98.

⁴⁴ In questo senso, v. le osservazioni di E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5/2012, 643, per cui: «La condivisione degli studi è resa necessaria dallo stesso assetto delle fonti, dall'imporsi della Costituzione, quale fonte primaria, al civilista così come a ogni studioso del diritto. Al contempo, la presenza nella Costituzione di norme, che espressamente menzionano categorie civilistiche la proprietà e la famiglia – e di disposizioni che implicitamente coinvolgono il contributo ermeneutico del privatista, vincola il diritto costituzionale ad una comparazione imprescindibile con il diritto privato». Nel senso di una avvenuta trasformazione di senso all'interno della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si esprime M. GRAZIADEI, *Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD* (Trento, 24-26 settembre 2015), Università degli studi di Trento, 2016, [Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>)], pp. 355-356, per il quale l'avvento del costituzionalismo contemporaneo «ha trasformato il senso della distinzione tra pubblico e privato, restituendoci un quadro meno segnato dall'idea secondo cui al cuore della storica distinzione vi sia una radicale alterità di valori. È in fatti ormai chiaro che per decisione del costituente una tavola di valori condivisi sorregge e anima tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico».

tiva alla possibilità di interpretare la Costituzione in senso autenticamente promozionale, vale a dire sia come fonte direttamente applicabile, sia come fonte in grado di dare pienezza ed espressione di significato a situazioni giuridiche nuove: «Non quindi sempre e soltanto regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole a nuovi valori»⁴⁵.

L'apertura al «personalismo» e al «solidarismo» intesi come elementi qualificanti la Carta costituzionale anche da parte dei civilisti è stata dunque esaminata avendo riguardo al dato per cui «la persona è inseparabile dalla *solidarietà*, valore, quest'ultimo, che apre alla "riletura" del diritto civile anche a materie o istituti considerati, per il loro tecnicismo, del tutto impermeabili ai valori costituzionali, ma, nondimeno, innervati da una logica "relazionale" riconducibile, in quanto tale, proprio alla dimensione assiologica della solidarietà costituzionale»⁴⁶. In quest'ottica non dovrebbero essere ricomprese le sole «materie esistenziali, ma anche temi basilari quali il contratto, il mercato, la concorrenza», utilizzando dunque «l'argomento costituzionale come interno o immanente al processo di ricostruzione degli istituti di diritto civile, e dunque, alla stessa dinamica della scienza e dell'esperienza giuridiche»⁴⁷.

Il rilievo da cui muove la presente indagine è costituito dal fatto che, l'adeguamento dell'ordinamento civilistico al dettato costituzio-

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, pp. 119-120.

⁴⁶ M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 848.

⁴⁷ *Ibidem*, cit., pp. 849 e 853. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1/2017, p. 104 ss., nel ripercorrere la "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato (sulla quale cfr. N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1985, p.3 ss.) «il diritto costituzionale si colloca «in una posizione trasversale, in quanto detta sia regole di diritto comune ("i diritti e i doveri dei cittadini"), che regole di organizzazione dello Stato-apparato ("l'ordinamento della Repubblica"). In ogni caso, il diritto costituzionale pone i "principi fondamentali" che stanno alla base tanto del diritto privato, quanto di quello amministrativo, e per definizione non può dunque contrapporsi all'uno o all'altro».

nale in tema di famiglia sia stato dato per presupposto⁴⁸, e in qualche misura concluso –se non totalmente, almeno in via soddisfacente– già in tempi risalenti (sulla base della attuazione in via legislativa delle disposizioni costituzionali all'interno della riforma del diritto di famiglia del 1975), anche sulla scorta dell'attivismo della Corte costituzionale che avrebbe aperto «la via dell'ammodernamento del diritto privato toccando di momento in momento la famiglia, le successioni, la proprietà, il contratto, l'impresa, e così via»⁴⁹, determinando così l'avvio di una «portentosa opera di rifondazione del diritto privato» ad opera della «Corte costituzionale, [del]la dottrina civilistica più moderna e parte della Magistratura, soprattutto ad opera delle corti inferiori»⁵⁰.

La prospettiva dello studioso del diritto costituzionale rispetto al tema della famiglia risulta decisamente condizionata dalle modalità di recepimento del dettato costituzionale da parte del legislatore. La differenza risiede nella particolare attenzione al contesto ordinamentale in cui esse vanno ad operare. Si tratta di un'analisi non per sistemi di norme, ma per istituti posti in necessaria relazione tra di loro per il tramite delle disposizioni costituzionali e con riferimento ad una loro dinamica applicazione.

Non a caso, in sintonia con quanto appena espresso, si è sostenuto come un «progetto di “costituzionalizzazione” del diritto civile faccia propria «l'intuizione fondamentale della storicità del diritto, che diventa canone metodico: il diritto civile è immerso nella storia, nella relatività del tempo e dello spazio; si che nessuna categoria è fuori dalla storia, non c'è dogma, concetto o testo normativo oltre il fluire degli eventi»⁵¹.

La Costituzione, dunque, determina mediante le disposizioni in essa contenute la «misura assiologica di controllo del diritto positivo», la

⁴⁸ In questo senso, v. G. ALPA, *Il diritto costituzionale sotto la lente del giusprivatista*, cit. p. 53 e, in particolare, all'interno della Sezione IV rubricata: “*Il modello italiano di Drittwirkung. I diritti della personalità*”, il dato per cui non è fatto riferimento a diritti collegati a status familiari, se non per il rilievo incidentale conferito al diritto al nome e all'abitazione.

⁴⁹ G. ALPA, *Il diritto costituzionale sotto la lente del giusprivatista*, cit., p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁵¹ M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, cit., p. 858.

cui validità «dipende dal consenso sociale-politico fissato nel patto costituzionale»⁵².

In realtà – se portata alle estreme conseguenze – questa prospettiva potrebbe svalutare un elemento di grande rilievo, ovvero il fatto che il diritto civile possa in ogni caso offrire all’esame dell’interprete del diritto sistemi normativi dotati di una propria autosufficienza e che pertanto debbono essere esaminati nella loro complessità⁵³. In questo senso, dunque, potrebbe essere utile recuperare, più semplicemente, la fondamentale attitudine delle norme costituzionali a fornire «il criterio di legittimità costituzionale delle norme ordinarie»⁵⁴.

Si tratta di un’impostazione particolarmente rispettosa del carattere del quadro normativo offerto dal diritto (e, nel caso specifico della famiglia, dal diritto civile) «che non è ideale ma reale»⁵⁵, e che si rapporta ai principi costituzionali eventualmente restituendone anche l’ambiguità, scontando una elaborazione attraverso tecniche legislative poco sensibili rispetto ad esigenze di carattere sistematico, determinando una regolamentazione parziale e insoddisfacente rispetto alla complessità del panorama delle relazioni umane.

Il diritto civile, e in particolare il diritto di famiglia, visto “sotto la lente” dello studioso del diritto costituzionale mostra un grado di complessità e un intreccio di temi e problematiche tali da scoraggiare ogni tentativo di trattazione che abbia l’ambizione di qualificarsi come onnicomprensivo.

La vastità dei numerosi profili di trattazione possibili impone di tracciare fin da ora in modo chiaro l’ambito dell’indagine, che non avrà ad oggetto i profili attinenti alla gestione della crisi del rapporto familiare né si avventurerà nell’ambito delle problematiche relative alla gestione dei rapporti familiari nell’ambito del diritto dell’immigra-

⁵² L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, (1984), in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, p. 98.

⁵³ In tema, v. U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 694 e ss.

⁵⁴ N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 150.

⁵⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, p. 436.

zione. Si tratta infatti di settori che, per la molteplicità delle questioni tecniche ad essi connesse, imporrebbero un'analisi separata, quando non del tutto monografica.

Il fascino dello spiraglio, lasciato dischiuso dai giusprivatisti, sul tema dei rapporti tra diritto civile e diritto costituzionale, apre una prospettiva che, nell'ambito di questa indagine, sarà analizzata nei suoi profili più generali, a partire dall'analisi del concetto costituzionale di famiglia.

Ragionare in termini di distinzione tra diritto pubblico e diritto privato costituisce un'operazione che riempie di significato il quadro dei rapporti tra diritto costituzionale e diritto civile, fornendo elementi per completarne l'analisi arricchendo gli elementi per tracciare le peculiarità della posizione del costituzionalista che voglia porre la famiglia quale oggetto della propria indagine.

Una questione che, da sempre, costituisce «un problema alquanto delicato»⁵⁶ è quella relativa alla determinazione della famiglia all'interno dell'ordinamento giuridico. Se infatti «pubblico» e «privato» si caratterizzano per essere due termini che «nella loro correlazione costituiscono una unità vivente e vitale, un organismo», in una distinzione che non compromette l'unità dell'ordinamento giuridico⁵⁷,

⁵⁶ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato* (voce), in Enc. giur., XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 706.

⁵⁷ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 697. In senso contrario, per cui il diritto privato si colloca in un rapporto di derivazione dal diritto pubblico, v. la «metafora dell'albero» di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, (1946) Sansoni, Firenze, rist. 1977, pp. 7-8; per cui rispetto al diritto pubblico il diritto privato è, senza dubbio, una semplice specificazione (...) una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico, per quanto talvolta silenziosamente, dominato» sulla considerazione per cui tutti i diritti privati si collegano con una «pretesa di diritto pubblico ad essere riconosciuti e protetti», e perciò l'intero diritto privato poggia sulla base del diritto pubblico, v. G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 2: «L'antitesi tra i due diritti [privato e pubblico] può essere ricondotta a questo concetto fondamentale: che, nel diritto privato, gli individui si trovano gli uni rispetto agli altri in una situazione essenzialmente di coordinazione, e quindi esso disciplina i rapporti degli individui come tali; mentre il diritto pubblico, invece, regola i rapporti tra soggetti diversi dotati

altro discorso riguarda la famiglia, il cui carattere anche “pubblico” deriva dalla analogia, storicamente determinata, tra comunità familiare e comunità politica, nonché dal rilievo per cui il matrimonio e i rapporti di famiglia «costituiscono centri di interesse che, superando la sfera degli individui, si riflettono sulla collettività»⁵⁸. Da questo deriva la posizione intermedia, tra diritto privato e diritto pubblico, occupata dal diritto familiare⁵⁹. In sostanza, all’interno dell’ordinamento si danno rapporti di natura privatistica la cui disciplina, tuttavia, risulta realizzata in base a norme cogenti, e tale è il caso del diritto di famiglia, che si caratterizza per riguardare rapporti di diritto privato in cui «si rende sensibile l’interesse pubblico»⁶⁰.

In questa sede si intende utilizzare l’espressione “concetto costituzionale di famiglia” secondo due direttrici: a) la prima, che muove dal dettato costituzionale di cui all’art. 29, comma 1, Cost. letto secondo l’art. 12 delle Preleggi e per come interpretato dalla Corte costituzio-

di autorità, nonché la organizzazione e il funzionamento di tali subietti e le relazioni di essi con coloro che sono sottoposti alla loro autorità.

Ma questa antitesi non è assoluta. Nel diritto privato, il rapporto dell’individuo con un altro individuo si presenta a prima vista in tal modo da far quasi pensare di vedere esaurita in ciò l’essenza di questo diritto. Però, una considerazione più approfondita ci dimostra che titolare dei diritti privati non è l’individuo astratto, isolato da tutti i rapporti sociali, bensì l’individuo quale membro della società, che dallo Stato è riconosciuto come persona. Tutto il diritto privato è, dunque, diritto sociale».

⁵⁸ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 713. Sul concetto di famiglia come ordinamento autonomo, v. C. GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)* in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1961, p. 49. Indicativa, in questo senso, è, in chiave interdisciplinare, l’impostazione assunta da un contributo cinematografico del 1964 a cura dell’Istituto Luce, denominato appunto *La famiglia e lo Stato*, consultabile al seguente url: <http://camera.archivioluca.com/camera-storico/scheda/video/focus/00048/IL3000084036/1/La-famiglia-e-lo-stato-1964.html>.

⁵⁹ Sulla necessità di separare «il problema della definizione del concetto di famiglia» dalla «delimitazione dell’ambito del cosiddetto diritto di famiglia», v. P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 780.

⁶⁰ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 743-744. Analogamente, M. MAZZIOTTI DI CELSO, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Parte I, *Nozioni generali sul diritto e sullo Stato*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 45, include dubitativamente il diritto di famiglia nel sistema del diritto privato, quandanche esso sia costituito per la massima parte da norme inderogabili che «meglio giustificerebbero una sua inclusione nel diritto pubblico».

nale; b) la seconda, che muove dal dettato costituzionale di cui all'art. 29 Cost., inteso in una sua versione "integrata" da parametri aventi carattere "costituzionale" ulteriori (sia a livello interno che a livello esterno all'ordinamento). Nel senso di parametro "esterno" si intende, in particolare, l'art. 8 della Convenzione EDU che tutela la vita privata e familiare; nel senso di parametro interno, da un lato gli artt. 30-31 Cost., che legittimano l'esistenza di una famiglia con figli anche non originatasi all'interno di una coppia unita in matrimonio; dall'altro il parametro degli artt. 2 e 3 Cost., che, in attuazione dei principi personalista e di non discriminazione, nonché della specifica tutela accordata alle formazioni sociali in cui la persona umana trova occasione di sviluppo, allargherebbe la nozione costituzionale di "famiglia" così da ricomprendere tipologie di unione non matrimoniale.

In entrambe le ipotesi sub a) e sub b) il concetto costituzionale di famiglia presenta dei margini interpretativi: nel primo caso perché il concetto di società naturale fondata sul matrimonio (se pure adeguatamente analizzato in relazione al contesto storico in cui fu elaborato, e sgombrata l'ipotesi di un richiamo da parte dei Costituenti al diritto naturale) presenta una ineliminabile densità di significato, soltanto in parte rinvenibile negli articoli della disciplina codicistica del matrimonio⁶¹; nel secondo caso perché il rinvio a elementi esterni al dettato normativo dell'art. 29 Cost. determina una potenziale diluizione del suo significato.

A chi spetta, dunque, determinare tale significato e come ciò può avvenire determinando un risultato tendenzialmente stabile? Un'indagine sulla famiglia nella prospettiva costituzionale parte necessariamente da questo interrogativo.

«Un ordinamento normativo – infatti – perde la sua validità allorché» non gli corrisponde più la realtà, per lo meno in una certa misura. La validità di un ordinamento giuridico dipende, pertanto, «dal suo accordo con la realtà, dalla sua "efficacia". Il rapporto esistente tra va-

⁶¹ In proposito, per un riferimento all'art. 29 Cost. come "norma chiave" la quale «pur nella sua brevità risolve, con le sue affermazioni e in parte con i suoi silenzi, i problemi più impegnativi in materia di famiglia», v. F. CUOCOLO, voce *Famiglia* (Profili costituzionali), in *Enciclopedia giuridica*, XII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989.

lità e l'efficacia di un ordinamento giuridico – la tensione, per così dire, tra il “dover essere” e l’“essere” – può venir delimitato solo da un limite superiore e da uno inferiore. L'accordo non deve superare un dato massimo né scendere al di sotto di un dato minimo»⁶².

Ci si può dunque interrogare su quali siano la misura dell'«accordo con la realtà» realizzato, in materia di famiglia, sul versante del diritto pubblico e su quello del diritto privato.

Ciò che può essere rilevato preliminarmente è che «se dal punto di vista logico-giuridico è lecito dire che il diritto pubblico, e particolarmente il diritto costituzionale, è il fondamento del diritto privato, dal punto di vista storico, si può non meno plausibilmente affermare che il diritto privato è la parte fondamentale e più durevole dell'ordinamento»⁶³.

Il retaggio storico, il fondamento antropologico del diritto civile⁶⁴, costituiscono elementi che prima, ma anche in seguito alla vigenza della Carta costituzionale, continuano ad esercitare un'influenza che determina condizionamenti sottotraccia del diritto positivo, allo stesso tempo aprendo a prospettive di innovazione.

⁶² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 122. *Ivi*, p. 404, si sottolinea come le norme di diritto naturale, che sono idealmente indipendenti dalla volizione e dall'azione umana, richiedono in definitiva la mediazione di atti umani per poter raggiungere il loro scopo. Più avanti (p. 417) l'A. postula impossibilità logica di coesistenza del diritto positivo e del diritto naturale.

⁶³ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 49.

⁶⁴ Su questi profili, per cui l'“invenzione della parentela” è ciò che fa emergere la società tipicamente umana, distinguendola dalle società degli altri primati, M.D. Sahlins, *The Social Life of Monkeys, Apes and Primitive Man*, in J. N. SPÜHLER (ed.), *The Evolution of Man's Capacity for Culture*, Detroit, Wayne State University Press, 1959, p. 59; C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, trad.it. *Le strutture elementari della parentela*, Feltrinelli, Milano, 2003.

CAPITOLO III

LA FAMIGLIA COME AMBITO DI REALIZZAZIONE PERSONALE

SOMMARIO: 1. Da “antichi” dibattiti a “nuovi” temi di indagine. – 2. Il matrimonio. – 3. Le unioni civili e le convivenze. – 4. La filiazione. – 5. La procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità. – 6. Il diritto a conoscere le proprie origini.

1. Da “antichi” dibattiti a “nuovi” temi di indagine

L’approccio che qui verrà seguito non ha pretese di esaustività nella trattazione dei istituti appartenenti al diritto di famiglia, ma intende proporre una lettura in chiave costituzionalistica per temi e problemi, sottolineando i punti di contatto – in particolare, delle discipline del matrimonio, delle unioni civili e della filiazione, della procreazione medicalmente assistita e de diritto a conoscere le proprie origini – con la Carta costituzionale, nella misura in cui le sue disposizioni di quest’ultima possano dischiudere prospettive di interpretazione ulteriori per istituti di carattere privatistico che opportunamente possono essere analizzati anche “sotto la lente” del costituzionalista, nella misura individuano tracce di un percorso costituzionale di identificazione del rapporto tra individuo e formazione sociale.

Per intraprendere questo percorso, risulta tuttavia essenziale gettare uno sguardo al passato, ed in particolare al dibattito in Assemblea Costituente.

La dottrina ha, in modo attento ed esaustivo, ricostruito i passaggi attraverso i quali l’art. 29 della Costituzione ha assunto la forma attuale, mettendone in luce le ambiguità semantiche¹. L’indagine sui lavori

¹ Su cui v. R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, cit., e P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, cit., p. 579 e ss., il quale rileva: «La formulazione testuale [dell’art. 29 Cost.] corroborata dai lavori preparatori della Carta, esclude in radice – contro le prime apparenze – ogni suggestione di stampo giusnaturalistico. Non è perciò fortuito che l’espressione “società naturale” sia addirittura pro-

preparatori svoltisi in sede di Assemblea Costituente è, infatti, generalmente collegata al tema dell'individuazione della «intenzione originaria» dei Costituenti. In questa sede si intende seguire un percorso in parte diverso, che – pur non svalutando, come si dirà *infra*, le premesse metodologiche e di sistema offerte dall'analisi dell'*original intent*, conduce al riscontro di una ineludibile trasformazione delle caratteristiche della «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

Che in questa definizione, così ambigua al punto di essere definita come ossimorica, si annidi il seme della trasformazione, e che questo risulti già in parte riscontrabile in sede di dibattito in Assemblea Costituente potrebbe risultare un'affermazione troppo “forte” e destituita di fondamento. Per questo occorre precisarne meglio i termini.

In particolare, è necessario chiarire il concetto di trasformazione, che è da considerarsi in modo non repentino ma – al contrario – avente un andamento di tipo carsico, che segue l'impellenza dei bisogni e delle rivendicazioni sociali che non si manifestano tutti insieme né con la stessa intensità. Per questo motivo, forse può essere maggiormente accurato riferirsi ad una “attitudine alla trasformazione” da parte del concetto di famiglia espresso all'art. 29 Cost.

In questo senso, appaiono significative le parole dell'on. Gallico Spano per cui in Assemblea Costituente «non è esaurita la questione della famiglia. Questa verrà formulata nei suoi particolari dalla futura legislazione, che qui però deve essere giustamente indirizzata. La questione è delicata ed interessa tutti i settori dell'Assemblea. Tutti dobbiamo collaborare a far sì che essa venga formulata nel modo più giusto possibile da questa Costituzione che per la prima volta in Italia sancisce i diritti della famiglia, e nell'ambito della famiglia, di ogni suo componente. Noi dobbiamo ricordarci che questa è la prima Assemblea della Repubblica italiana e che la Repubblica si deve distaccare

posta da Togliatti, né che le reiterate preoccupazioni di sue forzate letture in chiave ideologica – sollevate a più riprese dalle componenti di sinistra – siano prontamente raffreddate dalle misurate repliche democristiane. L'obiettivo della previsione era quindi quello di respingere la teoria dei “diritti riflessi” assiduamente praticata durante il fascismo». Da ultimo, per una dettagliata ricostruzione del dibattito in Assemblea Costituente in tema di redazione dell'art. 29, cfr. L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, cit., in particolare alle pp. 1-40.

dal passato anche per le nuove garanzie che darà alla famiglia, base di un orientamento sano verso una vita nuova, verso una vita democratica quale è quella che noi vogliamo costruire»². Si tratta di un intervento particolarmente illuminante in quanto prende le mosse da una visione decisamente disincantata del panorama legislativo sulla famiglia, rappresentato dallo Statuto Albertino e dal Codice civile. Se infatti lo Statuto Albertino «non parlava della famiglia», e «neanche della donna», non poteva tuttavia essere ignorato il fatto che «l'ordinamento giuridico e politico, rappresentato dallo Statuto albertino, incidette profondamente sulla situazione della famiglia», sia per via dei rapporti economici in esso stabiliti «che davano una impronta particolare alla famiglia», sia per il rinvio al cattolicesimo come religione dello Stato, affermazione che esplicitamente veicolava l'adesione ad un modello di famiglia confessionalmente orientato, rendendosi pertanto insensibile a metterne in discussione l'impostazione gerarchica, ancor di più valorizzata nel ventennio fascista. Il Codice civile, dunque, si poneva in continuità sia con le premesse dello Statuto, sia con il sentimento che aveva animato la legislazione del ventennio fascista sulla famiglia e che – nella funzionalizzazione dell'individuo alle esigenze dello Stato – aveva trovato nella struttura gerarchica familiare³ il contesto idoneo per promuovere politiche di sostanziale sopraffazione delle libertà individuali⁴.

² On. Gallico Spano, intervento in occasione della seduta dell'A.C. del 17 aprile 1947.

Per la citazione degli atti delle sedute dell'Assemblea Costituente riportati all'interno del presente Capitolo, si è fatto riferimento al sito www.nascitacostituzione.it, attraverso il quale è possibile individuare le sedute di discussione in relazione ai singoli articoli oggetto di consultazione.

³ In questo senso, risultano particolarmente significative le considerazioni svolte dall'on. Molé nella seduta dell'A.C. del 18 aprile 1947, per cui: «Se la Costituzione determina e indirizza la norma positiva dei Codici, che non possono essere in contrasto con la Costituzione, poiché l'articolo 24 della Costituzione sancisce la perfetta eguaglianza giuridica, è evidente che gli articoli del Codice vigente, che contrastano con questa eguaglianza, non possono né resistere, né sussistere».

⁴ Sulla continuità tra stato liberale e ordinamento fascista, v. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967, p. 263, per cui l'ordinamento fascista «dette impulso a una serie di indirizzi che si erano manifestati sul finire dello Stato liberale, senza riuscire sempre a trovare in esso una collocazione e

Con riferimento alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, essa è ritenuta dall'on. Molé «angusta definizione che non definisce», e che, anzi, «non solo non definisce, ma è pericolosa. Perché la concezione pluralistica, che pone fra l'individuo e lo Stato le comunioni originarie, perché l'affermazione delle comunioni naturali che con i loro diritti originari inalienabili si ergono di fronte allo Stato e di fronte alle leggi dello Stato, vi porta a concepire le comunioni, e quindi la famiglia, come stati nello Stato, che possono svuotare di ogni contenuto lo Stato»⁵.

Riserve sulla formulazione di quello che sarà l'art. 29 Cost. sono espresse, esplicitamente, in sede non solo di dibattito ma anche di votazione dell'articolo. L'eliminazione del solo aggettivo "indissolubile", originariamente collegato alla «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», produce quello che, in termini non sostanziali, ma formali, Calamandrei definì «dal punto di vista logico» come un «gravissimo errore che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità» e consistente nel «congiungere l'idea di società naturale — che richiama al diritto naturale — colla frase successiva "fondata sul matrimonio", che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è, per me una contraddizione in termini»⁶. In realtà questo "peccato originale" determinerà sì ambiguità nell'interpretazione di tale articolo, ma legitimerà anche (ed anche tra i primi commentatori) ipotesi di lettura dello stesso dotate di un certo margine di elasticità⁷.

che erano destinati a dar nerbo alla stessa democrazia contemporanea: l'articolazione della società in gruppi intermedi, il riconoscimento dei diritti sociali fatti valere dalle associazioni sindacali e, correlativamente, l'allargamento dei compiti pubblici nella vita economica e sociale».

⁵ On. Molé, intervento alla seduta dell'A.C. del 18 aprile 1947.

⁶ On. Calamandrei, intervento in occasione della seduta dell'A.C. del 23 aprile 1947.

⁷ Su questo profilo, v. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, vol. II, p. 555, laddove si interroga su «quali sono i diritti della famiglia fondata sul matrimonio? Ognuno può metterci dentro quello che vuole» e, più oltre (p. 558) sottolinea che «la (...) precisazione che la famiglia, di cui si riconoscono i diritti, è fondata sul matrimonio, neanche essa

Sintomatico del carattere ineludibile delle trasformazioni che interessano l'istituzione familiare, è il dibattito svoltosi in Assemblea Costituente sull'indissolubilità del matrimonio.

Esso, inoltre, risulta interessante per valutare l'alto tasso di influenza esercitato da parte del matrimonio religioso, le cui caratteristiche, anche in forza dell'art. 34 del Concordato e della legge matrimoniale 27 maggio 1929, taluni costituenti avrebbero desiderato estendersi in via analogica anche al matrimonio puramente civile.

La partita sull'introduzione dell'aggettivo indissolubile in Costituzione, oltre a coinvolgere la più ampia e generale tematica di un'assimilazione di tipo culturale tra matrimonio religioso e matrimonio civile, si collegava anche ad un diverso e più sostanziale risultato: vale a dire, la costituzionalizzazione del divieto del divorzio. Quest'ultimo aspetto viene posto in luce da P. Calamandrei nella seduta del 17 aprile 1947, laddove parla di una introduzione della caratteristica dell'indissolubilità matrimoniale a scopo assicurativo, al fine di blindare ogni possibilità di introduzione del divorzio per via di legisla-

vuole definire in astratto la società familiare o imporre la teoria che solo dal matrimonio possa sorgere la famiglia. In maniera più concreta qui si stabilisce una preferenza della famiglia fondata sul matrimonio e si dichiara che solo i diritti di tale famiglia sono garantiti costituzionalmente». L'A. peraltro coglie in quella sede (ivi, p. 556, in nota n. 1) l'occasione per sottolineare come «compito dell'interprete» sia quello di «porre in luce, malgrado gli errori dei legislatori, la saggezza delle leggi» accentuando «ciò che di saggio e rispondente al sistema può ricavarsi dalle formule legislative»; analogamente, con toni maggiormente critici, v. C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana diretto da P. Calamandrei e A. Levi*, Barbera, Firenze, 1950, p. 293 per cui quella di famiglia non appare «una definizione in senso proprio, nominale (...) ma piuttosto una definizione in senso improprio, condizionante l'applicazione di una serie di norme giuridiche. La definizione di famiglia come società naturale ha carattere normativo (...) nella definizione si cela non tanto una norma integratrice, quanto addirittura una posizione di limite, una limitazione costituzionale della competenza legislativa in materia di famiglia». In questo senso l'A., ivi, p. 295, rileva l'incongruenza della formula «società naturale fondata sul matrimonio» cioè società naturale che sorge da un matrimonio e cioè, in sostanza, da un negozio giuridico, determinando il risultato paradossale per cui «la Costituzione riconosce come società naturale la famiglia legittima, ma non riconosce come società naturale la famiglia semplicemente naturale».

zione ordinaria⁸. Nella brillante esposizione di Calamandrei tuttavia, emerge anche un aspetto di particolare interesse per le assonanze che produce in relazione alle tematiche di cui ci occuperemo all'interno della nostra indagine.

In modo molto pragmatico, infatti, l'on. Calamandrei svaluta e rende meno pregnanti, anche facendo riferimento alla propria esperienza di avvocato, le ragioni a favore di una costituzionalizzazione dell'indissolubilità matrimoniale (platealmente orientata ad arginare la possibile introduzione di una legge sul divorzio), sulla base del fatto che, in concreto, il medesimo risultato è già raggiungibile, sia per il tramite di un utilizzo strategico della legislazione estera⁹, sia mediante l'applicazione della disciplina sull'annullamento del vincolo matrimoniale (non risultando immuni dalla possibile utilizzazione di surrogati del divorzio eppure i matrimoni tra cattolici)¹⁰.

⁸ «Con l'articolo 24 voi cercate la sicurezza che lo Stato s'impegni in avvenire a non introdurre il divorzio neanche in quella piccolissima percentuale di matrimoni civili (forse l'uno per cento) che resta fuori del diritto matrimoniale consacrato dagli Accordi lateranensi».

⁹ «Ieri, un valoroso collega diceva che in America, mi pare, si legge sui giornali che esistono agenzie di divorzio. In Italia, questo non si legge sui giornali; ma in realtà queste agenzie ci sono, con la sola differenza che il divorzio si chiama annullamento. In America i coniugi diranno: «Noi vogliamo divorziare; abbiamo trovato un avvocato che ci farà divorziare». In Italia invece i coniugi di certe classi sociali dicono: «Abbiamo deciso di fare annullare il nostro matrimonio». Le parole cambiano; ma il fenomeno è il medesimo. Un'altra forma di surrogato, qualche anno fa, era quella dei divorzi in Ungheria. In Ungheria c'era il divorzio ed era possibile ottenere con una certa facilità, da parte di uno dei coniugi italiani, la cittadinanza ungherese che si conseguiva con l'adozione. Ogni tanto infatti venivano in Italia certi avvocati ungheresi, preannunciandosi con circolari, con le quali avvertivano che il giorno tale sarebbero venuti in quella tale città, con il sistema che usano i rappresentanti di certe case commerciali, che vanno in giro in provincia ad applicare ai pazienti certi apparecchi ortopedici. Raccoglievano le domande dei coniugi sofferenti, trovavano in Ungheria il padre adottivo per uno dei due coniugi, facendo ottenere così la cittadinanza ungherese all'adottato; dopo di che era pronunciato il divorzio e quindi la delibazione in Italia (...) Ma vi sono poi anche altri sistemi; c'è il sistema degli annullamenti in Svizzera; c'è il sistema degli annullamenti a San Marino, che ora è di moda. E a San Marino, onorevoli colleghi democristiani, è in vigore il diritto canonico».

¹⁰ «Questo avvocato vi dice che in Italia l'annullamento del matrimonio, il quale è ammesso e regolato tanto dal diritto civile, quanto dal diritto canonico, in realtà, nella

L'aspetto che in questa sede può essere in evidenza risiede dunque nel ruolo dell'autonomia dei privati mediante l'utilizzo, su base volontaristica, degli schemi del diritto, al fine di ottenere risultati ai quali questi non risulterebbero teleologicamente orientati. E questo sulla base di una valutazione dell'insufficienza della legislazione vigente a soddisfare la realizzazione di tali pretese.

Un aspetto che rileva anche nell'attualità è quello derivante dalla constatazione, enunciata da Calamandrei nel corso della stessa seduta, del fatto che tali tortuosi percorsi giudiziari (per il conseguimento di diritti che non trovano un diretto riferimento normativo) hanno un

pratica, assume una funzione vicaria di divorzio, di scioglimento matrimoniale. Nella pratica questo annullamento si è andato pian piano foggiano e adattando in modo di raggiungere occultamente e subdolamente quegli stessi fini che, se ci fosse il divorzio, verrebbero raggiunti chiaramente e legittimamente. (...) Quali sono questi sistemi nei quali si manifesta questa funzione vicaria dell'annullamento? Cominciamo dal matrimonio puramente civile. Il matrimonio puramente civile, onorevoli colleghi, è annullabile per vari difetti, per varie mancanze, ma difficilmente si riesce ad annullarlo per vizio del consenso, perché nel matrimonio civile, quello celebrato davanti al sindaco, non c'è soltanto il consenso degli sposi, ma c'è l'intervento dell'organo pubblico, dell'ufficiale di stato civile, che col suo intervento dà al matrimonio un carattere di negozio complesso di diritto pubblico, per cui i motivi o le riserve o la simulazione che possano avere inquinato il consenso degli sposi, rimangono sanati da questa presenza dell'ufficiale di stato civile. Quindi la pratica non ha lavorato nel senso di cercare di allargare i casi di annullamento del matrimonio civile per difetto di consenso; il terreno su cui invece ha operato la pratica è stato quello dell'annullamento per *impotentia coeundi*. Se voi andate a vedere i repertori di giurisprudenza, e specialmente di quelle riviste di giurisprudenza che sono dedicate al diritto matrimoniale, vedrete che da venti o da venticinque anni si è introdotto nella giurisprudenza italiana un andazzo, da principio timido, di qualche sentenza sporadica, poi pian piano sempre più diffuso nei vari tribunali e Corti, che ha introdotto, su principî fondamentalmente esatti, ma con una diffusione patologica che va assai al di là dei principî, il concetto che quella *impotentia coeundi* che può portare all'annullamento del matrimonio, non è soltanto la impotenza assoluta, l'impotenza del coniuge che sarebbe impotente qualunque fosse la persona dell'altro sesso con cui tentasse di avere dei rapporti sessuali, ma può essere l'impotenza anche relativa, cioè un'impotenza che si verifica soltanto nei confronti di quella determinata persona, in modo che solo questa coppia si trova di fronte agli inconvenienti di questa impotenza che è una specie di incompatibilità sessuale reciproca. Se questa coppia si scinde, e ciascuno dei coniugi va per conto suo, dell'impotenza relativa non c'è più traccia, e ciascuno recupera la pienezza delle proprie facoltà per un altro connubio».

“costo”: «Ora, questa indissolubilità del matrimonio (...): in realtà porta a questa conseguenza: che l’annullamento del matrimonio funziona come divorzio per certe classi sociali; che, in realtà, il divorzio c’è in Italia per i ricchi e non per i poveri» poiché, «per riuscire ad ottenere che, attraverso l’annullamento con queste sottigliezze, si arrivi allo scopo del divorzio, occorre una procedura lunga, costosa; occorre l’assistenza di avvocati specialisti, i quali hanno tariffe assai alte. Quando gli sposi siano in condizioni finanziarie da poter dare a questi avvocati quanto occorre per montare la manovra procedurale che fa apparire esistente il motivo di nullità, anche quando non c’è, all’annullamento quasi sempre si arriva. I poveri questo non possono farlo».

2. *Il matrimonio*

La disciplina costituzionale del vincolo matrimoniale¹¹ è stata oggetto di interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza con riferimento alla vicenda relativa alla possibile introduzione del matrimonio omosessuale all’interno dell’ordinamento italiano.

Come è noto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 138 del 2010 ha affrontato la questione, che inevitabilmente implicava una possibile ridefinizione del vincolo matrimoniale alla luce

¹¹ Su cui, per il carattere potenzialmente onnicomprensivo dell’art. 29 Cost., rispetto al quale «ognuno può metterci dentro quello che vuole» v. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* (1951), ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 135; P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia* (1955), ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967; C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze, 1965; M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali* (art. 29-34), Bologna-Roma, 1976; P. BARCELLONA, voce *Famiglia* (dir. civ), in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967; E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006; A. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990; R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell’art. 29*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi nemici*, cit., pp. 41-44; M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, n. 1-2/2010.

dell'evoluzione della coscienza sociale, nonché della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'UE, nel senso di una sua potenziale apertura anche a coppie formate da persone dello stesso sesso. In quella sede, la Corte ha ribadito che non è possibile «per via ermeneutica» giungere ad una interpretazione evolutiva del matrimonio, che una «consolidata ed ultramillenaria tradizione»¹² ha collegato

¹² Corte cost., n. 138 del 2010, punto n. 9 del Considerato in Diritto. Per il riferimento al concetto di “tradizione”, cfr. le osservazioni di F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 40 ove si sottolinea la differenza tra interpretazione originalista ed interpretazione storicista (propendendo l'A. per l'utilizzo di quest'ultima da parte della Corte cost. nella sentenza n. 138/2020), ritenendo come, a differenza dell'interpretazione di tipo originalista, l'interpretazione storicista non escluda mutamenti di paradigma matrimoniale anche per via legislativa, rispetto ai quali la Corte potrebbe semplicemente prendere atto, poiché «solo il legislatore non è obbligato ad attendere che una diversa “morale” sia stata socialmente accettata dalla maggioranza», ivi, p. 41. Con riferimento a questa partizione, si ritiene tuttavia che tanto all'interpretazione “originalista” quanto a quella “storicista” possa essere riferita la definizione proposta da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364, per cui la prospettiva originalista è ravvisabile in presenza dell'attribuzione ad un enunciato normativo del «significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico». In tema, con specifico riferimento alla sentenza 138, v. I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, in *www.dircost.unito.it*, p. 8; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 281 e ss. e A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, ivi, § 9, che nota criticamente come il richiamo all'intenzione originaria del costituente costituisca un passaggio argomentativo (...) discutibile quasi che la definizione costituzionale di matrimonio dipendesse dalla sua definizione legislativa, secondo un improprio rovesciamento delle gerarchie delle fonti normative», e, analogamente, R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso e il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, cit., p. 9, che rileva come l'interpretazione originalista costituisca senza dubbio un criterio di interpretazione, ma che all'occasione esso possa «svolgere un ruolo negativo allorché lo stesso assuma un peso decisivo per l'interpretazione del dettato costituzionale, vincolando, anche quando la lettera della Costituzione non lo imponga, al significato storicamente dato dal Costituente con ri-

all'unione tra un uomo e una donna tendenzialmente finalizzata alla procreazione.

«Fondata sul matrimonio» è la caratteristica della famiglia alla quale la Costituzione attribuisce specifico rilievo all'art. 29: la famiglia legittima, costituitasi attraverso il vincolo matrimoniale secondo le disposizioni del Codice civile.

È dunque a questo specifico vincolo che in questa sede ci si deve riferire, per valutare in quale modo la disciplina codicistica possa essere stata riempita di senso tanto dalla giurisprudenza costituzionale

guardo alla situazione presente al momento dell'approvazione della Carta costituzionale».

Una puntuale ricostruzione della pluralità degli orientamenti interpretativi definiti come "originalisti" all'interno della dottrina americana è svolta da A.M. POGGI, *L'«intenzione del costituente» nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua ridefinizione alla luce della dottrina dell'«original intent»*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/1997, p. 153 e ss. In particolare, l'A. individua almeno due accezioni di originalismo, come richiamo alla «storicità della Costituzione non riconducibile alla contingenza storica che può motivare l'emanazione degli atti normativi», *ivi*, p. 161, e come fattore di razionalizzazione dell'«alto tasso di incidenza delle convinzioni politiche e ideologiche dei singoli giudici sulle decisioni», *ivi*, p. 181. Sulla distinzione tra originalismo storico («per cui l'interprete fornisce il significato originario di una clausola costituzionale utilizzando dei casi modello e ipotizzando le risposte che i Framers avrebbero dato alle domande poste in un contesto temporalmente differente») e originalismo controfattuale («secondo cui l'interprete torna con la mente al periodo in cui la Costituzione è stata scritta o emendata al fine di chiedersi come gli Autori avrebbero affrontato una determinata questione»), A. BRUNO, *La neutralità assiologica dell'originalismo. Gli Stati Uniti nella dead hand of the past*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 303.

Di particolare interesse, nella misura in cui collegano un'analisi del concetto di ragionevolezza e di quello di tradizione, son le riflessioni di S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p 1 e ss. L'A., volendo ricondurre la ragionevolezza all'interno delle clausole generali di interpretazione del contratto, ritiene che quest'ultima potrebbe assolvere alla funzione di «canone di valutazione e criterio di decisione, che si affianca ad altri canoni e criteri presenti nell'analisi del giurista, tra cui la tradizione», precisando come tuttavia la tradizione «non p[ossa] porsi in contrasto con la ragione e la sua autorità deve essere sottoposta a verifica mediante criteri di ragionevolezza. La tradizione infatti non si impone soltanto per forza propria, perché richiede capacità di convincimento e quindi ragionevolezza», *ivi*, p. 21.

quanto dalla disciplina legislativa successiva all'entrata in vigore della Carta costituzionale.

In questa sede ci si soffermerà su due percorsi: l'uno volto a fornire una definizione aggiornata del concetto giuridico di "matrimonio"; l'altra volta a esaminare in quale misura la più recente riforma degli anni 2012-2013 in tema di famiglia e filiazione abbia inciso sul matrimonio, e in particolare sul rapporto tra matrimonio e filiazione¹³.

Partendo da quest'ultimo profilo di indagine, secondo un'analisi che andrà successivamente a confluire nel primo, va rilevato come tale riforma (l. n. 219 del 2012) abbia introdotto due modifiche di rilievo: il principio di unicità dello status di figlio (art. 315 c.c.) e lo statuto dei diritti del figlio (art. 315 bis). In questo modo la disciplina relativa alla filiazione è confluita nel nuovo Titolo IX del Libro I (Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio)¹⁴. Tale nuova collocazione irradia i suoi effetti anche sulle altre disposizioni codicistiche, che sono state oggetto di revisione e adeguamento con il D.lgs. n. 154 del 2013¹⁵, determinando un deciso spostamento d'asse dalla valutazione del rilievo del vincolo (avente o meno carattere coniugale) intercorrente tra i genitori «allo stato, (fisiologico o patologico) del rapporto tra gli stessi», con conseguente applicazione del Capo I in

¹³ Su questo profilo, v. R. CARRANO, *La revisione sistematica del Codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione*, in C. M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 35 e ss. che, ivi, p. 49, introduce il (problematico) concetto di «matrimonio come *dovere morale* dei genitori a tutela dell'interesse del figlio», individuando un vero e proprio «interesse dei figli alla coniugalità dei genitori». (ivi, p. 51), non eliso dalla proclamazione della unicità dello status di figlio operata dalla stessa riforma, poiché residuerebbe comunque una «discriminazione sociale» nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, privati «di quella insostituibile garanzia costituita dall'istituto matrimoniale». Degno di attenzione è il fatto che lo stesso A. faccia un riferimento obbligato alla categoria concettuale del dovere morale, posto che la libertà matrimoniale non può essere giuridicamente vincolata.

¹⁴ Comprensivo degli articoli da 315 *bis* a 337-*octies* del Codice civile.

¹⁵ Basti pensare agli artt. 147 e 148 c.c. in tema di doveri dei coniugi verso i figli come modificati dal D.lgs. n. 154 del 2013 con esplicito rinvio a quanto previsto agli artt. 315-*bis* e 316-*bis* c.c. e all'art. 155 c.c. in tema di separazione; all'abrogazione degli articoli da 155-*bis* a 155-*sexies* il cui contenuto è stato ricollocato all'interno del Titolo IX del Libro I.

cado di rapporto “fisiologico” e del Capo II in caso di rapporto “patologico”¹⁶.

Rinviando, *infra*, al § 4. per gli aspetti più direttamente connessi alla disciplina della filiazione oggetto di riforma, in questa sede ci si soffermerà su di un dato che la nuova impostazione dei rapporti familiari (tendente a svalutare la presenza o meno dal vincolo coniugale intercorrente tra i genitori) appare mettere in ombra, e che purtuttavia incombe nell’orizzonte di significato del diritto positivo.

La presenza del vincolo matrimoniale, con riferimento alla tematica della filiazione, risulta presupposta ancora in due casi: quello dell’adozione legittimante di cui all’art. della l. n. 184 del 1983 (eventualmente e per gli effetti ad esso connessi, anticipato dalla prova della convivenza) e nel caso della procreazione medicalmente assistita di cui alla l. n. 40/2004 (per quanto l’art. 5 preveda anche, e in alternativa, il requisito della convivenza).

L’aspetto più rilevante che in questa sede si intende indagare è rappresentato dall’elemento dell’eterosessualità. In entrambi i casi, infatti, è necessario che la coppia sia coniugata (oppure ancor prima convivente), oppure coniugata/convivente, ma “a monte” deve trattarsi di una coppia formata da persone dello stesso sesso.

A fronte di una progressiva perdita di significato del vincolo matrimoniale rispetto alla determinazione dei rapporti tra genitori e figli, posta l’introduzione dello stato unico di figlio, residua invece il requisito della eterosessualità dei componenti della coppia. Esso si sviluppa – per usare le categorie aristoteliche – sia con riferimento alla genitorialità “in potenza” (adozione legittimante e pma), sia con riferimento alla genitorialità “in atto”, per il tramite di una interpretazione sistematica degli articoli del codice in tema di matrimonio – che si riferiscono inequivocabilmente a marito e moglie – e di filiazione (pure all’interno di un quadro di parità genitoriale nella distribuzione dei diritti e dei doveri inerenti alla filiazione).

Si tratta, potremmo dire, di una caratteristica immanente del sistema che in una qualche misura continua a spiegare i suoi effetti anche con riferimento alla più recente determinazione della disciplina

¹⁶ Su cui v. R. CARRANO, *La revisione sistematica del Codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione*, cit., p. 42.

delle unioni civili (l. n. 76 del 20 maggio 2016) rispetto alla quale, in seguito ad un travagliato iter di approvazione parlamentare in Senato¹⁷, è stata esclusa la possibilità di accedere all'adozione (nella forma della *stepchild adoption* ossia della adozione del figlio del partner) da parte delle coppie costituenti l'unione civile, escludendo in via esplicita l'applicazione della legge n. 184/1983, pur all'interno di una tecnica normativa che ammette un ampio rinvio alla disciplina matrimoniale sia codicistica che di settore (secondo quanto disposto all'art. 1, comma 20, della l. n. 76/2016).

A questo proposito, appare possibile utilizzare la “metafora dell'orma”: infatti, «passato, presente e futuro – il significato, l'indicazione per l'esperienza seguente che essa fornisce – sono riassunti e attualizzati nella struttura concettuale di ogni orma osservata», i cui «elementi connotativi, dal punto di vista semantico, sono costituiti da qualcosa che non è presente nel tempo attuale pertinente all'atto osservativo e neanche più nello spazio riempito dall'orma stessa. Eppure ne fanno parte integrante e disegnano coordinate spaziali fondamentali

¹⁷ Per una complessiva ricostruzione dell'iter di approvazione della legge sulle unioni civili, v. A. SCHILLACI, *La lotta inconclusa: il difficile cammino delle unioni civili*, in *www.diritticomparati.it* (26 ottobre 2015) e G. CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)* in *www.articolo29.it* (3 marzo 2016) e v. G. FERRANDO, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Politica del diritto*, n. 1/2017, p. 50, che ripercorre le «note [e] controverse vicende politiche» che hanno portato all'approvazione della legge sulle unioni civili «con voto di fiducia al Senato prima – il 25 febbraio del 2016, senza che la Commissione Giustizia fosse riuscita a concludere i suoi lavori – e poi, sempre con voto di fiducia, alla Camera l'11 maggio 2016. Il testo su cui è stata posta la fiducia era il risultato di un c.d. maxiemendamento del disegno di legge presentato dalla senatrice Cirinnà, frutto di una mediazione “al ribasso”, ottenuta a costo dell'eliminazione della adozione del figlio del partner (c.d. *stepchild adoption*). Diversamente da quanto previsto nella prima versione del progetto, il partner non è stato equiparato al coniuge ai fini dell'adozione del figlio dell'altro prevista dalla lett. b) art. 44, l. adoz. L'asprezza del confronto non si è attenuata in seguito all'approvazione della legge se si considera, tra l'altro, che dinnanzi alla Corte costituzionale è stato sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (conflitto dichiarato inammissibile con ordinanza Corte cost. 18 maggio 2016, n. 149) e che è stato depositato un quesito referendario alla Corte di Cassazione per la parziale abrogazione della legge».

per le implicazioni esperienziali, dunque concettuali, connesse all'«orma»¹⁸.

Con riferimento al matrimonio, appare quindi interessante soffermarsi sull' «orma di significato» che la consolidata ed ultramillenaria tradizione collegata a questo istituto ha proiettato sulla legislazione, sulla giurisprudenza, e in particolar modo sull'interpretazione del testo costituzionale.

La questione può essere affrontata sulla base della soluzione prospettata dalla Corte costituzionale rispetto ad una vicenda concreta che nella sua eccezionalità soltanto ad una visione superficiale potrebbe assumere le sembianze di un mero caso di scuola: si tratta del divorzio imposto al transessuale originariamente coniugato.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 170/2014¹⁹, ha esaminato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982 (prospettata dalla Corte di Cassazione) nella parte in cui impongono la cessazione degli effetti civili del matrimonio in caso di rettificazione del sesso di uno dei due coniugi.

Preliminarmente, deve essere rilevato come la vicenda del transessualismo, per come affrontata, in tempi diversi, dal legislatore e dalla Corte costituzionale, presenti un deciso riferimento al paradigma eterosessuale²⁰. Nel riallineamento tra *soma* e *psiche* non entra in gioco

¹⁸ M. RICCA, *Diritto errante. Spazi e soggetti*, in *www.dirittoesicurezza.it*, 4/2014 (data di pubblicazione 18 gennaio 2015), p. 60.

¹⁹ In commento, v. R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, ne *Il Foro italiano*, 2014, parte I, p. 2680; B. PEZZINI, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in *www.confrontocostituzionali.eu*, 2014; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il caso "Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *www.forumcostituzionale.it* (6 luglio 2014), e, più in generale, A. PAPA, *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2015; F. RESCIGNO, *"Omnia non vincit Amor". Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, (28 febbraio 2018).

²⁰ M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, tomo II, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano 2002, p. 1189 e ss.; A. LORENZETTI, *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, p. 105 e ss.; M. BAL-

(almeno, non accede al ragionamento della Corte costituzionale) il tema dell'orientamento sessuale. In seguito alla rettificazione anagrafica del sesso, al soggetto transessuale si dischiude la possibilità di accedere all'istituto matrimoniale con persona di sesso anagraficamente diverso. Nell'ipotesi più estrema, è data la possibilità di contrarre matrimonio a due soggetti transessuali che abbiano effettuato percorsi di transizione in senso opposto, così da risultare anagraficamente di sesso diverso. Si realizza in questa occasione, quindi, in una sorta di "grado zero" del paradigma dell'eterosessualità, comunque soddisfatto dalla circostanza che i nubendi siano anagraficamente un uomo e una donna.

La vicenda da cui trae origine la pronuncia costituzionale n. 170 del 2014 rompe questo modello, introducendo un elemento di novità: quello derivante dall'asserita volontà di due soggetti coniugati di far permanere il vincolo matrimoniale anche qualora uno di essi abbia intrapreso il percorso della rettificazione del sesso: circostanza che determina nel giudice rimettente il dubbio sull'applicazione in via automatica della disciplina legislativa in tema discioglimento del matrimonio.

A giudizio della Corte costituzionale, se si ritenesse realizzabile il volontaristico permanere del vincolo matrimoniale, si determinerebbe una ipotesi di matrimonio tra persone dello stesso sesso anagrafico, non compatibile con il dettato della Carta, ma neppure meritevole di determinare la collocazione di un rapporto (nato come) coniugale nella totale indifferenza giuridica. Per questa ragione tale pronuncia costituisce anche un'occasione di (ulteriore) stimolo al legislatore affinché

BONI, M. GATTUSO, *Famiglie e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, in *GenIUS*, 2014, p. 6 ss. e, volendo – per un riferimento alla ratio della legge n. 164 del 1982 che nella garanzia dell'esigenza di far coincidere soma e psiche, con conseguente adeguato riscontro delle risultanze anagrafiche, riallineate alla psicosexualità del richiedente, costituisce innanzitutto uno strumento funzionale ad un percorso individuale di emancipazione – v. L. CONTE, *Felicità raggiunta? La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari* (in commento a Corte di Cassazione, n. 15138/2015 in tema di rettificazione del sesso da maschile a femminile in assenza di un trattamento chirurgico demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari), in *GenIUS*, 2/2015, p. 251.

predisponesse quanto prima una disciplina giuridica per le unioni tra persone dello stesso sesso.

In occasione della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione anche con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 29, nella misura in cui esso enucleerebbe una dimensione relazionale meritevole – con l'ovvio permanere del consenso dei coniugi – di essere preservata anche in caso di rettificazione del sesso di uno di essi, la Corte costituzionale ha modo di ritornare sul concetto di matrimonio cui rinvia il testo costituzionale sulla base del già sviluppato, ed in qualche modo sedimentato, dettato del Codice civile.

La «nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)» precisa la Corte «è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»²¹: pertanto la situazione di due coniugi che non interrompano la loro vita di coppia nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi «si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio» che, con il venir meno del requisito, «per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità non può proseguire come tale»²².

Se nella sentenza n. 138/2010 la Corte sottolineava in particolare il carattere tradizionale e culturale dell'istituto matrimoniale, nella sentenza n. 170/2014 il perno della decisione si colloca nella determinazione per cui l'eterosessualità dei coniugi costituisce un “requisito essenziale” del matrimonio, che risulta soddisfatto dalla rispondenza delle risultanze anagrafiche, a nulla rilevando il dato della diversità di sesso biologico una volta che sia intervenuta la sentenza di rettificazione.

Ci si può chiedere dunque quali interessi costituzionalmente rilevanti protegga il requisito essenziale dell'eterosessualità dei coniugi,

²¹ Corte costituzionale, sent. n. 170/2014, punto n. 5.2. del *Considerato in Diritto*.

²² *Ibidem*, punto n. 5.1 del *Considerato in Diritto*. Per una valutazione di questa pronuncia come ideale prosecuzione della sentenza n. 138/2010, rispetto alla quale la Corte coglie l'occasione per specificare e precisare una posizione di chiusura rispetto ad interpretazioni evolutive dell'art. 29 Cost., v. F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it (24 giugno 2014) e P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il caso “Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, cit., § 2.

posto che esso è valorizzato dall'ordinamento – come testimonia la vicenda di cui alla sent. cost. n. 170/2014 – a prescindere dal dato biologico di partenza dei soggetti, e a prescindere dalla effettiva capacità procreativa della coppia.

Indubbiamente è possibile riferirsi al principio della *imitatio naturae*, che informa la *ratio* delle discipline dell'adozione e della procreazione medicalmente assistita, in cui nella determinazione dei requisiti soggettivi di coloro che ad esse vogliono fare ricorso il legislatore ha inteso ricreare quelle che sono le condizioni (in astratto) della procreazione di tipo naturale.

Si tratta di un argomento, quella della *imitatio naturae*, che si basa sui presupposti naturali e culturali, conferendo dunque prevalenza all'*id quod plerumque accidit* da un lato e, dall'altro, al rilievo statistico-sociale della prevalenza delle unioni tra persone di sesso diverso.

La sua applicazione può essere tuttavia analizzata in modo diverso a seconda che si riferisca al profilo della filiazione oppure a quello del vincolo relazionale intercorrente tra due persone²³.

In dottrina si è prospettato il dubbio che i due piani (quello verticale della filiazione e quello orizzontale della disciplina del rapporto di coppia) possano tenersi distinti²⁴, posto che il matrimonio costituisce

²³ Sul principio dell'*imitatio naturae* in materia di disciplina dell'adozione e sul suo utilizzo in considerazione di ragioni di opportunità sociale ponderate dal legislatore senza giustificazioni naturalistiche esterne alla sua volontà, v. Corte Cost., sent. n. 44/1990, (punto n. 2 del *Considerato in Diritto*). Il controllo giudiziale sulla ragionevolezza dello scostamento «dal divario di età [tra adottante e adottato] rigidamente prefissato dal legislatore» permette un adeguamento della disciplina dell'adozione legittimante al contesto sociale nel quale questo istituto è destinato ad operare (Corte cost., sent. n. 349/1998, punto n. 2 del *Considerato in Diritto*).

²⁴ Nell'imminenza della pronuncia della Corte costituzionale, questo profilo di indagine era sviluppato in particolare da M. MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., p. 232, ove l'A. sottolinea come «il matrimonio è l'anello che da sempre congiunge il rapporto di coppia con il rapporto tra genitori e figli, garantendo a questi ultimi l'inserimento (qualunque ne sia il titolo, biologico o adottivo) in un ambiente che assicura la presenza di due adulti impegnati ad allevarli ed educarli, in base a un progetto comune di condivisione dei compiti e delle responsabilità», riscontrando inoltre come «risulta (...) evidente che le coppie dello stesso sesso mirano non soltanto al riconoscimento ufficiale della propria

un istituto storicamente orientato e dunque aperto alla procreazione (o, meglio, all'accertamento della procreazione).

Questo è il percorso affrontato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, giungendo – per il tramite di un dispositivo in parte di inammissibilità e in parte di infondatezza – a formulare un monito al legislatore sulla necessità (ex art. 2 Cost.) di istituire una disciplina legislativa delle unioni civili e, nel contempo, a predicare la non omogeneità delle unioni omosessuali rispetto al matrimonio storicamente caratterizzato dall'eterosessualità dei coniugi.

L'argomento della (insuperabile) eterosessualità del matrimonio con riferimento al profilo relazionale orizzontale è stato risolto dal legislatore italiano attraverso la predisposizione della disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, che pur con un significativo rinvio alla normativa codicistica e di settore laddove si riferisca alla posizione del coniuge, esplicitamente esclude l'applicabilità della legge sull'adozione. Ci si è dunque mossi, secondo le direttrici indicate dalla Corte, verso un modello di tutela minimale e differenziato, senza effettuare – come avvenuto in altre realtà ordinamentali – l'apertura dei requisiti soggettivi per accedere all'istituto matrimoniale, ma in una qualche misura comunque rompendo il paradigma eterosessuale quanto alla concreta riconoscibilità di giuridica di unioni formate da persona dello stesso sesso.

Per quanto riguarda invece la dimensione verticale del rapporto e dunque la possibilità (o disponibilità) della coppia ad accogliere figli, la legislazione italiana si è orientata nei confronti di una più rigida adesione al paradigma eterosessuale. Ci si può dunque chiedere se tale paradigma in questo caso si atteggi diversamente, risultando comprensivo di elementi ulteriori rispetto alla mera differenza di sesso. La presenza di un soggetto terzo (il figlio) rispetto alla coppia impone infatti un'analisi che tenga conto non soltanto dei diritti individuali dei sog-

unione ma anche – come è del tutto comprensibile – al riconoscimento della possibilità (eventuale, come per le coppie eterosessuali) di formare una famiglia, intesa come un gruppo composto da genitori e figli», ivi, p. 234; B. LIBERALI, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale*, ivi, p. 207 e ss., A. LORENZETTI, *Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?*, ivi, p.225 e ss.; A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, ivi, p. 305 e ss.

getti componenti la coppia. Posto che l'elemento dell'eterosessualità all'interno della coppia può risultare soddisfatto dalle mere risultanze anagrafiche (prospettiva che la vicenda del divorzio imposto al transessuale ha contribuito a dischiudere) ci si può chiedere in che modo il paradigma eterosessuale possa soddisfare interessi propri del minore che venga ad esistenza o risulti accolto all'interno di una coppia formata da un uomo e da una donna.

In questa prospettiva, assumono particolare rilievo i principi della bigenitorialità e del "materno", (su cui, *infra* § 5. e § 6.) rispetto ai quali, in questa sede, si ha l'obiettivo di fornire una definizione non ideologicamente orientata, ma funzionale alla comprensione della loro superabilità o insuperabilità nel quadro della progressiva evoluzione delle relazioni familiari.

Per quanto riguarda gli aspetti che più rilevano in sede di trattazione del rapporto orizzontale che prende vita con il vincolo matrimoniale, appare significativo come il progetto costituzionale relativo alla realizzazione della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi si sia inverato anche con riferimento alle unioni civili, dimostrando come esso sia espressione del superamento di un vincolo di subordinazione gerarchica che non presenta differenziazioni rispetto al genere²⁵.

²⁵ B. PEZZINI, "Dentro il mestiere di vivere": uguali in natura o uguali in diritto? in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI in *La «società naturale» e i suoi «nemici*, cit., p. 15, per cui nell'art. 29 Cost., il dato giuridico positivo che collega il matrimonio al paradigma eterosessuale si lega alla ratio del richiamo all'istituto matrimoniale in Costituzione: si può dire che il matrimonio a cui fa riferimento la vera regola normativa del secondo comma dell'art. 29 Cost. incorpora il paradigma eterosessuale perché e nella misura in cui la funzione di questa norma è di introdurre la norma anti-subordinazione di genere nella struttura della famiglia (di rimuovere la subordinazione della donna all'uomo dentro la struttura familiare). Sempre, però, *tenendo presente che la formulazione bi-direzionale rispetto al sesso (la disposizione parla di "coniugi", non di marito e moglie) consente di applicare la norma paritaria anche alle coppie same-sex, ad evitare che i ruoli familiari, a prescindere dal sesso delle persone che li agiscono, costruiscano situazioni di potere e disuguaglianze di fatto* (corsivo aggiunto); ID., *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Jovene, Napoli, 2008, p. 91 e, della stessa Autrice, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discr-*

Più recentemente, la Corte costituzionale ha nuovamente avuto modo di riflettere sul significato del vincolo matrimoniale e sulle tematiche – di rilievo costituzionale – ad esso connesse, affrontando la peculiare questione relativa alle chiamate universitarie²⁶.

Nel caso di specie, la questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 18, comma 1, lettera b), ultimo periodo, della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*), nella parte in cui non prevedeva tra le condizioni che impediscono la partecipazione ai procedimenti per la chiamata dei professori universitari il rapporto di coniugio con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata, ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell'ateneo, anche il rapporto di coniugio con tali soggetti.

Tale esclusione era censurata dal giudice rimettente sotto il profilo della ragionevolezza, anche in ragione della previsione, come causa ostativa, del rapporto di affinità, il quale presuppone il coniugio.

Contrariamente a quanto prospettato dal rimettente, la Corte costituzionale valuta come non irragionevole la mancata previsione del rapporto di coniugio come motivo di incandidabilità degli aspiranti alla chiamata.

Il coniugio infatti, nelle parole della Corte «richiede (...) un diverso bilanciamento», che tenga in considerazione oltre al principio di imparzialità della p.a. e al diritto di partecipare ai concorsi, anche «le molteplici ragioni dell'unità familiare»²⁷, che godono di copertura costituzionale.

minatorio e come principio anti-subordinazione, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto come regola e limite al potere, Vol.III, Jovene, Napoli, 2009, p. 1159.

²⁶ Corte cost., sent. n. 78/2019, su cui, in commento, v. P. CARETTI, M. GIANNELLI, "Ragionevolezza" e "non irragionevolezza" nel contrasto al familismo universitario, in *Giur. cost.*, 2019, p. 948; F. ASTONE, *Amore coniugale e cattedre universitarie*, ivi, p. 954; B. LIBERALI, *Il "diritto a partecipare ai concorsi" e le "molteplici ragioni dell'unità familiare" solo nel matrimonio?*, in *www.gruppodipisa.it*, 2/2019; P. VERONESI, "Le conseguenze dell'amore universitario" (*Secondo tempo*): i punti fermi della sentenza costituzionale n. 78 del 2019, in *Studium Iuris*, 2019, p. 890.

²⁷ Corte cost., sent. n. 78/2019, punto n. 5.2 del Considerato in Diritto.

L'espressione "unità familiare" ricorre in Costituzione all'art. 29, comma 2, laddove è previsto che: «Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». Sembra tuttavia potersi ritenere che la Corte costituzionale la utilizzi non nel suo significato tipico, e cioè di perimetrazione degli ambiti in cui il principio di eguaglianza tra i coniugi possa subire ipotesi di deroga legislativamente previste, quanto piuttosto evocativo dell'intensità del vincolo scaturente dall'unione matrimoniale. Infatti poco dopo, la Corte sottolinea come l'elemento volontaristico che caratterizza il vincolo matrimoniale determini «convivenza, responsabilità e doveri di cura reciproca e dei figli, così come previsto dal codice civile»²⁸: elementi che giustificano un trattamento differenziato rispetto alle cause di esclusione previste dall'art. 18 comma 1, lettera b), ultimo periodo, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e di conseguenza la non-irragionevolezza di un trattamento diverso.

Questa pronuncia risulta interessante per almeno tre profili.

In primo luogo la Corte sottolinea le caratteristiche di intensità del vincolo matrimoniale, la cui base volontaristica determina altresì, se letta "in controtuce" la possibilità di sottrarsi "strategicamente" nel caso in cui esso fosse prevista come causa di esclusione dalle procedure attinenti alle chiamate universitarie. In questo senso, la Corte ritorna – se pure, come è stato osservato – con toni decisamente «laconici»²⁹ – su di una delle possibili ipotesi di realizzazione della libertà matrimoniale, intesa anche come possibilità di non optare per tale vincolo. Circostanza che quindi pone in una posizione di eguaglianza sia le coppie coniugate sia le coppie conviventi, almeno con riferimento alla possibilità di chiamarsi fuori dai presupposti di esclusione. Con riferimento al rapporto di affinità, infatti, questa opera si in presenza di co-

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Così P. VERONESI, "Le conseguenze dell'amore universitario" (*Secondo tempo*): i punti fermi della sentenza costituzionale n. 78 del 2019, cit., p. 892, che osserva anche come la Corte anche di sottolineare «che – come da essa stessa precisato nitidamente altrove – il diritto al matrimonio e alla scelta del coniuge sono da ritenersi, in tutto e per tutto, prerogative "fondamentali" dei singoli. A esse andrebbe dunque riconosciuto (sempre) il giusto rilievo, specie allorché si tratti di ponderarle con altri interessi di natura collettiva, destinati spesso a soccombere».

niugio, ma non coinvolgerebbe comunque i soggetti tra i quali intercorra il vincolo matrimoniale.

In secondo luogo, vale la pena sottolineare il deciso ed esplicito riferimento, nella individuazione degli elementi caratterizzanti il vincolo matrimoniale, a «convivenza, responsabilità e doveri di cura reciproca dei figli *così come previsto dal codice civile*». Dopo il più generale accenno alle esigenze di tutela dell'unità familiare (che, come si è visto, richiamano “per assonanza” il dettato della Costituzione), la Corte, per meglio definire il contenuto del vincolo matrimoniale, fa riferimento al Codice civile. E questo è sicuramente coerente con il fatto che il Codice civile costituisce la fonte ove meglio sono tipizzati i diritti e i doveri dei coniugi, nonché la responsabilità genitoriale che vincola entrambi i genitori alla prole. Si tratta, nondimeno, di un riferimento che manifesta la tendenza a valutare l'istituto del matrimonio dal Codice civile alla Costituzione, e non viceversa (e cioè, intendendo la disposizione costituzionale sul matrimonio come avente un contenuto autonomo, ulteriore rispetto a quello espresso nel Codice).

Quest'ultimo rilievo conduce al terzo profilo di interesse, relativo alla possibilità di includere nel ragionamento operato dalla Corte, nella prospettiva (non remota) che possa ritornare sulla questione, anche le unioni civili e le convivenze.

Il richiamo al Codice civile non sembrerebbe essere ostativo alla applicazione della ragionevolezza della causa di esclusione anche al vincolo derivante dall'unione civile, per gli evidenti elementi di simmetria con la disciplina matrimoniale con riferimento alla costituzione del vincolo e ai relativi impedimenti, e anche e soprattutto per via del massiccio rinvio alla posizione del coniuge previsto dal comma 20 dell'art. 1 della l. n. 76/2016.

Più problematica appare la posizione dei conviventi di fatto o registrati ai sensi della l. n. 76/2016, per via del carattere meno cogente del vincolo³⁰

³⁰ Così B. LIBERALI, *Il “diritto a partecipare ai concorsi” e le “molteplici ragioni dell'unità familiare” solo nel matrimonio?*, cit., pp. 7-8, che, pur osservando il dato per cui «resta certamente ferma (...) la testuale “espressa” esclusione del rapporto di convivenza (al pari di coniugio e unione civile) fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi universitari e, quindi, si deve ritenere ogni tentativo di estendere in via in-

Al di là dei possibili esiti giurisprudenziali (anche in relazione al probabile adeguamento in senso uniformatore della regolamentazione in seno agli Atenei) resta il fatto che la specificità del vincolo matrimoniale non appare più poter essere valutata isolatamente, assumendo viceversa le caratteristiche di un concetto relazionale, che si colora di significato (e a sua volta contribuisce ad attribuire significato) ad istituti di carattere matrimoniale che aggiungono elementi di complessità all'individuazione dei rapporti rilevanti per il diritto, ma che per la loro qualità si caratterizzano per l'attitudine ad invocare dinamiche proprie, meritevoli di adeguato, oltre che apposito, bilanciamento.

3. *Le unioni civili e le convivenze*

La legge n. 76 del 2016, in tardiva risposta alla pluralità di moniti formulati dalla Corte costituzionale³¹ e dalla Corte EDU³², ha introdotto nell'ordinamento italiano una disciplina legislativa per le unioni civili tra persone dello stesso sesso e per le convivenze³³.

terpretativa l'ambito applicativo dell'art. 18, comma primo, lett. b), ugualmente del tutto improprio anche e soprattutto alla luce della sentenza n. 78 del 2019», è pur vero che potrebbe risultare «difficoltoso estendere alla convivenza di fatto in via automatica le considerazioni svolte sul coniugio dalla sentenza n. 78 (al contrario di quanto invece sembra possibile fare, come si è detto, per l'unione civile), considerando la consolidata giurisprudenza costituzionale che mantiene ben ferma la distanza fra le due tipologie di famiglia, in ragione delle caratteristiche che la connotano rispetto al matrimonio e che ben possono legittimare trattamenti differenziati».

³¹ Corte cost. n. 138/2010 e n. 170/2014.

³² *Oliari e altri c. Italia* del 21 luglio 2015 (ricorsi nn. 18766/11 36030/11), su cui v. L. PALADINI, *L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE Online*, n. 3/2017.

³³ Su cui v. M. BELLETTI, voce *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., 2017, pp. 689-715; S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2016, pp. 567-570; M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. Dir.*, n. 1-2/2016, pp. 95-128; L. TRUCCO, *Lo status delle coppie unite civilmente: profili costituzionali*, in *Pol. Dir.*, 1/2017, pp. 33-47; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Politica del diritto*, n. 1/2017, pp. 11-26; G. FERRANDO, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, *ivi*, pp. 43-64; D. FERRARI, *Le unioni civili davanti all'obiezione di coscienza:*

In un unico atto normativo³⁴ si è pertanto cercato di portare a sintesi la ricca progettualità legislativa su questi temi, che pure fino ad allora non era riuscita a concretizzarsi³⁵.

Il primo elemento di interesse rappresentato dalla novella del 2016 è costituito dalla rottura della forzata unitarietà di disciplina delle convivenze etero ed omosessuali.

Come è noto, la forma della convivenza, fino al 2016, costituiva l'unico strumento disponibile per le coppie formate dallo stesso sesso per ambire ad una seppure limitata riconoscibilità sociale, che si era tentato di formalizzare mediante l'istituzione di appositi registri. Si

questa unione non s'ha da fare?, ivi, pp. 87-102; I. PISTOLESI, *La legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e sulle convivenze: qualche breve osservazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2017, pp. 877-895. Per un commento organico alla l. n. 76 del 2016, v. M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili*, Giappichelli, Torino, 2016.

³⁴ Per un rilievo critico sull'opportunità di riunire «sotto la medesima rubrica le due situazioni incomparabili, nell'idea che si debbano tutelare «formazioni sociali» ex art. 2 Cost.», disattendendo così il fatto che «il metro di paragone per quantificare le “concessioni” del legislatore alle unioni omosessuali dovrebbe essere il matrimonio (quello di cui parlano l'art. 29 Cost. e il codice civile) non già la convivenza eterosessuale», v. S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, cit., p. 568; considerazioni analoghe sono svolte anche da L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, n. 2/2016, p. 92, ove si rileva come «la richiesta sociale di disciplinare per legge le unioni omosessuali ha un fondamento del tutto diverso, se non addirittura opposto, rispetto alla richiesta sociale di disciplinare con una legge organica le conseguenze derivanti dal mero fatto della convivenza»; desta perplessità anche la formulazione della disciplina in un articolo unico (così necessitata dal voto di fiducia), M. BELLETTI, voce *Unioni civili*, cit., p. 690 e ID., *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa (legge 20 maggio 2016, n. 76)* in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2/2016 (24 giugno 2016), p. 2, laddove, oltre alle criticità in punto di legittimità costituzionale determinate dalla formulazione ad articolo unico (attinenti al sensibile ridimensionamento – quando non all'annullamento vero e proprio del dibattito parlamentare derivante dalla caduta di tutti gli emendamenti), si sottolinea come, d'altro canto, la tecnica dell'articolo unico «impedisce[a] inoltre di dare vita ad un testo compiuto», imponendo «un massiccio ricorso alla tecnica del rinvio e del richiamo».

³⁵ Per una rassegna dei principali disegni e progetti di legge al riguardo, sia consentito rinviare a L. CONTE, *Le unioni non matrimoniali*, In F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 53, in particolare in nota n. 27.

trattava di una dimensione del tutto differente da quella, volontaristica per le coppie eterosessuali, di effettuare una scelta di libertà dalle regole derivanti della disciplina matrimoniale³⁶. L'assenza di una disciplina giuridica per le convivenze tra persone dello stesso sesso consisteva, sulla base di consolidati e condivisibili rilievi dottrinali, in una palese discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale³⁷.

La Corte costituzionale, nella sentenza 138 del 2010, con un dispositivo in parte di inammissibilità e in parte di infondatezza, ha affrontato il tema della assenza di una disciplina legislativa delle convivenze omosessuali, ravvisando in essa la necessità per il legislatore di provvedere ad una disciplina organica in materia. Il fondamento costituzionale di una disciplina di questo tipo era rinvenuto proprio nell'art. 2 della Costituzione: tra le formazioni sociali «è infatti da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e

³⁶ Su cui v. Corte cost. n. 166/1998, punto n. 3 del *Considerato in Diritto*, in cui la Corte osserva come con la convivenza *more uxorio* rappresenti «l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti». Sul carattere precipuo della convivenza, «fondata sull'affectio quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti», v. anche Corte costituzionale n. 8/1996, punto n. 2 del *Considerato in Diritto* (con esplicito rinvio alle sentenze nn. 310 del 1989, 423 e 404 del 1988 e 45 del 1980), e Corte cost. n. 140/2009, nella misura in cui viene sottolineato (punto n. 3 del *Considerato in Diritto*) il diverso fondamento costituzionale di matrimonio e convivenza, l'uno in forza della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce «elemento fondante della famiglia come società naturale», l'altra «nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost.».

³⁷ Su questo profilo, pongono l'accento, tra i numerosi contributi raccolti, nell'imminenza della pronuncia della Corte costituzionale (poi, Corte cost. n. 138/2020) in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi nemici*, cit., G. BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, ivi, p. 45 e ss. e L. IMARISIO, *L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia «preso sul serio»*, ivi, p. 187 e ss.

nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»³⁸.

Il monito contenuto nella sentenza n. 138 del 2010 è stato rafforzato da quello presente nella sentenza n. 170 del 2014, laddove la Corte costituzionale – con riferimento specifico al caso del “divorzio imposto” al transessuale già coniugato – sottolinea come risulti «compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminazione». Un compito che il legislatore «è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell’attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti»³⁹.

La disciplina delle unioni civili di cui all’art. 1 (commi 1-35) della legge n. 76/2010 (regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) intende rispondere a questi moniti, cui nel frattempo si era aggiunta la condanna dell’Italia da parte della Corte EDU per violazione dell’art. 8 della CEDU per avere ommesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso⁴⁰.

Se tale disciplina pone un rimedio alla impossibilità (fino alla novella legislativa) di optare tra il regime della convivenza *more uxorio* e un regime giuridicamente più vincolato, avente carattere paramatrimoniale, per le coppie formate da persone dello stesso sesso, resta tuttavia aperta la questione relativa alla perpetratazione di una discriminazione tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso differente quanto all’accesso all’istituto del matrimonio di cui all’art. 29 della Costituzione.

La via seguita dal legislatore italiano è del tipo “*separate but equal*”, con l’introduzione di una disciplina speciale, nominalmente

³⁸ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

³⁹ Corte cost., n. 170/2014, punto n. 5.6 del *Considerato in Diritto*.

⁴⁰ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari ed altri c. Italia* (ricc. nn. 18766/11 e 36030/11) su cui, in commento, v. P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli obblighi positivi impliciti al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1069.

diversa da quella matrimoniale alla quale pure fa un massiccio rinvio e fermo restante l'inapplicabilità ad essa della disciplina dell'adozione⁴¹.

Si tratta, come è stato rilevato, di un vero e proprio «mosaico di tecniche di normazione»⁴², comprendenti, essenzialmente: 1) aspetti tipici della disciplina delle unioni civili (es. comma 10 con riferimento alla disciplina del cognome; mancato rinvio alla disciplina della separazione personale); 2) rinvii alla disciplina del codice civile in materia matrimoniale, operati nel corpo del testo delle disposizioni (es. comma 8); 3) immediata modifica della normativa vigente (commi 32 e 33, con riferimento agli artt. 86 e 124 del Codice civile); 4) peculiare rinvio ex comma 20 «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile» e con espressa esclusione dell'applicazione «alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184», pur restando «fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»⁴³.

⁴¹ Per un commento organico alla disciplina delle unioni civili, analizzata anche alla luce della legge n. 219/2012, v. G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2018, p. 102 e ss.; L. BOZZI, *La legge 76 del 2016: Istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in *DPCE online*, 3/2017; M. BELLETTI, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa (legge 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 2 e ss.

⁴² R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili*, cit., p. 8.

⁴³ È stato sottolineato proprio come il carattere di tale rinvio «estremamente generico e decisamente ampio ed omnicomprensivo, a tutte le disposizioni ove ricorrono le parole coniugi o termini equivalenti, di cui al comma 20» possa esporre ad uno scrutinio da parte della Corte costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza singoli casi di esclusione da quest'ultimo, v., in proposito, M. BELLETTI, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova*

Due aspetti tipici dell'unione civile meritano un rilievo particolare: il primo, attinente alla disciplina del cognome e al suo rilievo identitario all'interno della disciplina dell'unione civile⁴⁴; il secondo relativo alla mancata indicazione testuale dell'obbligo di fedeltà.

Ai sensi del comma 10 dell'art. della legge n. 76/2016, le parti dell'unione civile, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile, possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile.

Si tratta di una disciplina difforme da quella stabilita all'art. 143-*bis* c.c. ove si prevede che soltanto la moglie aggiunga il proprio cognome a quello del marito, conservandolo durante lo stato vedovile e fino ad eventuali nuove nozze. La normativa sul cognome delle unioni civili sembrerebbe rappresentare, in sostanza, un livello di avanzamento rispetto alla concezione patriarcale della famiglia di cui sarebbe reaggio l'attribuzione alla moglie del cognome del marito (e conseguentemente alla prole)⁴⁵.

normativa (legge 20 maggio 2016, n. 76), cit., p. 12, che ravvisa un'ipotesi di questo tipo nella possibile sottoposizione alla Corte costituzionale della la questione di legittimità costituzionale per l'irragionevole discriminazione derivante dall'«esclusione dalla previsione di cui al comma 20, art. 1, legge 76 del 2016, dell'art. 44, 1° comma, lett. b), laddove contempla l'adozione del figlio minore dell'altro coniuge, e non già dell'art. 44, 1° comma, lett. d), come si sta orientando l'odierna giurisprudenza», ivi, p. 13.

⁴⁴ Rispetto alla disciplina del cognome (ma con osservazioni estendibili anche al tema dello scioglimento del rapporto) si è posto l'interrogativo in dottrina se le novità introdotte dalla legge n. 76/2016 possano essere soltanto relegate nel microsistema della disciplina delle unioni civili oppure, «come in un rapporto di vasi comunicanti, possano incidere anche sulla disciplina codicistica in ambito matrimoniale», così G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, cit., p. 118.

⁴⁵ Su cui v. Corte cost. n. 61/2006, Corte EDU, (II sez), dec. 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, *Cusan e Fazzo c. Italia*, e, da ultimo, Corte cost. n. 286/2016 che ha sancito la possibilità di una diretta attribuzione del doppio cognome alla prole, anche senza interposizione di una disciplina legislativa ad hoc, su cui C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (nota a Corte cost., n. 286/2016)*, in *Osservatorio costituzionale AIC 2/2017* (31 maggio 2017) e E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la cornice (giu-*

La Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire con riferimento alla disciplina del cognome dell'unione civile, nell'ambito della pronuncia n. 212 del 2018⁴⁶, anche per fare chiarezza in tema di modifica o meno della scheda anagrafica ai sensi di quanto disposto dal decreto delegato n. 5/2017. Facendo salve le disposizioni di tale decreto, in base alle quali non si prevede la modifica della scheda anagrafica delle parti dell'unione civile quantunque desiderino utilizzare un cognome comune. Sulla base di una motivazione che esplicita il parallelismo esistente tra matrimonio e unione civile (espresso innanzitutto dalle modalità di costituzione del vincolo, nonché alla determinazione degli eventuali impedimenti) la Corte sottolinea come il cognome assunto dalla moglie non comporta alcuna variazione anagrafica del cognome originario. In ogni caso, la Corte ha sottolineato come, in ragione della «natura paritaria e flessibile della disciplina (...) e la facoltà di stabilirne la collocazione accanto a quello originario – anche in mancanza di modifiche della scheda anagrafica» determinano «garanzia adeguata dell'identità della coppia unita civilmente e della sua visibilità nella sfera delle relazioni sociali in cui essa si trova ad esistere»⁴⁷.

Con riferimento alla mancata indicazione dell'obbligo di fedeltà,

*risprudenziale europea) non fa il quadro, in www.forumcostituzionale.it (5 gennaio 2017). Per una riflessione sullo “Statuto del cognome” dei cittadini europei, caratterizzato per un verso dal «riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome rivendicato dal soggetto interessato, in quanto meglio idoneo a riflettere una certa aspettativa “identitaria”; e dall'altro [dal]la tutela della libertà di circolazione, nelle varie forme in cui questa è suscettibile di manifestarsi», v. L. TRUCCO, *Ancora un “via libera” della Corte di Lussemburgo alla “circolazione” dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello “Statuto europeo del nome”)*, in commento a Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 ottobre 2008, C-353/06 *Stefan Grunkin e Dorothea Regina Paul*, in *ConsultaOnLine* (per gentile concessione della rivista *Giurisprudenza italiana*), § 2.*

⁴⁶ Sulla quale, in commento, v. A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale decide sul cognome comune delle persone unite civilmente: legittima la disciplina transitoria che intende il cognome comune come mero nome d'uso*, in www.diritticomparati.it, (29 novembre 2018); L. IMARISIO, *La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della coppia e interessi dei minori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2019, p.789; R. GELLI, *Il cognome nelle unioni civili: la Consulta avalla il ripensamento del legislatore*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6/2019, p. 561.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 212/2018, punto n. 4.2 del Considerato in Diritto.

essa è stata condivisibilmente considerata nel senso della «intenzione del legislatore di volere a tutti i costi differenziare, almeno nominalmente, matrimonio e unione civile, il primo riservato alle coppie eterosessuali, la seconda a quelle omosessuali»: obiettivo che tuttavia non sembra considerare il fatto che «queste indicazioni o contrapposizioni sono destinate a rimanere prevalentemente su un piano formale essendo l'unico dato sostanziale decisivo quello della reale costituzione di una comunione materiale e spirituale di vita da parte delle coppie»⁴⁸.

Non a caso, pure nella attenzione, sul fronte terminologico, che caratterizza il dettato della l. n. 76 del 2016 con riferimento alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, risulta inevitabile il rinvio alla dimensione familiare, se pure incidentalmente e con riferimento, al comma 12 dell'art. 1, all'«indirizzo della vita familiare» concordato dalle parti.

Un ulteriore elemento di analisi rispetto alla presenza, invece, di differenze sostanziali di disciplina tra matrimonio e unioni civili, è costituito dalla ipotesi della intervenuta rettificazione del sesso. Lungi dal porsi nella logica dei «vasi comunicanti»⁴⁹ le conseguenze derivanti da questa ipotesi, pure affatto infrequente, sono determinate in modo diverso a seconda del vincolo intercorrente tra le parti al momento della rettificazione: se il matrimonio si converte (come espressamente auspicato già dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170 del 2014 e ora disposto al comma 27 dell'art. 1⁵⁰) in unione civile, per le riscontrate esigenze di attribuire rilievo giuridico alla continuità dell'*affectio*

⁴⁸ Così M. TRIMARCHI, *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in *Juscivile.it*, 3/2019, p. 259, e, sulla scorta di tali considerazioni, più oltre, a p. 266, il rilievo per cui la «inscindibilità dei doveri familiari e la loro naturale riluttanza ad essere segmentati e studiati secondo logiche formali ed astratte comportano che la espressa previsione a livello legislativo in relazione ad un dato assetto familiare solo di alcuni di tali doveri implica e comporta che ricorrano e rilevino anche tutti gli altri».

⁴⁹ Su cui, invece, G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, cit., p. 118.

⁵⁰ In base al quale: «Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

manifestatasi all'interno del vincolo coniugale, l'unione civile semplicemente si scioglie ai sensi del comma 26 dell'articolo 1⁵¹.

Per quanto riguarda la disciplina delle convivenze (omo ed etero affettive), è stato sottolineato come questa, nell'economia complessiva della l. n. 76 del 2016, si configuri come mero «supplemento» o «appendice», con un risultato «altamente deludente» che «nell'astrattezza del dato giuridico, non sembra riflettere l'atteggiarsi in concreto delle unioni di fatto, disattendendo la funzione integrativa di adeguamento alla realtà e promozionale in termini di avanzamento (se non per le coppie omoaffettive) proprie del diritto nelle relazioni familiari»⁵².

In sostanza, la disciplina delle convivenze si configurerebbe come una sorta di riconoscimento tardivo suscettibile – per la tipizzazione ivi effettuata delle ipotesi di riconoscimento di un rilievo giuridico alla convivenza – di rimettere in discussione la copiosa giurisprudenza formata sulla convivenza *more uxorio* e sulla famiglia di fatto⁵³ e basata, in un'ottica di carattere promozionale, sulla valutazione della sussistenza di circostanze omogenee tali da giustificare nel caso concreto l'applicazione alla convivenza delle disposizioni in tema di matrimonio/famiglia (rispetto ai quali ogni riferimento in relazione alle convivenze risulta espunto all'interno della l.n. 76/2016).

A titolo di esempio dei possibili profili problematici sottesi alle previsioni indicate ai commi 37 e ss. con riferimento alla posizione dei conviventi è sufficiente segnalare come ancora la Corte costituzionale

⁵¹ In base al quale: «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

⁵² M. BLASI, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili*, cit., p. 182.

⁵³ A questo proposito, rileva significativamente L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 94, che rileva come «Le regole preesistenti sulle convivenze, sia di fonte legislativa sia di fonte giurisprudenziale, riconnettono conseguenze giuridiche al mero fatto materiale del vivere insieme, limitandone a volte l'operatività in base a dati anch'essi *fattuali*, come per esempio la durata; ma mai in base a dati *giuridici*, come per esempio lo stato civile dei conviventi. La nuova legge si discosta vistosamente da ciò: limita le conseguenze giuridiche del fatto materiale della convivenza in base al dato, *non fattuale ma giuridico*, dello stato civile dei conviventi, se legati o meno da un matrimonio non sciolto né annullato» (corsivo aggiunto).

sia intervenuta nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, nella parte in cui non include il convivente, così garantendo a questi la possibilità di richiedere il permesso di lavoro per assistere il convivente con disabilità grave⁵⁴. Si tratta di una pronuncia nella quale *ratione temporis* non era applicabile la legge n. 76 del 2016, ma rispetto alla quale è lecito chiedersi se analoga protezione, nella vigenza della legge n. 76 potrebbe essere ancora accordata alla parte di una convivenza non registrata⁵⁵.

4. La filiazione

Qualsiasi discorso giuridico in materia di filiazione non può prescindere dalla necessità di interfacciarsi, oltre che con gli articoli costituzionali, anche sulle riforme legislative aventi carattere organico, come quella del 1975 e quella, più recente, degli anni 2012-2013.

Con riferimento a quest'ultima, non può essere omesso come il dato di immediata evidenza sia costituito dal fatto che tale riforma appare sì, costituzionalmente orientata, ma per certi versi determini un superamento delle stesse disposizioni costituzionali sulla famiglia, o

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 213/2016.

⁵⁵ Su questo profilo, v. A. CORDIANO, *La dichiarazione di incostituzionalità della legge 104/1992 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto*, in *www.forumcostituzionale.it* (29 ottobre 2016) che, al § 3, sottolinea come «l'orientamento restrittivo adottato dalle Corti (e dall'Istituto di previdenza), per disincentivare comportamenti opportunistici in ordine alla fruizione dei benefici da parte di soggetti conviventi, potrebbe riemergere proprio in occasione dell'emanazione della disciplina Cirinnà: questa, consentendo una certa assimilazione del rapporto di fatto a quello coniugale, agevola il profilo della certezza dei rapporti giuridici, concedendo di determinare agilmente la costituzione e la dissoluzione del legame e di limitare l'adozione di condotte illegittime. Con ciò s'intende che, alla richiesta da parte di un soggetto appartenente ad una convivenza di fatto non registrata, potrebbe essere opposto un rifiuto da parte dell'istituto previdenziale, in ragione di una situazione affettiva che, a fronte della possibilità concessa dalla nuova disciplina, rimane difficilmente accertabile con le modalità tipiche dell'ordinamento dello stato civile».

quantomeno un loro aggiornamento derivate da una loro lettura in connessione sistematica con gli artt. 2 e 3 Cost⁵⁶.

In particolare, il nodo principale da sciogliere è costituito dal rapporto che intercorre tra le nuove disposizioni in tema di stato unico del figlio e l'art. 30 della Costituzione, ed in particolare con il limite posto dal comma terzo di tale articolo, che consiste nella tutela dei diritti dei membri della famiglia legittima⁵⁷. Pur trattandosi, come auto-

⁵⁶ Per una panoramica sulla dottrina in commento alla riforma, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari* in *Famiglia e Diritto* 3/2013, p. 231 ss. e ID., *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013* in *Famiglia e Diritto*, 5/2014, p. 233 e ss.; C.M. BIANCA, *La riforma del diritto della filiazione. Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3/2013, p. 437 ss. e ID., *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, p. 1 e ss.; M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, in *Giustizia civile*, 5-6/2013, p. 205 ss.; mettono particolarmente in luce l'aspetto per cui la riforma svincola la parentela dal matrimonio P. SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 5/2014, p. 443 e ss. e G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 527; con accenti critici, per cui la differenza tra filiazione legittima e naturale permane, minando l'effettività dello status unico di figlio, L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2013, p. 207; G. BALLARANI, P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2013, p. 534 ss.

⁵⁷ Sull'ambiguità intrinseca dell'art. 30 Cost. v. le osservazioni di R. NICOLÒ, *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, I, 1960, pp. 3-18, ora in G. CHIODI (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 258, per cui esso rappresenta «una norma che è assai somigliante a molte altre norme costituzionali, il cui contenuto è difficilmente definibile e determinabile *a priori*. Vero è che i costituzionalisti spesso accusano civilisti e penalisti di una certa incomprendenza delle norme costituzionali, ma non c'è dubbio che molte di queste ultime hanno un aspetto ambiguo, hanno cioè l'aspetto di norme che dicono molto e significano poco; tra queste, certamente, vi è il terzo comma dell'art. 30». Secondo tale A., peraltro, la norma «deve essere intesa in questo modo: che sarebbe contraria a Costituzione alla Costituzione una legge che parificasse la condizione giuridica, personale o patrimoniale, del figlio naturale a quella dei figli, dei membri della famiglia legittima, sia sul piano patrimoniale, ad es. sul piano successorio, sia sul piano personale, dando per es. la possibilità d'inserzione del figlio naturale nell'ambito della famiglia legittima. È chiaro che una norma siffatta sarebbe certamente contraria al disposto dell'art. 30 della Costitu-

revoles dottrina ha avuto modo di rilevare, di un limite che risulta “costituzionalmente tollerabile” soltanto nella misura in cui si «faccia riferimento alla *concreta* famiglia legittima cui il genitore naturale appartiene», disponendo che «i diritti dei membri di essa sono preminenti e non possono essere pregiudicati da una maggiore tutela data agli illegittimi»⁵⁸, esso se pure in questa sua interpretazione minimale costituisce un “residuo normativo” potenzialmente in grado di fondare un trattamento peggiore dei figli naturali nei confronti della famiglia legittima⁵⁹, se pure «dalla norma costituzionale non risult[i] che nel contrasto tra il prestigio della famiglia legittima e la situazione dell’innocente debba prevalere la prima»⁶⁰.

Nel corso del presente paragrafo si farà riferimento anche, ovviamente, alla filiazione adottiva, con particolare riguardo alle questioni interpretative inerenti all’esercizio delle modalità di adozione previste dall’ordinamento (adozioni legittimanti ai sensi dell’art. 22 della legge n. 184/83 e adozioni in casi particolari ai sensi dall’art. 44, della legge n. 184/83)⁶¹.

zione: ma non penso certo che non sia possibile un ritocco, un miglioramento, anche sostanziale, della posizione dei figli naturali», *ibidem*, p. 260.

⁵⁸ M. GIORGIANNI, *Problemi attuali del diritto familiare*, in *Studi in onore di Filippo Vassalli*, II, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1960, pp. 859-903, ora in G. CHIODI (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, cit., p. 244.

⁵⁹ Trattamento peggiore che, invece, non risulterebbe in alcun modo giustificato in assenza di preesistenti figli legittimi, di modo che gli effetti dello status di figlio naturale dovrebbero essere egualmente intensi rispetto a quelli del figlio legittimo, e nel campo personale e in quello patrimoniale e successorio, M. GIORGIANNI, *Problemi attuali del diritto familiare*, cit., p. 245.

⁶⁰ *Id.*, *Problemi attuali del diritto familiare*, cit., pp. 250-251.

⁶¹ Appare utile, in questo senso, il rilievo per il quale l’adozione costituisce l’istituto giuridico che fa emergere come una «non necessità» l’apporto biologico dei genitori, cosicché risulta significativa la situazione in cui viene a trovarsi l’adottato, il quale «vede recisi per intervento dell’autorità pubblica i rapporti con la famiglia di origine (che si assume biologica) e vede costituiti, sempre per effetto di interventi pubblici, nuovi rapporti familiari con la famiglia adottante. Se si considera che il fondamento giuridico di tale intervento pubblico sta nella concezione della famiglia come comunità degli affetti, la cui esistenza è requisito imprescindibile dell’esperienza familiare e quindi anche della filiazione (sia che i figli siano effettivamente procreati dai genitori sia che entrino nella famiglia per adozione), risulta evidente che è l’apporto

La riforma della filiazione degli anni 2012-2013, con l'introduzione dello stato unico di figlio e del relativo statuto dei diritti e dei doveri, ha determinato una rivoluzione all'interno del Codice civile, le cui disposizioni ora sono orientate a garantire una posizione indifferenziata dei figli, siano essi nati dentro il matrimonio, fuori di esso, oppure siano adottivi.

Questo mutamento determina degli effetti anche con riferimento al concetto di parentela (che dovrà essere letto alla luce del dettato dell'art. 315 c.c. che prevede il diritto del figlio di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, nonché ai sensi dell'art. 337-ter laddove si fa riferimento al diritto del figlio ad «un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori», oltre a quello di «ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale»). Ai sensi dell'art. 74 c.c. riformato, è previsto che la parentela si identifichi con «il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo», residuando come unica ipotesi che non dà luogo a parentela quella dell'adottato maggiorenne.

Ai sensi della riforma (per effetto della modifica dell'art. 27 della legge 184/1983), poi, è stabilito che per effetto dell'adozione l'adottato acquisti non più lo stato di figlio legittimo, ma quello di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome.

La disciplina dell'adozione è stata anche oggetto di riforma mediante la legge n. 173 del 2015. Tale disciplina, che incide specificamente sull'affidamento, ha determinato all'art. 4 della legge n. 184 del 1983 l'inserzione del comma 5-bis che stabilisce il diritto alla continuità affettiva del minore. In base ad esso, il minore in una situazione di

biologico dei genitori a rivelarsi una non necessità, e non viceversa. In sintesi, le leggi mostrano di far propria una concezione non necessariamente biologica di vita, con la conseguenza che l'ingresso nella famiglia adottiva rappresenta una seconda nascita nella storia biologica e personale dello stesso essere umano, tanto da rendere lecita l'affermazione che nella vita può accadere di nascere due volte», A. SANTOSUOSSO, *Persone fisiche e confini biologici. Chi determina chi*, in A. D'ALOIA, *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 157.

affidamento prolungato e dichiarato adottabile potrà contare sulla possibilità che gli affidatari, se in presenza dei requisiti previsti all'art. 6 della l. n. 184 del 1983.

In tema di adozione devono essere considerate, in particolare, due linee di tendenza giurisprudenziali.

La prima ha ad oggetto il margine applicativo della sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013 in tema di diritto alla conoscenza delle proprie origini (su cui si dirà più diffusamente, *infra*, § 6). Con una pronuncia a Sezioni Unite del gennaio 2017 la Corte di Cassazione ha stabilito che: «In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità»⁶².

La seconda tendenza riguarda invece l'applicazione della disciplina dell'adozione in casi particolari.

Come è noto tale disciplina va ad integrare quella generale dell'adozione, prevedendo ipotesi in cui il diritto del minore ad una famiglia risulta comunque tutelato anche qualora versi in situazioni che di per sé non garantirebbero l'accesso all'adozione legittimante (e senza tuttavia recidere il legame del minore con la famiglia di origine).

⁶² Cass. S.U. n. 1946 del 25 gennaio 2017, § 8.1 delle Ragioni della decisione, su cui, in commento v. A. FIGONE, *In caso di parto anonimo la madre può essere interpellata: lo dicono le Sezioni Unite*, in *ilfamiliarista.it*, (3 aprile 2017) e A. GIURLANDA, *Accesso alle origini. Intervengono le Sezioni Unite*, in *Questione Giustizia*, *www.questionegiustizia.it*, (17 febbraio 2017).

L'evoluzione della disciplina dell'adozione ha attribuito un significato di crescente importanza all'adozione in casi particolari.

Appare utile ricordare, in questa sede, come le ipotesi di adozione in casi particolari previste dall'art. 44 l. n. 184 del 1983 siano quelle relative a: 1) adozione dell'orfano da parte dei parenti o da parte di chi avesse già con lui un rapporto stabile e duraturo, realizzatosi anche in seguito ad affidamento familiare (art. 44, comma 1, lett. a) per come modificato dalla l. n. 173 del 2015); 2) dell'adozione del figlio del coniuge (art. 44, comma 1, lett. b); 3) adozione di minore affetto da handicap ai sensi della legge n. 104/1992, che sia orfano di padre e di madre (art. 44, comma 1, lett. c); 4) adozione del minore in seguito a «constata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, comma 1, lett. d).

Per la varietà delle casistiche che in essa possono essere ricomprese, nonché per una minore rigidità dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti l'adozione in casi particolari si è dimostrata lo strumento idoneo a garantire al bambino non soltanto il diritto ad una famiglia, ma anche il diritto a conservare rapporti maturati nell'ambito di relazioni familiari di fatto.

Ciò è avvenuto sia in ragione dell'intervento legislativo di cui alla l. n. 173 del 2015 in tema di garanzia della continuità affettiva del minore, ma anche attraverso l'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato l'ambito applicativo della lettera d) dell'art. 44, comma 1, con particolare riguardo alla interpretazione estensiva attribuita al concetto di «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non soltanto come impossibilità di fatto (collegata alla non disponibilità di adottanti aventi i requisiti per l'adozione piena), ma anche di diritto, e cioè quando lo stato di abbandono non sussista o non sussistano i presupposti soggettivi per procedere all'adozione legittimante di cui all'art. 7 della l. n. 184/1983⁶³.

⁶³ Cass., 22.6.2016, n. 12962 (come già prospettato da App. Roma 23.12.2015 e da Trib. min. Roma 30.7.2014; Trib. min. Roma, 22.10.2015 e Trib. min. Roma, 23.12.2015 e App. Torino, 27.5.2016 (pronunce tutte pubblicate e consultabili su www.articolo29.it). Utile è ricordare, inoltre, come anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 383 del 1999, avesse identificato l'art. 44, comma 1, lett. c) – il contenuto è poi successivamente replicato all'art. 44, comma 1, lett. d) in seguito alla l. n. 149/2001 – come una sorta di clausola residuale per i casi non inquadrabili nella di-

Un aspetto interessante messo in luce dalla pronuncia n. 12962 del 2016 della prima sezione della Cassazione civile è quello per cui la disciplina dell'adozione in casi particolari si presta particolarmente a “fare sistema” con l'attuale quadro normativo che valorizza il principio della continuità affettiva del minore e in cui possono essere inquadrate le disposizioni della l.n. 40/2004 in tema di divieto di disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa e della l. n 173 del 2015, laddove si prevede la possibilità di accesso all'adozione piena anche da parte di coloro che abbiano accolto il minore in affidamento.

5. La procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità

L'aspirazione alla genitorialità – pur in assenza di condizioni biologiche favorevoli ad una riproduzione naturale – oltre che nella forma dell'adozione⁶⁴, può tradursi nella volontà di formare una famiglia la cui discendenza risulti comunque portatrice del corredo genetico di (almeno) uno dei genitori⁶⁵.

disciplina dell'adozione legittimante». Per una ricostruzione delle modalità attraverso le quali si è venuto a formare questo orientamento, v. G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti*, II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA-L. LENTI-M. MANTOVANI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 766 e ss.; J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e Diritto Privato*, 4/2016, p. 1059; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e della Persone*, 3/2017, p. 870; per un'ampia disamina della giurisprudenza di merito su questo tema, cfr. E.A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte dei partners delle unioni civili*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2/2018, p.799 e ss. (in particolare in nota n. 7); A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 3/2019, p. 713, il quale lo definisce suggestivamente una interpretazione che si traduce in una rilettura «asistematica» della disciplina dell'adozione, in cui «l'impossibile diventa possibile».

⁶⁴ E. BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 1003 e ss. e ID., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 873 ss.

⁶⁵ Sotto questo particolare aspetto, sono significative le considerazioni sviluppate dalla Corte EDU nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012), nella misura in cui la Corte di Strasburgo al § 55, ricomprende nella tutela accordata dall'art. 8 CEDU alla vita privata e familiare il diritto degli aspiranti genitori «de voir respecter leur décision de devenir parents génétiques».

Le vicende della riproduzione di tipo artificiale, nel senso di una locuzione che ha una portata «più ampia e comprensiva del vocabolo “fecondazione”», risultando dunque «idonea anche per le ipotesi in cui si verifichi una maternità per conto terzi»⁶⁶, incrociano dunque essenzialmente due percorsi: quello della fecondazione assistita e quello della surrogazione.

Come è noto, la fecondazione assistita è ammessa nell'ordinamento italiano sia in forma eterologa che in forma omologa, per via di un'opera di progressivo smantellamento, ad opera della Corte costituzionale, della legge n. 40 del 2004⁶⁷.

⁶⁶ P. DONADONI, *Alcune questioni preliminari in tema di gestazione per conto terzi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2006, p. 237, in nota n. 2.

⁶⁷ Per una ricostruzione dei passaggi (integranti un vero e proprio «processo costituzionale alla legge n. 40/2004», come rilevato da D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”*, *Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 289 e ss.) mediante i quali sono stati oggetto di eliminazione i (numerosi) profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, v. C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaw Journal*, 2/2014, p. 68.; sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 164 del 2014, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1/2015 e L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, luglio 2014, p. 10; In ordine cronologico (e con esclusione della pronuncia n. 221/2019 oggetto di specifica trattazione nel testo) la Corte costituzionale è intervenuta sulla legge n. 40 del 2004 con la sentenza n. 151 del 2009 (che ha rimosso il divieto di produzione di un numero di embrioni superiori a tre e contemporaneo impianto); con la sentenza n. 162 del 2014 (che ha ammesso il ricorso alla fecondazione eterologa per coppie affette da infertilità o sterilità assolute o irreversibili); con la sentenza n. 96/2015 (che ha rimosso il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili affette da malattie genetiche); con la sentenza n. 84 del 2016 (sull'utilizzo a fini di ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari). Operano nel senso di una ricostruzione dei questi passaggi, A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, Editoriale, in *BioLaw Journal*, 2/2014 e ID., *L'(ex) 40 in Quaderni costituzionali*, 2015, p. 997 ss.; da ultimo, A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, Relazione conclusiva delle Giornate di studio su “La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive”, (Messina 5-6 maggio 2016), in *Federalismi.it*, 11 maggio 2016. Sulla pronuncia n. 84/2019, in commento v. G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela*

Da ultimo, la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 221 del 2019 sul giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e degli artt. 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10 della legge 40⁶⁸. La questione atteneva al requisito soggettivo per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, e dunque alla possibile illegittimità costituzionale derivante dall'esclusione dalle tecniche di pma anche da parte di coppie omosessuali femminili (non dunque in ragione di patologie comportanti infertilità o sterilità, quanto piuttosto di quella che è stata definita infertilità sociale o relazionale o, ancora «fisiologica», utilizzando il lessico della Corte).

Non vi è dubbio che la riproduzione artificiale (nella forme della fecondazione assistita o della surrogazione) costituisca un tema etica-

dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?, in *BioLaw Journal*, 2016, p. 223 e ss.; in dottrina, v. anche I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche?*, in A. COSSIRI - G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma 2013, p. 140; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.giurcost.org (11 giugno 2014); B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, FrancoAngeli, Milano, 2014; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. e proc.* 2014, p.835; F. VARI (a cura di) *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2012; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, (14 giugno 2014); A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Schena Editore, Fasano, 2005, p. 318 ss.; per un generale inquadramento sulla tecnica della p.m.a., F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, VI (2015), p. 375 ss. Con riferimento alla dimensione regionale di applicazione della legge n. 40/2004 in seguito alla caduta del divieto di fecondazione eterologa, v. L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, ne *Le Istituzioni del Federalismo*, 2015, in particolare p. 47 e ss.

⁶⁸ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata nell'ambito di due differenti giudizi innanzi al Tribunale di Pordenone (ordinanza n. 129 del 2018) e al tribunale di Bolzano (ordinanza n. 60 del 2019). Sulla sent. cost. n. 221/2019, v. in commento B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare?"*, in *St. Iuris*, 5/2020, p. 534.

mente sensibile⁶⁹, rispetto al quale risultano coinvolti «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali»⁷⁰ rispetto ai quali spetta in linea di principio al legislatore l'individuazione di un «ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana»⁷¹.

Ed è appunto ponendo l'attenzione sulle scelte operate dal legislatore ed eventualmente “corrette” dall'intervento adeguatore della Corte che risulta possibile individuare quale sia lo stato dell'arte della legittimità delle tecniche di riproduzione artificiale ammesse nel nostro ordinamento.

Con riferimento alla procreazione medicalmente assistita disciplinata dalla legge n. 40 del 2004, essa risulta ammessa nelle modalità di tipo omologo (quindi con utilizzo di materiale genetico appartenente alla coppia che ad essa accede) ed eterologo (con donazione di gameti), sulla base dei requisiti soggettivi individuati nella maggiore età ed eterosessualità dei componenti della coppia, nel fatto che essa debba essere coniugata o convivente, nel requisito dell'età fertile e nella permanenza in vita di entrambi i componenti (art. 5 l. n. 40 del 2004).

Risulta dunque evidente come il legislatore abbia inteso riprodurre il paradigma familiare (sul quale si dirà, *infra*) nei suoi aspetti tradizionali e che tale *intentio* non risulti messa in discussione dalla Corte costituzionale con riferimento alla possibile estensione in via interpretativa dei requisiti soggettivi per l'accesso alla pma, che infatti non vengono estesi ad ipotesi di non complementarietà biologica tra i componenti della coppia⁷².

⁶⁹ Come ribadito tanto in Corte cost. n. 162/2014, punto n. 4 del *Considerato in diritto*, quanto in Corte cost. n. 221 del 2019, punto n. 9 del *Considerato in diritto*. Sul tema, v. M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *www.forumcostituzionale.it*, (5 novembre 2015).

⁷⁰ Corte cost., n. 45/2005, punto n. 1.3 del *Considerato in diritto*.

⁷¹ Così Corte cost., n. 84/2016 e Corte cost., n. 162/2014.

⁷² Ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 40 chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei componenti sia minorenni ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro; ai sensi del comma 9 dello stesso articolo è poi prevista la misura della sospensione da uno a

La surrogazione di maternità, invece, risulta oggetto di un divieto esplicito da parte della stessa legge n. 40 del 2004, art. 12, comma 6. Essa, infatti, non risponde ai requisiti soggettivi previsti, implicando un rapporto di tipo trilaterale; inoltre, è specificamente sanzionata nel suo profilo di pratica oggetto di intermediazione commerciale.

Il legislatore invece tace su quella che è stata definita surrogazione di prossimità, vale a dire la pratica che porta una donna ad essere volontariamente fecondata senza ricorso a tecniche chirurgiche e che al momento del parto dichiara di non voler essere nominata, determinando quindi il riconoscimento sul versante paterno e la possibilità, per l'eventuale componente della coppia che non abbia fornito il materiale biologico (e indipendentemente dal sesso di quest'ultimo) di procedere all'adozione nelle forme dell'art. 44, comma 1, lett. b) (in caso di coniuge eterosessuale) e nella forme dell'art. 44, comma 1, lett. d) (in caso di coppia formata da persone dello stesso sesso o di sesso diverso conviventi) della legge n. 184/1983.

L'assetto trilaterale della surrogazione, è passibile di una serie di ulteriori e complesse ricombinazioni⁷³, che tuttavia hanno in comune un elemento: l'abdicazione del principio della verità del parto, posto che la donna che partorisce (e che può partecipare in parte oppure essere totalmente estranea al patrimonio genetico del nato) non verrebbe considerata madre ai sensi dell'art. 269 c.c.⁷⁴ in virtù di un accordo stipulato a titolo gratuito od oneroso con cui altri due soggetti che assumono la genitorialità del nato, condividendone il patrimonio genetico o risultando tali nelle forme della genitorialità intenzionale⁷⁵.

tre anni dall'esercizio professionale per l'esercente la professione sanitaria che abbia agito in difformità dalle prescrizioni stabilite all'interno di tale legge (salva l'ipotesi di cui al comma 7).

⁷³ Su questo punto, v. la rassegna delle ipotesi fornita da R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Biolaw Journal*, 2/2016, che individua 11 possibili ipotesi di surrogazione (5 relative alle coppie eterosessuali e 6 relative alle coppie omosessuali), p. 3.

⁷⁴ Ove è previsto che la maternità «è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

⁷⁵ Proprio l'aspetto (non irrilevante) del diverso apporto esterno fornito alla coppia richiedente e integrato dalla gestazione distingue fecondazione di tipo eterologo

La pratica della surrogazione è stata oggetto di specifica censura, proprio sotto quest'ultimo profilo, da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 164 del 2014, laddove la Corte esplicitamente afferma la perdurante validità del divieto di surrogazione di maternità previsto all'art. 12, comma 6, della legge n. 40, e nella successiva pronuncia n. 272 del 2017⁷⁶, in cui ancora più intensamente è stato affermato affermato come tale pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna, mettendo altresì in pericolo l'assetto delle relazioni umane»⁷⁷.

Questa valutazione decisamente critica nei confronti della maternità surrogata e della sua “collisione” con una pluralità di principi costituzionali è stata espressa anche dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 12193 del 2019, pur in un contesto diverso, vale a dire quello di una pronuncia volta a sciogliere i nodi problematici de-

(con donazione di uno o di entrambi i gameti) e surrogazione di maternità, come rilevato da B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019 (1 ottobre 2019).

⁷⁶ Su questa pronuncia, v. 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 *www.costituzionalismo.it*, 1/2018; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018; 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 *www.forumcostituzionale.it*, (15 febbraio 2018). Sulla dignità della donna surrogata v. le osservazioni di I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2/2017, p. 24 e ss., che sottolinea come nell'ordinanza di rimessione n. 273 del 2016 della Corte d'Appello di Milano, viene omissis di considerare che la «violazione della dignità [...] coinvolge chiaramente anche il bambino» e di S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, p. 93 e ss.

⁷⁷ Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.2 del Considerato in diritto. In tale pronuncia sembrerebbe emergere «una concezione complessa di dignità personale, comprensiva del diritto del minore alla conservazione dei legami affettivi di fatto già instaurati e dell'eventuale interesse all'accertamento della propria discendenza biologica, in contrapposizione con la dignità della donna che è sempre e comunque offesa “in modo intollerabile” dalla pratica della surrogazione di maternità», così C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit., p. 31,

rivanti dalla tutela del soggetto nato in seguito a tale tecnica riproduttiva e della salvaguardia del rapporto genitoriale di fatto instauratosi⁷⁸.

⁷⁸ A commento della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, v. B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, cit. e, da ultimo, F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno il punto sull'ordine pubblico e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020 (3 marzo 2020); G. SALVI, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 1625 e ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU su questo tema, ed in particolare sull'applicabilità dell'art. 8 della Convenzione ai rapporti familiari di fatto instauratisi, si vedano le decisioni della V sezione *Labassee c. Francia* (ric. n. 65941/11), *Mennesson c. Francia* (ric. n. 65192/11), entrambe del 26 giugno 2014 e *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12), sez. II, decisione del 27 gennaio 2015 e, successivamente, sentenza della Grande Camera del 24 gennaio 2017, che ha capovolto il giudizio della II sezione, escludendo la rilevanza nei termini di vita familiare del rapporto instauratosi tra il minore e i genitori intenzionali, in relazione all'assenza di un legame biologico tra essi e il minore e con riferimento alla brevità del tempo con gli stessi trascorso, sulla quale v. G. CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*, in *Il Foro it.*, 3/2017, IV, p.117 e L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017, p. 425), sulle quali, per un primo commento, v. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2015, p. 202 e L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quad. Cost.*, 2/2015, p. 472. Nei casi *Menesson* e *Labassee*, riguardanti la trascrizione nei registri dello stato civile francese di certificati di nascita esteri prodotti da coppie che avevano fatto ricorso alla gestazione per altri negli Stati Uniti, stante il divieto di maternità surrogata esistente nell'ordinamento francese, la Corte EDU ha individuato nell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) la copertura del rapporto di filiazione così instauratosi (in entrambi i casi, sussistendo, peraltro, in capo ad uno dei genitori, un rapporto anche biologico di filiazione). La Corte di Cassazione francese, ai sensi del Protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha richiesto, proprio con riferimento alla trascrizione dei figli nati all'estero da GPA, un parere consultivo alla Corte di Strasburgo (reso pubblico il 10 aprile 2019), con l'obiettivo di ottenere una «definizione netta dei confini del margine di apprezzamento concesso ai singoli Stati», (così M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surroga-*

La posizione del figlio in questo contesto è da ritenersi immune da effetti pregiudizievoli derivanti da condotte poste in essere *ex ante* dai genitori⁷⁹.

Il tema della compatibilità o meno della pratica della surrogazione di maternità non soltanto con i principi costituzionali ma anche con l'ordine pubblico è stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla trascrizione di atti di nascita di figli di coppie omogenitoriali formatisi all'estero.

Gli esiti interpretativi non sono stati univoci, innanzitutto per differenze riscontrabili nella fattispecie oggetto di esame (ricorso alla fecondazione assistita di tipo eterologo da parte di coppia omosessuale femminile e ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una

ta: arresti giurisprudenziali e prospettive, in *Federalismi.it*, cit., p. 128) con riferimento, in particolare, alle modalità (e alle tempistiche) relative alla instaurazione di un legame giuridicamente apprezzabile con la *legal mother* riconosciuta da altro Stato. In tema di procedura consultiva prevista dal protocollo n. 16 allegato alla CEDU, v. A. M. LECIS, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *www.diritticomparati.it* (9 maggio 2019) ed E. CRIVELLI, *La Corte EDU richiama la prima Advisory opinion: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?* in *Quad. Cost.*, 2/2020, p. 450 e ss. Con riferimento alla richiesta di pareri consultivi alla Corte EDU, v. E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. Cost.*, 3/2018, p. 719 e ss.

⁷⁹ Su questo profilo è d'obbligo il rinvio a Corte cost. n. 494/2002, nella misura in cui i figli incestuosi debbono considerarsi come soggetti totalmente privi di responsabilità rispetto alle condotte poste in essere dai loro genitori, e dunque a pieno titolo possano godere di uno *status filiationis* che risulterebbe altrimenti loro precluso. Sulla ipotesi – del tutto particolare – della fecondazione *post mortem* e delle questioni giuridiche ad essa collegate, v. da ultimo, Cass. civ., sez. I, n. 13000/2019, sulla quale v. D.M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*, in *Corr. Giur.*, 6/2020, p. 758 e ss. e G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, in *www.questionegiustizia.it*, (12 maggio 2020), § 3, che identifica il caso del possesso dello *status filiationis* in seguito a fecondazione *post mortem* come paradigmatico della acquisita distinzione ed autonomia tra la questione relativa allo *status* del figlio e la liceità della tecnica prevista per farlo nascere.

coppia omosessuale maschile) cui è conseguita una differente ricostruzione del concetto di ordine pubblico⁸⁰.

Anticipando soltanto in parte le riflessioni su cui si dirà, *infra*, al Capitolo V, è sufficiente riscontrare come quello di ordine pubblico risulti una sorta di concetto-membrana, la cui permeabilità al “passaggio” all’interno dell’ordinamento italiano di situazioni giuridiche in esso non ammesse è condizionata dall’essere inteso in senso estensivo, come la *summa* di principi accolti a livello sovranazionale oppure, al contrario, qualificato come il nucleo intangibile derivante dai principi costituzionali che qualificano e conformano l’ordinamento interno, trovando espressione anche a livello di fonti primarie.

La questione che pone il dissidio interpretativo interno alla Corte di Cassazione rivela un interrogativo di fondo molto problematico: può una legge ordinaria disporre in modo difforme dai principi comunemente accolti al livello sovranazionale, e ciò nonostante essere conforme ai principi costituzionali? La risposta, sull’esclusivo fronte del diritto interno, risulta abbastanza agevole: sì, nella misura in cui non intervenga una declaratoria di illegittimità costituzionale.

La legge 40 del 2004, è stata più volte oggetto di pronunce di illegittimità costituzionale che ne hanno modificato asprezze e contraddit-

⁸⁰ Corte di cassazione, sezione I civ., n. 24001 del 2014; Corte di cassazione, sezione I civ., n. 19599 del 2016 (caso di fecondazione eterologa da parte di una coppia omosessuale femminile), rispetto alla quale il giudice di legittimità ravvisa una nozione aperta ed inclusiva di ordine pubblico, non ravvisando una contrarietà di questa pratica rispetto ad esso, su cui v. anche le osservazioni di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2/2017, p. 190 e ss. In senso analogo, v. anche Corte di cassazione, sez. I civ., n. 14787 del 2017 che allo stesso modo non ravvisa in tale ipotesi un caso di maternità surrogata. Sull’evoluzione interpretativa che interessa il concetto di ordine pubblico con riferimento in particolare alle problematiche derivanti dall’utilizzo della tecnica della surrogazione di maternità, v. F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto* e C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’ “incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, entrambi in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

torietà di stampo ideologico, ma che non l'hanno posta nel nulla. Ad oggi, infatti, essa è e resta la fonte di disciplina in merito alle ipotesi di riproduzione artificiale ammesse nel nostro ordinamento. Essa si regge essenzialmente su tre direttrici: a) fornire un rimedio a sterilità o infertilità aventi una causa di tipo patologico non altrimenti rimovibile; b) riproporre, mediante l'accesso alle tecniche di pma, un modello di famiglia il più possibile rispondente a quella "tradizionale" in cui possano maturare le condizioni per la procreazione⁸¹; c) esplicitare in modo particolarmente intenso il principio della responsabilità per la procreazione, limitando il ricorso all'azione di disconoscimento da parte dei soggetti che vi facciano ricorso ai sensi dell'art. 9, legge n. 40 del 2004 ed escludendo che, nella fecondazione di tipo eterologo, la donazione di gameti possa dare luogo all'istituzione di relazioni giuridiche tra il donatore e il nato (come ribadito da Corte cost., n. 162/2014⁸²).

La surrogazione di maternità risultante da pratiche di intermediazione commerciale, nel contesto della legge 40 del 2004 trova un divieto esplicito all'art. 12, comma 6. Essa tuttavia, al di là di questo riferimento testuale, e secondo l'impostazione adottata dalla Corte, sarebbe in ogni caso in contrasto con principi costituzionali: l'art. 2 Cost., sia con riferimento alla tutela della dignità personale della donna (non degradabile a mezzo per la procreazione altrui attraverso propria gestazione, nella misura in cui la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» ed è «pratica vietata dalla legge»⁸³), sia con riferimento a quella del nascituro (non degradabile ad "oggetto" di una prestazione –

⁸¹ Di una «situazione para-naturale» parla R. ROMBOLI, *Le unioni omoaffettive tra legislatori e giudici*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline* (17 marzo 2020), p. 17.

⁸² Su questa pronuncia, v. G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014* in *www.forumcostituzionale.it* (3 luglio 2014), p. 4, che pone in evidenza come la Corte, in essa, non abbia «dichiarato l'illegittimità costituzionale del generale divieto di ricorrere a tecniche di tipo eterologo, limitandosi ad eliminare dalla originaria previsione il caso delle coppie assolutamente infertili o sterili, e, di conseguenza, escludendo per quest'ultima ipotesi la sanzionabilità delle relative condotte (ex art. 12, co. 1). La scelta – questa sì – politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta fuori dal sindacato di costituzionalità».

⁸³ Così Corte cost., n. 272 del 2017, punto n. 4.2. del Considerato in diritto.

pure eventualmente a titolo gratuito)⁸⁴. La Corte costituzionale, inoltre, fa riferimento alla necessaria stabilità e determinabilità dell'assetto delle relazioni familiari. Tale circostanza risulta minata in radice da un accordo di surrogazione e ne esprime il disvalore, ma tuttavia – ex post, nel momento in cui il bambino sia venuto alla luce in seguito a questa pratica – assume rilievo nel bilanciamento tra la verità del parto e la stabilizzazione di un contesto familiare derivante da genitorialità intenzionale.

In particolare, la Corte costituzionale nella sent. n. 272 del 2017 rileva come l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi ipotesi di bilanciamento⁸⁵, ma vada valutata tendendo conto del principio del preminente interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano⁸⁶.

Su questa linea si pongono anche le modifiche apportate all'art. 263 c.c. dal D.lgs. n. 154 del 2013 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*), limitando l'imprescrittibilità dell'azione di riconoscimento esclusivamente a quella esercitata dal figlio, circoscrivendo invece temporalmente l'azione di disconoscimento per gli altri soggetti legittimati⁸⁷.

⁸⁴ Sui diritti e le garanzie in favore del nuovo nato, v. Corte cost., n. 347/1998, laddove si specifica come debbano risultare preminenti le garanzie per il nuovo nato (...) non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione (articoli 30 e 31 Cost.), ma ancor prima – in base all'art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 272/2017, punto n. 4.1.

⁸⁶ L'art. 117, primo comma, della Costituzione impone, in questo senso, un riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con legge n. 176 del 1991, alla Carta di Nizza (art. 24) e all'interpretazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione EDU fornita dalla Corte di Strasburgo nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*.

⁸⁷ In particolare, mediante la riforma della filiazione intervenuta negli anni 2012 e 2013, sono stati introdotti limiti di decadenza sia in tema di impugnazione dell'azione di riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c., sia per l'azione di disconoscimento di paternità ex art. 244 c.c. Ha ad oggetto l'art. 263 c.c. anche la sentenza

A questo punto è possibile chiedersi se la disciplina della riproduzione artificiale accolta all'interno dell'ordinamento italiano possa configurarsi come espressione delle coordinate costituzionali inerenti alla famiglia. Il percorso che ha portato allo smantellamento della legge n. 40 del 2004 e che ne ha eliminato gli aspetti più macroscopici di incostituzionalità, ne ha salvato le direttive principali d'azione più *supra* enunciate, e che ora possono essere analizzate singolarmente. Il profilo sub a) (*procreazione assistita come rimedio per sterilità o infertilità aventi causa patologica e carattere irreversibile*) attiene principalmente al diritto alla salute e alla garanzia della ricostituzione delle condizioni per la creazione di un progetto familiare e riguarda dunque la posizione dei singoli all'interno della coppia pur all'interno di una condivisa volontà di procreazione.

Maggiore interesse suscitano, nella configurazione all'interno della legge 40 del 2004 di elementi che possano collocarsi in una situazione di compatibilità con le disposizioni della Carta costituzionale in tema di famiglia, i profili sub b) e c) (e dunque, il *tipo di famiglia utilizzato quale punto di riferimento nella determinazione dei requisiti soggettivi di accesso alla pma e il principio della responsabilità per il fatto della procreazione*).

Con riferimento all'adesione al modello tradizionale di famiglia (profilo b), alla cui riproposizione tendono le disposizioni della legge 40, esso più che rispondere alle coordinate di cui all'art. 29 e dunque alla (controversa) definizione di famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, sembra piuttosto coerente con l'impostazione assunta dalla legge n. 184 del 1983 in tema di adozione.

Essa, infatti, nel determinare le condizioni per l'instaurarsi di un rapporto di filiazione artificiale (art. 27 l. n. 184/1983) valorizza non solo la sussistenza del vincolo matrimoniale, ma anche l'esistenza del rapporto di convivenza e ravvisa nel distacco tra identità genetica e identità legale una espressione del principio di responsabilità genitoriale (coerente con l'art. 30 della Costituzione), ovvero di chi sceglie di essere genitore, facendo dunque sorgere il legittimo affidamento sulla continuità della relazione.

della Corte costituzionale n. 237 del 2019 (giudizio di inammissibilità per difetto di motivazione in ordine alla disposizione impugnata).

Restano comunque, secondo il giudizio della Corte costituzionale espresso nella pronuncia n. 221 del 2019, rilevanti differenze tra adozione e pma che consistono dell'esistenza di due circostanze distinte in premessa: la presenza di un minore già in vita (nel caso dell'adozione) o l'elaborazione di un progetto genitoriale per farlo venire al mondo (nel caso della pma).

L'impostazione assunta tanto dal legislatore della l.n. 184/1983 che dalla legge n. 40/2004 è che in entrambi i casi il minore (o il bambino che sarà messo al mondo) possa godere della garanzia di una famiglia il più possibile rispondente a quella tradizionale.

Nella stessa pronuncia la Corte non pare escludere che, in ragione dell'evoluzione del consenso sociale rispetto ad altre ipotesi di famiglia, il modello tradizionale possa – attraverso l'intervento del legislatore operante con una discrezionalità che alla Corte risulta invece preclusa – essere oggetto di rivisitazione in senso maggiormente inclusivo.

Si tratta di un rilievo non di poco conto, che considera la possibilità di successive aperture legislative nel senso di una maggiore inclusione e, soprattutto, appare mitigare l'argomento poco prima speso della strumentalità del nascituro rispetto al progetto genitoriale.

Questo aspetto che, nell'impostazione adottata dalla Corte costituzionale fonda la differenza fondamentale intercorrente tra adozione e pma, sembra presentare qualche debolezza.

È stato infatti rilevato come il «bisogno di genitorialità», e il correlato progetto di genitorialità ad esso conseguente, abbia origini antiche⁸⁸, anche se nella contemporaneità ad esso è possibile rispondere con soluzioni tecniche prima considerate inimmaginabili.

L'assetto ordinamentale dimostra di valorizzare l'ipotesi della messa al mondo di un bambino come il risultato di un progetto di genitorialità condiviso da una coppia eterosessuale unita da vincolo matrimoniale o perlomeno stabilmente convivente.

La complessità della vita umana, delle relazioni e delle scelte ad essa correlate, tuttavia, dimostra come questo modello possa presentare una serie di incrinature.

Il fatto stesso della procreazione può non essere infatti il risultato

⁸⁸ V. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., p. 1, il quale ricorda come caso paradigmatico la vicenda biblica di Abramo e Sara.

di un progetto condiviso e, anzi, nelle ipotesi più estreme può essere addirittura frutto di violenza: in sostanza, anche il contesto della riproduzione per via tradizionale presenta delle significative deviazioni rispetto al figurino tradizionale sopra delineato.

La scelta di mettere al mondo un figlio come aspirazione egoistica, volta al completamento della propria realizzazione personale (che rappresenta una critica di tipo sociale principalmente rivolta soltanto alle coppie che aspirino ad accedere alla procreazione medicalmente assistita o alla surrogazione di maternità), può infatti spesso costituire la base di scelte procreative⁸⁹.

Tali scelte in sé attengono a profili personalissimi della libertà individuale delle persone nella loro vita di relazione e perciò risultano insondabili da parte del legislatore, che può tuttavia tracciare alcune linee di intervento, con riferimento a: 1) tutela della salute della donna gestante (è il caso della disciplina in tema di interruzione di gravidanza); 2) tutela tanto della salute della donna quanto del nascituro, affinché il parto possa avvenire in un contesto di sicurezza senza mettere in pericolo le vite di entrambi⁹⁰, pur potendo rivendicare con immedia-

⁸⁹ Questo aspetto è messo in luce da E. Falletti, per cui «in tempi recenti (...) la genitorialità è diventata una importante forma di realizzazione personale (...) non più coniugabile soltanto al femminile» ma che ha, al contrario, «visto entrare sulla scena anche la rivendicazione di paternità, specie da parte di coppie dello stesso sesso maschile», E. FALLETTI, «Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo». *Riflessioni comparative su status, genitorialità e GPA*, in *Famiglia e diritto*, 7/2020, p. 745.

Per alcune osservazioni critiche sul diritto ad avere un figlio, v. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 81; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità* in *BioLaw Journal*, n. 2/2014, p. 54 e M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?* in *www.confronticostituzionali.eu*. In senso contrario, cfr. I. PELLIZZONE, *Il riconoscimento della "libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 16.

⁹⁰ Come precisato anche all'interno della pronuncia n. 425 del 2005 della Corte costituzionale (che aveva dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 28, comma comma 7, della legge n. 184 del 1983), con argomentazione replicata anche nella pronuncia n. 278 del 2013, che individua (al punto n. 4 del Considerato in Diritto) come «il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato» risieda nell'esigenza di «salvaguardare madre e

tezza la propria volontà di non essere nominata ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. n. 396/2000⁹¹; 3) tutela della salute della coppia con problemi irreversibili di fertilità o sterilità, affinché possa avviare, con i necessari ausili tecnici ed eventualmente biologici, il percorso che conduce alla procreazione, a tutela (è il caso della legge n. 40 del 2004); 4) tutela dell'incontro tra la volontà di esercitare la responsabilità genitoriale e la necessità di fornire al minore una famiglia (è il caso dell'adozione).

Risultano, per quanto riguarda l'assetto del diritto positivo, non ammesse le ipotesi di maternità surrogata sia per le coppie eterosessuali che per le coppie omosessuali (per via dell'espresso divieto di cui all'art. 12, comma 6 della legge 40); l'adozione da parte di persone singole o coppie formate da persone dello stesso sesso, anche se unite civilmente (anche se, con riferimento a queste ultime, l'orientamento interpretativo dei giudici di merito e, infine, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, appare nel senso di ammettere – in presenza di un legame stabile di genitorialità sociale da parte del componente della coppia che non condivide con il minore il patrimonio genetico, l'ipotesi di adozione in caso di impossibilità di affidamento preadottivo di cui all'art. 44, comma 2, lett. d) della legge n. 184 del 1983).

La presenza di un divieto espresso con riferimento alla surrogazione di maternità, cui si ricollega un sanzione amministrativa dall'importo rilevante, esprime "in astratto" un manifesto disvalore di tipo ordinamentale per questa pratica, le cui implicazioni con riferimento

neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi, e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nella condizioni migliori possibili». A commento della pronuncia n. 425/2005 v. A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4602 ss. e L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. informatica*, 2006, p. 107 e ss.

⁹¹ In base al quale «la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

alla dignità della donna gestante, nonché alla preservazione della sua salute psico-fisica, risultano controverse⁹².

A questo disvalore predicato in astratto dal legislatore e ribadito se pure a livello di *obiter dictum* anche dalla Corte costituzionale si ricollegano tuttavia tentativi di soluzione in concreto adottati dalla giurisprudenza a salvaguardia e garanzia del preminente interesse del soggetto venuto al mondo in seguito a surrogazione.

Pare di poter considerare due elementi di fondamentale importanza per la valutazione dei *best interests* del minore venuto al mondo in seguito a surrogazione di maternità. Il primo riguarda il diritto di rimanere all'interno del contesto familiare in cui risulti stabilmente collocato: si tratta di una valutazione del "fattore tempo" nella costruzione di legami affettivi e parentali stabili che necessita di una valutazione caso per caso e che può condurre ad esiti differenti: dal riconoscimento effettuato del genitore biologico, con possibilità di ricorrere all'adozione ai sensi dell'art. 44, lett. d) da parte del genitore non biologico, alla dichiarazione dello stato di adottabilità in assenza di un legame genetico con entrambi i componenti della coppia che pur abbia inteso procedere alla trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato all'estero⁹³.

La maternità surrogata, inoltre, se può esser qualificata nel novero delle ipotesi di riproduzione artificiale, si caratterizza per l'impronta di naturalità derivante dal profilo della gestazione che (quantunque possa implicare anche una sorta di "grado zero" identificabile nella mera locazione di un utero che accoglie la combinazione di materiale genetico

⁹² V., con specifico riferimento al concetto di dono, C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore* in *BioLaw Journal*, 1/2016. Per una espressa riconducibilità della maternità surrogata alla logica del dono (che ne fonderebbe anche la legittimità all'interno dell'ordinamento), cfr. le considerazioni svolte da Trib. Roma, sez. XI civ., 14 febbraio 2000 – pronuncia che si colloca dunque anteriormente alla legge n. 40/2004.

⁹³ Su quest'ultimo profilo che sostanzialmente censura per contrarietà all'ordine pubblico la trascrizione di atti di nascita stranieri di minori nati all'estero in assenza sia di un legame genetico con i genitori intenzionali, sia del rispetto delle procedure stabilite dalla disciplina dell'adozione internazionale, v. Corte di Cassazione, sentenza n. 24001 del 2014 e, successivamente, la pronuncia della Grande Camera della Corte Edu *Paradiso e Campanelli c. Italia* (24 gennaio 2017).

ad esso estraneo) determina l'insorgere di una non banale relazione biologica tra il nascituro e il corpo della donna che lo partorisce (e che dunque è madre ai sensi dell'art. 269 c.c.) dopo avere sperimentato l'esperienza di una relazione simbiotica con quest'ultimo.

Questo aspetto della vita in utero, risulterà obliterato dall'esperienza e dalla memoria del nascituro, determinando in via potenziale interrogativi complessi sulla sua stessa esistenza.

La separazione dal corpo della madre che ha partorito è un atto che violentemente mette in discussione il principio *mater semper certa est* sotto il profilo della storia individuale del nato (come si avrà modo di vedere, *infra*, Capitolo V, § 3.)

I rapporto esclusivo e personalissimo tra la donna e il proprio corpo e la vita nascente al suo interno è preso in considerazione, come si è visto, dal legislatore, regolamentando scelte drammatiche attraverso un bilanciamento in una prima fase ad esclusivo favore della donna gestante (è il caso dell'interruzione di gravidanza) e, in una fase successiva, a garantire la salute (in senso ampio e comprensivo del benessere non soltanto fisico, ma anche psicologico) tanto della donna quanto del bambino venuto al mondo.

La stretta bilateralità di questo rapporto è invece rotta nell'ipotesi di surrogazione, con l'inserimento della coppia (eterosessuale od omosessuale) che intende ricorrere alla surrogazione, in un quadro che fatalmente si complica introducendo una pluralità di motivazioni che incrociandosi danno corpo all'ipotesi di una vita nascente, aggiungendo elementi di complessità alla definizione della propria "origine".

Proprio la gestione dei profili inerenti questa complessità appare un profilo di cruciale importanza, anche nell'ipotesi di una possibile futura introduzione anche nel nostro ordinamento, di ipotesi regolamentate di surrogazione di maternità.

Alla definizione di questo aspetto può senz'altro concorrere il tema del diritto a conoscere le proprie origini, maturato nel corso della evoluzione giurisprudenziale.

6. *Il diritto a conoscere le proprie origini*

Il diritto a conoscere le proprie origini ha una (risalente) matrice

normativa ravvisabile nell'art. 28, comma 7 della legge n. 184 del 1983, come sostituito dall'art. 177, comma 2 del Codice in materia di protezione dei dati personali) ed una di tipo giurisprudenziale⁹⁴, alla quale si è riconnesso un monito al legislatore – fino ad ora disatteso⁹⁵ – al fine di completare la disciplina secondo il verso indirizzato dalla Consulta e, ancor prima, dalla Corte di Strasburgo.

Pur in assenza di una disciplina attuativa, la Corte costituzionale nella sentenza n. 278 del 2013 ha individuato le direttrici principali di un delicato sistema di bilanciamento tra la tutela dell'anonimato della madre partoriente e il diritto della persona – nata da madre che ha scelto di non essere nominata – di conoscere le proprie origini.

In via preliminare può essere utile identificare il contenuto di questo particolare diritto⁹⁶.

Come ha avuto modo di ribadire la Corte costituzionale nella pronuncia n. 286 del 2016 in tema di attribuzione del cognome anche materno, attraverso la pronuncia n. 278 del 2013, è stato affermato il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale che si configura come «elemento significativo nel si-

⁹⁴ A questo proposito, è necessario ricordare la sentenza *Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/09 (25 settembre 2012) con cui l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 8 CEDU non avendo disposto meccanismi normativi per garantire un adeguato bilanciamento tra gli interessi confliggenti in riferimento alla protezione dell'anonimato materno, su cui v. D. BUTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in www.forumcostituzionale.it (24 ottobre 2012); la sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013; Cass. civ. 9 novembre 2016, n. 22838 e le Sezioni unite n. 1946 del 2017 e, da ultimo, con riferimento al diritto a conoscere i propri fratelli/sorelle, Cass. n. 6963 del 2018, su cui v. R. TREZZA, *Diritto all'anonimato e diritto a conoscere le proprie origini biologiche*, in Giustiziasieme.it (4 ottobre 2019), articolo consultabile al seguente url: <https://www.giustiziasieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/746-diritto-all-anonimato-e-diritto-a-conoscere-le-proprie-origini-biologiche?bitcount=0>.

⁹⁵ Sono stati presentati due disegni di legge al Senato (n. 1978 e n. 1765) I contributi raccolti in occasione delle audizioni sono consultabili al seguente url: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_ev ento_procedura_commissione/files/000/004/787/1978_-_raccolta_contributi.pdf.

⁹⁶ A livello internazionale, il diritto a conoscere le proprie origini è previsto dall'art. 7 della *Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo* fatta a New York il 20 Novembre 1989. Sul punto v. anche la *Convenzione de L'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale* del 29 maggio 1983.

stema costituzionale di tutela della persona», è giunto al culmine «il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale»⁹⁷.

All'interno di un'analisi costituzionalmente orientata del concetto di famiglia, tale diritto non può non trovare spazio.

Esso si configura, infatti, come un diritto individuale in grado di determinare un ampliamento della conoscenza della propria dimensione familiare, tanto nello "spazio" (quello della dimensione relazionale tra il figlio/a e la propria madre biologica) quanto nel "tempo" (vale a dire, quello della ricostruzione delle circostanze mediante le quali si è venuti al mondo).

Il diritto a conoscere le proprie origini, azionabile se e quando chi ne è titolare intenda esercitarlo (potendo darsi, al contrario, l'ipotesi di chi ritenga preferibile mantenere l'esistenza di zone d'ombra) esprime la volontà di conoscere gli elementi fattuali e soggettivi da cui scaturisce la propria storia personale. Tale diritto elettivamente si esercita verso la madre biologica, colei che ha partorito, la *mater certa* che abbia scelto di non essere nominata⁹⁸.

A livello di giurisprudenza di legittimità sono emersi altresì i casi di un possibile esercizio di tale diritto anche successivamente alla morte della donna⁹⁹, oppure nei confronti di eventuali fratelli e/o sorelle.

Le motivazioni possono essere, essenzialmente, di carattere esistenziale (volte a ricomporre tasselli della propria storia di vita) o sanitario (volte a conoscere l'esistenza di patologie geneticamente trasmissibili).

⁹⁷ Corte costituzionale, sent. n. 286 del 2016, punto 3.4.1 del Considerato in Diritto.

⁹⁸ Pone specifica attenzione al concetto di «relazione» esistente tra madre e figlio/a E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013, p. 4, secondo cui risulta fuorviante considerare come la donna «sia l'unico individuo che conta e che il nascituro non è un individuo degno di considerazione», risultando preferibile «prendere atto del fatto che siamo in presenza, già all'inizio della gravidanza, di una relazione nella quale la donna svolge un ruolo fondamentale. Questi legami, una volta sviluppati nella relazione tra due individui, sono dinamici e sempre rivedibili».

⁹⁹ Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 9 novembre 2016, n. 22838.

Il nascere da corpo di donna porta dunque con sé un ineliminabile interrogativo sulla propria origine, che l'ordinamento ritiene di non poter del tutto obliterare a favore di chi abbia deciso di non essere nominata.

Questo nodo problematico risulta applicabile anche all'ipotesi di una introduzione per via legislativa della maternità surrogata il più possibile protettiva rispetto all'instaurazione di logiche economiche e di sfruttamento della donna, nonché alla più tenue ipotesi della surrogazione c.d. di prossimità.

In sostanza, sembra appare necessaria l'individuazione di percorsi idonei all'instaurazione di possibili contatti tra il soggetto nato e la propria madre biologica, proprio a garanzia e presidio del ruolo essenziale svolto dalla madre biologica nel corso della gravidanza. Come è stato sottolineato, «ricevere il nome della madre dal punto di vista del figlio/della figlia porta con sé il valore della conoscenza delle proprie origini (della “verità” delle relazioni complesse che hanno consentito la sua nascita)»¹⁰⁰.

Ci si può chiedere in quale misura il tema del diritto a conoscere le proprie origini intersechi il concetto di famiglia nelle sue coordinate costituzionali.

Vale la pena considerare, preliminarmente, come l'impostazione – qui assunta – che valorizza il fatto del parto e l'esistenza della madre biologica come elemento di cui appare opportuno garantire la conoscibilità *in primis* al figlio/a nato/a in seguito a surrogazione di maternità, risulti coerente con quanto disposto all'art. 31 della Costituzione con riferimento alla protezione della maternità, qualificata esplicitamente come compito della Repubblica¹⁰¹.

¹⁰⁰ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 221 (in corsivo nel testo), che rileva altresì, nella stessa sede, come ricevere il nome della madre biologica non abbia in alcun modo a che fare con la trasmissione di un cognome come segno identificativo della persona del nuovo nato, ma riguardi la sfera più profonda attinente al «riconoscimento essenziale della relazione di gravidanza» che ha unito gestante e nuovo nato.

¹⁰¹ Il potenziale emancipatore contenuto nell'art. 31, comma 1, Cost., è rilevato da M. BESSONE, artt. 30-31 in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, p. 138, nella misura in cui in questa disposizione «favor familiae ed emancipazione della

Tale articolo è spesso letto in combinazione con l'art. 37, comma 1, Cost., che enuncia l'impegno a garantire adeguata tutela alla donna lavoratrice e madre. In realtà il tema della protezione della maternità è da intendersi con un orizzonte più ampio in grado di abbracciare anche ipotesi-limite quali quella della donna che dopo il parto dichiara di non voler essere nominata e quella della donna che si presti a condurre una gravidanza per altri: in questi casi, e al di fuori di ogni incrostazione di tipo morale e ideologico, il fatto della maternità e resta un fatto giuridicamente accertato e accertabile, pur con le cautele che collegano l'emersione del diritto a conoscere le proprie origini con la tutela della riservatezza della donna che abbia inteso esercitare la sua funzione di madre secondo due percorsi così differenti, eppure così simili negli esiti che possono interessare la ricostruzione dell'esperienza di nascita da parte dei figli così venuti al mondo.

In questa prospettiva, la non obliterazione della nascita da madre biologica non costituisce un fattore di conflitto o sovrapposizione rispetto agli assetti familiari in seguito legittimamente instauratisi, quanto piuttosto rappresenta un elemento aggiuntivo, un tassello che il soggetto nato potrà, se le circostanze lo permetteranno e soprattutto se lo permetterà la donna-madre che voglia rompere il velo della riservatezza, aggiungere al mosaico della propria esistenza.

Si tratta di complessi equilibri che, con riferimento al tema dell'adozione, trovano regolamentazione nelle forme dell'adozione mita (ai sensi dell'art. 44 lett. d) della legge n. 184/1983) o dell'adozione aperta. Si tratta di istituti di matrice legislativa e giurisprudenziale che determinano la messa in crisi «dell'adozione come trapianto del minore nella famiglia di accoglienza e cancellazione della sue origini, a favore invece della valorizzazione del passato dell'adottato come elemento della sua identità personale»¹⁰².

donna, esigenze di tutela dell'infanzia e programmi di riforma istituzionale costituiscono (...) materia di un medesimo progetto», all'interno del quale è accordata una speciale adeguata protezione alla madre e al bambino, tenuto conto di due periodi (quello della gravidanza e quello del puerperio cui si ricollega una «trattamento normativo con una previsione di privilegio».

¹⁰² J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nella fattispecie di surrogazione di maternità*, in S.

Una piena valorizzazione dell'identità del nato in tutta la sua complessità (e che non escluda una narrazione del fatto storico della gestazione e della soggettività – dell'essere persona – della madre biologica), sembra dunque costituire un elemento imprescindibile nella prospettiva di una possibile regolamentazione, anche nell'ordinamento italiano, della gravidanza per altri, e che non collide con l'assunzione di responsabilità collegate alla genitorialità intenzionale che si sostanziano nell'art. 30 Cost.

CAPITOLO IV

LA DIMENSIONE ISTITUZIONALE DELLA FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Tramonto della visione funzionalistica della famiglia. – 2. Il concetto di famiglia e la pluralità di modelli familiari. – 3. La famiglia nella prospettiva delle autonomie territoriali. – 4. Autodeterminazione e legami familiari. – 5. Il rilievo pubblico della famiglia in presenza e in assenza di essa. – 6. Il rilievo pubblico della famiglia e i suoi limiti: il caso paradigmatico dell'istruzione.

1. *Tramonto della visione funzionalistica della famiglia*

Come si è avuto modo di vedere (Cap. I, § 2.), la visione funzionalistica della famiglia è tramontata nominalmente con l'avvento della Carta costituzionale e sostanzialmente tramite il progressivo invernamento delle disposizioni costituzionali per mezzo di rilevanti riforme attuate dal legislatore. Esse hanno operato in consonanza con il dettato delle disposizioni costituzionali, attuandone il programma emancipatore, e in taluni casi lo hanno, di fatto, superato.

Questo esito è stato determinato innanzitutto dall'affermazione del principio personalista di cui è informata la Costituzione, che prevede che la persona umana non possa in alcun modo essere degradata a mezzo, e dunque funzionalizzata (con significativo pregiudizio della propria dimensione individuale) alla sua appartenenza ad una formazione sociale (fosse anche quella – qualificabile come primigenia – rappresentata dalla famiglia)¹. In questa prospettiva, la Costituzione agisce sulla base di un «principio di autolimitazione» che rifiuta una concezione totalitaria della famiglia e contempla un intervento dello

¹ Su questo punto, v. E. LAMARQUE, voce *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2418 e V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 21.

Stato in ambito familiare «solo se necessario a garantire i diritti dei suoi membri»².

Tuttavia il concetto di famiglia come stabile istituzione sovraindividuale risulta presente nella giurisprudenza costituzionale come elemento di differenziazione della famiglia fondata sul matrimonio nei confronti della convivenza³. In quest'ultima, nella valutazione della Corte, deve darsi maggiore considerazione alla soggettività individuale dei componenti, in alcun modo vincolati all'assolvimento delle esigenze obiettive della famiglia.

Il declinare della visione funzionalistica della famiglia non ha fatto venire meno il prestigio della famiglia come istituzione, in particolare con riferimento al concetto di identità che ad esso si ricollega⁴, e dunque alle conseguenze giuridiche che dall'appartenere ad essa derivano.

Un dato incontrovertibile è che la Costituzione, riferendosi al riconoscimento, da parte della Repubblica, dei diritti della famiglia come, identifihi, all'art. 29, primo comma, la sola famiglia matrimoniale.

D'altro canto, altrettanto incontrovertibilmente, la disciplina della filiazione risulta sganciata da quella della famiglia fondata sul matrimonio (nel caso dell'art. 30 Cost., addirittura testualmente ai commi 1 e 3), al punto da potersi chiedere se l'ulteriore richiamo esplicito al concetto di famiglia, vale a dire quello di cui all'art. 37, comma 1, per cui la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi (tra i quali rientra il dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio previsto all'art. 30, comma 1) non possa intendersi comprensivo di un concetto di famiglia maggiormente esteso rispetto a quello di cui all'art. 29, comma 1, Cost.

Da questa prima analisi rileva dunque come la disciplina costituzionale della famiglia si presti, secondo un'impostazione suggerita dalla stessa topografia della Carta costituzionale, ad un'analisi che si svol-

² F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 7. In senso analogo, v. M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 1-2-/2010, p. 273.

³ Così Corte cost. n. 8/1996 e Corte cost. n. 352 del 2000.

⁴ Su questo punto, v. Corte cost. n. 494/2000, con argomentazioni in parte correttive di Corte cost. n. 518 del 2000.

ge secondo una duplice traiettoria: quella attinente al rapporto orizzontale intercorrente tra i soggetti e quella relativa al rapporto verticale intercorrente tra genitori e figli.

Il tono istituzionale della dimensione giuridica della famiglia risulta integrato da questo quadro composito, in cui risultano valorizzate entrambe le direttrici e che, arricchito del più generale riferimento all'art. 2 e 3 Cost. in chiave personalistica e antidiscriminatoria, permette ad ogni relazione di tipo familiare di invocare disposizioni costituzionali suscettibili di porsi alla base di esse, legittimandole.

Si tratta tuttavia di un richiamo che non può non essere selettivo in ragione del peculiare rilievo accordato dalla Corte costituzionale all'art. 29 Cost. alla famiglia legittima, che dunque esclude che ad esso possano riferirsi relazioni familiari con tale modello non coincidenti.

La dimensione istituzionale della famiglia, oggi, appare integrata dal modello di cui all'art. 29 Cost., che esprime il portato dell'esperienza storica e culturale della famiglia come unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, eventualmente funzionalizzata alla procreazione.

Le relazioni di tipo familiare che ad esso vi hanno fatto riferimento, non hanno operato in una logica di condivisione di tale schema (anzi, al contrario, ne hanno messo in discussione i presupposti), invocando una titolarità di accesso ai requisiti di stabilità e certezza nel diritto che all'istituzione familiare matrimoniale appunto si ricollegano.

Il pregio (residuale) che si conferisce, nella dimensione della contemporaneità, all'istituzione familiare, appare ricollegato essenzialmente alla sua riconoscibilità all'interno dell'ordinamento: punto da cui si irradiano le tutele previste dallo stesso nei confronti della famiglia e dei suoi membri.

2. Il concetto di famiglia e la pluralità dei modelli familiari

L'analisi del concetto di famiglia nella Costituzione risulta condotta principalmente seguendo lo schema dell'unicità del modello costituzionale e della pluralità dei modelli familiari via via emergenti nella società, rispetto ai quali opererebbe un riconoscimento di tipo inizialmente statistico e sociologico (che costituirebbe il presupposto fattuale

per un successivo riconoscimento giuridico), sulla base di presupposti costituzionali tuttavia estranei all'art. 29 Cost.

Il tema del pluralismo dei modelli familiari costituisce una chiave di lettura ampiamente utilizzata, anche perché si configura rispettosa delle realtà familiari che si manifestano all'interno del tessuto sociale, rispetto alle quali dare un nome, significa conferire autonoma esistenza e dunque rilevanza anche per il diritto⁵.

Nella presente indagine si adatterà una impostazione di tipo diverso, che non aspira a definire modelli familiari non coincidenti con quello esplicitamente indicato in costituzione come fonte dei diritti della famiglia, ma che prende le mosse dal concetto di relazione di tipo familiare da un lato e di unione non matrimoniale dall'altro⁶.

La relazione di tipo familiare è valorizzata nell'ambito degli studi di carattere demografico in un significato più ampio, non distinguendo tra l'insieme di persone che vivono sotto lo stesso tetto e e l'insieme delle persone che oltre a convivere risultano legate da vincoli di matrimonio, parentela e affinità⁷.

⁵ Una copiosa dottrina testimonia il successo dell'utilizzo della categoria descrittiva del pluralismo dei modelli familiari, come testimoniato dai contributi di G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, p. 1219 e ss.; V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Rivista di Diritto Civile*, 2013, p.7 e ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2016, p.1306 e ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 509 e ss.; G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in A. RUGGERI, D. RINOLDI, V. PETRALIA (a cura di), *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, p. 165 e ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, cit., p. 118.

⁶ Su questo punto, sia consentito il rinvio a L. CONTE, *Le unioni non matrimoniali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p.46 e ss.

⁷ L. MENCARINI, *Le famiglie in Italia: un'istantanea demografica*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, p. 31. La dimensione relazionale della convivenza è posta alla base della disciplina anagrafica della famiglia, come testimoniato dall'art. 4 del D.P.R. n. 223 del 1989 ove per «famiglia anagrafica» si intende «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti o aventi dimora abituale nello stesso comune», precisando tuttavia come, ai fini anagrafici, una famiglia possa essere costituita anche da «una sola persona».

L'elemento della *affectio* costituisce il dato di carattere fenomenico che caratterizza nel loro complesso le unioni non matrimoniali, ed è stato assunto nella sua concretezza in primo luogo dalla Corte costituzionale nella sua ormai risalente giurisprudenza in tema di convivenza *more uxorio*, in cui è stato posto l'accento sull'esigenza di valutare situazioni che si qualificassero, per alcune loro caratteristiche, come omogenee al matrimonio e rispetto alle quali potesse essere applicata analoga disciplina⁸.

La stessa esistenza di famiglie di fatto⁹ ha espresso in modo molto chiaro l'irriducibilità della famiglia alla sola famiglia legittima prevista dall'art. 29 Cost.: nondimeno, lo ha valorizzato per quello che è: un modello, appunto, accessibile, a determinate condizioni, anche da parte di ipotesi relazionali di tipo diverso.

L'avvento della legge n. 76 del 2016 ha determinato l'insorgenza, all'interno di questo contesto, alcuni elementi innovativi.

⁸ Sullo slittamento concettuale progressivo (che ha interessato sia la dottrina sia la giurisprudenza) dalle convivenze *more uxorio* alla famiglia di fatto, v. S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto: un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 148 e ss. Sul fatto che non tutte le unioni libere possano essere riconducibili al concetto di famiglia di fatto, ma siano tali solo quelle che abbiano determinati requisiti di somiglianza con la famiglia di diritto, v. L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2004, p. 29, per cui deve ritenersi in via generale che famiglia di fatto sia quella che presenta nella sostanza lo stesso contenuto della convivenza che ha alla base il matrimonio», e già P. BARILE, *La famiglia di fatto: osservazioni di un costituzionalista*, in *La famiglia di fatto, Atti del Congresso nazionale del Centro Lunigianense di studi giuridici*, Montareggio-Parma, 1977, p. 42.

⁹ Sull'elaborazione del concetto giuridico di famiglia di fatto, v. E. ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XV, p. 1 ss., per cui la formula famiglia di fatto designa quelle relazioni di genere familiare (relazioni convivenza, di scambio affettivo, di mutuo sostegno economico) che non si radicano in un matrimonio, avente effetti civili, tra l'uomo e la donna che ne sono protagonisti). L'espressione "convivenza non fondata sul matrimonio" – è stato inoltre rilevato – risulta «volutamente generica e comprende un ampio campo semantico, una zona di confine nella quale l'esperienza che tradizionalmente ha il nome di famiglia – e che al di là delle sue forme fa centro sulla sessualità e la generazione, si stempera in modalità di convivenza differenti», così P. ZATTI, *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea, Parte II, Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, p. 344.

Si tratta, come è noto, di una disciplina legislativa in tema di unioni civili tra persone dello stesso sesso (art. 1, commi da 1 a 35) e di convivenze (art. 1, commi da 36 a 65).

Da questo quadro normativo restano fuori le convivenze di fatto (eterosessuali ed omosessuali), rispetto alle quali valgono le possibili valutazioni in tema di applicabilità della disciplina legislativa in relazione alla valutazione operata in concreto dal giudice sulla omogeneità o meno della situazione sottoposta al suo esame. Omogeneità che andrà valutata non più soltanto con riferimento al modello matrimoniale, ma anche con i modelli dell'unione civile e della convivenza come regolamentate della legge n. 76 del 2016.

Resta il fatto che, pur nella differente disciplina legislativa, in tema di unioni civili è previsto un ampio rinvio al codice civile e alla normativa di settore in tutti gli ambiti in cui vengano in considerazione i coniugi, con la sola eccezione della legislazione in materia di adozione. In questo modo, la pervasività del modello matrimoniale risulta intatta: in astratto, anzi, essa potrebbe riverberarsi anche, nella prospettiva del giudizio di legittimità costituzionale, sull'illegittimità di normative che risultino pregiudizievoli della ratio protettiva conferita dalla Costituzione nei confronti della famiglia fondata sul matrimonio e a discapito dell'unione civile stessa.

Di fronte a questa innovazione legislativa un ragionamento in base a "modelli familiari" appare avvertire il peso del tempo, posto che la maggior parte di essi risulta oggi tipizzata, con possibilità per il giudice di fare immediato riferimento alla specifica normativa.

Resta invece pienamente attuale, ed ancora più stimolante per lo studioso del diritto costituzionale, proseguire l'indagine sulla perdurante operatività del modello di cui all'art. 29 Cost., se pure in un quadro sociale, ancor prima che giuridico, decisamente più fluido rispetto a quello i Costituenti avrebbero potuto prefigurare.

In particolare, un tema nodale è costituito dal rapporto intercorrente tra gli articoli 29 e 30 della Costituzione, con particolare riferimento alla aspirazione a costituire un a famiglia con figli.

Ci si può chiedere se la consequenzialità della collocazione di tali articoli all'interno della Carta rispecchi anche un legame di tipo finalistico. Questo non appare immediatamente desumibile, anche perché l'analisi dell'art. 30 Cost. dischiude scenari di grande interesse ed ec-

centrici rispetto art. 29 (applicabilità anche ai figli nati fuori dal matrimonio), attribuendo un valore autonomo al rapporto verticale di filiazione¹⁰.

Il rapporto di contiguità – più che di consequenzialità – tra art. 29, comma 1, e art. 30 della Costituzione rileva ancora nelle ipotesi in cui si intenda attribuire valore al legame tra istituto matrimoniale e procreazione, sulla base dell'argomento della *imitatio naturae*. Questo avviene nel caso della determinazione dei requisiti oggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (se pur con significativa apertura alle convivenze) e all'adozione legittimante. Può tuttavia rilevarsi (come si è avuto modo di vedere, *supra*, § 2) che nella determinazione del peso di tale argomento, la parte preponderante sia costituita dal requisito della eterosessualità dei coniugi e/o conviventi piuttosto che dalla sussistenza del vincolo matrimoniale¹¹.

3. La famiglia nella prospettiva delle autonomie territoriali

Se dal punto di vista ricostruttivo delle tematiche di ordine generale si è rifiutato l'utilizzo dello schema della pluralità dei modelli familiari, preferendo mantenere l'attenzione su tono e qualità degli scostamenti rispetto al modello costituzionale integrato dall'art. 29, nelle sue implicazioni sia all'interno del testo costituzionale (in rapporto con gli artt. 30 e ss.) che rispetto alla legislazione, il richiamo alla pluralità dei modelli familiari appare viceversa utile per comprendere il raggio di azione delle politiche pubbliche di sostegno alla famiglia.

Fermo restando quanto osservato con riferimento alla prospettiva dello Stato, che si è assestata con la predisposizione di discipline diffe-

¹⁰ Su questo punto, v. G. SERGES, *Famiglia e matrimonio. Relazione di sintesi della I sessione*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti a i suoi giudici*, cit., p. 576, il quale sottolinea come la tutela dell'art. 29 sia «una tutela che riguarda soprattutto i coniugi perché il matrimonio non è più il punto di discriminazione nel rapporto tra genitori e figli, in quanto è identico il contenuto dei doveri e dei diritti dei genitori verso i figli, sia che siano legittimi o naturali».

¹¹ Su rilievo e consistenza del *favor familiae* individuato negli articoli 29-31 della Costituzione, cfr. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* (1951), ora anche in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, cit. p. 138.

renziate in relazione a tipologie di relazioni di tipo familiare riconducibili a: matrimonio, unioni civili tra persone dello stesso sesso, convivenze (rispetto a cui residua la categoria delle convivenze di fatto), appare opportuno volgere lo sguardo alla dimensione regionale e locale.

In assenza di una disciplina legislativa sulle unioni civili, è proprio al livello regionale e locale che si sono infatti manifestate le prime “fughe in avanti”, volte o a riconoscere uno specifico rilievo alle convivenze (anche tra persone dello stesso sesso) o nel procedere ad autonoma predisposizione dei registri delle unioni civili¹².

Come è noto, nel 2004 la Corte costituzionale si è pronunciata nel senso dell'inefficacia giuridica attribuita alle disposizioni statutarie regionali che riconoscevano e tutelavano forme di convivenza ulteriori rispetto a quella costituita dalla famiglia fondata sul matrimonio¹³.

¹² Su cui v. R. DI MAIO, *I registri delle unioni civili*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 59 e ss.; M. R. ALLEGRI, *Rimedi palliativi all'inerzia del legislatore: i registri comunali delle unioni civili*, in *www.rivistaaic.it*, 2012 e, con ampia ricostruzione e bibliografia su questo tema, L. IMARISIO, *I registri delle unioni civili*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 261 e ss. e, ivi, p. 276 per una definizione del registro delle unioni civili come uno strumento dalla «ratio complessa, in parte extra e pre-giuridica (riconducibile (...)) a istanze di promozione dell'emersione di un dato sociale – e dei bisogni connessi – nella percezione dell'opinione pubblica, di supplenza in una condizione di assenza di interventi di sistema, nonché di stimolo agli stessi) e per molti versi eccedente rispetto all'ambito e al perimetro degli effetti giuridici strettamente connessi all'istituto stesso».

La determinazione all'agire autonomo da parte degli enti locali più recentemente si è manifestata nella trascrizione di matrimoni tra omosessuali contratti all'estero (su cui v. G. GARGANO, *A chi spetta “l'ultima parola” sull'illegittima trascrizione dei matrimoni tra omosessuali formati all'estero?* In *Federalismi.it* (4 maggio 2016), rispetto ai quali è successivamente intervenuto il decreto attuativo n. 5 del 2017 prevedendo la trascrizione degli stessi nei registri dello stato civile come unioni civili) e da ultimo con la trascrizione di atti dello stato civile (in particolare, di nascita) di bambini legittimamente nati all'estero nell'ambito di progetti di vita familiare di coppie formate da persone dello stesso sesso mediante fecondazione assistita o surrogazione di maternità.

¹³ Corte cost., n. 372, 378 e 379/2004, su cui, in commento, F. CUOCOLO, *I nuovi statuti regionali tra Governo e Corte costituzionale*, in *Giur cost.*, 2004, p. 4047 e ss.; A. MANGIA, *Il ritorno delle norme programmatiche*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4068 e ss.; A. ANZON, *La corte condanna all' “inefficacia giuridica” le norme programmatiche degli statuti regionali ordinari*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 1/2005, p. 15 e

Se dunque rispetto ad esse è possibile ragionare soltanto in termini di affermazioni di principio, prive di giuridica rilevanza, occorre tuttavia sottolineare come le stesse ¹⁴ (fermo restando il limite

ss.; A. RUGGERI, *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, nota a Cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004, in *www.forumcostituzionale.it*. Sulla più generale tematica dei principi negli statuti regionali ante riforma costituzionale del 2001, U. DE SIERVO, *Gli statuti delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1974; per un'analisi successiva alla riforma costituzionale, v. E. ROSSI, *Principi e diritti nei nuovi statuti regionali Principi e diritti nei nuovi statuti regionali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005; R. BIFULCO (a cura di) *Gli statuti di seconda generazione. Le regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino 2006; E. CATELANI, *Presentazione della ricerca*, in E. CATELANI, E. CHELLI, *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna, 2008 e, ivi, L. BRUNORI, *Le disposizioni dei nuovi statuti in materia di famiglia*; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁴ All'interno degli Statuti delle regioni ordinarie, approvati successivamente alla Riforma del Titolo V, il riferimento alle relazioni familiari è presente nel Preambolo allo St. Regione Piemonte (l.r. st. n. 1/2005 e ss. mm.), ove si riconosce e sostiene il ruolo della famiglia; nello St. Regione Liguria (l.r. st. n. 1/2005, art. 2 comma 2, lett. a)), laddove si fa riferimento al sostegno della famiglia; nello St. Regione Lombardia (l.r. st. 1/2008, art. 2, comma 4, lett. b)), laddove è previsto che la regione «tutela la famiglia, come riconosciuta dalla Costituzione, con adeguate politiche sociali, economiche e fiscali, avendo particolare riguardo ai figli, alla funzione educativa e alla cura delle persone anziane»; nello St. Regione Veneto (l.r. St. n.1/2012, art. 6, comma 1, lett. b)), in cui è stabilito che la regione «riconosce e valorizza lo specifico ruolo sociale proprio della famiglia; attiva politiche di conciliazione tra tempi della vita e del lavoro ed adegua l'erogazione dei servizi alla composizione del nucleo familiare»; nello St. Regione Abruzzo (l.r. n. 149/2004, art. 7, comma 1) laddove la regione riconosce il «valore fondamentale della famiglia come luogo di promozione sociale e di tutela della persona»; nello St. della Regione Calabria, (l.r. n. 25/2004, art. 2, comma 2, lett. c)) è proclamato il «sostegno alla famiglia», orientando in tal senso «le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi»; nello St. della Emilia-Romagna (l.r. n. 13/2005, art. 9, comma 1, lett. b)) che all'interno delle formazioni sociali, riconosce «lo specifico ruolo sociale della famiglia, promuovendone le condizioni per il suo efficace svolgimento»; nello St. della Regione Marche (l.r. n. 1/2005, art. 4, comma 5) in cui viene riconosciuto «il valore storico, sociale ed economico della famiglia» concorrendo «a garantire l'esercizio più ampio dei diritti e dei doveri familiari, anche promuovendo le responsabilità genitoriali»; nello St. Regione Lazio (art. l. st. n. 1/2004, art. 7, comma 2, lett. b)) in cui vengono riconosciuti i diritti della «famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio»; nello St. Regione Toscana (l. r. n. 12/2005, art. 4, comma 1, lett. g) e lett. h)) in cui è precisato che «la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, (...) la tutela e la valorizzazione della famiglia fondata sul ma-

dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, comma 2, lettera l)¹⁵, nonché dell'«armonia con la Costituzione» quale limite alla potestà statutaria¹⁶) possano porsi, in una prospettiva ideale ed interna a quella

trimonio», ma anche «il riconoscimento delle altre forma di convivenza»; nello St. Regione Umbria (l. st. n. 21/2005, art. 9) per cui la Regione «riconosce i diritti della famiglia e adotta ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida. Tutela altresì le forme di convivenza»; nello St. Regione Campania (l.r. n. 6/2009, art. 8, comma 1, lett. e), che prevede il riconoscimento ed il sostegno alla famiglia fondata sul matrimonio ed alle unioni familiari, nel rispetto dei principi dettati dagli articoli 3, 29 e 30 della Costituzione»; nello Statuto della Regione Puglia (l.r. n. 7/2004 e ss.mm., art. 5) è previsto che la Regione «tutela l'infanzia e i diritti dei minori, degli anziani e della famiglia, con adeguate misure di sostegno alle giovani coppie e ai nuclei familiari socialmente svantaggiati»; nello Statuto della Regione Molise (l. r. n. 10/2014, art. 5, comma 1, lett. c) è previsto il riconoscimento e la valorizzazione della famiglia «come definita dalla Costituzione, in particolare mediante adeguate misure di sostegno alla funzione educativa e di cura dei figli e degli anziani»; nello Statuto della Regione Basilicata (l. stat. n. 1/2016, art. 5, comma 6), per cui la Regione riconosce, tutela e valorizza «lo specifico ruolo sociale della famiglia» e «tutela la maternità e l'infanzia»

¹⁵ Su cui v. V. ROPPO, *Diritto privato regionale?* in *Politica del Diritto*, n. 4/2002, p. 553 e ss. e E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, Padova, 2005 e, EAD., *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 6/2001, in particolare p. 1352 per un espresso richiamo alla sent. cost. n. 352 del 2001, laddove la Corte esplicita che il limite dell'«ordinamento privato» risulta «fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti tra privati», con il rilievo per cui esso «non opera però in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento».

¹⁶ Sul limite dell'armonia con la Costituzione, v. A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'«armonia con la Costituzione» e i rapporti fra lo Statuto e le altre fonti del diritto*, in *Le Regioni*, n. 3/2001, p. 453 ss. In particolare, l'A., nell'analizzarne il carattere ambiguo e polisenso, sottolinea come: nel termine «armonia» riecheggia l'esigenza di qualcosa «di più» di una mera «conformità» a Costituzione. In breve, emerge l'esigenza che le nuove Regioni, dotate (in teoria) di tante e così innovative attribuzioni, sappiano gestire le loro due maggiori potestà – quella (per così dire: *costituzional-statutaria*) relativa ai fini e quella (*finanziario-tributaria*) relativa ai mezzi – non limitandosi a rispettarle, e dunque «non violare», la Costituzione, ma mettendosi in piena sintonia con il sistema di valori complessivo della Carta del 1948, che resta il documento fondativo, sì, di uno Stato profondamente decentrato, ma ancora e strutturalmente unitario, con tutto quel che questo concetto comporta (in termini sociali, giuri-

dell'ordinamento regionale, a fondamento di politiche pubbliche che «si limit[ino] ad indicare «l'ambito soggettivo di applicazione dei diritti previsti dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni e agli interventi»¹⁷.

Non si tratta di un ambito di intervento di poco conto, posto che il tema delle politiche pubbliche, nel suo dinamismo che contraddice la staticità di una perimetrazione delle competenze per materie¹⁸, appare

dici e politici)», ivi, p. 468. L'armonia con la Costituzione integrerebbe quindi «una formula a “doppio effetto”» che «tenderebbe a vincolare, per certi versi (profili organizzativi), di meno – ossia meno intensamente – mentre, per altri (profili sostanziali), di più – ossia più intensamente – la potestà statutaria (senza, per questo, schiacciare l'autonomia regionale), ivi, p. 469. In definitiva, tale vincolo, «non attiene più alle forme procedurali dell'organizzazione costituzionale dello Stato – organizzazione che ormai è, o tende ad essere, profondamente articolata e decentrata – ma solo al complessivo sistema dei valori sostanziali che rendono ancora “unitaria” tale organizzazione», ivi, pp. 473-474. Per una più recente disamina del limite dell'armonia con la Costituzione con riferimento alla fase statutaria successiva alla Riforma del Titolo V, v. M. ROSINI, *Statuti regionali e armonia con la Costituzione*, Giappichelli, 2011.

¹⁷ Come precisato da Corte cost., n. 8/2011, punto n. 1.4.1 del Considerato in diritto, su cui in commento, A. M. BENEDETTI, *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?* in *www.giurcost.org* sezione *Studi e commenti*. Il documento è consultabile al seguente url: http://www.giurcost.org/studi/Benedetti4.html#_ftn1. Deve essere rilevato, peraltro, che la legge regionale in questione, richiamava esplicitamente la nozione di famiglia contenuta nel D.P.R. n. 223 del 1989. Sulla necessaria distinzione concettuale tra “categorie territoriali” di diritti e politiche (regionali) per la famiglia, v. R. DI MARIA, *Diritti della famiglia*, in A. MORELLI, L. TRUCCO, *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 169 e ss.

¹⁸ Su questo punto v. R. BIN, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 3/2013, p. 510, che sottolinea come possa riscontrarsi «una naturale tensione tra l'elemento dinamico, rappresentato dalle politiche pubbliche, e l'elemento per definizione statico, rappresentato dagli elenchi delle materie. Le politiche pubbliche sono rivolte ad obiettivi, si svolgono per programmi, mentre le materie sono etichette che contrassegnano settori, ambiti, argomenti destinati ad essere oggetto di una disciplina. Le politiche pubbliche sollecitano a impiegare tutti gli strumenti utili alla soluzione del problema affrontato, quale sia la materia in cui ognuno di essi è collocato; le materie invece etichettano ciascuno strumento e lo collocano in un ambito separato dagli altri». Su questa linea, v. P. COSTANZO, A. RUGGERI, *Introduzione* a A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, XIII, laddove si fa riferimento al fatto che «[f]orse le stesse Regioni non ad oggi preso piena consapevolezza di ciò che possono fare e di come possono

idoneo di incidere in modo significativo sui diritti individuali¹⁹.

È soprattutto con riferimento alle politiche pubbliche regionali in tema di edilizia residenziale e servizio sociale che i legislatori regionali si sono trovati, in concreto, a sperimentare formule definitorie del concetto di nucleo familiare in parziale difformità rispetto alla «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» indicata all'art. 29, comma 1, Cost.: nel primo caso attribuendo (in presenza di minori) valore al fatto della convivenza *more uxorio*; nel secondo caso attribuendo particolare valore a vincoli solidaristici anche prescindenti lo schema della convivenza *more uxorio*²⁰.

Il *Rapporto di monitoraggio sulle politiche per la famiglia delle Regioni e Province autonome* (2019) ha evidenziato, inoltre, come i servizi e gli interventi finanziati dalla Regioni si distribuiscano essenzialmente su quattro macroaree (che rispecchiano quelle previste dalle Intese 103/CU del 2014 in tema di interventi a favore dell'infanzia e a sostegno della responsabilità genitoriale, 81/CU del 2015 in tema di interventi a favore delle famiglie e delle responsabilità genitoriali, nonché degli interventi a favore della nascita e dello sviluppo dei centri per le famiglie, 80/CU del 2016 in tema di attività a favore della natalità e

farlo: forse, non hanno neppure la necessaria contezza degli ambiti materiali in cui possono mettere piede per farne oggetto di congrua coltivazione: al pari dei signori feudali e dei latifondisti di un tempo, che non conoscevano bene l'estensione dei loro dominî, le Regioni non sanno fin dove possono spingersi, tanto in orizzontale (in quali campi) quanto in verticale (fino a dove), rivoltando da cima a fondo la terra loro assegnata per trarne, i frutti migliori, pur nelle difficoltà del tempo presente».

¹⁹ Determinando, peraltro, una possibile (ed anche notevole) differenziazione tra i sistemi regionali di welfare, su cui v. P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra unità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in E. CATELANI, E. CHELI (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, cit., p. 25. In quest'ottica, di particolare interesse per l'ampiezza della documentazione in essa riportata, è il *Rapporto di monitoraggio sulle politiche per la famiglia delle Regioni e Province autonome*, Istituto degli Innocenti, Firenze, 2019, consultabile al seguente url: https://www.minori.gov.it/sites/default/files/Rapporto_monitoraggio_politiche_famiglia_Regioni_Province_Autonome.pdf.

²⁰ L'ipotesi di una possibile dinamizzazione dei diritti sul piano "locale" è prefigurata già da A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, IX.

69/CU del 2017 in tema di approfondimento sugli indirizzi del piano nazionale per la famiglia 2012) corrispondenti a: attività a favore della prima infanzia; attività a favore delle famiglie e delle responsabilità genitoriali; attività per lo sviluppo dei centri per le famiglie; attività a favore della natalità.

Si tratta di ambiti, per quanto decisamente rilevanti, non esaustivi dei margini entro i quali le Regioni possono sviluppare politiche pubbliche di sostegno alla famiglia le quali possono – come in effetti accade – incidere anche su altri settori di decisiva importanza, attinenti a quello che più in generale è stato identificato come «welfare familiare»²¹.

Deve inoltre rilevarsi come alle indicazioni di principio, onnicomprehensive ed eventualmente indeterminate contenute negli statuti regionali, possa viceversa corrispondere una legislazione di settore improntata ad un irrigidimento della nozione di famiglia, con rinvio alla famiglia “così come riconosciuta in Costituzione”: significativo in que-

²¹ Su questa tematica, per alcune riflessioni di contesto, v. P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra unità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in E. CATELANI, E. CHELI (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, cit., p. 23 e, per una ricostruzione più recente (limitata alle sole regioni ordinarie), v. M. TROISI, *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione regionale*, in I. NICOTRA, F. GIUFFRÈ, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 227, il quale riconosce l'esistenza di un welfare regionale orientato alla famiglia soprattutto con riferimento all'attuazione dei diritti familiari nell'ambito delle politiche sui minori, delle politiche di assistenza e delle politiche di istruzione. Lo stesso A. rileva, significativamente, ivi, come proprio attraverso il welfare orientato alla famiglia venga data concreta attuazione ai diritti costituzionalmente previsti, senza tuttavia innovare il diritto privato nazionale, non incidendo sulla regolamentazione della famiglia nei suoi aspetti costitutivi. Quest'ultima ricostruzione dottrinale non tiene conto della dimensione dell'autonomia speciale, che pure è ravvisabile rispetto a queste tematiche presentando linee di tendenza peculiari. In particolare, come evidenziato dal *Rapporto di monitoraggio sulle politiche per la famiglia delle Regioni e Province autonome*, cit., le regioni speciali si caratterizzano per un'attività d'indirizzo, coordinamento e controllo sui servizi per la prima infanzia, compresi i trasferimenti finanziari agli enti pubblici titolari, svolta dall'amministrazione regionale (Valle d'Aosta); per attività di sperimentazione di micro-nidi attraverso l'assegnazione di contributi, dedicati ai soggetti privati e del privato sociale (Friuli Venezia Giulia); per interventi di riqualificazione e adeguamento dell'edilizia in cui hanno sede i servizi educativi (Sicilia); interventi in favore di nascita e sviluppo di centri per le famiglie anche organizzati in forma associata (Sardegna).

sto proposito è l'atteggiamento del legislatore umbro che nel 2010 aveva identificato il nucleo familiare come quello «formato da persone unite da vincoli di coniugio, parentela e affinità»²².

4. Autodeterminazione e legami familiari

La presenza o meno di legami familiari interroga anche la configurazione, in concreto, di percorsi di autentica autodeterminazione, anche in assenza (o comunque, sulla base di un rapporto attenuato e ridimensionato) rispetto ad essi.

La trattazione del presente paragrafo, attendendo alla tematica *latu sensu* medica attraverso il rinvio alla disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento²³, a quella relativa alle cure palliative, eventualmente anche nelle ipotesi in cui entri in gioco il diritto all'autodeterminazione del figlio minorenni, esula dunque dalle vasta e cruciale tematica relativa alla vaccinazione obbligatoria, che per la complessità dei profili da essa incrociati merita una trattazione a parte e che chiama in causa il ruolo della famiglia, e in special modo quello genitoriale non solo in funzione della tutela della salute dei propri figli, ma anche in relazione alla tutela della salute come bene collettivo, in applicazione del principio di solidarietà²⁴.

²² L. r. Umbria, n. 13 del 2010, art. 1, comma 2 (*Disciplina dei servizi e degli interventi a favore della famiglia*).

²³ Sul tema delle leggi facoltizzanti, v. L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in AA.VV., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI, Atti del XXII Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007*, Cedam, Padova, 2008, p. 17. Sulla progettualità legislativa in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento v., tra gli altri, S. AGOSTA, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruente)*, p. 8, (http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/agosta_testamentobiologico.pdf) e B. VIMERCATI, *Consenso informato e capacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 275 e ss.

²⁴ Questo profilo, pure evidente all'interno del dibattito in merito all'obbligo vaccinale, è destinato a riempirsi di nuovi significati in seguito alla pandemia da Covid-19, che ha attualizzato il tema del vincolo solidaristico a presidio della salute come bene della collettività. Per alcune iniziali riflessioni in tema, sia consentito rinviare a L.

L'elemento che accomuna le ipotesi che in questa sede sono oggetto di trattazione risiede in quello che con espressione sintetica potrebbe essere indicato come "fattore tecnico-scientifico" rappresentato dal medico che, in dialogo con il paziente, è in grado di supportare le determinazioni di quest'ultimo²⁵.

Si tratta, in sostanza, di situazioni in cui la debolezza e/o fragilità del soggetto che entra a vario titolo in contatto con il personale sanitario richiede di essere adeguatamente presa in considerazione da un soggetto (o da più soggetti) esterno/i alla famiglia, sia pure nel contesto di un dialogo anche con i familiari.

La legge n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*)²⁶, sancisce all'art. 1, comma 1, il principio per cui «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». La persona interessata, nel suo esercizio del diritto all'autodeterminazione, non è tuttavia lasciata sola, potendo viceversa contare sulla relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, che «si basa sul consenso in-

CONTE, *Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it* (1 aprile 2020- paper), ora in M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

²⁵ Su cui v. M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1/2018, in particolare al § 1, laddove la relazione di cura è definita come «rapporto unitario dalle molte sfaccettature umane, giuridiche, sociali». Nella riconfigurazione, anche in chiave di evoluzione storico-sociale, di tale rapporto, è stato inoltre notato come «la diffusione dei mezzi di informazione e una maggiore e generalizzata scolarizzazione» abbiano «inciso sulle dinamiche del rapporto [medico-paziente], essendo ora il paziente nelle condizioni di entrare in possesso e di comprendere, anche prima del colloquio con il medico curante, alcune fondamentali nozioni che un tempo venivano ritenute di esclusivo appannaggio dello specialista», B. VIMERCATI, *Consenso informato e capacità*, cit., p. 11.

²⁶ Su cui, v. M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2018 (fascicolo che contiene un *Forum* di discussione dedicato alla l.n. 219 del 2017) e R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 4 aprile 2018.

formato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, comma 2). Di estremo rilievo a questo proposito è poi la previsione di cui al comma 8, ove è stabilito che il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisca esso stesso «tempo di cura».

In questo contesto si colloca la disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'art. 4 della l. n. 219 del 2017²⁷.

In base al comma 1 di tale articolo, ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie». Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere e può accettare la propria nomina o mediante sottoscrizione delle DAT o con atto successivo ad esse allegato.

Non essendo altrimenti specificato, è ammesso che il fiduciario possa anche non essere una persona appartenente alla famiglia del soggetto estensore delle DAT.

Il legislatore disciplina il rapporto del fiduciario con il medico: esso può svilupparsi in senso armonico (laddove il medico, che pure risulta vincolato al rispetto delle DAT²⁸, le disattenda in tutto o in parte,

²⁷ Tra i primi commenti, v. 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.; G. DI ROSA, *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in *Atti del Convegno Un nuovo diritto per la relazione di cura?* in *Resp. Med.*, 1/2019, p. 49; 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 *www.forumcostituzionale.it*, (25 giugno 2018).

²⁸ Fermo restando tuttavia quanto disposto all'art. 1, comma 6, per cui: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di

in accordo con il fiduciario, in quanto «appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita») o oppure in modo conflittuale (nel cui caso si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3, con rimessione della decisione al giudice tutelare).

Non sono invece previste ipotesi di disciplina del conflitto tra fiduciario e familiari del malato, restando la complessità del rapporto di cura nell'esclusiva dimensione medico-paziente (se pure per interposto fiduciario). Si tratta di un'omissione che ha suscitato perplessità in dottrina²⁹ ma che appare tuttavia coerente con la singolarità e la non negoziabilità delle determinazioni del singolo rispetto ai confini della propria esistenza all'interno dell'orizzonte di cura e rispetto al quale il medico deve potersi interfacciare con un referente unico, riproducendo quell'unicità di relazione e comunicazione prevista e valorizzata dalla normativa come elemento essenziale della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico.

L'art. 3 della legge n. 219, relativamente alla posizione dei minori, stabilisce il diritto della persona minore di età a vedere valorizzate le proprie capacità di comprensione e decisione rispetto ai trattamenti sanitari, ricevendo altresì adeguata informazione in merito sulle scelte relative alla propria salute «in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà».

L'espressione della volontà di sottoposizione al trattamento o rifiuto dello stesso da parte del minore, sotto il profilo formale (ma anche sostanziale, per come tra breve si dirà), è rimessa ai soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale ai quali spetta in concreto determi-

legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

²⁹ M. PELISSERO, *La legge in itinere in parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo stato etico e la pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in D. CARUSI, S. CASTIGLIONE, G. FERRANDO, *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 181-182, che sottolinea l'esigenza della valorizzazione del confronto del medico con il fiduciario o con i familiari, ma non limitato ad essi, al fine della ricostruzione dell'attualità della volontà del malato, utilizzando tutte le fonti di informazione utili a questo scopo.

narla «tenuto conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». A questa disposizione, programmaticamente complessa per i delicati bilanciamenti adombrati al suo interno, sono state in dottrina mosse critiche rispetto al suo essere eccessivamente «conservativa», nella misura in cui «resta da comprendere come si concilia la dicotomia tra titolarità e esercizio di tali fondamentali diritti per le persone minori di età, ove (...) il legislatore abbia deciso di demandare all'istituto della capacità di agire – e dunque della rappresentanza legale – la soluzione del problema»³⁰.

Si tratta di un caso in cui la relazione comunicativa medico-paziente si apre ad una dimensione di tipo plurale, comprendente il minore ed i soggetti che nei suoi confronti esercitano la responsabilità genitoriale. In questo senso, tanto il medico quanto i genitori assumono un ruolo di tipo «collaborativo» (salvo le ipotesi di conflitto di cui all'art. 3, comma 5, applicabili anche in tale caso) e «utile a finalizzare il processo di autodeterminazione del minore»³¹, in un'ottica coerente a quanto oggi dispone l'art 315-*bis* c.c. al comma 1, in tema del diritto del figlio a ricevere «assistenza morale» da parte dei genitori.

La legge n. 38 del 15 marzo 2020 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) si caratterizza per una peculiare individuazione dei soggetti destinatari di questa tipologia di cura (rispetto alla quale l'adesione avviene su base volontaria ai sensi dell'art. 2, comma 2 della l. n. 219/2017 e sulla base di un progresso clinico su cui si innesta la valutazione, operata dal personale sa-

³⁰ C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giustizia civile*, n. 3/2019, p. 617 e ss., in particolare al § 1.2; v. anche S. STURNIOLO, *The best interest of the child nella legge n. 219/2017*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, (13 giugno 2018) in particolare, con riferimento al *best interest* del minore in ambito sanitario, § 2 e S. CACACE, *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a Dj Fabo, passando per i no-vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Rivista italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1/2018, p. 53 e ss.

³¹ Così C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., § 2, e, sulla possibilità di considerare le decisioni non soltanto come atti, ma come «processi, in cui domina l'interazione tra i protagonisti e il contesto», P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p.124.

nitario, in merito alla eleggibilità del paziente all'assistenza domiciliare)³².

Essi infatti sono identificati, ai sensi dell'art. 1, comma 3, nel «malato» e nella sua «famiglia», nei confronti dei quali viene predisposto un programma di cura da parte delle strutture sanitarie che erogano cure palliative e terapia del dolore improntato a: a) tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione; b) tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine; c) adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia. In questo senso, se il soggetto di cura è, essenzialmente e programmaticamente il malato, è la famiglia ad essere comunque destinataria di un sostegno che può a sua volta essere di tipo sanitario o di tipo socio-assistenziale.

All'art. 2 di tale legge il più generico riferimento ai familiari³³ viene sostituito con quello al «nucleo familiare» della persona malata, destinatario al pari di quest'ultima, delle cure palliative, identificate come «l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici»³⁴.

L'utilizzo del concetto di nucleo familiare non è estraneo alla legislazione, in particolare a quella anagrafica³⁵, e può essere interpretato nel senso, (peraltro coerente con la ratio della disciplina delle cure palliative, tese a svolgersi prevalentemente in modalità domiciliare), di soggetti conviventi con il malato.

Si tratta dunque di una ipotesi di cura della famiglia come soggetto

³² In tema, v. B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011.

³³ Su cui v. art. 1, comma 3, lettera c); art. 2, comma 1, lett. d); art. 4, comma 2; art. 5, comma 3 della legge 15 marzo 2010, n. 38.

³⁴ Art. 2, comma 1, lett. a) l. n. 38/2010.

³⁵ Ai sensi dell'art. 4 del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, per famiglia anagrafica si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune e che in ipotesi «può essere costituita da una sola persona».

globalmente inteso, che si sovrappone alla tradizionale relazione di cura medico-paziente e risulta tuttavia coerente con una nozione di salute non soltanto nei termini di integrità fisica, ma costituzionalmente orientata alla realizzazione della «complessiva socialità»³⁶ della persona e dunque anche rispetto al suo essere situata in un contesto familiare di complessiva partecipazione all'esperienza delle cure palliative e della terapia del dolore e che rappresenta, per la sua strutturale inidoneità a determinare la guarigione, un cambiamento radicale di approccio da parte della stessa scienza medica³⁷.

5 Il rilievo pubblico della famiglia in presenza e in assenza di essa

L'esistenza o l'assenza della famiglia ha costituito il punto di avvio di due discipline normative accomunate dalla rilevanza pubblica conferita all'istituzione familiare: si tratta del disegno di legge in materia di Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura ed assistenza familiare e della legge n. 112 del 2016 Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare (cosiddetta "Dopo di noi").

Il rilievo pubblico conferito alla famiglia è da intendersi come la capacità di quest'ultima di costituire il punto di riferimento per l'elaborazione di normative che non hanno ad oggetto la famiglia in sé, ma che nella loro elaborazione non possono prescindere da caratteristiche e funzioni di essa. In questo senso, l'istituzione familiare presenta una specifica attitudine a conformare discipline legislative che la assumono come presupposto e che in una qualche misura aspirano a valorizzarne, quando a non mimarne, i tratti specifici.

³⁶ Questa espressione si riscontra in R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano 2006, p. 5393 ss.

³⁷ Su questo profilo, v. F.D. BUSNELLI, *Le cure palliative*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire*, cit., p. 93.

Attualmente è all'esame del Senato la proposta di introdurre una disciplina organica a sostegno dell'attività di cura e assistenza familiare³⁸.

Tale proposta muove dalla considerazione, supportata da rilevanti dati statistici³⁹, dell'esistenza di persone che, all'interno del contesto familiare, si prestano regolarmente a svolgere attività di cura di adulti anziani, malati e persone disabili.

Si tratta di un'attività non retribuita e non professionale, prestata in un quadro di rapporti descritti come attinenti al "contesto familiare".

Il disegno di legge non contiene al suo interno una definizione di caregiver familiare, rinviando al contenuto dell'art. all'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che individua nel caregiver familiare «la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del

³⁸ Ddl n. 55, *Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura ed assistenza familiare*, comunicato alla presidenza il 23 marzo 2018. A tale ddl ne sono stati connessi altri (nn. 55, 281, 555, 698, 853, 868 e 890, rispetto ai quali v. la tavola sinottica consultabile al seguente url <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01080507.pdf>), attualmente in corso di esame presso al 11^a Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale). Per alcune precedenti riflessioni sulla possibile introduzione di una disciplina legislativa su questo tema, v. S. ROSSI, *Appunti su un diritto possibile. Lo statuto giuridico dei caregivers familiari*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 561 e ss. e in particolare, ivi, p. 566, laddove l'A. riflette sul fatto che il «ruolo sociale indispensabile assunto dai caregivers dovrebbe stimolare legislatori, policy maker e studiosi a mettere al centro delle politiche pubbliche il tema della cura, a riconoscere la necessità e il valore del lavoro di cura, l'urgenza di fare spazio al tempo della cura, e insieme di allargare il raggio dei soggetti che se ne fanno carico, non potendo la questione restare ancora confinata entro le mura domestiche».

La figura del caregiver familiare risulta già prevista all'interno della legge di bilancio per il 2018, laddove, all'art. 1, comma 254, è prevista l'istituzione di un apposito fondo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del caregiver familiare.

³⁹ La Relazione introduttiva al ddl n. 55 riporta i dati dell'indagine multiscopo del 2010 condotta dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), che ha stimato in un numero di poco superiore ai 3 milioni di persone i soggetti che in Italia, nel contesto familiare, svolgono tale attività di cura, identificandoli principalmente in «donne, con famiglia e figli, di età compresa tra 45 e 55 anni».

convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104⁴⁰, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18».

La figura del caregiver familiare, per come delineata all'interno della legge di bilancio per il 2018, si colloca all'interno del contesto familiare così come delineato dall'integrazione della normativa codicistica in tema di matrimonio e, più in generale, di rapporti di parentela, con la disciplina in tema di unioni civili e convivenze. Il legislatore italiano non sembra dunque avere accolto la nozione più ampia (non limitata al contesto familiare) fornita dalla organizzazione europea Eurocarers, che definisce il «family caregiver» come una «persona non retribuita che, in veste non professionale, si prende cura di un familiare, un amico o un vicino di casa che – in quanto malato, fragile o disabile – ha necessità di aiuto»⁴¹.

La finalità dei disegni di legge riuniti in tema di caregiver familiare non è dunque quella di definire tale figura, ma più specificamente di perimetrare correttamente le attività che svolge, individuando altresì finalità di sostegno e tutela.

⁴⁰ Che riguarda specificamente la posizione del lavoratore dipendente pubblico o privato che assiste «persona con handicap in situazione di gravità coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti». La Corte costituzionale, con sent. n. 213/2016 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, nella parte in cui non include il convivente, così garantendo la possibilità di richiedere il permesso di lavoro per assistere il convivente con disabilità grave.

⁴¹ Relazione introduttiva al testo del ddl n. 55 presentato al Senato, p. 2. Si riferisce ad un ambito maggiormente allargato di soggetti nei cui confronti prestare attività di cura A. S. 281, laddove si utilizza l'espressione «persona cara».

In particolare, all'art. 2, comma 2, l'attività del caregiver familiare è definita in senso ampio «come attività di cura sostanzialmente “personalizzata”, che deve svolgersi con le modalità più opportune in relazione alla situazione di bisogno della persona assistita»⁴² e che consiste (ma deve intendersi come un elenco di carattere esemplificativo e perciò non tassativo) nell'assistenza e nella cura della persona e del suo ambiente domestico, nel sostegno nella vita di relazione, nel supporto alla realizzazione del benessere psico-fisico della persona oggetto di cure, nell'aiuto nella mobilità e nel disbrigo delle pratiche amministrative, nel rapporto integrato con gli operatori del sistema dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari professionali che forniscono attività di assistenza e di cura.

Sotto quest'ultimo profilo, merita di essere sottolineato come sia previsto che nello svolgimento di tali attività il caregiver familiare possa avvalersi dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari territoriali e di assistenti familiari o personali⁴³.

Si tratta dunque di una figura che non deve essere intesa come isolata, ma la cui attività di cura regolare può ricevere supporto qualificato dall'esterno, ove necessario. Essa dunque si colloca come elemento di un sistema di welfare integrato a sostegno della persona assistita, che tuttavia necessita di un adeguato supporto non soltanto sotto il profilo della attività di cura che va a svolgere, ma anche in relazione alla possibilità di conservare la propria capacità lavorativa.

Finalità precipua della disciplina in tema di caregiver familiare è appunto quella di «sostenere la conciliazione delle loro attività di cura con la loro vita lavorativa e sociale»⁴⁴.

Questa disciplina ha il pregio di riconoscere esplicitamente il valore sociale dell'attività di cura svolta in ambito familiare, ma la proietta e la rende visibile all'esterno, quale elemento da prendere in considerazione non soltanto nella predisposizione di una pluralità di strumenti volti a conciliare l'attività lavorativa con quella di assistenza e di cura, ma anche come ambito in cui sia possibile maturare competenze speci-

⁴² Art. 2, comma 2 del testo del ddl. n. 55.

⁴³ Art. 2, comma 3 del testo del ddl. n. 55.

⁴⁴ Art. 1, comma 2, del test del ddl. n. 55.

fiche spendibili a vario titolo all'interno del mercato del lavoro o nell'ambito della propria attività professionale.

Con la legge n. 112 del 2016 Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare (cosiddetta "Dopo di noi") è stata elaborata una disciplina volta a stabilire (pur nella permanenza dei livelli essenziali di assistenza e degli altri interventi di cura e di sostegno previsti dalla legislazione vigente in favore delle persone con disabilità) «misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori»⁴⁵. In quest'ottica, la legge n. 112 del 2016 (al cui interno, all'art. 3, è stabilita l'istituzione nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di un apposito fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare) intende evitare forme di istituzionalizzazione di questo tipo di percorsi assistenziali, garantendone una predisposizione il più possibile personalizzata ai sensi del «progetto individuale di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328»⁴⁶, nel rispetto della

⁴⁵ L. n. 112/2016, art. 1, comma 2.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 14, comma 1, della l. n. 328 del 2000, ai fini della realizzazione di una piena integrazione delle persone disabili nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro, i comuni, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, predispongono, su richiesta dell'interessato, un progetto individuale. Tale progetto individuale, secondo quanto disposto al comma 2 dello stesso articolo, comprende: la valutazione diagnostico-funzionale, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale, il Piano educativo individualizzato a cura delle istituzioni scolastiche, i servizi alla persona a cui provvede il comune in forma diretta o accreditata, con particolare riferimento al recupero e all'integrazione sociale, nonché le misure economiche necessarie per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale, definendo altresì eventuali sostegni per il nucleo familiare.

volontà delle persone con disabilità grave, ove possibile, dei loro genitori o di chi ne tutela gli interessi»⁴⁷.

Al di là del versante pubblicistico della tutela, cui si ricollega la definizione di prestazioni assistenziali da garantire in modo uniforme su tutto il territorio nazionale come previsto all'art. 2 della l. n. 112/2016, viene in rilievo anche il profilo di disciplina attinente alla individuazione di strumenti di carattere privatistico utili a garantire una definizione delle possibili reti di sostegno in relazione al futuro delle persona con disabilità grave prive del sostegno familiare, identificate all'art. 1, comma 3 della stessa legge e rispetto alle quali è previsto un sistema di agevolazioni e di sgravi fiscali.

Si tratta, in particolare, di agevolazioni attinenti alle erogazioni da parte di soggetti privati; alla stipula di polizze di assicurazione e alla costituzione di trust o vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile e di fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario (anche a favore di enti del Terzo settore iscritti nella sezione enti filantropici del Registro Unico Nazionale del Terzo settore di cui alla legge n. 117 del 2017 che operino prevalentemente nel settore della beneficenza in favore di persone con disabilità grave).

A differenza di quanto previsto per la figura del caregiver familiare a livello di disegni di legge (che non menzionano direttamente riferimenti costituzionali), la legge sul "Dopo di noi" si apre, in premessa, con l'enunciazione della sua finalità di favorire «il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità» in attuazione «dei principi stabiliti dagli articoli 2, 3, 30, 32 e 38 della Costituzione, dagli articoli 24 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'U-

⁴⁷ L. n. 112/2016, art. 1, comma 2. In proposito, merita una segnalazione il fatto che con il D.L. n. 34 del 2020 (art. 104, comma 2) è stato stabilito un incremento di 20 milioni di euro per l'anno 2020 del Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare di cui all'art. 3, comma 1, della l.n. 112/2016 in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, con la finalità di «potenziare i percorsi di accompagnamento per l'uscita dal nucleo familiare di origine ovvero per la deistituzionalizzazione, gli interventi di supporto alla domiciliarità e i programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile».

nione europea e dagli articoli 3 e 19, con particolare riferimento al comma 1, lettera a), della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18»⁴⁸.

In particolare, il richiamo all'art. 30 della Costituzione, con riferimento al dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, esplicita la funzione di supplenza fornita dalla disciplina legislativa. Si tratta di una ipotesi di assolvimento dei compiti genitoriali di cura non dovuta ovviamente ad incapacità dei genitori ai sensi del secondo comma dell'art. 30 Cost., ma alla impossibilità di garantirla per la parte di esistenza di vita del figlio disabile grave che ecceda la loro.

La disciplina in tema di *caregiver* familiare e quella sul "Dopo di noi" si muovono secondo direttrici differenti, che tuttavia presuppongono un intervento da parte dello stato non soltanto a livello di "prestazione" (nel senso conosciuto con riferimento per esempio alla garanzia dei diritti sociali), ma con riferimento ad una più piena integrazione di compiti e funzioni attribuiti originariamente alla dimensione familiare, suscettibili di una applicazione individualizzata che garantisca il più possibile la coerenza di tali prestazioni con le esigenze di sostegno e di cura che trovano nel contesto familiare la prima ipotesi di realizzazione.

Irriducibilità a diritti sociali di prestazione quanto piuttosto integrazione, per via istituzionale, della funzione familiare.

6. Il rilievo pubblico della famiglia e i suoi limiti: il caso paradigmatico dell'istruzione

Quello dell'istruzione può essere raffigurato come un territorio di frontiera in cui il ruolo della famiglia e quello delle istituzioni scolastiche trovano occasioni di definizione, integrazione, ma anche conflitto.

In questa sede si accoglie la tesi per cui il diritto all'istruzione si colloca nel panorama dei diritti sociali, da intendersi come «strutturalmente di prestazione e funzionalmente di redistribuzione», rispetto ai quali il momento dell'esercizio del diritto di libertà da parte del sin-

⁴⁸ L. n. 112/2016, art. 1, comma 1.

golo (di proseguire o meno nel percorso dell'istruzione) si colloca in una fase necessaria mente posteriore alle (e in una certa misura, implica che si siano realizzate le) premesse di una educazione ed istruzione di base, tali da garantire l'autonomia e la consapevolezza anche di tale scelta negativa⁴⁹.

L'art. 30 della Costituzione, nel definire il «dovere e diritto»⁵⁰ dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, pone da subito il problema relativo alla esatta definizione delle attività di istruzione ed educazione che – se pure apparentemente inscindibili nel dettato costituzionale – identificano attività e compiti diversi, sulla perimetrazione dei quali si innesta la determinazione dei «compiti rispettivi della famiglia e della scuola», nonché dei loro rapporti⁵¹.

Il verbo educare – è stato rilevato – sembra «rinviare alla forma-

⁴⁹ In questa ottica, v. M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Utet, Torino, 2013, p. 8 e ss. e A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica: qualche puntualizzazione di ordine costituzionale*, consultabile all'url https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/D_Andrea.pdf, ora in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, Vol. II, p. 1291 e ss. Per un rilievo sui rapporti intercorrenti tra art. 9 e art. 34 della Costituzione nel senso di «legare i problemi dell'istruzione a quelli della cultura», secondo il «progetto individuato all'art. 9 Cost. che, imputando alla Repubblica il compito di promuovere la cultura e la ricerca scientifica» pone le basi per la costruzione di uno «Stato di cultura», cfr. V. ATRIPALDI, *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, Introduzione a F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Jovene, Napoli, 2014, p. 21; G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola*, in *Federalismi.it.*, 2014. V. anche A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo della crisi*, in *Diritto e società*, 1/2013, pp. 31-50. Per un'analisi del collegamento tra democrazia, libertà della persona ed esistenza di un «livello medio di cultura», v. A. GUARINO, *La democrazia e il futuro*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 535.

⁵⁰ La peculiare formulazione dell'enunciato, che antepone la previsione di un dovere a quella di un diritto, invertendo significativamente l'ordine concettuale presente in altre disposizioni della Carta è sottolineato da F. ANGELINI, *La famiglia e l'istruzione*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, cit., p. 71 e da E. LAMARQUE, *Art. 30 in Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, I, Utet, Torino, 2006, p. 622 e ss.

⁵¹ Su questo profilo, v. F. ANGELINI, *La famiglia e l'istruzione*, cit., p. 73.

zione delle convinzioni etiche, morali e religiose la cui funzione (...) dovrebbe essere affidata alla famiglia», mentre il compito di istruire (intendendo l'istruzione come il «complesso delle conoscenze tecniche, scientifiche e culturali»), dovrebbe essere «affidato alla scuola»⁵².

In realtà la determinazione di questi confini appare più problematica, sia perché l'art. 30 della Costituzione attribuisce ai genitori il dovere-diritto di educare ed istruire, sia perché la stessa giurisprudenza costituzionale, in una risalente quanto fondamentale pronuncia⁵³, analizza i concetti di istruzione (definita come «l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere»), insegnamento (definito come «l'effetto intellettuale di tale attività») ed educazione (definita come «l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti»), con riferimento esclusivo alla loro realizzazione in ambito scolastico.

La soluzione più plausibile, nonché rispettosa del dettato costituzionale, appare quella di una necessaria integrazione delle attività di istruzione ed educazione poste in essere ora dai genitori ora dalle istituzioni scolastiche, anche in considerazione dell'assolvimento dell'obbligo scolastico previsto dal comma 2 dell'art. 34 Cost.

Questa compenetrazione è ben delineata dalla definizione di quella particolare «formazione sociale» costituita dalla «comunità scolastica». Essa si caratterizza per la presenza di un «elemento personale necessariamente differenziato in una pluralità di componenti, che partecipano alla vita della comunità in base ad interessi nettamente diversi: anche se tutti coordinati in vista del perseguimento di un fine generale unitario (che può identificarsi con l'espressione riassuntiva offerta dal termine «istruzione»)»⁵⁴.

⁵² F. ANGELINI, *La famiglia e l'istruzione*, cit., pp. 73-74. Sui concetti di istruzione e scuola, così come collegati a quello di insegnamento, v. U. POTOTSCHING, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 371 e ss.

⁵³ Corte cost., sent. n. 7/1967, punto n. 3 del *Considerato in Diritto*, su cui, in commento, v. G. LOMBARDI, *Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, pt. I, p. 1089 e ss. e R. FIORITO, *Obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore*, in *Rass. di diritto pubblico*, 1968, parte II, p. 669.

⁵⁴ A. PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Il Foro italiano*, Vol. 98, No. 10 (ottobre 1975), p. 223, che identifica tali componenti negli studenti («i quali partecipano alla vita della comunità in vista del soddisfacimento del

Si possono individuare alcune direttrici principali attraverso cui possono essere analizzati i rapporti tra famiglia ed istruzione alla luce delle disposizioni costituzionali.

Innanzitutto, se pure nella sua formulazione neutra ed equilibrata nella definizione dell'istruzione e dell'educazione come doveri e diritti dei genitori, l'art. 30 Cost. inevitabilmente ricava un surplus di significato dalla lettura degli articoli del Codice civile in tema di istruzione ed educazione della prole così come riformati prima dalla legge n. 151 del 1975 e poi dalla legge n. 219 del 2012 e dal d.lgs n. 154 del 2013. La sostituzione, all'interno dell'art. 316 c.c. della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale e l'aggiunta, all'interno degli artt. 147 e 315 *bis* del c.c. del dovere (ulteriore rispetto a quello di istruire ed educare) di "assistenza morale" nei confronti dei figli, rispecchia la tendenza a far prevalere, all'interno del contesto educativo familiare, l'emergere del minore come persona che deve essere assistita (e non corretta, né tantomeno oppressa) nella sua formazione, rispettandone le inclinazioni naturali e in considerazione della «prevalenza» dell'«interesse alla tutela e allo sviluppo del figlio, quand'anche minore di età, rispetto al dovere-diritto educativo dei genitori»⁵⁵.

«diritto all'istruzione» loro costituzionalmente garantito»), nei genitori degli studenti minorenni («che fanno valere quella più generale situazione giuridica che si denomina "potestà dei genitori" [oggi, definita all'interno dell'art. 316 c.c., come riformato dal d.lgs. n. 154 del 2013, come responsabilità genitoriale], con riferimento ai rapporti di cui i loro figli minori diventano titolari quando partecipano all'attività di istruzione»), nei docenti («che oltre a svolgere un compendio di attività amministrative (come quelle relative alla valutazione dei candidati in sede d'esami, ecc.) esercitano anch'essi nell'ambito della scuola una situazione giuridica loro personale e costituzionalmente garantita, cioè la libertà di insegnamento»), nei dirigenti ed ispettori («che esercitano funzioni amministrative strumentali al funzionamento della scuola») e nel personale non docente («che nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato a carattere pubblico o, eventualmente, privato adempie a compiti minori, anch'essi strumentalmente collegati al funzionamento della scuola»).

⁵⁵ Su questo punto, v. F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 113 e, da ultimo, ID., *Figli e ordinamento costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019; S. SILEONI, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela nella famiglia*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2014, p. 605 e ss., in cui si evidenzia come già la Corte di Cassazione (Cass. civ., 8 novembre 1974, n. 3420), un anno prima della riforma attuata

Un ulteriore aspetto meritevole di essere posto in evidenza è quello per cui i compiti di istruzione ed educazione non possano essere svolti nella loro integralità all'interno della famiglia (salvo condizioni particolari, di cui si dirà infra), ma richiedano al contrario l'intervento delle istituzioni scolastiche.

E ciò per due ordini di questioni: la prima attinente all'assolvimento dell'obbligo scolastico di cui all'art. 34, comma 2 Cost.; la seconda (che in realtà ne costituisce la premessa) relativa al carattere "aperto a tutti" della scuola. Entrambe valorizzano la funzione antidiscriminatoria e di promozione sociale assolta dalla scuola che si pro-

con l. n. 151/1975, avesse individuato come, a livello costituzionale, «il valore primario della personalità individuale, e quindi dell'esigenza di tutela della dignità e dell'autonomia della persona (artt. 2 e 3 Cost.) comporta che la famiglia, valore sociale e perciò impersonale, vada riguardata principalmente come elemento di protezione e sviluppo dei soggetti che la compongono e non possa in alcun modo rappresentare un mezzo di compressione dei valori personali che, anche per suo mezzo, si sono voluti assicurare», ivi, p. 608. Per un primo commento in seguito alla riforma della filiazione degli anni 2012-2013, A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 2/2018, p. 385, in particolare al § 3, ove si rileva come «chi ha la responsabilità genitoriale anche solo di riflesso (ad. es. ex art. 48 comma 1 l. 183/84) assurge (...) ad una peculiare posizione rispetto al minore in quanto figlio: come genitore ha diritto-dovere di scegliere il modello educativo che conformerà il soggetto in persona. Presunzione legale – almeno *iuris tantum* – di *best interest* del figlio, in quanto come genitori sono reputati capaci di orientarsi nel garantire il libero divenire della identità del figlio» e R. AMAGLIANI, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giustizia civile*, 4/2018, p. 1023 e s., con rilievo sull'«andamento ondivago» della riforma, laddove la disciplina delle azioni di stato risulta di fatto «legata al regime previgente ed ancora condizionata dalla diversa tipologia della filiazione (oggi in costanza o fuori dal matrimonio)», ivi, § 2. Da ultimo, con particolare riferimento al nuovo Regolamento europeo sulla privacy (Reg. UE 2016/679) entrato in vigore il 25 maggio del 2018 e alla l. n. 219 del 2017 in tema di "fine vita", v. C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 617, laddove l'A. rileva l'avvenuto passaggio dal paradigma della soggezione a quello della protezione del minore, definito come «un passaggio che ha portato con sé la valorizzazione della situazione giuridica attiva della persona minore e dei suoi interessi che, in virtù della relazione intersoggettiva che attribuisce all'adulto un ruolo di responsabilità, devono trovare soddisfazione, innanzi tutto, in funzione dei comportamenti posti in essere dal soggetto responsabile».

pone come un contesto educativo e di formazione in qualche misura alternativo rispetto alla famiglia⁵⁶.

Il rilievo pubblico della famiglia nell'educazione ed istruzione dei figli sembra dunque attenere al profilo della scelta del tipo di scuola (pubblica, privata o paritaria) e dunque della possibilità di offrire ad essi anche una proposta educativa di tipo "orientato", nonché alla partecipazione degli stessi alla comunità scolastica e nelle forme predisposte per il suo funzionamento attraverso modalità di concreto coinvolgimento dei genitori nell'individuazione dei bisogni e delle esigenze formative⁵⁷, sia a livello generale che con riferimento alle specifiche esigenze dei propri figli.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, risulta di particolare interesse l'approccio integrato instaurato tra scuola e famiglie nella gestione di un fenomeno sociale complesso e in parte ancora sconosciuto, se pure in crescente diffusione, quale quello degli adolescenti definiti "hikikomori", termine con cui in lingua giapponese si identifica colui – preadolescente, adolescente o giovane adulto – che sceglie volontariamente di ritirarsi dalla vita sociale e scolastica, pur continuando a permanere nell'abitazione familiare⁵⁸.

⁵⁶ Anche se, a partire dalla riforma scolastica del 1974 (in particolare, attraverso i d.p.r. n. 416/1974 e n. 417/1974) vengono introdotte modalità di partecipazione all'interno della scuola da parte di rappresentanze dei genitori e degli studenti, su cui v. M. SALAZAR, *La gestione sociale della scuola*, Giuffrè, Milano, 1995 e U. POTOTSCHNIG, *Organi collegiali e partecipazione nella gestione della scuola*, in *Annali della pubblica istruzione*, 1974, p. 15 e ss. e, per un riferimento alla più recente evoluzione legislativa sul tema, v. F. ANGELINI, *La famiglia e l'istruzione*, cit., pp. 82-83.

⁵⁷ Sotto questo profilo è stato tuttavia rilevato come la prospettiva della gestione partecipata della scuola non sia stata in grado di portare a composizione e sintesi alcune problematiche, quali ad esempio quella della esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, come dimostrato dalla vicenda Lautsi, e da altre vicende giurisprudenziali significative, anche se di risonanza mediatica inferiore, ricostruite da F. ANGELINI, *La famiglia e l'istruzione*, cit., pp. 84-86.

⁵⁸ Il tema degli adolescenti Hikikomori (in alcun modo accostabile all'isolamento sociale derivante dal *lockdown* disposto in seguito all'emergenza epidemiologica da Covid-19) presenta caratteristiche peculiari, identificandosi con una pulsione all'isolamento sociale di tipo spontaneo, volontario ed individuale, che trae origine da una pluralità di ipotesi di sofferenza psicologica. Il mondo della scuola non si è dimostrato estraneo a questo fenomeno che ha assunto dimensioni via via crescenti come

Non a caso, il fatto che il ritiro dalla vita sociale per un adolescente coincida principalmente con il ritiro dalla vita scolastica, è valutato con attenzione in modo tale da non privare del tutto il soggetto interessato non soltanto dalla possibilità di conseguire gli obiettivi formativi previsti in relazione al livello scolastico di appartenenza, ma anche dalla esigenza di garantire, attraverso il confronto con la realtà familiare, i possibili spazi di intervento da parte della scuola volti a preservarne le caratteristiche di invito alla socializzazione.

Un'ipotesi diversa è invece costituita dall'istruzione parentale, che risulta particolarmente significativa in quanto rompe la logica "partecipativa" con cui la famiglia, attraverso i genitori, dialoga con le istituzioni scolastiche, prevedendo una sostituzione da parte di questi ultimi (o da persone da loro scelti) agli insegnanti nell'erogazione della didattica.

Si tratta di una ipotesi educativa che non appare in contrasto con l'articolo 34 della Costituzione nella misura in cui risulti funzionale all'assolvimento dell'obbligo di istruzione⁵⁹, con particolare riferimento a ipotesi in cui il minore sia temporaneamente impossibilitato a frequentare le aule scolastiche per ragioni di salute⁶⁰.

attestato, a titolo di esempio, nella Regione Piemonte, dalla d.g.r. 19 ottobre 2018, n. 24-7727 (*Approvazione schema di protocollo d'intesa tra la Regione, l'Ufficio Scolastico regionale per il Piemonte del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca e l'Associazione Hikikomori Italia Genitori Onlus per la promozione della cultura e la definizione di strategie d'intervento sull'emergente fenomeno del ritiro sociale volontario – Hikikomori*) che individua specifiche traiettorie di intervento proprio a partire dal contesto scolastico, in dialogo con le famiglie interessate e attraverso la rimodulazione di strategie personalizzate di lavoro, verifica e valutazione, consentendo in questo modo la prosecuzione della carriera scolastica.

⁵⁹ Ai sensi della legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (art. 1, comma 622), l'obbligo scolastico è stato innalzato a dieci anni, al fine di garantire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno d'età.

⁶⁰ In questa prospettiva, v. art. 12 della Legge 5 febbraio 1992, n. 104, per cui «ai minori handicappati soggetti all'obbligo scolastico, temporaneamente impediti per motivi di salute a frequentare la scuola, sono comunque garantite l'educazione e l'istruzione scolastica». Diversa risulta invece la condizione dei minori ospedalizzati, rispetto alla quale rilevano le circolari ministeriali (C.M. n. 345 del 1986 e C.M. n. 353 del 1998) in tema di istituzione di sezioni scolastiche negli ospedali, assolvendo in que-

L'attuale normativa in tema di istruzione parentale, nella sua evoluzione, presenta tuttavia un elemento meritevole di attenzione: esso consiste nella valorizzazione accordata alla dimostrazione della capacità tecnica od economica per provvedere privatamente o direttamente all'istruzione fornita dai genitori annualmente alla competente autorità⁶¹ rispetto all'originario presupposto della impossibilità oggettiva del minore alla frequenza scolastica.

Sull'istruzione parentale intesa cioè come modalità alternativa – quando non in esplicita polemica con le istituzioni scolastiche – di assolvimento dell'obbligo scolastico (e dunque svincolata dal suo utilizzo per ragioni attinenti in senso generale alla salute del minore) aleggiano dubbi di compatibilità costituzionale.

La previsione di una periodicità della relativa richiesta, nonché di un momento conclusivo istituzionalizzato di controllo e verifica non sembrano, infatti, sufficienti a garantire il rispetto delle disposizioni

sto modo alla continuità del diritto di istruzione, garantendone la continuità nell'erogazione su cui, da ultimo, è intervenuto il Il D.M. n. 461 del 6 giugno 2019 recante *Linee di indirizzo nazionali sulla scuola in ospedale e l'istruzione domiciliare*.

⁶¹ Cfr. in proposito art. 111, comma 2, D. lgs. n. 297 del 1994, ove è previsto che «i genitori dell'obbligato o chi ne fa le veci che intendano provvedere privatamente o direttamente all'istruzione dell'obbligato devono dimostrare di averne la capacità tecnica od economica e darne comunicazione anno per anno alla competente autorità»; art. 1, comma 4, l. n. 76 del 2005, in base al quale «Le famiglie che – al fine di garantire l'assolvimento dell'obbligo di istruzione – intendano provvedere in proprio alla istruzione dei minori soggetti all'obbligo, devono, mostrare di averne la capacità tecnica o economica e darne comunicazione anno per anno alla competente autorità, che provvede agli opportuni controlli»; art. 23, legge n. 62 del 2017, ove è previsto che «In caso di istruzione parentale, i genitori dell'alunna o dell'alunno, della studentessa o dello studente, ovvero coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, sono tenuti a presentare annualmente la comunicazione preventiva al dirigente scolastico del territorio di residenza. Tali alunni o studenti sostengono annualmente l'esame di idoneità per il passaggio alla classe successiva in qualità di candidati esterni presso una scuola statale o paritaria, fino all'assolvimento dell'obbligo di istruzione». Le autorità preposte alla vigilanza sull'assolvimento dell'obbligo di istruzione sono identificate dal D.M. n. 489 del 2001 (art. 2, comma 1): a) nel il sindaco, o in un suo delegato, del comune ove hanno la residenza i giovani soggetti al predetto obbligo di istruzione; b) nei dirigenti scolastici delle scuole di ogni ordine e grado statali, paritarie presso le quali sono iscritti, o hanno fatto richiesta di iscrizione, gli studenti cui è rivolto l'obbligo di istruzione.

costituzionali in tema di istruzione. Il minore infatti risulta privato «del primo fondamentale luogo di socializzazione e di incontro (...) con le istituzioni»⁶², nonché del beneficio derivante dalle quattro finalità della scuola identificate dalla giurisprudenza costituzionale nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione⁶³.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la conseguente sospensione dell'attività didattica in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado⁶⁴, estesa a partire dal 4 marzo 2020 all'intero territorio nazionale (DPCM 4 marzo 2020-Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale) e successivamente prorogata fino al termine dell'anno scolastico 2019/2020 (con la sola possibilità di effettuazione in presenza degli esami di maturità⁶⁵, ha inaugurato

⁶² F. ANGELINI, *La famiglia e l'istruzione*, cit., p. 82.

⁶³ Corte cost., n. 226/2001, punto n. 2 del Considerato in Diritto, su cui v. M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., pp. 170-171.

⁶⁴ Come specificato dal Comitato tecnico-scientifico (istituito con Decreto del Capo Dipartimento n. 371 del 5 febbraio 2020 ai sensi articolo 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020) da ultimo nel *Documento tecnico sulla rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico per lo svolgimento dell'esame di stato nella scuola secondaria di secondo grado* (15 maggio 2020), p. 1, la sospensione dell'attività scolastica in presenza è stata determinata dall'«esigenza di favorire un immediato distanziamento fisico tra persone, quale elemento cardine per contrastare la circolazione del virus SARS-CoV-2 nella popolazione, in considerazione delle caratteristiche intrinseche di prossimità e aggregazione delle attività di apprendimento in ambito scolastico. È stato altresì considerato l'impatto che la mobilità per l'espletamento delle attività scolastiche ha complessivamente sulla mobilità della popolazione generale».

⁶⁵ La sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e dell'attività didattica in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado è stata oggetto di proroga mediante una vera e propria catena di provvedimenti adottati con Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM 4 marzo 2020; DPCM 8 marzo 2020; DPCM 11 marzo 2020; DPCM 22 marzo 2020; DPCM) che hanno trovato una prima sistematizzazione ad opera del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020, e che è successivamente proseguita con i DPCM 1 aprile 2020, DPCM 10 aprile 2020, DPCM 26 aprile 2020, DPCM 17 maggio 2020. All'interno di questa fascia temporale sono intervenuti anche il D.L. n. 22

una “sperimentazione forzata” della didattica a distanza⁶⁶ (di seguito, DAD), con l’obiettivo di garantire continuità ed effettività al diritto all’istruzione costituzionalmente garantito.

Se sotto il profilo della continuità l’esperienza può dirsi realizzata, con la repentina conversione di tutte le attività didattiche in modalità a distanza (cui giocoforza si è ricollegato il trasferimento in modalità a distanza anche di tutte le riunioni collaterali – come i collegi docenti o gli incontri con i genitori – mediante i quali esiste ed opera la comunità scolastica più sopra, per tratti, delineata), residuano interrogativi sotto il profilo della garanzia dell’effettività del diritto all’istruzione⁶⁷.

Il “condizionamento tecnologico” cui evidentemente si collega la DAD, che richiede come elementi di base la disponibilità di una stabi-

dell’8 aprile 2020 contenente misure urgenti sulla regolare conclusione e sull’ordinato avvio dell’anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato; il D.L. n. 33 del 16 maggio 2020 recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 che, con riferimento alla sospensione dei servizi educativi per l’infanzia e dell’attività didattica in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado rinvia, quanto alle specifiche modalità attuative della stessa, all’art. 2 del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020 e dunque, ancora, allo strumento dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. In tema di svolgimento degli esami di stato in presenza, si rinvia alle tre ordinanze ministeriali del 16 maggio 2020 n. 9, 10 e 11 del 16 maggio 2020 sugli esami di stato del primo e secondo ciclo e sulla valutazione finale delle studentesse e degli studenti, consultabili al seguente url: <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/scuola-pubblicate-le-ordinanze-su-esami-di-stato-e-valutazione-presentate-le-misure-di-sicurezza-per-la-maturita>.

⁶⁶ La didattica a distanza non costituisce un’opzione educativa sconosciuta (per questo motivo, nella presente trattazione, si è utilizzato il concetto di “sperimentazione forzata”). Sono state distinte, secondo una scansione di tipo storico, essenzialmente tre fasi della formazione a distanza: la formazione per corrispondenza; la formazione mediante corsi a distanza su supporti audiovisivi; la formazione attraverso computer e Cd-Rom, ed in modalità interattiva sfruttando le potenzialità insite nella Rete Internet. Per questi specifici riferimenti, cfr. ISFOL, *Glossario di didattica della formazione*, FrancoAngeli, Milano, 1992, p. 117, in cui la formazione a distanza è intesa nel senso di «una strategia formativa che consente di partecipare ad un insieme di attività formative strutturate in modo da favorire una modalità di apprendimento autonomo e personalizzato, discontinuo nel tempo e nello spazio».

⁶⁷ Su questo punto, per una prima ricostruzione, sia consentito rinviare a L. CONTE, *La scuola si è fermata. L’impatto del Covid-19 sui diritti all’istruzione, all’educazione e all’insegnamento*, in A.M. POGGI, F. ANGELINI, L. CONTE, *La scuola nella democrazia. La democrazia nella scuola*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 146.

le connessioni internet ed il possesso di un device (pc, tablet, smartphone) utilizzabile individualmente, impone di riconsiderare ed aggiornare alcuni principi, come quello della gratuità dell'istruzione, non più realizzabili mediante la semplice prestazione di attività quali la «messa a disposizione degli ambienti scolastici, del corpo insegnante e di tutto ciò che inerisce a tali elementi organizzativi»⁶⁸ e, in via subordinata, attraverso la prestazione di beni (come ad esempio i libri di testo).

Nel senso di una attuazione dell'assolvimento del principio della gratuità dell'istruzione sembrano essere le disposizioni contenute nel Decreto legge n. 18/2020 (cosiddetto Decreto Cura Italia, successivamente convertito in L. n. 27/2020) che all'art. 120 prevede apposite misure di sostegno per la didattica a distanza (assegnate sulla base di criteri e parametri individuati con decreto del Ministro dell'Istruzione n. 187 del 26 marzo 2020), in funzione della distribuzione del reddito regionale e tenuto conto della numerosità degli alunni, con uno stanziamento di 10 milioni di euro a favore delle istituzioni scolastiche per il potenziamento della messa a disposizione di strumenti digitali per l'apprendimento a distanza; 70 milioni di euro per mettere a disposizione degli studenti meno abbienti, in comodato d'uso gratuito, dispositivi digitali individuali, anche completi di connettività, per la migliore e più efficace fruizione delle piattaforme per l'apprendimento a distanza; 5 milioni di euro per la formazione on line dei docenti sulle metodologie e sulle tecniche di didattica a distanza.

In questa prospettiva, risultano già in opera soluzioni di maggiore immediatezza⁶⁹, che consistono nella possibilità, per le istituzioni scolastiche di stipulare appositi accordi di rete, anche attraverso l'ampliamento di reti già esistenti, per l'utilizzo ottimale delle dotazioni per la didattica a distanza, attivando reti di solidarietà e di collaborazione tra scuole anche per lo scambio di esperienze e di buone pratiche e per l'utilizzo e l'acquisto condiviso di dispositivi e di strumenti digitali per la didattica a distanza.

⁶⁸ Come prefigurato da Corte cost., n. 7/1967, punto n. 3 del Considerato in Diritto.

⁶⁹ Individuate in sintesi all'interno della nota del Ministero dell'Istruzione n.562 del 28 marzo 2020.

Nel momento in cui viene a mancare, prima di tutto nella sua materialità, l'ambiente scolastico, rileva in tutta la sua evidenza il (doloroso) crollo di un sistema che si fonda su di una intrinseca socialità, non riproducibile mediante metodologie didattiche a distanza.

Di più, la DAD interferisce (in modo imprevedibile e non voluto, a differenza della istruzione parentale) con la strutturazione della vita quotidiana in famiglia, con le condizioni economiche, sociali e lavorative in cui versano i genitori, con la suddivisione interna dei tempi di lavoro e di cura, amplificando le condizioni ineguali di partenza che la scuola aperta tutti, innanzitutto come ambiente fisico, accessibile e neutrale rispetto ad esse, ha l'obiettivo di rendere, attraverso l'assolvimento dell'obbligo di istruzione, progressivamente irrilevanti⁷⁰.

La contemporanea predisposizione di misure di emergenza (come l'incentivazione del lavoro agile, la previsione di un *bonus baby sitter* per le famiglie in cui entrambi i genitori risultano occupati, l'estensione dei congedi parentali)⁷¹ non risulta pienamente coordinata

⁷⁰ E ciò in contrasto con le previsioni contenute già in un documento di epoca risalente, ma valide ancora per l'attualità, per cui: «[c]ome conseguenza delle azioni caratteristiche dello "stato sociale", si afferma dunque l'esigenza di una continua rinegoziazione delle responsabilità delle diverse istituzioni (famiglia, mercato, apparato dei pubblici servizi, altre forme di intervento propriamente sociali) nella divisione sociale del benessere», COMMISSIONE NAZIONALE PER I PROBLEMI DELLA FAMIGLIA, *Problemi e bisogni della famiglia. Rapporto del I gruppo di lavoro*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1983, p. 21. Sottolinea come «una eventuale *reformatio in peius* dei diritti sociali» attraverso la loro eliminazione o anche il semplice depotenziamento potrebbe determinare «uno stravolgimento ancor più radicale della forma di Stato perché intaccherebbe la stessa essenza di una liberal-democrazia» L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 1/1995, p. 45. Sui «rischi» che porta con sé una «riduzione» del dibattito sui diritti e sul welfare (in atto anche al di là della più ristretta area eurolunitaria) ad una riflessione esclusivamente incentrata su sulla sostenibilità finanziaria dei diritti medesimi», v. L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *www.gruppodipisa.it*, p. 2, della versione riveduta e aggiornata (al 1° settembre 2012) della relazione presentata al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa sul tema: *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012.

⁷¹ Misure introdotte attraverso la decretazione d'urgenza – in particolare, attraverso il D.L. n. 18/2020 (conv. in l.n. 27/2020) c.d. Decreto Cura Italia – nella prospettiva dell'acquisizione di un carattere strutturale per la durata del periodo di emergenza.

con il vero e proprio cataclisma che si è abbattuto sul sistema dell'istruzione, generando condizioni di emergenza educativa non immediatamente percepite rispetto alla drammaticità della situazione sanitaria, ma potenzialmente foriere di effetti negativi (non sono ancora oggi noti i dati sulla dispersione scolastica, da considerarsi tuttavia presumibilmente in aumento) e di disequilibri all'interno della famiglia (con particolare riferimento al carico di lavoro femminile, su cui tradizionalmente grava anche l'attività di supporto ai figli negli adempimenti collaterali collegati alla DAD: maggiori, diversi, tutti da definire, non limitabili alla mera dimensione dei compiti a casa), proiettata su malgrado in una dimensione di collaborazione e responsabilità nella gestione dell'attività scolastica e dunque nella realizzazione il più possibile piena del diritto all'istruzione nel contesto dell'emergenza.

CAPITOLO V

I DIBATTITI PIÙ RECENTI

SOMMARIO: 1 Il principio dei *best interests of the child* e la sua valenza in ambito interpretativo. – 2. Un convitato di pietra: l'ordine pubblico. – 3. Mater semper certa est/erat? – 4. Evoluzione della coscienza sociale e principio di certezza del diritto.

1. *Il principio dei best interests of the child e la sua valenza in ambito interpretativo*

Il principio dei *best interests of the child* (da intendersi nella loro pluralità e complessità), maturato per fornire una sorta di modello di valutazione preminente degli interessi dei minori rispetto ad altri eventualmente in considerazione all'interno di un giudizio – e che indubbiamente continua a fornire un criterio di primaria importanza nell'assunzione delle decisioni da parte dei giudici a tutti i livelli¹ – registra tuttavia anche un ambito di utilizzo anomalo, che in questa sede definiremo come utilizzo in chiave interpretativa².

L'emersione di questo secondo (ma non secondario) ambito di utilizzo è risultata particolarmente evidente nelle pronunce che hanno ad oggetto lo *status filiationis* di minori collocati all'interno di famiglie che hanno optato per modalità di riproduzione di tipo artificiale. La

¹ Per un'analisi aggiornata di questo principio si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di Diritto civile*, 2/2018, p. 405 e ss.

² L'accezione dell'utilizzo del *best interest of the child* qui definito “in chiave interpretativa” si colloca in una posizione mediana tra la acquisizione di senso e significato che tale principio riceve nella concretezza del caso (e che costituisce dunque il “precipitato” derivante dalla sua enunciazione come regola di giudizio convenzionalmente condivisa) e il suo utilizzo in chiave quasi “magica” o comunque “taumaturgica”, su cui v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, la couple*, PUF, Thémis droit privé, 2002, p. 85 e L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista italiana di diritto civile*, 2016, p. 1086 e ss.

dimensione di artificialità nel procurarsi una discendenza non è sconosciuta all'ordinamento, basti pensare alla disciplina in tema di adozione di minori di età, rispetto alla quale si potrebbe affermare che la valutazione dei *best interests of the child* è consustanziale a quella, presidiata da idonee garanzie legislative e procedurali, dell'idoneità genitoriale dei soggetti candidati.

La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e la surrogazione di maternità, nella misura in cui si configurano come tecniche di riproduzione in grado di porre rimedio all'impossibilità procreativa, costituiscono strumenti di cui possono usufruire, nella realizzazione di un progetto genitoriale non soltanto coppie eterosessuali, ma anche coppie formate da persone dello stesso sesso.

Le questioni che si pongono in proposito sono essenzialmente due, e attengono da un lato alla "forma" della famiglia in cui maturi il progetto procreativo, dall'altro alla possibilità da parte del soggetto nato di poter compiere un percorso di raccolta di informazioni in merito alla propria origine genetica.

Alla rigidità (o tendenziale rigidità) del contesto normativo si contrappone una maggiore permeabilità del contesto giurisprudenziale.

La valutazione dei *best interests of the child* è infatti stata condotta in giudizi aventi ad oggetto casi di pma eterologa da parte di coppie omosessuali femminili (non ammessa ai sensi della l. n. 40 del 2004, come ribadito anche dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 221 del 2019) e casi di surrogazione di maternità (vietata ai sensi dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004) sia da parte di coppie eterosessuali sia da parte di coppie omosessuali maschili, da cui sono nati minori.

Come sottolineato anche dalla giurisprudenza di merito più recente, nel valutare l'interesse dei minori alla continuità della filiazione è necessario distinguere tra «status nascente» e «status in essere»³.

In sostanza, vi è una differenza tra il giudizio sulla trascrizione di un atto che attesta l'esistenza di un legame di filiazione sorto in difformità rispetto a quanto previsto dalla legislazione nazionale (e rispetto al quale il parametro da utilizzarsi è quello della valutazione

³ Su questo punto, v., da ultimo, le sentenze del Tribunale ordinario di Roma, sezione I civile, n. 2991 e n. 3017 del 11 febbraio 2020, entrambe pubblicate in www.articolo29.it.

dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 64 della l.n. 218 del 1995) e il giudizio relativo ad un'azione di status (ai sensi dell'art. 263 c.c.) ove sia già stato formato un atto di nascita, anche in seguito all'adozione di condotte illecite e penalmente sanzionate.

Si tratta di una distinzione che trova il suo fondamento da un lato nella sentenza della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019, resa a Sezioni Unite; dall'altro nella sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017.

Ai sensi della sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con cui si accerti il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004), che costituisce «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione». Si ritiene che tali valori, possano «non irragionevolmente» essere «ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione», ferma restando la possibilità di conferire in ogni caso rilievo al rapporto genitoriale, «mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983».

All'interno della pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2017 (che aveva ad oggetto una questione di legittimità costituzionale inerente l'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso) il principio del *favor veritatis* (in una certa misura presidiato dalla contrarietà all'ordine pubblico relativamente a pratiche procreative non ammesse) risulta attenuato, poiché viene in considerazione la possibilità della rimozione di uno status già riconosciuto e verosimilmente consolidatosi nel tempo, cui si ricollega una condizione identitaria già acquisita dal minore.

Significativamente, a questo proposito la Corte rileva come vi siano casi in cui «la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a se-

guito di fecondazione eterologa». In altri casi «il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata». Ma – aggiunge la Corte – «l'interesse del minore non è per questo cancellato»⁴.

La presenza di queste due differenti direttrici interpretative suggerisce un utilizzo “temperato” del principio del preminente interesse del minore, anche in relazione alle modalità con cui allo stesso venga conferito lo status di figlio e ferma restando la possibilità che venga attribuita rilevanza al rapporto con il genitore di intenzione mediante il ricorso all'adozione in casi particolari.

Si tratta di un approccio sostanzialmente coerente con la giurisprudenza della Corte EDU e, da ultimo con il parere consultivo reso dalla stessa in seguito ad interpello da parte della Court de Cassation (su cui si avrà modo di tornare, *infra*).

Il rilievo attribuito ad un a valutazione in concreto dei *best interests of the child*, in questo contesto, appare presidiato da sufficienti garanzie, senza far assumere ad esso il ruolo di «principio tiranno»⁵ ed onnicomprensivo, in grado di poter in qualche misura legittimare derive interpretative giurisprudenziali anche in relazione al concetto di ordine pubblico⁶.

⁴ Corte cost., n. 272/2017, punto 4.2. del Considerato in Diritto.

⁵ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 102 e ss.

⁶ G.P. DOLSO, *Giudici e costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto Pubblico*, 2/2018, p. 335 e *passim*, che analizza con particolare attenzione il percorso argomentativo svolto dalla Corte di Cassazione in una pronuncia (la n. 19599 del 21 giugno 2016, relativa ad caso di due donne, una cittadina spagnola e l'altra italiana che avevano contratto matrimonio in Spagna, risultando secondo la legislazione di tale stato entrambe madri del minore concepito con fecondazione assistita eterologa di tipo incrociato – a cui entrambe le parti della coppia avevano partecipato, l'una donando l'ovulo e l'altra portando avanti la gravidanza – e che congiuntamente chiedevano la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del minore, cittadino spagnolo, conseguentemente rifiutata dall'Ufficiale dello Stato civile per ragioni di ordine pubblico) in cui viene accolta una nozione di ordine pubblico «correlato più alla tavola dei valori costituzionali che al sistema della legislazione ordinaria», suscettibile di «dare luogo a problemi applicativi se non altro nel senso che potrebbe dare l'impressione che si tratti di un concetto che viene via via elaborato, precisato, definito, “conformato” in modo funzionale alla risoluzione del caso *sub iudice*, con tutti i

Nel 2019 (sent. n. 237/2019) la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi su di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 449 c.c., 29, comma 2, del D.P.R. n. 396/2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*), l'art. 250 c.c. gli artt. 5 e 8 della legge n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), la cui azione combinata non appare consentire all'ufficiale di stato civile di formare l'atto di nascita di un bambino, cittadino straniero, con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, qualora ciò sia corrispondente allo *status* a questo riconosciuto dalla sua legge nazionale, applicabile in base all'art. 33 della legge n. 218/1995.

Il presupposto su cui si basa l'ordinanza del giudice *a quo* è che nell'ordinamento italiano risulti precluso formare un atto di nascita recante al suo interno l'indicazione di due genitori dello stesso sesso. E ciò in ragione di una norma di applicazione necessaria (ai sensi dell'art. 17 della legge n. 218 del 1995, che identifica tali norme come le norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera) che osterebbe all'applicazione del criterio di collegamento stabilito all'art. 33 della legge n. 218/95, in base al quale “lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita”.

Nell'interpretazione fornita dal giudice *a quo* – rileva la Corte costituzionale – non risulta chiaro quali siano in concreto le norme di applicazione necessaria che osterebbero alla formazione dell'atto. Da ciò deriva la pronuncia di inammissibilità per irrisolta alternatività dell'oggetto della questione, identificabile come «(a) la stessa norma interna sulla eterogenitorialità, di cui egli presupponga, e chiedo a questa Corte di rimuovere, la necessaria applicabilità in sede di formazione (ma non anche, peraltro, di trascrizione) dell'atto di nascita di un minore cittadino straniero; ovvero [come] (b) una norma sulla “azione amministrativa”, regolatrice dell'attività dell'ufficiale di stato civile, che gli impedirebbe di formare l'atto di nascita di un minore

dubbi che tale *modus procedendi* determina».

straniero in cui si riconosca al medesimo uno status previsto dalla sua legge nazionale, ma non da quella italiana»⁷.

L'aspetto che qui maggiormente interessa è costituito dal fatto che nella questione di legittimità così posta, il principio dell'ordine pubblico risulta sullo sfondo (perlomeno, nell'ottica di una sua trattazione generale) e il tema appare riguardare la questione "tutta italiana" relativa alla formazione dell'atto all'interno dell'ordinamento alla luce della normativa nazionale: escludendo, da un lato, la considerazione dello *status* di figlio legittimamente acquisito all'estero dal minore; dall'altro⁸, obliterando ogni valutazione in tema dei *best interests* di cui sia portatore (che non dovrebbero tollerare una minore considerazione in ragione del rapporto giuridico intercorrente tra i genitori)⁹.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, la Corte costituzionale rileva anche come all'interno dell'ordinanza di rimessione non siano state considerate le disposizioni, maggiormente attinenti al tema dell'incidente di costituzionalità, con cui il legislatore ha individuato le norme di applicazione necessaria nella specifica materia della filiazione, cioè gli artt. 33, comma 4, e 36-*bis* della legge n. 218 del 1995.

⁷ Corte cost., sent. n. 237/2019, punto n. 3.2.1 del Considerato in Diritto.

⁸ L'identificazione di norme di applicazione necessaria precede la valutazione sulla legge straniera applicabile in concreto rendendola dunque, sostanzialmente superflua. Su questo punto v. A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in *articolo29.it* (28 maggio 2018) e L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020 (3 marzo 2020), p. 253.

⁹ In senso dubitativo, C. CAMPIGLIO, *La genitorialità della coppie same sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e Diritto*, 10/2018, p. 927, che rileva come il concetto di interesse superiore del minore sia elastico e influenzato dalla cultura nazionale, non imponendo agli Stati di dotarsi «di un diritto alla filiazione *gender neutral* e conseguentemente di riconoscere sempre atti/provvedimenti stranieri e di applicare leggi straniere che riconoscano l'omogenitorialità», fermo restando che non è lecito negare lo status di figlio unicamente nel caso in cui la nascita sia avvenuta in violazione di divieti legislativi, «violazione a cui il nato è peraltro estraneo», *ivi*, p. 928. Sembra andare in questa direzione anche il Regolamento CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, che prevede che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non siano riconosciute se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto.

In particolare l'art. 33, comma 4, (nella versione risultante dalla modifica operata con la riforma della disciplina della filiazione degli anni 2012-2013) prevede che sono norme di applicazione necessaria le norme interne che sanciscono l'unicità dello *status* di figlio, che nulla dispongono in merito alla eterosessualità o meno dei genitori¹⁰.

2. *Un convitato di pietra*¹¹: l'ordine pubblico

Giunti a questo punto, e cominciando a raccogliere le fila di una riflessione costituzionalmente orientata del concetto di famiglia, alla luce dei rilevanti mutamenti che ancora lo coinvolgono, risulta necessario soffermarsi più approfonditamente sulla nozione di ordine pubblico¹².

¹⁰ Su questo profilo, v. A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, p. 388.

¹¹ L'utilizzo del concetto di "convitato di pietra" non è nuovo nell'ambito della dottrina giuridica. Questa metafora dall'indubbio potere evocativo (la cui origine è collegata ad una commedia del XVII secolo, *El burlador de Sevilla y convidado de piedra*, attribuita a Tirso de Molina) è stata più recentemente utilizzata da R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018 (30 dicembre 2018), p. 636, con riferimento alla posizione del legislatore e all'esigenza di puntare ad un miglioramento delle sue prestazioni, in particolare relativamente alla «lentezza con cui questi fa fronte alle rivendicazioni sociali dei diritti» e alla «pessima qualità delle leggi che grava (...) i giudici del compito di chiarirne il significato». In questa sede essa invece fa riferimento alla nozione di ordine pubblico in ragione del peso che può assumere nella determinazione del livello di resistenza posto dall'ordinamento interno rispetto alla compiuta definizione del concetto di famiglia.

¹² Per una definizione del concetto di ordine pubblico si richiamano, per la considerazione che hanno avuto nella redazione di questo scritto e pur nella consapevolezza che si collocano all'interno di una panorama bibliografico decisamente più ampio, L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto*, XII, Utet, Torino, 1965; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967; G. CORSO, *Ordine pubblico* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè, Milano, 1980; G. DE VERGOTTINI, *Ordine pubblico* (voce) in *Dizionario di politica*, diretto da N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Utet, Torino, 1983; A. CERRI, *Ordine pubblico* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990; F. ANGELINI, *Ordine pubblico* (voce) in *Dizionario diritto pubblico* diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano, 2006. Sulla distinzione tra

La vicenda giurisprudenziale che ha determinato la pronuncia della Corte costituzionale poco sopra richiamata (n. 237/2019), pur nell'incertezza nella definizione dell'oggetto della questione, ossia di quel complesso di norme che "virtualmente" impedirebbero nell'ordinamento italiano la formazione di un atto di nascita legittimamente riconosciuto dalla legislazione estera, è significativa. Proprio l'incertezza in merito alla qualificazione delle norme ad applicazione necessaria, pur nella singolarità del caso di specie, suggerisce infatti la difficoltà di una chiara identificazione di univoci elementi ordinamentali ostili ad una legittimazione di forme familiari eccentriche rispetto a quella "tradizionale".

Limitando la nostra indagine al profilo dell'esistenza – per usare le parole della Corte – di una norma interna sull'eterogenitorialità, gli indici normativi che ostano al riconoscimento di una genitorialità omosessuale in effetti appaiono plurimi, a partire dai riferimenti codicistici che si riferiscono al "padre" e "madre", "moglie" e "marito" (artt. 231, 243 *bis*, 250, comma 1, 269 cc.) e attribuiscono considerazione al vincolo matrimoniale (riservato alle sole coppie eterosessuali come ribadito da ultimo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2020) sia con riferimento all'adozione (art. 6, comma 1, l. 184/1983) sia con riferimento all'accesso alla pma (art. 5, l. 40/2004), risultando il dato della convivenza di fatto rilevante solo in relazione alla valutazione della stabilità temporale di un vincolo comunque considerato soltanto come intercorrente tra persone di sesso diverso.

In realtà il quadro appare un poco più complesso di come appena

ordine pubblico in senso materiale e ideale, v. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963, p. 113 e ss., con particolare riferimento alla distinzione tra un concetto materiale ed ideale di ordine pubblico, l'uno avente carattere storico e sociologico, l'altro avente carattere più specificamente giuridico, attinente al rispetto dei principi cui l'ordinamento ricollega la sua stessa sopravvivenza e F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007, p. 26 e ss. che precisa la distinzione intercorrente tra le categorie di ordine pubblico in senso materiale ed ordine pubblico in senso ideale, definendo in particolare quest'ultimo (a sua volta scomponibile nelle accezioni di ordine pubblico ideale interno ed ordine pubblico ideale internazionale) come l'insieme «di valori e principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato».

sopra delineato. Il comma 20 dell'art. 1 della legge che disciplina le unioni civili (l.n. 76 del 2016), opera infatti un rinvio alle disposizioni in tema di matrimonio, ritenendole dunque applicabili anche all'unione civile, ma precisa tuttavia che debbono ritenersi escluse quelle in tema di paternità, maternità e adozione legittimante. Fermo dunque restando il divieto di applicazione automatica esplicitamente sancito da tale comma, è stato attentamente rilevato come non risulti in via di principio un'applicazione delle stesse in via analogica¹³, sulla scorta peraltro di una regola di giudizio già individuata nella sentenza n. 138 del 2010, laddove si paventa l'ipotesi di realizzazione di circostanze di fatto che possano deporre nel senso di una disciplina dell'unione omosessuale in senso omogeneo al matrimonio, come peraltro già a suo tempo avvenuto tra matrimonio e convivenze *more uxorio*. E questo a maggior ragione in presenza di prole rispetto a cui, per consolidata giurisprudenza, deve qualificarsi come giuridicamente indifferente la tipologia di vincolo intercorrente tra i soggetti della coppia che ha dato vita al progetto genitoriale.

La definizione del concetto di ordine pubblico è stato oggetto, con particolare riferimento alle più recenti pronunce di legittimità in tema di riproduzione artificiale, di quella che è stata definita una «trasfigurazione»¹⁴ operata, in particolare, attraverso la sentenza della Corte di

¹³ Su questo punto, v. A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, cit., § 3 e dottrina ivi richiamata, in cui si rileva anche, con riferimento alla non predicabilità di una "indifferenza" della disciplina delle unioni civili rispetto alla filiazione e nella particolare ipotesi di scioglimento dell'unione civile, la presenza, al comma 25 dello stesso art. 1 della l. n. 76/2016, di un rinvio espresso alla legge n. 898 del 1970 in tema di scioglimento del matrimonio e al D.L. n. 132/2014, nonché alle ulteriori disposizioni di legge che contemplano l'esistenza di figli comuni.

¹⁴ Così C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" a diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 119. Su Cass., n. 19599/2016, v. anche G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, cit., p.190 ss. e O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, cit., p. 169 e ss.

Cassazione n. 19599 del 2016, che ha per un certo tempo assunto un significativo valore interpretativo (almeno, fino alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 12193 del 2019)¹⁵. Attraverso tale pronuncia è stata accolta una definizione di ordine pubblico (internazionale) qualificata da una maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11, e 117, primo comma, della Costituzione», che meglio possa esprimere «principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne»¹⁶.

Deve notarsi che l'utilizzo del limite dell'ordine pubblico con riferimento alle nuove forme che possono assumere i legami di tipo familiare e la sua valutazione da parte della Corti non costituisce un problema nuovo. Su questo punto era già intervenuta la Corte di Cassazione con una pronuncia assai nota e commentata¹⁷. In tale caso era assente il profilo della filiazione e dunque l'utilizzo in chiave argomentativa-interpretativa del principio del *best interest of the child*.

In tale pronuncia, che pure assoggettava ad una rivisitazione in chiave critica la nozione di ordine pubblico, esso tuttavia non risultava messo in discussione nella sua natura di «limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna»¹⁸.

A livello di diritto positivo, la nozione di ordine pubblico compare all'interno della l. n. 218 del 1995 di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato all'art. 16, comma 1, che attiene al criterio di applicazione della legge straniera (da ritenersi esclusa nel caso di contrarietà degli effetti della stessa all'ordine pubblico) e agli articoli 64 e 65 che subordinano alla non contrarietà all'ordine pubblico il ri-

¹⁵ A questo proposito si segnala Cass. civ. n. 14878 del 2011. A livello di giurisprudenza di merito, v. Corte Appello di Milano del 28 ottobre 2016; Corte di Appello di Trento del 2 febbraio 2017; Cass. n. 12962 del 2016; Cass. n. 14878 del 2017; Trib. Di Firenze 7 marzo 2017; Trib. Di Firenze 8 marzo 2017 e, per cenni più generali, cfr. G. COLLURA, *Le famiglie degli affetti e le nuove genitorialità*, in *Rassegna di Diritto civile*, n. 1/2018, p. 37 e ss. e U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità* in *Nuova. giur. civ. comm.*, 4, 2019, p. 740.

¹⁶ Corte di Cassazione, n. 19599 del 2016, § 7.

¹⁷ Corte di Cassazione, n. 4184 del 2012, riguardante il tema della trascrizione di unioni omosessuali contratte all'estero, su cui v. anche *infra*, in nota n. 30.

¹⁸ Così Corte di Cassazione, n. 24001, § 3.1.

conoscimento delle sentenze straniere e l'efficacia in Italia di provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità.

È significativo notare come la nozione di ordine pubblico accolta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 19599/2016 riconduca la valutazione di quest'ultimo ad un giudizio di tipo astratto e "virtuale" di compatibilità della normativa straniera (e dell'atto formatosi in ragione di quella, e dunque delle situazioni giuridiche anche soggettive da esso scaturenti) con i principi costituzionali, determinando, nei fatti, la irrilevanza, in concreto, della legislazione ordinaria vigente.

Quest'ultima, paradossalmente, non viene infatti presa in considerazione, dal momento che (sempre in astratto) al legislatore non risulterebbe ipoteticamente precluso introdurre una normativa analoga a quella straniera. Ossia, in altre parole, gli elementi di "ordine pubblico" determinati dalla legge (o da un complesso normativo) nazionale sono superabili nella misura in cui essi non siano pienamente riconducibili ai «valori essenziali dell'ordinamento interno», da valutarsi comunque «in armonia con quelli della comunità internazionale»¹⁹.

Rispetto ad un impianto argomentativo di questo tipo, è necessario scindere il piano si potrebbe dire "strategico", relativo alla soluzione del caso concreto, con quello analitico e di sistema, che inquadra gli effetti che una pronuncia di questo tipo può produrre nei confronti dell'ordinamento.

Non è dubbio che l'esigenza di garantire certezza e portabilità dello *status* di figlio ad un soggetto nato ed inserito all'interno di una famiglia regolarmente formatasi come tale sulla base del diritto straniero possa imporre ai giudici del caso concreto alcune forzature interpretative, anche in relazione alla delicatezza e all'urgenza delle questioni ad essi sottoposte.

In questa sede, tuttavia, appare importante provare a ripristinare un poco di ordine all'interno di un contesto argomentativo decisamente confuso, che in relazione alla configurazione del limite dell'ordine pubblico richiama impropriamente alcune categorie della giustizia costituzionale (come la valutazione tramite un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, e la presenza o meno di «ri-

¹⁹ Corte di Cassazione, n. 19599 del 2016, § 7.

me costituzionali obbligate»²⁰), con il rischio di operare pericolose svalutazioni di significato.

In dottrina è stata utilizzata, per definire il concetto di ordine pubblico, la metafora del recinto: una delimitazione spaziale volta a evitare «la contaminazione di un dato ordinamento con elementi di ordinamenti giuridici altri», qualora essi possano «inquinar[ne] i profili qualificanti²¹».

L'immagine, senza dubbio evocativa, sembra tuttavia trascurare come l'esistenza di tale recinto non possa risolversi in una aprioristica chiusura a soluzioni normative adottate all'interno di altri ordinamenti, ma viceversa implichi una continua rielaborazione e rimediazione del proprio patrimonio normativo interno. Ad esito della quale, potrebbero anche attivarsi meccanismi di apertura.

Si tratta tuttavia di un recinto che non sembrerebbe tollerare indebite forzature né dall'esterno né tantomeno provenienti dal suo interno, ma il cui meccanismo di apertura si regola e funziona se ben oleato da un corretto funzionamento "di sistema".

Si ritiene a questo proposito che l'ordine pubblico funga perciò da "convitato di pietra" (e cioè da presenza incombente ed ineliminabile) rispetto all'esercizio della discrezionalità legislativa.

Essa, al pari dei principi costituzionali, concorre alla determinazione dell'ordine pubblico ideale (e ciò tanto sul versante interno quanto su quello internazionale), conformando l'ordinamento in un dato periodo storico e sancendo la misura dell'ottimale bilanciamento anche e soprattutto su tematiche controverse in cui vengano in rilievo (ed eventualmente confliggano) "beni" costituzionali diversi.

In questo senso, la potenziale operatività del principio dell'ordine

²⁰ Come rilevato da G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, cit., p. 336, per il quale «ragionare di "principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale", di "nucleo essenziale di valori nel nostro ordinamento" e contestualmente evocare un limite per il legislatore ordinario non è in sintonia con la consolidata giurisprudenza costituzionale che, quando ha fatto uso di simili terminologie, ha inteso fare riferimento a quelli che sono stati identificati come i "controlimiti", un manipolo ristretto ed essenziale di principi, raramente oggetto di esemplificazione da parte della Corte costituzionale, e che rappresenta - no un limite non solo per il legislatore ordinario ma anche per quello costituzionale».

²¹ Così C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 121.

pubblico costituisce un elemento che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, deve tenere presente e che, come un convitato di pietra, incombe.

La concreta operatività di quest'ultimo, infatti, dipende dal grado di completezza e di coerenza raggiunto dall'ordinamento interno. È possibile, in questa prospettiva, individuare l'ipotesi di un ordinamento che sappia, a monte, determinare percorsi adeguati per espungere normative interne non (o non più) coerenti con i principi costituzionali. Oppure, come nel caso della disciplina delle unioni civili e dei relativi decreti attuativi, che abbia determinato criteri di orientamento nell'applicazione automatica o analogica delle disposizioni, identificando le condizioni perché possa determinarsi la trascrizione (in altra forma giuridica riconosciuta dall'ordinamento) di vincoli attinenti a istituti giuridici (come il matrimonio) che prevedano requisiti soggettivi non compatibili con quelli previsti dall'atto straniero.

In base a questa impostazione, l'applicazione del principio della non contrarietà all'ordine pubblico (in veste di convitato di pietra) si traduce in una necessaria, continua e penetrante valutazione – operata in primo luogo dai giudici di merito e di legittimità – sulla completezza e coerenza dell'ordinamento interno rispetto ai principi costituzionali e sulla capacità da parte di quest'ultimo di fornire la migliore risposta possibile all'ingresso o meno di atti formati all'estero (o rispetto alla formazione degli stessi atti in Italia, scaturente da azioni legittimate ai sensi della disciplina estera).

Gli esiti di tale valutazione non sembrano suscettibili di intervenire nei sensi di una interpretazione svalutativa del concetto di ordine pubblico, quanto piuttosto appaiono funzionali alla attivazione di meccanismi di controllo di legittimità costituzionale, vera e propria valvola di sistema per rimediare ad utilizzi aberranti della discrezionalità legislativa.

In questa prospettiva sembra collocarsi una recente ordinanza interlocutoria della prima sezione della Corte di Cassazione, mediante la quale è sollevata una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli «artt. 12, comma 6 della l. n. 40/2004, 18 del dpr 396/2000, 64, comma 1, lett. g. della l. n. 218/1995 se interpretati alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019, laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico, fissato in linea gene-

rale e astratta dal legislatore, la possibilità del riconoscimento, ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito – quale genitore di intenzione – nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero nato con le modalità della gestazione per altri»²².

I fatti di causa da cui si origina l'ordinanza attengono al ricorso del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona avverso la pronuncia con cui la Corte di appello di Verona, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto il ricorso contro il rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile del Comune di Verona a due uomini, cittadini italiani coniugati in Canada, di trascrivere l'atto di nascita di un minore nato in Canada. In tale atto si attesta che è figlio dei genitori ricorrenti, nato mediante le tecniche della maternità surrogata (nel caso di specie, mediante ovodonazione da parte di una donatrice anonima e successivo impianto dell'embrione fecondato con i gameti dell'uomo della coppia in altra donna "portatrice" non anonima).

Il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile si fondava sul fatto che esisteva già un atto di nascita trascritto (l'atto di nascita formato dalle Autorità canadesi in cui si indicava il padre biologico del minore come unico genitore; rispetto a tale atto era poi intervenuta una modifica in seguito una sentenza da parte della Suprema Corte della British Columbia in cui si dichiaravano genitori entrambi gli uomini), sia per l'assenza di dati normativi certi e precedenti nella giurisprudenza di legittimità favorevoli a tale richiesta.

Il Collegio, nel ritenere sussistenza dei presupposti per rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale, valorizza in particolare l'intervenuto parere consultivo del 10 aprile 2019 della Grande Chambre della Corte EDU, reso ai sensi del Protocollo

²² Corte di Cassazione, sez. I civile, n. 8325 del 29 aprile 2020. Il testo dell'ordinanza è consultabile al seguente url: <https://www.biodiritto.org/Biolawpedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-Prima-Sezione-Civile-Ordinanza-n.-8325-2020-Questione-di-legittimita-costituzionale-maternita-surrogata-riconoscimento-della-legame-di-filiazione-tra-genitore-di-intenzione-e-minore>. L'inciso riportato si trova alle pagine 8 e 9 dell'ordinanza. Per un primo commento, v. F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

n. 16 allegato alla CEDU (entrato in vigore il 1 ottobre 2018, ma non ancora reso esecutivo dall'Italia)²³.

Tale strumento (nel caso di specie attivato tramite interpello promosso dall'Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese) si configura come un giudizio preventivo ed astratto, ed ha l'obiettivo di fornire un ausilio ai giudici nazionali attraverso il chiarimento del contenuto delle norme convenzionali.

Dall'esame del parere consultivo non vincolante della Grande Camera della Corte EDU, emergono essenzialmente due profili di conflitto «non superabili con la situazione del diritto vivente in Italia», così come configurato dalle SS. UU.

Il primo attiene alla considerazione del divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico, prevalente a priori sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale.

Il secondo riguarda la mancata garanzia fornita dalla disciplina dell'adozione di cui all'art. 44, comma 2, lett d) della l. n. 184 del 1983 in riferimento alla preminenza dell'interesse del minore al riconoscimento di uno *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero.

L'adozione in casi particolari – rileva infatti il Collegio – non garantisce i requisiti individuati dal parere reso ai sensi del Protocollo n. 16 consistenti nella celerità ed effettività dell'attribuzione dello *status filiationis* idonei a qualificarla come modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore.

In sostanza, attualmente opererebbe un diniego del riconoscimento in astratto per via legislativa (operante tramite il *medium* del divieto di maternità surrogata) senza che possano essere adeguatamente prese

²³ Per una rassegna dei primi commenti, v. A.M. LECIS, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *www.diritticomparati.it* (9 maggio 2019); M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, 3/2019, p.181 ss. e O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. fonti*, 2/2019, in particolare p.13 e ss.

in considerazione le caratteristiche del caso concreto portato all'attenzione del giudice.

La prima sezione della Corte di Cassazione individua la pronuncia n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite come espressione (nonché essa stessa “ontologicamente”, fondazione²⁴) di un diritto vivente che, nel promanare dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità, non risulta superabile per l'impossibilità di offrire un'opzione interpretativa difforme.

Sulla base di queste premesse, tra le tre vie prospettate dall'art. 374, comma 3, del c.p.c., consistenti nella possibilità di formulare un'ordinanza interlocutoria alle Sezioni Unite; oppure nel conformarsi all'orientamento espresso dalle stesse, deve inserirsi anche la possibile attivazione dell'incidente suscettibile a condurre ad una declaratoria di incostituzionalità²⁵.

Gli articoli costituzionali richiamati come parametro sono gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. (con peculiare riferimento ai principi di uguaglianza e non discriminazione in relazione alla nascita) e l'art. 117, co. 1 in relazione all'art. 8 CEDU (nonché alla Convenzione di New York e alla Carta di Nizza art. 24).

L'ordinanza muove dunque una critica alla indebita sovrapposizione del divieto di maternità surrogata (considerato quale espressione dell'ordine pubblico) al diritto del minore alla conservazione di uno *status filiationis* pieno, auspicando un «necessario abbandono della logica sanzionatoria con riferimento alle questioni di status»²⁶.

Nel prendere le mosse dal punto di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nel 2019 nel sancire il contrasto con l'ordine pubblico del riconoscimento del provvedimento straniero che legittimi gli effetti in tema di genitorialità di un accordo di surrogazione ex art. 64, comma 1, lett. g) della l. n. 218/95, il Collegio critica la qualificazione della legge n. 40/2004 come “costituzionalmente necessaria” e la considerazione

²⁴ La possibilità di non uniformarsi al diritto vivente – sempre ammessa per il *giudice a quo* (v. Corte cost., sent. n. 350 del 1997), a giudizio del Collegio risulta preclusa di fronte ad una pronuncia – quale quella delle SS. UU., volta “ontologicamente” a formare il diritto vivente.

²⁵ Come precisato, ammettendo così questo percorso interpretativo, da Corte cost., n. 3/2015.

²⁶ Così Corte di Cassazione, ordinanza n. 8235 del 29 aprile 2020, p. 29.

del divieto penale in essa contenuto quale espressione di un superiore principio di ordine pubblico in grado di affievolire (o comunque, da sottoporsi a bilanciamento con) il principio del superiore interesse del minore, comunque tutelabile attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 2, lett. d) della legge n. 184 del 1983.

La prima sezione della Corte ha, pertanto, il merito di avere attivato un percorso volto alla sollecitazione della Corte costituzionale nella definizione di un concetto di ordine pubblico non pregiudizievole del diritto del minore (che abbia acquisito lo status di figlio secondo tecniche di procreazione legalmente ammesse all'estero) alla conservazione della pienezza di tale status anche nei confronti del genitore di intenzione²⁷.

Così posta, la questione di legittimità costituzionale tuttavia presenta gli stessi elementi di "indebita sovrapposizione" tra divieto di maternità surrogata e diritto alla conservazione di uno *status filiationis* pieno da parte del minore concepito all'estero mediante tale tecnica, che si riflettono su un *petitum* complesso, attinente alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004, dell'art. 118 del dpr 396/2000 (per quanto in questo caso trattasi di fonte secondaria), e dell'art. 64, comma 1, lett. g. della l. n. 218/1995 per come interpretati alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019.

Fermo restando il divieto di maternità surrogata a fini commercia-

²⁷ Su questo profilo, merita una segnalazione la recente pronuncia di inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Venezia in relazione alla legge sulle unioni civili e al decreto su gli atti dello stato civile (Comunicato della Corte costituzionale del 21 ottobre 2020, *Unioni civili: spetta al legislatore stabilire se due donne possono essere registrate come madri del figlio nato in Italia ma concepito all'estero con fecondazione eterologa*). In tema, e con specifico riferimento alla distinzione tra riconoscimento di atto di nascita straniero e formazione dell'atto di nascita secondo il diritto interno, cfr. le osservazioni di G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, cit., § 2, che rileva come «in definitiva, il problema non è la formula: è lo stato del figlio. Non ci si può fare scudo della formula per eludere la questione di fondo: nell'attuale sistema della filiazione è ammissibile l'accertamento della maternità nei confronti, oltre che della partoriente, anche della madre intenzionale».

li, il Collegio sembrerebbe suggerire alla Corte costituzionale di valorizzare l'ipotesi di una maternità surrogata altruistica, laddove prevista per legge e in questi termini da uno Stato estero, che si porrebbe dunque come un'ipotesi non contemplata dall'art. 12, comma 6 della l.n. 40/2004, e che per la sua non assimilabilità a tale fattispecie non determinerebbe contrasto con l'ordine pubblico inteso non soltanto con riferimento ai valori inclusi nel sistema di tutela dei diritti fondamentali, in base alle norme interne e sovranazionali, ma anche alle norme ordinarie attuative di principi consacrati nella Costituzione, tra cui si colloca la legge 40.

Nella pronuncia delle Sezioni Unite il carattere costituzionalmente necessario non è attribuito alla legge n. 40/2004 nel suo complesso, quanto con particolare riferimento al divieto di surrogazione di maternità a fini commerciali.

Esso, infatti, risulta posto «a regola e presidio di beni fondamentali» individuati nella dignità umana, costituzionalmente tutelata, della gestante, oltre che nel particolare valore attribuito dall'ordinamento all'istituto dell'adozione.

Questo aspetto sembra non essere stato adeguatamente preso in considerazione dal Collegio rimettente, sulla base di alcuni elementi di seguito considerati:

1) la critica all'impostazione adottata dalle SS. UU. che si sarebbero orientate verso una indebita qualificazione di un *favor adoptionis*, peraltro a giudizio della prima sezione contraddetto dall'esistenza stessa di una disciplina legislativa in tema di fecondazione assistita;

2) il mancato riferimento alla perimetrazione dei requisiti soggettivi previsti dalla legge n. 40 per l'accesso alla fecondazione assistita;

3) il mancato riferimento a quanto pronunciato dalla Corte costituzionale (se pure in via di *obiter dictum*) in relazione alla maternità surrogata tout-court e quindi non limitatamente alla ipotesi di intermediazione commerciale prevista dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004.

L'attenzione riservata, in via peculiare ed esclusiva, dal Collegio al “frammento legislativo” che si occupa della maternità surrogata (ma soltanto – è bene ribadirlo – nell'ipotesi della presa in considerazione dei risvolti commerciali ad essa di fatto collegabili) sembra determinare una messa fuori fuoco rispetto al complesso delle disposizioni in

tema di procreazione e filiazione previste dall'ordinamento, rispetto alle quali (appunto, considerate nel loro insieme e nella loro complessità nonché nella loro aderenza ai principi costituzionali) deve essere considerata e valutata la preminenza dell'interesse del minore alla conservazione dello status di figlio regolarmente conseguito all'estero anche in relazione al genitore di intenzione.

In questa prospettiva, che tuttavia ancora non conosce l'esito del giudizio di costituzionalità²⁸ che deriverà dalla questione posta con l'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020, sembra possibile formulare alcune considerazioni di massima.

Come più sopra si è tentato di argomentare, l'ordine pubblico si configura come il risultato della determinazione di limiti disposta dal legislatore in conformità con le disposizioni costituzionali. In questo senso, non appare possibile ritenere irrilevanti disposizioni legislative vigenti all'interno dell'ordinamento, invocando una definizione di ordine pubblico come sede in cui il giudice autonomamente, a priori e con diretta applicazione al caso concreto, valuta la compatibilità o meno di una fonte di rango legislativo con la Costituzione e con le norme di tipo convenzionale.

La legge n. 40 del 2004, risultante da una pluralità di interventi demolitori e correttivi da parte della Corte costituzionale, definisce una disciplina che, con riferimento ai requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione assistita e alla posizione dell'espresso divieto di maternità surrogata a fini commerciali, si pone in astratto in linea con i principi costituzionali.

Ci si può chiedere se l'introduzione della maternità surrogata di tipo altruistico (si può immaginare, integrando e modificando i requisiti

²⁸ Per quanto risulti ricordare, in tema di significato della declaratoria di illegittimità costituzionale, che «l'incostituzionalità di una legge, anche se giustificata sulla base di valori morali o di giustizia incorporati in un principio costituzionale, è tale in virtù del contrasto con una disposizione giuridica, contenuta nella Costituzione; e la Costituzione è norma superiore non per ragioni morali, ma in termini giuridico-formali e, per quel che qui più interessa, in virtù di un processo storico condiviso, che ha condotto le forze politico-sociali preminenti a riconoscerla e a sceglierla come tale, a conclusione di una procedura tipica, nella quale si addensano essenziali significati d'integrazione politica», N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 4/2015, p. 922.

di accesso alla fecondazione eterologa e ferma la permanenza del divieto di surrogazione a fini commerciali) possa essere in futuro disposta dal legislatore, e se ciò non collida con i principi costituzionali²⁹.

All'interno di questa domanda risiede il fulcro della questione di cui si discute, perché soltanto laddove un ordinamento abbia elaborato in modo adeguato la propria risposta in tema a questioni eticamente sensibili e sulle quali si richiede il raggiungimento di un punto di maturazione della coscienza sociale potranno essere attivati adeguati criteri di collegamento volti a garantire la conservazione della pienezza di *status* conseguiti legittimamente all'estero.

Un parallelismo, per quanto possibile, è ammesso rispetto alla vicenda della mancata trascrizione da parte dell'ufficiale dello stato civile di matrimoni omosessuali validamente contratti all'estero per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 18 del dpr n. 396/2000³⁰.

²⁹ Sulla considerazione della pluralità di progetti legislativi che forniscono elementi per una ridefinizione delle condizioni di accesso alla fecondazione assistita, con particolare riferimento alle tecniche eterologhe, v. A.C. NAZZARO, *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Rivista AIC*, 1/2018, p. 10, in nota n. 39.

³⁰ Su cui v. Corte di Cassazione, sez. I civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. cost.*, 2012, 1498-1520. In tale pronuncia il giudice di legittimità si sottraeva, consapevolmente ed esplicitamente, dal qualificare la contrarietà della di tale atto sotto il profilo dell'ordine pubblico stante la «sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano» e dunque la sua inidoneità a produrre, quale atto di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano (punto n. 2.2.3 della motivazione in Diritto). A commento della pronuncia, cfr. F. ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. cost.* 2012, pp. 1520-1528; I. MASSA PINTO, *Fiat matrimonio! L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare una consolidata e ultramillenaria tradizione (superando anche il giudicato costituzionale?)*, in *www.rivistaaic.it* (4 aprile 2012); M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2012 della Corte di cassazione: la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato e nei confronti delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale* in *Rivista AIC*, (28 marzo 2012); M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al diritto*, 14/2012, p. 35 e ss.; L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale* (Cassazione I sez. civ. 15

La categoria, utilizzata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 4184 del 2012, della inidoneità del matrimonio *same sex* regolarmente contratto all'estero a produrre effetti giuridici quale atto di matrimonio all'interno dell'ordinamento italiano si poneva dunque per esplicita ammissione della stessa Corte come categoria "alternativa" a quella della contrarietà all'ordine pubblico, poiché la non riconoscibilità dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto di matrimonio dell'ordinamento giuridico italiano «esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per contrarietà all'ordine pubblico».

La dottrina a commento di tale pronuncia aveva già attentamente rilevato come la categoria della "non riconoscibilità" dell'atto estero si configurava idonea a «liber[are] la possibilità di riconoscere al matrimonio *same sex* celebrato all'estero determinati specifici effetti analoghi a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli articoli 2 e 3 Cost.»³¹.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso, originariamente confinato nella irrilevanza giuridica, ha poi trovato modalità di riconoscimento nell'ordinamento italiano per il tramite dell'approvazione della legge sulle unioni civili (l.n. 76/2016) che ha introdotto nella l.n. 218/1995 l'art. 32 bis (*Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso*) e dei decreti riguardanti l'adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni ed annotazioni, nonché delle norme in materia di diritto internazionale privato (rispettivamente, D.lgs n. 5/2017 e D.lgs. n. 7/2017)³².

marzo 2012, n. 4184), in *www.rivistaaic.it* (8 maggio 2012); A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *www.forumcostituzionale.it*, (10 aprile 2012).

³¹ Così B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della corte costituzionale n. 138/2010 e della Corte di Cassazione n. 4184/2012* in *www.forumcostituzionale.it*, p. 20.

³² Su cui, da ultimo, v. Corte di Cassazione, nella sentenza n. 11696 del 14 maggio 2018, secondo cui il testo dell'art. 32 bis, nulla disponendo in merito alla trascrizione in Italia del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, di cui una sia cittadino italiano e l'altro cittadino straniero, in ogni caso esprime l'opzione legislativa verso il modello dell'unione civile, in quanto norma diretta proprio a regolare la

Pur considerando la bilateralità del rapporto nell'un caso (che coinvolge l'istituto matrimoniale) e la trilateralità del rapporto nel caso invece della trascrizione di atti di nascita regolarmente formati all'estero (in cui, oltre all'interesse del genitore intenzionali alla conservazione del proprio rapporto si staglia il supremo principio del *best interest of the child* alla conservazione, anche nell'ordinamento italiano, della pienezza del proprio *status* di figlio), l'accostamento delle due vicende giurisprudenziali può essere utile per formulare alcune considerazioni di prospettiva.

Nella funambolica qualificazione dell'irrilevanza giuridica come elemento definitorio finalizzato sottrarre la vicenda del matrimonio *same sex* contratto all'estero ad una valutazione in tema di ordine pubblico, la pronuncia della Corte di Cassazione dischiudeva uno scenario significativo, relativo all'esistenza di atti pienamente legittimi in altro ordinamento, ma non contemplati dall'ordinamento italiano.

Questo contesto può essere sintomatico di due scenari diversi, ricorrelabili: 1) da un lato, alla mancata considerazione degli stessi da parte del legislatore per ragioni storiche e/o culturali che possono tradursi in un inattivismo del legislatore, eventualmente sanzionabile da parte della Corte costituzionale; 2) dall'altro, da una esplicita avversione da parte del legislatore.

Considerando come evidentemente la vicenda della trascrizione dei matrimoni omosessuali contratti all'estero nella forma unioni civili nell'ordinamento italiano si collochi nello scenario 1), (anche in ragione del percorso giurisprudenziale e legislativo di cui si è dato conto nel Capitolo II), è possibile svolgere qualche riflessione aggiuntiva sullo scenario 2), che maggiormente si conforma al tema del riconoscimento nell'ordinamento italiano dello *status* di figlio nato in seguito a surrogazione di maternità legittimamente effettuata all'estero.

In questo può essere utile una valutazione degli indici normativi in proposito. La legge 40/2004, così come "smontata" dalla Corte costituzionale prevede (sulla base dei requisiti soggettivi individuati all'art. 5): la procreazione medicalmente assistita di tipo omologo; la procreazione assistita di tipo eterologo; il divieto di surrogazione di maternità

circolazione ed il riconoscimento degli effetti degli atti di matrimonio contratti all'estero da coppie *same-sex*.

aventi fini commerciali.

La surrogazione *tout court* (e quindi anche nella sua versione altruistica che si potrebbe ricavare da una lettura “per differenza” dell’art. 12, comma 6 della l. n. 40), almeno nella sua forma “assistita”³³, appare oggetto di un divieto implicito che trae origine proprio dai requisiti soggettivi previsti per accedere alla pma³⁴.

La giurisprudenza costituzionale, se pure in via di *obiter dictum* nella sentenza n. 272 del 2017, ha espresso un giudizio profondamente negativo nei confronti della *surrogacy* alla luce del principio personalista che informa la Costituzione, sia con riferimento alla dignità della donna sia con riferimento alla “dignità di figlio”, entrambi irriducibili a strumento della realizzazione di interessi altrui.

Ci si può chiedere se il punto di equilibrio (riconosciuto come soddisfacente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e, viceversa, insoddisfacente, dalla sezione I della Cass. nell’ordinanza del 29 aprile 2020 e consistente nella applicazione dell’art. 44, lett. d) della l. sull’adozione possa costituire uno strumento in grado di garantire il *best interest* del minore.

Sicuramente si tratta di un rimedio per cui non acquista rilevanza in senso discriminatorio l’orientamento sessuale dei genitori, rispetto

³³ Resta fuori da questo quadro l’ipotesi della surrogazione di prossimità, la cui esistenza ammette la presenza ineliminabile di “zone grigie” che sarebbero “lasciate all’autodeterminazione individuale in cui troverebbe spazio la surrogazione in situazioni spontanee di prossimità, frutto di accordi che pur restando illeciti non sarebbero, da un lato, punibili, né, dall’altro, coercibili”, così v. B. PEZZINI, *Introduzione*, in *Verità della nascita e verità della maternità*, numero monografico della rivista *GenIUS*, 2/2017, p. 9 e S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, per cui «il carattere commerciale della surrogazione è escluso, allora, soltanto quando il contesto di mercato non c’è, ovvero sia quando essa ha luogo in quelle situazioni, dette “di prossimità”, che non presuppongono alcun tipo di intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali, e di questo mi pare consapevole la legge n. 40/2004», ivi, p. 51.

³⁴ Per un rilievo da parte della dottrina e della giurisprudenza una «non corretta assimilazione della surrogazione di maternità alle pratiche di fecondazione eterologa, con conseguente (e calcolata) rimozione degli elementi di differenziazione sul piano medico e su quello legale», v. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto soltanto alla legge e l’interpretazione paracostituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018, p. 7.

al quale il fatto della nascita e la conseguente assunzione della responsabilità genitoriale appaiono sufficienti per accedere allo strumento dell'adozione in casi particolari, secondo un meccanismo che andrebbe così ad avvicinare le ipotesi di "filiazione artificiale".

3. Mater semper certa est/erat?

Ci si può interrogare, come in effetti è stato fatto, sugli effetti di un possibile «oscuramento» del principio *mater semper certa est* all'interno del dibattito pubblico, collegato a politiche di promozione, in particolare, della maternità surrogata. Da ciò deriverebbero conseguenze che mettono «in gioco i principi costitutivi della convivenza», in una riflessione che dovrebbe riguardare tutti e non essere condotta in modo settoriale, con riferimento a «segmenti» della cittadinanza (le donne, gli omosessuali, le persone sterili).

Questa impostazione del tema di indagine sembrerebbe dunque suggerire una riflessione di tipo collettivo e generale, per via della «natura universale» dei problemi connessi alla surrogazione di maternità³⁵.

In questa sede si ritiene utile affrontare il tema da un punto di vista parzialmente diverso, attinente alla reale operatività di questo principio all'interno dell'ordinamento e ai possibili elementi di connessione dello stesso con i principi enucleati all'interno delle disposizioni costituzionali sulla famiglia.

Come è stato rilevato, il principio *mater semper certa est* (che – vale la pena ricordarlo – trae origine da un brocardo latino volto a fondare la presunzione di paternità, che viceversa va provata), «non esprime, almeno nella sua origine, alcuna primazia giuridica della donna né nella procreazione né nella genitorialità»³⁶.

Esso, inoltre, non costituisce un ostacolo rispetto alla scelta della

³⁵ S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 192.

³⁶ L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSD e, Università degli studi di Torino, 2019 (e-book), p. 112.

donna di non essere madre: in altre parole, non ne determina il destino, potendo la stessa sottrarsene scegliendo di non essere nominata nell'atto di nascita.

Tale diritto non è stato oggetto di modifica in seguito alla riforma della filiazione (l. n. 219/2012 e D.lgs. n. 154/2013), restando ad oggi ancora previsto all'art. 30, comma 1, del D.P.R. n. 396 del 2000.

In questa sede si propone una lettura di tale principio alla luce non solo del fatto storico del parto, ma, più in generale, in considerazione del periodo della gravidanza.

La circostanza del distacco del corpo del neonato da quello della madre, costituisce, infatti, il momento conclusivo di un percorso di gestazione in modalità simbiotica che, per costante letteratura scientifica, assume rilievo nella determinazione delle caratteristiche dell'embrione (il quale, come avviene nel caso di maternità surrogata con impianto di ovulo di altra donna, potrebbe anche eventualmente non condividere con la donna gestante il patrimonio genetico)³⁷.

Questo elemento assume particolare rilievo perché fornisce un argomento di carattere medico-scientifico più forte rispetto all'argomento, potremmo dire, "culturale" (pertanto suscettibile di essere intaccato anche da incrostazioni di tipo ideologico), che attribuisce valore al fatto di avere "portato nel proprio grembo" un bambino³⁸.

³⁷ Su questo punto, v. i numerosi studi relativi al «fetal environment» con riferimento a condizioni o comportamenti della donna gestante che possano determinare sullo sviluppo del sistema immunitario o sulla trasmissione di patologie condotti da M. GOMEZ DE AGUERO et al., *The maternal microbiota drives early postnatal innate immune development*, Science, 2016, WORIONECKI, SUSZTAK, *Fetal environment, epigenetics, and pediatric renal disease*, *Pediatr Nephrol.* 2011; BERENCSI (ed.), *Maternal Fetal Transmission of Human Viruses and their Influence on Tumorigenesis*, Springer, 2012; SUTER ET. AL., *Maternal smoking as a model for environmental epigenetic changes affecting birthweight and fetal programming*, *Mol Hum Reprod.* 2013, puntualmente richiamati (in nota n. 72) da I.A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'Ospedale Pertini*, in *Europa e Diritto privato*, 1/2017, p. 299 e ss.

³⁸ In quest'ottica, si sottolinea come in dottrina sia emersa la consapevolezza del fatto che tanto il legislatore quanto il giudice, nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite dall'ordinamento, debbano «trarre luce e alimento dalle indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza», A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*,

La verità del parto, in quest'ottica, non sembra poter essere scissa dalla verità della gestazione, ovvero della peculiare relazione tra il corpo della madre e quello del soggetto successivamente venuto al mondo, legame da valorizzarsi principalmente sotto il profilo relazionale.

Tale prospettiva prende in considerazione: a) l'insorgere di elementi di commistione biologica tra madre gestante ed embrione e quindi feto; b) l'esistenza di un punto di origine per il nascituro, consistente nella nascita da un corpo di donna: esso costituisce un fatto storico, "origine del (proprio) mondo" per il soggetto nato.

Alla certezza della derivazione materna (nel senso di essere nato dal corpo di una donna) si ricollega il diritto del soggetto nato a conoscere le proprie origini (secondo il delicato percorso tracciato nelle sue

in *www.federalismi.it*, 11 maggio 2016, p. 16, con ulteriore precisazione, ivi, in nota n. 40, relativamente alla possibilità che il «deficit strutturale degli enunciati costituzionali che danno riconoscimento ai diritti» possa essere «almeno in parte colmato attingendo in sede interpretativa alle indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza, quali fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi». Sul punto, v. anche S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità del legislatore*, in *www.forumcostituzionale.it* (16 giugno 2014), § 6, il quale sottolinea l'«esigenza che il legislatore, anche la fine di riappropriarsi in senso sostanziale della propria funzione normativa, prenda finalmente sul serio le indicazioni relative all'esercizio della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico». In tema di linee guida, B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *www.biodiritto.org*, 1/2016, p. 241 e ss. L'impatto, in concreto, dell'evoluzione delle tecniche di riproduzione artificiale, anche su "tradizionali" garanzie quali quella della tutela della lavoratrice madre, si è posto anche in sede di giurisprudenza comunitaria, come avvenuto in occasione della pronuncia della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 26 febbraio 2008, C-506 *Sabine Mayr-Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*, cu cui v. L. TRUCCO, *Le tutele comunitarie nei confronti della lavoratrice madre alla prova della fecondazione in vitro*, in *ConsultaOnline* (per g.c. della rivista *Giurisprudenza italiana*), in cui, in particolare al § 4, si rileva la problematicità dell'inquadramento del trattamento di fecondazione in vitro (e dunque «di una fase che addirittura sembra precedere la gravidanza») in relazione alla protezione accordata alla lavoratrice in caso di licenziamento in corso di gravidanza, e si pone altresì (ivi, in nota n. 7) il tema dell'eventuale ipotesi di una lavoratrice che scelga di ricorrere alla maternità surrogata con impianto dei propri ovuli fecondati nell'utero di un'altra donna, risultando dunque nella condizione di non potersi materialmente trovare in stato di gravidanza.

linee essenziale dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 278 del 2013, che trova comunque un limite nel persistere della volontà della madre biologica di rimanere anonima).

La certezza della relazione materna non esprime quindi un'opzione di tipo valoriale, in grado di incidere in astratto sulla possibile instaurazione della genitorialità di tipo intenzionale, laddove la madre biologica decida di percorrere la via dell'anonimato, scegliendo di non riconoscere il proprio figlio.

Tale certezza tuttavia, appare ineliminabile in radice, nella sua concretezza e storicità di punto di origine non solo della vita del figlio, ma anche di momento da cui si diramano una serie di *atti* (es. la dichiarazione della volontà di restare anonima, lo stato di adottabilità, l'affidamento preadottivo) la cui concatenazione attribuisce significato non soltanto all'essere venuto al mondo, ma anche alla successiva collocazione del soggetto nato in quella che si caratterizzerà per essere la sua famiglia.

In quest'ottica, si aprono ulteriori interrogativi sull'esistenza di un diritto alla conoscenza del proprio patrimonio genetico, anche in relazione al principio della verità di parto sopra delineato.

In via preliminare è necessario distinguere due profili: 1) quello del diritto ad una completa informazione sul proprio patrimonio genetico al fine di tutelare il proprio diritto alla salute ex art. 32 Cost.; 2) quello del diritto ad una completa informazione sul proprio patrimonio genetico al fine di poter tutelare il diritto alla conoscenza delle proprie origini, eventualmente anche sotto il profilo relazionale (stabilendo canali di contatto con i soggetti con cui si condivide il patrimonio genetico³⁹).

³⁹ E quindi non soltanto la propria madre biologica, ma anche i propri fratelli e/o sorelle, come precisato da Corte di Cassazione, sez. I, n. 6963 del 20 marzo 2018, su cui v. F. ASTONE, *Sul diritto dell'adottato a conoscere le generalità delle proprie sorelle*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2018, p. 1504; S. MARINONI, *Il diritto dell'adottato a conoscere i propri fratelli/sorelle biologici. Il difficile temperamento fra identità personale e riservatezza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2019, p. 66; A. FIGONE, *Adozione: sì alla conoscenza dei fratelli e delle sorelle*, in *Ilfamiliarista.it*; P. PALEARI, *Il diritto dell'adottato a conoscere i propri fratelli...solo se questi sono d'accordo*, in *www.dirittoegiustizia.it*, (21 marzo 2018). In tale pronuncia è stato stabilito che l'adottato ha diritto, nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo

Come risulta evidente, si tratta di esigenze che attengono a finalità non sovrapponibili. In questa sede l'attenzione si soffermerà maggiormente sul profilo sub 2), analizzando la misura in cui esso possa coordinarsi con l'assunzione della responsabilità genitoriale.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita stabilisce, all'art. 8, che i nati a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime.

All'art. 9 è inoltre stabilito il divieto di disconoscimento della paternità in caso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e di ricorso all'anonimato da parte della madre. Viene inoltre prevista la non acquisizione da parte del donatore di gameti di alcuna relazione giuridica parentale con il nato, non potendo far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Si tratta di disposizioni che, in coerenza con la rubrica di cui al Capo III della legge n. 40, assumono come obiettivo la tutela del nascituro. Tale tutela, nell'intenzione del legislatore della l. n. 40, consiste in: a) rendere effettiva e permanente l'assunzione della responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro da fecondazione assistita, sostanzialmente limitando il diritto al ravvedimento da parte dei soggetti che hanno fatto ricorso, prestandovi il consenso, a tale pratica; b) garantire perciò l'acquisizione dello *status filiationis* (oggi da considerarsi unico, alla luce della riforma della filiazione degli anni 2012-2013); c) perimetrare il ruolo del donatore di gameti, che non può assumere alcuna relazione giuridica parentale con il nato né rivendicare diritti od essere titolare di obblighi verso di esso.

Sia nel caso della fecondazione omologa che nella fecondazione eterologa⁴⁰ oggi ammesse all'interno della disciplina di cui alla legge n.

l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante idoneo procedimento giurisdizionale volto ad assicurarne la massima riservatezza, mediante acquisizione del consenso o constatazione del diniego (quest'ultimo da considerarsi insuperabile e dunque impeditivo dell'esercizio del diritto).

⁴⁰ Ai sensi delle *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita* (art. 7 – Legge n. 40/2004. *Linee guida* 2015), p. 3, sono consentite «le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo etero-

40/2004, il principio della verità del parto risulta preservato in una misura rafforzata, attribuendo valore alla relazione tra il nato e la donna gestante che ne risulterà *certamente* madre, stante il divieto di ricorrere all'anonimato⁴¹.

Con riferimento al criterio della verità genetica, bisogna considerare la differente prospettiva nell'uomo e nella donna in qualità di donatori dei propri gameti⁴².

Nel caso dell'uomo donatore (che non sia anche coniuge o convivente), vige il dettato legislativo della legge 40, art. 9. Alla non rilevanza della figura del donatore si sostituisce quella dell'uomo che abbia fornito il proprio consenso (anche) alla fecondazione eterologa, che in ogni caso acconsentendo alla tecnica di pma si sottrae alla possibilità di esercitare il disconoscimento.

Per quanto riguarda la donna che doni i propri gameti (ovociti) è possibile tracciare un quadro più complesso (che riguarda anche ipo-

logo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente».

⁴¹ Per una (risalente) riflessione critica in relazione a questo divieto, v. B. CECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 214, per cui: «il divieto di anonimato non sembra sia di per sé sufficiente a creare una disparità di trattamento a favore del figlio naturale nato da p.m.a.» non esprimendosi con ciò un favor del legislatore per il figlio nato da p.m.a. con riferimento al “diritto ad avere una madre”. Secondo l'A., il divieto all'anonimato materno previsto in caso di pma è da intendersi nel senso che «al nato da p.m.a. sarà sempre consentito conoscere l'identità della propria madre, vuoi nel caso di seguita adozione, vuoi nel senso più completo dell'accertamento della maternità naturale atteso che il consenso dato a tale pratica comporta la certezza di essere esposti, *ex latere matris*, alla identificazione» e, pertanto, il divieto all'anonimato nella pma non consisterebbe «in una maternità “*per tabulas*” sotto il profilo dell'accertamento dello *status* (salva una azione di accertamento della maternità naturale proposta dal figlio) ma incide[rebbe] sulla facoltà del nato di conoscere con certezza la propria derivazione biologica e, quindi, di tutelare l'identità della persona». Sulla proposta di emendamento all'art. 9, comma 2, della legge 40/2004 avanzata nel 2012, volta a rimuovere il divieto di anonimato, v. C. CECCHETTI, *Il diritto a conoscere le proprie origini: il dialogo tra la Corte EDU, la Corte costituzionale e la suprema Corte di Cassazione*, in *giudicedonna.it*, 4/2016, in particolare alla nota n. 1.

⁴² Per una ricostruzione del regime giuridico in tema di donazione di cellule riproduttive, v. S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. Civ. e prev.*, 4/2019, p. 1308 e ss.

tesi allo stato escluse dalla legge n. 40 del 2004, quali la fecondazione eterologa di tipo femminile o la maternità surrogata) che deve tenere in considerazione l'ipotesi o meno della gestazione in prima persona. La donna che porta avanti la gravidanza risulterà infatti madre del soggetto nato, oltre ovviamente nel caso di fecondazione omologa: a) in caso di fecondazione eterologa con donazione di ovocita; b) in caso di accordo di surrogazione di maternità trilaterale, con successiva opzione relativa alla possibilità di revocarne il consenso entro un periodo prestabilito; c) in caso di coppia coniugata omosessuale femminile che abbia utilizzato la tecnica della fecondazione incrociata, in cui entrambe le donne forniscono l'apporto biologico e genetico.

Si tratta di soluzioni che presentano gradi di differenza elevatissimi e in cui la posizione della titolare dell'ovocita oggetto di impianto può essere quella della donatrice anonima, oppure quella della donna incapace di portare avanti autonomamente una gravidanza, ma motivata a percorrere la strada (ad oggi, non ammessa all'interno dell'ordinamento italiano) della maternità surrogata, oppure ancora quella della donna che, all'interno di un progetto riproduttivo di una coppia omosessuale femminile, desidera fornire il proprio apporto genetico ad una fecondazione (doppiamente) eterologa.

Con riferimento all'attribuzione di paternità la dottrina, nel definire la posizione del donatore di gameti si è mostrata divisa, propendendo ora per l'irrilevanza di tale figura rispetto a eventuale assunzione della responsabilità genitoriale; ora per una decisiva ed automatica rilevanza, ora ancora nel senso di una posizione in cui l'astratta ascrivibilità del patrimonio genetico e dunque della paternità risulta superata dalla volontà contraria.

Si tratta di questioni che coinvolgono il «peculiare, complesso e non poco sofferto rapporto intercorrente tra dignità e vita»⁴³, con particolare riferimento al profilo da un lato dell'autodeterminazione nell'offerta del proprio corpo (che coinvolge tanto i soggetti che consentono a sottoporsi a pma, sia i donatori anonimi di gameti), dall'altro a quello dell'impegno all'instaurazione di legami familiari anche even-

⁴³ Così A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, cit., p. 11.

tualmente prescindendo dall'apporto genetico di una o di entrambe le parti della coppia⁴⁴.

Ci si può chiedere se il principio *mater sempre certa est*, espresso a livello codicistico e dunque all'interno di una fonte di rango primario, trovi appigli anche all'interno del testo costituzionale.

La presenza di tale riferimento è funzionale alla valutazione sulla possibilità di riformare o meno questo principio mediante innovazione legislativa.

Gli articoli costituzionali sulla famiglia si esprimono in termini di società naturale fondata sul matrimonio (istituto che per consolidata ed ultramillenaria tradizione contempla l'eterosessualità delle coppie che ad esso accedono). La (potenziale) funzione procreativa, che a giudizio della Corte costituzionale⁴⁵ caratterizzerebbe la famiglia, per espressa previsione legislativa può tuttavia essere esercitata non soltanto attraverso le vie naturali, ma anche attraverso l'utilizzo di tecniche medicalmente assistite.

L'affermazione perentoria della Corte, relativa alla essenziale funzione procreativa della famiglia prevista all'art. 29 Cost., risulta tuttavia pienamente accettabile soltanto nella misura in cui essa tenti di fornire concretezza all'orizzonte di significato corrispondente alla concezione di famiglia prevalente al tempo in cui fu elaborata la nostra Costituzione.

Essa infatti risulta invece imperfetta, o comunque parziale, con riferimento ad una nozione di famiglia certamente più ampia e avallata non soltanto dall'evoluzione legislativa in tema di adozione, ma anche dalla giurisprudenza costituzionale in tema di convivenze *more uxorio*, nonché in relazione al concetto di famiglia anagrafica (che accoglie una pluralità di accezioni, aventi un evidente rilievo non soltanto statistico o sociologico).

⁴⁴ In questo senso, è possibile considerare superata la considerazione, espressa in senso dubitativo, di una esatta corrispondenza tra identità genetica ed identità sociale della persona, che troverebbe fondamento nell'art. 2 Cost., e rispetto a cui il divieto legislativo di fecondazione eterologa sarebbe stato suggestivo di una avversione dell'ordinamento rispetto alla creazione di falsi rapporti di discendenza, v. sul punto M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1405 ss.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 138/2010, punto n. 9 del Considerato in Diritto.

La “presa in considerazione” costituzionale della maternità appare svincolata da quella della famiglia e tutelata di per sé, come *condizione*, al pari dell’infanzia o dell’adolescenza.

L’essenziale funzione familiare⁴⁶ esercitata dalla madre non la sembra limitare la condizione della maternità al mero assolvimento di compiti all’interno della famiglia, quanto piuttosto impone di tenerne conto sia all’interno della famiglia (evitando ogni tipo di subordinazione di tipo gerarchico), sia in ambito lavorativo.

Questa speciale protezione identifica nel ruolo materno (da intendersi come svincolato da un necessario legame di tipo genetico con il proprio figlio, basti pensare al caso della madre adottiva) un elemento di tipo relazionale insostituibile (salvo casi di necessitata supplenza paterna, come ha avuto modo di precisare la Corte costituzionale in tema di congedi parentali), considerato in modo specifico e in misura differenziata rispetto agli articoli costituzionali in tema di genitorialità (che, invece, prescindono dal ruolo materno e paterno, in una logica di eguaglianza e non discriminazione).

Il rilievo identitario del principio *mater semper certa est* è ravvisabile anche con riferimento all’art. 2 nella misura in cui (come precisato, *supra*, Capitolo III, § 6.) costituisca un fondamentale elemento originario da cui si dirama (e che attribuisce senso) alla storia individuale di una persona.

Individuati dunque gli elementi di pregio costituzionale nel principio *mater semper certa est*, risulta necessario precisare come lo stesso non osti alla formazione di genitorialità alternative e dunque, anche di maternità di tipo intenzionale: da intendersi quest’ultima come la volontaria (e legittima) assunzione del ruolo di madre di un figlio non biologico. L’esercizio di tale atto di volontà, e dunque dell’esercizio del ruolo materno, proietta la donna che lo ponga in essere all’interno

⁴⁶ Da intendersi quest’ultima come una dichiarazione di impegno rivolta al legislatore ordinario «a codificare un regime tale da consentire contestualmente la cessazione delle discriminazioni a sfavore del lavoro femminile e la necessaria protezione dei valori familiari», v. M. BESSONE, *sub artt. 30-31*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, cit., p. 138.

del quadro delle garanzie costituzionali in tema di tutela della maternità⁴⁷.

Per completare questa ricostruzione, appare d'obbligo un cenno alla vicenda, connotata da tratti autenticamente tragici⁴⁸, dello scambio di embrioni avvenuto nel 2014 presso l'Ospedale Pertini di Roma⁴⁹.

⁴⁷ Esempio tipico dell'allargamento della tutela costituzionale della madre che sia anche lavoratrice è quello dell'accesso all'astensione dal lavoro corrispondente al periodo di 5 mesi distribuiti nel pre e post parto (maternità retribuita) anche per la donna che abbia adottato un bambino (per le stesse ragioni di stretto contatto e cura nei confronti del proprio bambino, che dunque prescindono dal post-partum e dall'allattamento). Per le stesse ragioni il c.d. "premio alla nascita", introdotto dalla legge di bilancio per il 2017 (art. 1, comma 353 della l. n. 232/2016) corrispondente ad un importo di 800 euro, viene erogato dall'INPS a partire dal 1 gennaio 2017 alle *donne in gravidanza* o alle *madri* per uno dei seguenti "eventi": compimento del settimo mese di gravidanza; parto, anche se antecedente all'inizio dell'ottavo mese di gravidanza; adozione nazionale o internazionale di minore disposta con sentenza divenuta definitiva ai sensi della legge 4 marzo 1983, n. 184; affidamento preadottivo nazionale disposto con ordinanza ai sensi dell'art. 22, c. 6, l. 184/1983 o affidamento preadottivo internazionale ai sensi dell'art. 34, l. 184/1983.

⁴⁸ Non soltanto per la dolorosa vicenda personale di tutti i soggetti coinvolti, ma anche per il ruolo fondamentale attribuito al *caso* (concretizzatosi nell'errore umano a fronte ad una quasi identità dei cognomi), su cui H. NEWIGER, G.A. PRIVITERA, *Colpa e responsabilità nella tragedia greca*, in *Belfagor*, 5/1986, p. 485 e ss. e, in termini più generali, v. J. DE ROMILLY, *La tragedia greca*, il Mulino, Bologna, 2017. Va rilevato che una vicenda simile era stata già preconizzata un decennio prima in dottrina, v. G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 104.

⁴⁹ Su cui v. Tribunale di Roma, I sez. civ., ordinanza 8 agosto 2014, consultabile in www.minoriefamiglia.it. In commento, e con puntuale ricostruzione dei passaggi in cui si è articolata la vicenda (anche) giurisprudenziale, v. S. AGOSTA, *Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore quale reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità*, in *Consulta online*, articolo consultabile al seguente url: <http://www.giurcost.org/studi/agosta4.pdf> (ultimo accesso in data 1 giugno 2020) e, in seguito, Trib. Roma, ordinanza 22 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, con nota di A. MENDOLA, *Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità*, pp. 1849-1852; da ultimo Trib. Roma, sezione I civ., 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, p. 2109-2110, con nota di L. PASCUCCHI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, pp. 2111-2123. In commento, v. anche A. MORACE PINELLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 242 e passim, per la valutazione di un generalizzato *favor* da parte dell'ordinamento nei confronti della genitorialità genetica.

Come è noto, a fronte del consenso prestato da due coppie (entrambe coniugate) alla procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, per un errore umano avveniva un impianto incrociato degli embrioni, che soltanto in una delle due coppie aveva successo. Da questo fatto, che tragicamente sparigliava le carte dei progetti genitoriali di entrambe le coppie, era derivato un contenzioso che aveva ad oggetto il rifiuto della donna che aveva condotto la gravidanza di rinunciare ai figli una volta partoriti.

Nella riflessione dottrinale in seguito a tale complessa vicenda vi è chi ha sostenuto che essa, plasticamente, dimostrasse l'avvenuta frammentazione della figura materna sulla base di uno schema triplice che comprende: a) madre genetica; b) madre biologica; c) madre sociale/intenzionale⁵⁰. Si tratta di un modello pienamente rispondente (ovvero, in cui vi sia compresenza di tutte e tre le figure) soltanto al caso della surrogazione di tipo trilaterale, in cui la donna che fornisce l'ovocita non sia né quella che conduce la gravidanza né quella che intende assumere su di sé la funzione genitoriale.

Al di là di questo specifico caso, la vera figura di conflitto, rispetto alla quale si pongono anche gli interrogativi in merito alla disciplina della surrogazione di maternità, sembra al contrario essere quella che intercorre tra la madre biologica (appartengano o meno ad essa gli ovociti oggetto di fecondazione) e la madre intenzionale, qualora entrambe desiderino esercitare la funzione genitoriale. Tale è il caso originatosi dalla vicenda dello scambio di embrioni (unico nella sua tragicità, ma non per questo improbabile); e tale è anche il caso della donna che inizialmente si renda disponibile, in accordo con la coppia di genitori intenzionali, alla surrogazione di maternità, e che in un momento successivo al parto revochi il proprio consenso.

All'interno di questa figura di conflitto, una prima soluzione è stata definita dal Tribunale di Roma, confermando quanto disposto nell'ordinanza cautelare, nel senso di ritenere nella gestazione e nel parto un elemento da considerarsi prevalente nell'attribuzione della filiazione (ai sensi degli artt. 269, comma 3, 239 e 240 c.c.; degli artt. 8, 9 e 12, comma 6, della legge n. 40/2004), con significativi riflessi anche

⁵⁰ Così S. AGOSTA, *Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore quale reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità*, cit., § 5.

sul riconoscimento della posizione paterna all'uomo che con tale donna risulti coniugato (artt. 231 e 243 c.c. e artt. 8 e 9, comma 3, l. n. 40/2004).

L'invincibilità della madre biologica, che tale desideri essere anche intenzionalmente, si riscontra nelle ipotesi di conflitto in caso di maternità surrogata fortuita; maternità surrogata per accordo (nella misura e per il tempo in cui sia previsto il diritto di recedere); nella maternità da fecondazione eterologa (rispetto – in astratto – alla posizione della donatrice degli ovociti, salvo che quest'ultima per legge non possa essere dichiarata madre, come avviene (ove ciò risulti ammesso) nel caso di fecondazione eterologa femminile).

Si tratta di un elemento (quello della "invincibilità" della madre biologica ed intenzionale) che non pare essere stato oggetto di adeguata considerazione neppure nel caso – del tutto fuori dell'ordinario – dello scambio di embrioni, laddove si è invece preferito declinarlo nel senso di una applicazione del superiore interesse del minore più aderente ad una logica del fatto compiuto che ad un autentico riscontro della effettività di relazioni genitoriali già instauratesi.

4. *Evoluzione della coscienza sociale e principio di certezza del diritto*

In relazione al quadro fin qui delineato, appare utile evocare il tema (ampio e complesso, e in questa sede analizzato nell'ottica parziale di cui si dirà tra poco) della certezza del diritto⁵¹.

⁵¹ All'interno della vasta letteratura in tema, v. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* in *Dig. Disc. Priv.*, 1988, p. 274; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999 e, ID., *Ancora sulla certezza*, in *www.statoechiese.it*, 23/2017; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28, 1951, pp. 146.152, (citato implicitamente in Corte cost., n. 364 del 1988); F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993; C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, p. 89 e ss. che, in particolare alle pp. 91-92, e *passim*, collega la progressiva perdita della centralità della legge, con le sue caratteristiche di generalità ed astrattezza, all'interno di una società caratterizzata da rapide trasformazioni all'impossibilità di «esprimere un diritto uniforme e indifferenziato»; S. BER-

In via preliminare, è necessario sgomberare il campo da un'ambiguità di carattere terminologico.

Il tema della certezza (e, dunque, della sostanziale “portabilità”) degli *status* conseguiti legittimamente all'estero non appare sovrapponibile a quello della certezza del diritto *tout-court* che, nel caso delle relazioni familiari, risponde invece all'interrogativo in merito all'iden-

TEA, *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 131 e ss., in particolare per la puntuale ricostruzione dei caratteri generali di alcune concezioni contemporanee di certezza giuridica quali quella giuspositivistica (nella quale il tema della certezza del diritto interseca quello della conoscenza/conoscibilità giuridica dei contenuti delle norme di diritto) e quella post-positivistica (in cui vengono valorizzati lo studio delle attività ermeneutiche nel diritto e la connessione concettuale tra i contenuti giuridici, i valori morali e i fenomeni sociali); v. G. PINO, *La certezza del diritto nello stato costituzionale*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 12, che definisce la certezza del diritto come «la presenza, in un contesto giuspolitico dato, di criteri intersoggettivamente condivisi (criteri di “correttezza”) che permettano di formulare valutazioni ragionevolmente attendibili sulle conseguenze giuridiche di certi atti o fatti». Lo stesso A., a p. 25, ritiene che la certezza del diritto costituisca un valore relativo nel contesto dello Stato costituzionale, richiedendosi infatti sempre al diritto un «grado di flessibilità» in relazione ad altri valori, come l'adeguamento del diritto alla realtà sociale, e la necessità di evitare soluzioni assurde o gravemente ingiuste». Lo stesso A. traccia una distinzione tra la certezza del diritto dal punto di vista dei giudici (espressione di criteri condivisi di correttezza della decisione giuridica) e certezza del diritto dal punto di vista dei cittadini e, dunque, di conoscibilità e prevedibilità del dato normativo, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2018, p. 530. Di certezza del diritto come «irrinunciabile traguardo – in realtà un orizzonte irraggiungibile – cui tendere», muovendo dal presupposto dell'«esistenza di una Comunità politica organizzata e retta secondo regole che essa stessa si è liberamente data e non già guidata autoritativamente secondo la volontà estemporanea di chi di chi si trova a governare senza rispettare i limiti, sia perché deprecabilmente inesistenti, sia perché illegittimamente oltrepassati» parla A. D'ANDREA, *Certezza del diritto e integrazione fra ordinamenti*, ivi, p. 29. Per una prospettiva parzialmente diversa che coniuga l'analisi della certezza del diritto con la sussistenza di lacune all'interno dello stesso testo costituzionale, v. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014 o con il tema degli automatismi legislativi, v. S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 223 e ss. Da ultimo, cfr. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, (12 settembre 2018), p. 6 e ss.

tificazione del diritto applicabile, cui (in via accessoria) si ricollega quello relativo alla reale capacità di tale diritto di disciplinare la varietà e concretezza dei casi.

In questa sede si intende dunque esaminare il concetto di certezza del diritto, in particolare rispetto alla disciplina delle relazioni familiari, con riferimento: 1) alla permeabilità dello stesso rispetto all'attività giurisprudenziale, ritenuta abilitata ad individuare il diritto applicabile al caso concreto di fronte a situazioni nuove, sconosciute o eccentriche rispetto alle previsioni legislative e/o costituzionali⁵², 2) alla pretesa (se pure in via tendenziale) che le disposizioni vengano interpretate univocamente al fine di determinare le conseguenze giuridiche delle condotte umane.

L'analisi del profilo sub 1) riguarda innanzitutto le disposizioni costituzionali, delle quali si è proposta una lettura evolutiva che, in taluni casi, ha indotto la dottrina a ragionare in termini di «deriva concettuale»⁵³.

L'incertezza interpretativa su tali disposizioni, di cui si è proposta una lettura sistematica con gli artt. 2 e 3 Cost., in senso essenzialmente personalista ed antidiscriminatorio, nonché combinato con la tutela della vita privata e familiare espressa in via convenzionale all'art. 8 e art. 14 della CEDU, ha prodotto una incertezza in via di applicazione delle stesse, destinata ad avere effetti anche sul profilo sub 2)⁵⁴.

⁵² In proposito, si è osservato come, all'interno delle democrazie contemporanee sia «cambiata la posizione del potere giudiziario nell'ambito del sistema istituzionale: il suo ruolo e la sua *auctoritas* si sono enormemente accresciuti, anche per le insufficienze degli altri poteri» e dunque il ruolo «creativo» delle sentenze risulti «dato per scontato», N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo «La libertà e la legge» di Bruno Leoni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, p. 261.

⁵³ M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, cit., p. 247 e ss.

⁵⁴ In particolare, sulla «mancanza di rigore delle regole dell'argomentazione giuridica» come «condizione di incertezza» al pari della «discutibile accettabilità razionale dei contenuti normativi», della «assenza di coerenza interna del sistema del diritto», nonché della «carenza di un effettivo controllo sia da parte dell'istituzione che della pubblica opinione sulla attività degli organi con competenza normativa e/o decisionale», v. L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, in G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 3-23,

In tema di rapporti di filiazione, poi, la crescente rilevanza attribuita in via giurisprudenziale al preminente interesse del minore quale principio la cui applicazione non sembra ammettere limitazioni, si è rilevata funzionale a determinare una sistematica disapplicazione di norme interne, introducendo nell'ordinamento un margine di incertezza in grado di propagarsi anche al di là dei confini del caso concreto.

All'interno di questa rappresentazione, non sfugge il tema della applicazione del diritto in prospettiva diacronica⁵⁵.

Esso, oltre a coinvolgere il singolo interprete, determina l'attivazione di quella che si potrebbe definire "la regola del contesto", ovvero la considerazione della (necessaria, per quanto tendenziale) *corrispondenza* tra «legge» e «coscienza popolare», per cui «la legge esprime in genere ciò che è richiesto dalla coscienza popolare, e però deve essere con questa in corrispondenza spontanea»⁵⁶.

L'attivarsi di tale "regola" non riguarda soltanto il versante del singolo interprete del diritto, ma coinvolge la complessità dell'ordinamento, richiedendo *in primis* un'operazione di adeguamento da parte del legislatore e dunque dal Parlamento, organo attraverso cui si esprime il principio di rappresentanza. Un adeguamento che può essere senz'altro promosso, o decisamente ammonito, da parte delle giuri-

ora in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, (a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2008, p. 32.

⁵⁵ Su questo punto, v. C. LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, cit., p. 5, per il quale l'«intertestualità» in campo giuridico funziona in modo diverso da come funzionerebbe in una ricerca critico-filologica: poco importa se una data legge resta immutata, perché qualora muti la costituzione o si metta mano in altre leggi a essa connesse, il senso complessivo può slittare o perfino capovolgersi. Né si pensi di porre rimedio a questo inconveniente col ricorso all'espedito ben collaudato della "volontà del legislatore". Se si tratta di attribuire a un organo collettivo la paternità di certe disposizioni sulla base del rispetto delle regole procedurali non c'è problema. Ma qui bisogna fermarsi: in quanto, come argomento per l'attribuzione di un significato alle disposizioni stesse, quello della volontà del legislatore è più una metafora che un solido argomento. L'autorità delle leggi finisce coll'essere un'autorità senza autore, con buona pace del vecchio positivismo». Con riferimento alla certezza del diritto come condizione di qualificazione dell'azione, affinché essa possa inserirsi nella «*vita storica della società*», v. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 48.

⁵⁶ G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, 1936, 240 e ss.

sdizioni superiori e, ovviamente, dalla Corte costituzionale, la cui attività di supplenza non può tuttavia spingersi oltre la determinazione di linee essenziali di disciplina⁵⁷.

Il tema della certezza del diritto come sopra delineato, in questa sede è analizzato con particolare riferimento alla specifica questione – definita *in sé* come «cruciale e culturalmente delicata»⁵⁸ – dei rapporti tra giurisdizione e legislazione nella disciplina delle relazioni familiari.

A questo riguardo, anche in relazione alle riflessioni sopra esposte, emerge un dato significativo rilevato dalla giurisprudenza costituzionale.

Laddove, infatti, non sia constatabile il raggiungimento di uno stabile assetto interpretativo in tema di diritti fondamentali, mancando la (pur auspicabile) convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo» che permetta di offrire «una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti», ricorre il dovere del giudice di garantire il «predominio assiologico della costituzione»⁵⁹ sulla fonte convenzionale.

⁵⁷ A questo proposito, v. Corte cost., n. 138/2010 e Corte Cost., n. 286/2013, con la significativa differenza per cui nell'ultimo caso le linee di indirizzo rivolte al legislatore risultano già puntualmente applicabili anche dal giudice.

⁵⁸ N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo «La libertà e la legge» di Bruno Leoni*, cit., p. 257.

⁵⁹ Corte cost., n. 49/2015 punto n. 4 del Considerato in Diritto. In commento, v. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2015, p. 400 e s., che rileva come tale pronuncia si ponga in netta discontinuità rispetto alle sentenze gemelle del 2007 (le quali, come è noto, avevano attribuito valore subcostituzionale alla CEDU e alla sua giurisprudenza), avendo peraltro la Corte ricostruito «un inedito “combinato disposto” tra l'art. 101, secondo comma (non invocato tra i parametri dalle ordinanze di rimessione), e l'art. 117, primo comma, Cost.»; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost e obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, maggio 2015, testo consultabile al seguente url: <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/vladimiro-zagrebelksy/corte-cost-n-49-del-2015-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-umani-art-117-cost-obblighi-derivanti-dalla-ratifica-della-convenzione>, p. 2, il quale sottolinea come «il lettore delle sentenze della Corte europea, per comprenderne il significato e prima di esprimersi sulle conseguenze nel diritto interno, deve adottare l'ottica

Questa perimetrazione dell'attività interpretativa del giudice evoca l'immagine della creatività subordinata ad una «oggettività irriducibile:

della Convenzione e delle modalità interpretative proprie della Corte europea nell'esercizio della competenza assegnatale dall'art. 32 Conv. Se la lettura delle sentenze della Corte europea è invece fatta ricorrendo all'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale si resta vittime di un'incomprensione e distorsione che può avere gravi conseguenze», esistendo dunque «uno scarto tra il diritto della Convenzione e il diritto nazionale sul piano dei concetti e del linguaggio ad essi relativo». Lo stesso A. riflette, poco oltre, a p. 3, rileva il dato per cui «la giurisprudenza casistica della Corte europea e la pratica che essa segue nell'argomentare per precedenti, con ricorso al metodo del distinguishing, assimila la sua produzione giurisprudenziale a quella tipica dei giudici di common law». Questa sua caratteristica pertanto «non legittima atteggiamenti di giuristi continentali inclini a ritenere la giurisprudenza della Corte europea un corpo estraneo da tenere a bada, ma che induce a riconoscerne la specifica struttura e ad adottare gli strumenti idonei a conoscerne il senso». Questa pronuncia è stata ricollegata ad un tentativo della Corte costituzionale di scongiurare il rischio della formazione di un incerto diritto fra Corte EDU e Corte di Cassazione che in nome della protezione dei diritti porti la seconda a disapplicare la legge confliggente con il diritto convenzionale quale interpretato dalla Corte di Strasburgo, in luogo di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale, v. C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto Pubblico*, 2/2019, pp. 560-561. Sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU, v. anche (per il rilievo che potrebbe avere in punto di argomentazione con riferimento all'ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020 della Corte di Cassazione) nella sentenza n. 262 del 2014 della Corte costituzionale, la Corte ha ribadito come «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela (punto n. 4.1 del *Considerato in Diritto*). In commento, v. R. DICKMANN, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU (dalle sentt. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)*, in *www.federalismi.it* (16 settembre 2013); per uno sguardo d'insieme, cfr. l'analisi condotta da A.O. COZZI, *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c.1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Diritticomparati.it*, 1/2018, p. 177 e ss., che mette a sistema la sent. cost. n. 49/2015 con una serie di altre pronunce caratterizzate dall'assorbimento di tale parametro.

quella del precetto da interpretare, inquadrato nell'ordine giuridico di cui è parte»⁶⁰.

L'evoluzione giurisprudenziale in tema di rapporti familiari, e in particolare sulla filiazione, di cui si è dato conto, sembrerebbe condividere – in relazione alle previsioni della CEDU così come interpretate dalla Corte di Strasburgo – lo stesso approccio che contraddistinse la dottrina civilistica (a partire dalla seconda metà degli anni '60 del '900) nel rapportarsi al testo costituzionale.

Esso fu individuato come un elemento che permetteva la rottura dello schema della certezza del diritto connessa alla irreversibile struttura di un testo normativo (e dunque della certezza quale oggettiva conoscibilità dei suoi contenuti) in favore di una valutazione della stessa a livello di «politica del diritto», in quanto «variabile storicamente condizionate nell'ambito di ordinamenti distinti da un elevato livello di pluralismo»⁶¹.

Se non che questo sistema – che al livello dell'ordinamento interno appare funzionare, e sul quale si inserisce la variabile dell'evoluzione della coscienza sociale di cui si dirà *infra* – laddove proiettato nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale può prestarsi a significative disfunzioni, «legittimando in sostanza la sistematica violazione di norme formulate in termini generali e astratti dal diritto domestico a garanzia di tutti, con l'evidente rischio di alimentare l'arbitrio dei giudici pregiudicando la certezza del diritto»⁶².

⁶⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 48-50.

⁶¹ N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2/2015, p.66, il quale rileva altresì come la prospettiva della Costituzione rompa uno dei fondamenti essenziali della tradizione civilista, e cioè la logica della fattispecie (da intendersi come ipotesi di situazione fattuale), dal momento che le norme costituzionali sono da considerarsi come «norme senza fattispecie», *ivi*, p.61.

⁶² J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e diritto privato*, 4/2016, p. 1059 e ss., in particolare § 4. Una vera e propria estraneità del sistema della Convenzione rispetto alla «pretesa illuministica che la legge scritta offra la possibilità di un esito interpretativo certo, così che quello difforme sarebbe sbagliato», è rilevata da V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost e obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, *cit.*, p.4, sulla base del rapporto dinamico intercorrente tra decisione maggioritaria e opinioni separate.

A questo punto vale la pena di esaminare come, nei rapporti tra costituzione e legislazione ordinaria, la certezza del diritto venga in contatto con la variabile della evoluzione della coscienza sociale.

In altre parole, l'argomento "evolutivo" identificato nell'avvenuta evoluzione della coscienza sociale (che, in assenza di un *consensus* diffuso tra gli Stati contraenti, non risulta utilizzabile nei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione se non nell'ipotesi di condanna dello Stato), risulta spendibile principalmente sul piano interno perché in diretto collegamento con l'esercizio della discrezionalità del legislatore nazionale: il solo che da tale fenomeno possa essere adeguatamente stimolato⁶³.

Il tema della evoluzione della coscienza sociale assume rilievo per il diritto (e, in particolare, dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale) soprattutto in relazione a nozioni costituzionali che si caratterizzano per essere «dense di significati storico-culturali»⁶⁴.

Tali nozioni sono soggette eventualmente alla pressione esercitata sul versante interno dall'evoluzione della coscienza sociale, e su quello esterno, dal delinearsi di tendenze giurisprudenziali sovranazionali che incontrano la sensibilità delle Corti interne, oltre che dei giudici di merito.

Si è opportunamente rilevato come l'operatività di questo criterio, che valorizza tendenze rilevabili all'interno della società, si ricolleggi elettivamente all'attività legislativa, poiché «nel sistema democratico-

⁶³ Per uno studio sull'utilizzo dell'«argomento della mutazione della coscienza sociale» nelle decisioni della Corte costituzionale, v. A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 4/2019. Tale argomento, a giudizio dell'A., «tende a svolgere una funzione di temperamento della generalità e dell'astrattezza della legge positiva, ma anche di argine rispetto a nuovi approdi di un mutamento in atto nella realtà ancora non consolidato e, di conseguenza, ancora non suscettibile di essere "codificato" dal legislatore», *ivi*, p. 528.

⁶⁴ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 11, la cui riflessione prende le mosse dall'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale in tema di diritto al cognome materno (ordinanze nn. 176 e 586 del 1988, sent. n. 61/2006, sent. n. 286/2016).

rappresentativo dovrebbe essere il legislatore l'“antenna” sensibile a registrare i mutamenti della coscienza sociale»⁶⁵.

Una tale “registrazione” può essere dal legislatore apprezzata con esiti differenti, che si pongono nel senso: a) di una sua attivazione nel predisporre idonea normativa in caso del rilievo di una lacuna di disciplina⁶⁶, oppure nella rimozione e/o aggiornamento delle normative ritenute non più adeguate; b) del permanere in una situazione di inattività. Quest'ultimo atteggiamento può essere sintomatico della incapacità del legislatore nel prendere posizione rispetto ad istanze provenienti dalla società (perché per esempio, sulle stesse, il dibattito pubblico risulta ancora in corso), oppure di una più esplicita «decisione negativa»⁶⁷, mediante cui si decide di non dare corso a tali istanze perché ritenute in contrasto, o comunque non coerenti con il quadro dei principi costituzionali.

Al di là di questo contesto, che esprime la dinamica fisiologica dei rapporti tra legislatore e consociati all'interno del sistema democratico-rappresentativo, residua l'ipotesi “patologica” in cui l'intervento di adeguamento all'evoluzione della coscienza sociale debba essere svolto, a mo' di chiusura del sistema, da parte della Corte costituzionale. E ciò di regola dovrebbe avvenire in seguito alla valutazione di elementi di riscontro oggettivo⁶⁸, in sostanza, di “indici di contesto” (quali, ad esempio, esistenza di progetti di legge pendenti; consolidati orientamenti giurisprudenziali interni ed esterni rispetto al contesto naziona-

⁶⁵ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit. p. 13.

⁶⁶ Per una ricostruzione problematica del concetto di lacuna nel senso di «assoluta carenza di regolamentazione» oppure di lacuna assiologica, che si riscontra «laddove la disciplina esiste ma è insoddisfacente al cospetto dei principi costituzionali», v. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, cit., p.212.

⁶⁷ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit. p. 10, con considerazioni già anticipate in ID., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 4/2015, p. 928.

⁶⁸ Su cui cfr. E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2017 (30 giugno 2017), p. 7.

le, tendenze dottrinali autorevoli e condivise, precedenti orientamenti della stessa Corte costituzionale, conoscenza degli orientamenti di diritto straniero e comparato sul tema in esame, etc.) rispetto ai quali il giudice costituzionale possa fondare la propria decisione⁶⁹.

Vale la pena notare che una decisione costituzionale che utilizzi l'argomento dell'evoluzione della coscienza sociale non debba essere necessariamente nel senso di una lettura estensiva del dato normativo, tale da includere in esso anche situazioni non originariamente in esso ricomprese, potendo condurre ad esiti se non «regressivi», di certo non «progressivi», dal momento che tale argomento è caratterizzato da una «intrinseca ambiguità», soprattutto quando risulti privo del sostegno di un «consolidato "diritto vivente"»⁷⁰.

Sembra possibile allora collocare il margine di intervento della Corte costituzionale, soprattutto con riferimento ad una possibile integrazione tra parametri costituzionali interni e parametri internazionali, nel senso di un'attività di tipo sussidiario, laddove l'inattivismo legislativo non esprima una decisione negativa supportata dall'adesione al quadro dei principi costituzionali ma, al contrario, si traduca in una incapacità da parte delle istituzioni rappresentative di portare a sintesi il dibattito pubblico, pur in presenza di indici oggettivi ravvisabili non soltanto all'interno del pensiero giuridico, ma anche rispetto alla percezione giuridica che i consociati hanno del quadro dei diritti costituzionali e delle tutele ad essi collegate, nella prospettiva di una loro condivisa evoluzione.

⁶⁹ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit. p. 14.

⁷⁰ A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 565.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro nasce dall'esigenza di fornire una prima risposta alla domanda su quale sia lo specifico approccio di diritto costituzionale in tema di famiglia.

Il sistema del diritto di famiglia, infatti, pur conosciute ed interiorizzate le premesse costituzionali, si muove secondo una logica improntata alla autosufficienza, legata alla vigenza degli elementi di diritto positivo che di volta in volta possono venire in rilievo. Si configura in sostanza, come un oggetto di studio autonomo. Il dettato costituzionale viene certamente in rilievo, ma all'occasione può anche essere superato dal legislatore ordinario (il caso della introduzione della disciplina dello *status* unico di figlio, nella vigenza dell'attuale art. 30 Cost., ne costituisce un esempio¹).

Di fronte a queste evoluzioni, che traggono la loro origine da mutamenti consolidati all'interno della coscienza sociale e dunque non sembrano poter mettere in discussione questi scostamenti legislativi rispetto al dettato della Carta, le previsioni costituzionali davvero as-

¹ Su questo punto, da ultimo, v. A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Juscivile.it*, 5/2018, (consultabile anche in *Consulta OnLine*, 3/2018, 1 ottobre 2018, p. 511 e ss.), pp. 754-755, per cui un esempio «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 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 stesso»; in senso contrario a questa prospettiva, v. A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Ragioni e implicazioni della "riforma della filiazione"* in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, Rimini, 2014, p. 28, per i quali «la condizione di legittimità costituzionale di una disciplina che unifichi lo stato di figlio è che sia osservato il vincolo a preservare il *surplus* di valore che deve riconoscersi al nucleo matrimoniale, ogni volta che possa insorgere una vicenda tale da porre il genitore in una posizione di conflitto tra la lealtà dovuta al figlio procreato fuori del matrimonio e quella, poziore, dovuta al coniuge e ad i figli avuti da questo».

sumono i contorni dell'immagine dell'orma evocata da Mario Ricca²: sospese tra passato e presente, delimitano uno spazio vuoto in cui tuttavia è ravvisabile un'impronta. Nulla di scolpito, nulla di definitivo, ma una traccia da esaminare.

«Vi è insomma nel ciclo della vita del diritto, pure nella caratteristica inconfondibile conferita ad ogni suo momento dalla esigenza della certezza, la continua tentazione di una rottura della autonomia e della autosufficienza delle forme in cui esso si realizza»³: si tratta di una dinamica ineliminabile, cui sembra potersi sottrarre soltanto «il momento della scienza del diritto, vale a dire, più precisamente, di quella attività intellettuale che non partecipa in modo diretto né alla produzione né all'applicazione del diritto, ma tende soltanto alla presa di conoscenza di esso, cioè alla sua esplicazione ed al suo chiarimento attraverso i suoi due fondamentali momenti dell'interpretazione e della costruzione, o del sistema»⁴. Ciò che di «peculiare e veramente inconfondibile vi è nell'attività del giurista» risiede, perciò, nella continua oscillazione tra questi due ambiti: «nel suo essere cioè strettamente legata ai bisogni dell'azione e nello stesso tempo astratta verso la teoreticità della sistemazione razionale e concettuale»⁵.

In questo senso, l'indagine è stata condotta verificando, in tema di disciplina costituzionale della famiglia, l'attuale percorribilità della teoria istituzionale, volta a valorizzare il profilo della stessa come formazione sociale non antitetica rispetto allo sviluppo della personalità dei soggetti che vi fanno parte. Questa prospettiva, rifuggendo tentazioni di stampo organicistico, nella configurazione della famiglia come

² M. RICCA, *Diritto errante. Spazi e soggetti*, cit., p. 60.

³ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954, p. 16. Su questa problematica, v. anche, da ultimo, G. CORSO, *Ideologie e interpretazione giuridica*, in *Ragion Pratica*, 1/2020, p. 129: «Se il compito del giurista è quello di comprendere e interpretare l'ordinamento, o quella parte dell'ordinamento giuridico del quale professionalmente si occupa, egli si comporterà da ideologo quando nella interpretazione si lascerà guidare dalle sue preferenze politiche e dal quadro ideale (ideologia) nel quale tali preferenze si collocano».

⁴ Ivi, p. 17.

⁵ Ivi, p. 31, in nota n. 19.

istituzione individua una garanzia ulteriore per i soggetti che la compongono⁶.

Inoltre, attraverso un primo *excursus* di carattere storico relativo al dibattito in Assemblea Costituente e alla successiva analisi di percorsi tematici relativi ai principali istituti di diritto familiare, si è affacciato il tema dell'urgenza e, dunque, dei «bisogni dell'azione», che permea l'ambito delle rivendicazioni inerenti alla struttura e alla disciplina della famiglia⁷: rivendicazioni rispetto alle quali si pongono in maniera diversa i giudici e il legislatore, anche con riferimento alla determinazione della consistenza del limite dell'ordine pubblico.

Un ulteriore tema che si è affacciato all'orizzonte della presente ricerca intercetta la problematica relativa all'individuazione del canale più idoneo per esprimere e convogliare quella che ordinariamente viene definita “evoluzione della coscienza sociale”⁸.

⁶ Sulla preoccupazione – indubbiamente concreta e fondata – derivante da una indebita connessione tra «aspetto istituzionale» e «aspetto individuale» dei diritti fondamentali, cui può ricollegarsi un'accentuazione «[de]gli aspetti istituzionali», «ipotizzando beni giuridici di rango paritario oppure superiore rispetto ai diritti fondamentali, con la conseguenza, «nonostante la riaffermazione del valore della persona» di finire «per sacrificare i diritti: ancora una volta, con la preminenza del “tutto” sull'uomo», L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, cit., p. 66.

⁷ Non a caso, in tema di affetti, torna alla mente il mito della nascita di Eros descritto nel *Simposio* di Platone. Poros (ingegno) e Penia (povertà, ma meglio traducibile con “bisogno”) sono le due componenti da cui nasce l'amore, v. G. REALE, *Il mito di “Penia” e di “Poros” come “madre” e “padre” di Eros e suo significato in Eros dèmon mediatore. Il gioco delle maschere nel Simposio di Platone*, Milano, Bompiani, 2005, p. 170 e ss. Per una riflessione sui bisogni nel senso di una loro configurazione quali elemento fondativo della «difesa dei diritti come lotta per la soddisfazione delle corrispondenti pretese», in modo tale per cui «i diritti come oggetto delle pretese degli individui si rappresentano antropologicamente come proiezioni dei bisogni nella sfera giuridica sotto forma di contenuti pretensivi protetti dall'ordinamento», v. F. BILANCIA, *Falsa percezione dei bisogni e vera tutela dei diritti*, in F. RIMOLI, G.M. SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006, p. 169.

⁸ Per un riferimento, alternativo, alla coscienza sociale come «argine a mutamenti non ancora consolidati» nella misura in cui le convinzioni inevitabilmente nutrite dai Costituenti nel 1948 continuano a corrispondere, secondo la non irragionevole valutazione del legislatore, alle convinzioni dominanti nella comunità», v. M. MANETTI, *La decostruzione del paradigma eterosessuale della genitorialità da PMA in Giur. Cost.*, 5/2019, p. 2614, (in commento a Corte cost., n. 221/2019). Per una ulteriore problema-

Ad esso risulta connessa la questione, che coinvolge ed interroga il diritto costituzionale, relativa a come il tema della presenza della famiglia nella Costituzione debba essere affrontato: se questo possa avvenire soltanto attraverso la riflessione sui margini interpretativi degli articoli che ad essa si riferiscono, oppure se possa essere coinvolta anche la dimensione della politica del diritto⁹.

La contemporaneità, ma anche l'evoluzione che ha interessato l'istituzione familiare a partire dagli anni '70 del secolo scorso fino alle più recenti innovazioni legislative, suggeriscono un certo grado di elasticità del diritto nel recepire trasformazioni e cambiamenti, sempre tuttavia insufficiente rispetto all'emergere di nuove istanze sociali – le quali logicamente tendono ad anticipare qualsiasi risposta normativa.

Domandarsi se l'ambito della composizione di tali conflitti possa essere quello giudiziario o quello politico-rappresentativo, in una irrimediabile contrapposizione, non appare una soluzione rispettosa della necessaria integrazione tra questi due piani, soprattutto sotto il profilo dell'analisi degli elementi di crisi che sembrano affliggere entrambi.

tizzazione del concetto di coscienza sociale e delle sue "fluttuazioni" eventualmente anche in senso antidemocratico, v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1969, p. 146, laddove rileva come nulla garantisce che la "coscienza sociale" (e con essa il potere costituente) «non ripudii il principio di libertà».

⁹ Su questo punto valgono ancora le considerazioni in tema di "politica costituzionale" espresse da G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1984, p. 112: «Crescono le necessità di una "politica costituzionale", che valga a trasformare le norme costituzionali non immediatamente operative in regole creatrici di diritti e di doveri: le norme organizzative devono essere attuate, quelle di principio devono essere concretizzate, le politiche indicate dalle norme programmatiche devono essere perseguite. Tutto ciò può dare l'impressione di una caduta a picco della costituzione come documento avente una propria efficacia giuridica. Il che è sotto certi aspetti inevitabile e sotto altri è il prezzo della maggiore estensione della funzione della costituzione, rispetto a quella più ristretta del secolo scorso. Una costituzione che voglia dar ordine non solo ai rapporti politici ed ai rapporti tra i cittadini e lo stato in termini di libertà negativa, ma intenda operare all'interno della società stessa, nei suoi rapporti di potere intrinseci, non può che essere questo» (corsivo nel testo). Sul concetto di politica costituzionale, v. M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 2/1997, p. 111, per il quale il contenuto della Costituzione «non è più quello che coincide con i principi politici "portati", nel momento costituente, dalle forze politiche dominanti, ma è quello che consegue nell'insieme delle attività riassunte nell'espressione "politica costituzionale"».

Senza dubbio è legittimo chiedersi se la crisi della rappresentanza politica possa determinare effetti a cascata in termini di garanzia dei diritti; e se per contro la creatività giurisprudenziale, ove portata alle estreme conseguenze, possa contribuire alla progressiva perdita della centralità della legge¹⁰.

In questo contesto, la Carta costituzionale può diventare oggetto di attese relativamente alla capacità della stessa di «risolvere (...) il rapporto tra legittimità e verità, positivizzando postulati di morale individuale e di ethos pubblico, in modo così stretto e giuridicamente cogente che l'attuazione della legalità si venga a indentificare con quegli stessi valori»¹¹.

Gli articoli costituzionali sulla famiglia sono destinati ad essere ciclicamente collocati in un orizzonte di attesa rispetto al cambiamento: dimensione alla quale le relazioni familiari, come dimostra l'evoluzione delle loro dinamiche interne, non si sottraggono.

A dieci anni di distanza dalla pronuncia della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale, il cui dispositivo si caratterizzava per l'intrinseco dualismo¹² tra una volontà conservatrice (dell'istituto matrimoniale come tale) e un volontà progressista (decisa a mettere seriamente in mora il legislatore inadempiente rispetto al diritto delle coppie formate da persone dello stesso sesso di poter avvalersi di una disciplina giuridica per la regolamentazione della propria unione) e a quattro dalla attesa legge sulle unioni civili, il tema del dibattito si è

¹⁰ In parallelo, assumono rilievo le considerazioni svolte da M. FIORAVANTI, *La trasformazione del modello costituzionale*, in *Studi storici*, 4/2001, p. 824, per cui «la frontiera della separazione dei poteri, nuova e nello stesso tempo antica, si pone oggi tra la politica democratica da una parte, che può e deve disporre di tutti gli strumenti necessari per la libera determinazione e attuazione dell'indirizzo politico prevalente, e la giurisdizione dall'altra parte, cui spetta l'altrettanto libero ed esclusivo potere d'interpretazione della legge a garanzia dei diritti, secondo i principi costituzionali».

¹¹ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, FrancoAngeli, Milano, 1982, p. 59. Rispetto a questo orizzonte di attesa, il giudizio di costituzionalità può configurarsi come «occasione discorsiva emblematica» interna al sistema, M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, cit., p. 204 e ss.

¹² Aspetto messo in evidenza (proprio con riferimento alla sentenza cost. n. 138/2010) da M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, cit., p. 37, con riferimento all'utilizzo da parte della Corte costituzionale di metodi interpretativi diversi «in modo complementare».

spostato, come era prevedibile, dal matrimonio alla filiazione. E ciò non tanto per via di una connessione “teleologica” tra matrimonio e filiazione, quanto piuttosto perché quest’ultima – ormai potenzialmente svincolata dall’atto procreativo – costituisce una ipotesi di espressione del principio di autodeterminazione, introducendo nuovi elementi di indagine e nuove ipotesi di bilanciamento all’interno dei giudizi.

In questo contesto, risulta di decisiva importanza valutare come, forse, le categorie fino ad ora utilizzate non soltanto dalla scienza sociologica, ma anche da quella giuridica, inerenti al pluralismo dei modelli familiari, possano ritenersi non più adatte a riflettere la complessità del panorama di relazioni familiari¹³ che sorgono anche all’esterno dell’ordinamento italiano, e che con esso vengano ad un certo punto in contatto. La dimensione del pluralismo dei modelli familiari risponde infatti ad una esigenza di carattere descrittivo, ma non appare pienamente utilizzabile sul piano giuridico. A parere di chi scrive, per due ordini di ragioni: a) appare fondamentalmente discriminatoria, ammettendo l’esistenza di “famiglie” che non entrano in contatto con il mo-

¹³ La problematica di una “riduzione” di tale pluralismo a ipotesi predeterminate e giuridicamente apprezzabili si è posta, nell’attualità del contesto della pandemia da Covid-19, relativamente alla definizione di “congiunti” utilizzata all’art. 1 del DPCM del 20 aprile 2020, su cui v. E. AL MUREDEN, *La nozione di “congiunti” tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 6/2020, p. 624, che rileva come l’analisi della casistica giurisprudenziale in materia di risarcimento del danno subito per la perdita del “prossimo congiunto” (su cui v., da ultimo, Cass. 24 aprile 2019, n. 11212, e Cass. 15 settembre 2014, n. 19423, in banca dati Pluris) «testimonia l’esigenza di attribuire rilievo a rapporti di coppia ulteriori rispetto a quelli riconducibili entro la definizione delineata dall’art. 1, comma 36, L. n. 76/2016, che, ad esempio, non include tra i conviventi coloro che diano vita ad una coppia nella quale almeno uno dei componenti sia legalmente separato e quindi privo dello stato libero». Con riferimento alla filiazione, è stata la stessa Corte costituzionale (sent. n. 225/2016) a sottolineare come possano ritenersi comunque rilevanti legami affettivi tra il minore ed es. il genitore sociale. In proposito, v. F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*, in *Famiglia e diritto*, 4/2017, p. 305; L. CAROTA, *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l’orientamento della Corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2018, p.270 e E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 4/2017, p. 566.

dello costituzionale dell'art. 29 (cui si riconnette, per una consecutività non soltanto topografica, la serie di articoli sulla filiazione) se non per la via mediata dall'art. 2 Cost.; b) perché fa venire meno una caratteristica di grande rilievo riconosciuta come appartenente alle Costituzioni, ovvero la capacità di ammettere integrazioni: intendendo, con il termine "integrazione" (...) «un procedimento con il quale le norme della costituzione vengono non specificate e concretizzate da norme particolari in esse implicite, o comunque deducibili dai principi costituzionali, ma vengono invece affiancate da norme che rispondono ad ipotesi ed esigenze diverse, ma non contrarie, da quelle poste in essere dalla disciplina costituzionale. In questo modo si ammette che accanto alla disciplina costituzionale ne possa esistere un'altra, che è diversa – in quanto non può essere, da quella, ricavata – ma che non la contraddice».¹⁴

Il senso di questo modello "dell'integrazione" si completerebbe dunque se il rapporto tra art. 2 e art. 29 Cost. andasse nel senso di un reale affiancamento che non attribuisca alla sola famiglia legittima un rapporto di stretta consequenzialità con la filiazione (dimensione che peraltro ormai appare abbandonata dalla riforma degli anni 2012-2013, che si è configurata come una svolta di tipo culturale oltre che giuridico, se pure determinatasi in assenza di una revisione costituzionale¹⁵).

¹⁴ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., p. 81.

¹⁵ Sulla (maggiore) opportunità derivante dal procedere ad una compiuta riforma della disciplina costituzionale della famiglia attraverso lo strumento della revisione costituzionale, v. F.D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al difficile problema dell'integrazione delle fonti*, in *Juscivile.it*, 2/2017, p. 184, per cui essa si configurerebbe come «un gesto di rispetto e di lealtà nei confronti dei padri della Costituzione, che ebbero il coraggio di tracciare con limpida chiarezza di intenti e univocità di significati un disegno normativo della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio: un disegno che certamente si presta ad essere superato, ma che non merita di essere frainteso o semplicemente ignorato». Considerazioni in senso dubitativo sono invece svolte da A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, (testo della 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, consultabile anche in *Consulta OnLine*, 3/2018, 1 ottobre 2018, p. 511 e ss.), in *Juscivile.it*, 5/2018, p. 748, laddove l'A. sottolinea la mancanza di «condizioni oggettive di contesto che possano portare all'esito della revisione».

Il senso complessivo che si è voluto restituire con questa indagine, è pertanto quello di un possibile orizzonte di analisi degli articoli costituzionali sulla famiglia non quali espressione di un modello storicamente determinato ed escludente rispetto ad altre realtà ad esso non collegabili, ma come uno spazio aperto di discussione e rielaborazione concettuale tra i singoli istituti regolati dal diritto privato e l'istituzione familiare come delineata in Costituzione.

La disciplina costituzionale della famiglia si inserisce nel più generale orizzonte dell'universalità dell'esperienza umana, e dunque partecipa della possibile inclusione di ricostruzioni alternative della stessa¹⁶. È in questa prospettiva che l'approccio di Diritto e Letteratura può rivelarsi utile, nel senso di offrire allo studioso del diritto costituzionale un modello alternativo di organizzazione della complessità dei temi di indagine, attraverso la chiave di lettura rappresentata da un processo corale di rideterminazione di significati¹⁷, ma non solo. Il rinvio alla tematica delle finzioni nel diritto assume, in questa prospettiva, una valenza non meramente descrittiva, dal momento che il ricorso ad essa attiva un procedimento che da «indiretto, malizioso o utile», può al contrario divenire «cosciente», «ufficiale» o comunque «contingentemente necessario», che «salva transitoriamente le esigenze della pratica e rinvia la realizzazione delle esigenze della coerenza logica del sistema concettuale, con cui la scienza interpreta, descrive e ordina la realtà»¹⁸.

¹⁶ v. K. DOLIN, *Law and Literature: a critical introduction*, cit., p.2: «Poetry, writing that is imaginative rather than instrumental, is a way of envisaging alternative worlds, of coming to term with traumatic experience by embodying it in verbal imagery and narrative».

¹⁷ In questa prospettiva v. in particolare T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, conferenza pronunciata all'Istituto culturale cileno di Santiago nel 1955, pubblicata nella *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1955, p. 756, ora in ID., *Problemi giuridici*, Tomo primo, Giuffrè, Milano, 1959, p. 5 e ss., per cui «Il problema del diritto è il problema di ogni uomo, e si pone quotidianamente a ciascuno di noi; forse perciò nel simbolizzarne i termini possiamo, ancor prima che ai dotti, ricorrere ai saggi, e ancor prima che agli studiosi, ai poeti».

¹⁸ S. PUGLIATTI, *Finzione* (voce) in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, testo in banca dati DeJure, § 12 rubricato *Considerazioni conclusive*. Nella stessa sede, l'A. rileva altresì come: «il ricorso alla finzione vale soltanto a mettere in rilievo gli elementi di differenza, che non consentirebbero la identificazione a cui si tende, e, una volta affermata tale identificazione, la

Il processo corale di rideterminazione di significati non sembra dunque potere prescindere dal concreto atteggiarsi del diritto positivo. Riconoscere, all'interno del sistema, l'operatività della finzione costituisce un ulteriore elemento di analisi al fine di valutare come l'ordinamento si stia muovendo e per mettere a valore gli strumenti normativi a disposizione. L'attenzione alla presenza ed operatività di finzioni valorizza (se pure non in assoluto, anzi forse scommettendo sul suo superamento) il dato normativo esistente, proiettando su di esso un'ombra lunga che mette in discussione l'esistente e, che soltanto un occhio poco allenato potrebbe definire un inganno della prospettiva.

L'aspetto di particolare interesse che caratterizza dunque il modello matrimoniale eterosessuale di famiglia previsto in Costituzione, e analizzato nella prospettiva costituzionale, sembra essere individuabile nelle sue caratteristiche storicamente determinate, che tuttavia non precludono ad ogni altra realtà della vita di relazione (e senza che nessun modello resti prioritariamente escluso) di confrontarsi con esso e di metterlo alla prova del tempo: esattamente come un'orma resiste fintantoché una causa esterna non ne determini la modifica dei contorni, quando non la sua stessa rimozione¹⁹.

Un ultimo dato appare non controverso all'esito della presente ricerca: che, all'interno delle formazioni sociali, ed in particolare in quelle aventi carattere relazionale e familiare, debba comunque essere garantita l'equilibrio tra le posizioni dei soggetti che vi fanno parte, preservandone la dignità e la qualità di "persone" al cui pieno sviluppo tali formazioni sono preordinate per esplicita previsione costituzio-

rinuncia ad una spiegazione rigorosamente logica dei fenomeni considerati comparativamente».

¹⁹ Su questo punto, v. le riflessioni di P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, cit., p. 283, che rileva come: «Pur ove si voglia ammettere che (in origine appunto) sia esistita l'unitaria e omogenea intenzione del Costituente, pur volendosi concedere che sia stata conoscibile e – almeno dagli operatori del diritto – conosciuta, pur concedendo che abbia dato luogo ad un testo univocamente interpretabile, dobbiamo tuttavia chiederci quale effetto dobbiamo attribuire ad un insieme di fattori (il trascorrere del tempo, il modificarsi del contesto sociale, economico, culturale, il consolidarsi nel testo costituzionale di precedenti giurisprudenziali) non previsti e non prevedibili».

nale. In questo contesto trova una sua esatta collocazione anche dei *best interests of the child*, non soltanto nella sua veste di clausola generale, ma quale specifica applicazione del principio personalista all'interno della famiglia²⁰

²⁰ Secondo, dunque, l'impostazione adottata dalla Corte costituzionale italiana la quale, «da sempre particolarmente incline a una valutazione sistemica dei diritti costituzionali e attenta a non configurare alcun principio o diritto come “tiranno” sugli altri, pur facendo propria solitamente la traduzione più diffusa, non ha mai ritenuto che dal principio dei *best interests* discendesse l'assoluta e invalicabile prevalenza della posizione della persona di minore età, dei suoi diritti e dei suoi bisogni, su ogni altro bene di rilievo costituzionale», come sottolineato da E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in AA.VV., *La Convenzione della Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a trent'anni dall'adozione*, Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza, Roma, 2019, p.148. Il documento è consultabile al seguente url:
https://www.units.it/sites/default/files/media/documenti/notizie/agia_convenzione.pdf.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional* (Atti delle IV giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale), Conceito, Florianópolis, 2012.
- AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del convegno organizzato da Sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia*, Giuffrè, Milano, 1976.
- AA.VV., *Rapporto di monitoraggio sulle politiche per la famiglia delle Regioni e Province autonome*, Istituto degli Innocenti, Firenze, 2019.
- Agosta, S., *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2018.
- Agosta, S., *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruente)*, in http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/agosta_testamentobiologico.pdf.
- Agosta, S., *Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore quale reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità*, in *Consulta online*, articolo consultabile al seguente url: <http://www.giurcost.org/studi/agosta4.pdf>.
- Agosta, S., *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparata: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, in *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional* (Atti delle IV giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale), Conceito, Florianópolis, 2012.
- Allegri, M.R., *Rimedi palliativi all'inerzia del legislatore: i registri comunali delle unioni civili*, in www.rivistaaic.it, 4/2012.
- Al Mureden, E., *La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 6/2020.
- Alpa, G., *A proposito di finzioni giuridiche*, in *Sociologia del diritto*, 3/1995.
- Alpa, G., *Il «diritto costituzionale» sotto la lente del giusprivatista*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1999, pp.15-108.
- Amagliani, R., *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giustizia civile*, n. 4/2018.

- Amato G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967.
- Angelini, F., *Ordine pubblico* (voce) in *Dizionario diritto pubblico* diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano, 2006.
- Angelini, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007.
- Angelini, F., *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. cost.* 2/2012.
- Angelini, F., *La famiglia e l'istruzione*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Jovene, Napoli, 2014.
- Angelini, F., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, VI, 2015.
- Angelini, F., *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017.
- Angelini, F., *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 *www.costituzionalismo.it*, 1/2018.
- Angelini, F., *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno il punto sull'ordine pubblico e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2/2020 (3 marzo 2020).
- Angelini, F., *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- Anzon, A., *La corte condanna all' "inefficacia giuridica" le norme programmatiche degli statuti regionali ordinari*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- Astone F., *Amore coniugale e cattedre universitarie*, in *Giur. Cost.*, 2/2019.
- Aristodemou M., *Law & Literature. Journeys from Her to Eternity*, Oxford University Press, New York, 2000.
- Astone F., *Sul diritto dell'adottato a conoscere le generalità delle proprie sorelle*, in *Giur. Cost.*, 3/2018.
- Atripaldi V., *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, Introduzione a F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le*

- dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Jovene, Napoli, 2014.
- Azzalini M., *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1/2018.
- Balboni M., Gattuso M., *Famiglie e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, in *GenIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1/2014.
- Balduzzi R., *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.
- Balestra L., *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2004.
- Barassi L., *Istituzioni di diritto civile. Quarta edizione riveduta e aggiornata*, Giuffrè, Milano, 1948.
- Barberis M., *Santi Romano, Il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2011.
- Barcellona P., voce *Famiglia* (dir. civ), in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967.
- Barile P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953.
- Barile P., *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, pubblicato in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1955, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967.
- Barile P., *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia* (1955), ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967.
- Barile P., *La famiglia di fatto: osservazioni di un costituzionalista*, in AA.VV., *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976)*, Montereleggio-Parma, 1977.
- Bartole S., *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, 1/2018.
- Belletti M., *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa (legge 20 maggio 2016, n. 76)* in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2016 (24 giugno 2016).
- Belletti M., voce *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2017.
- Bellini, P., «*Ubi societas ibi societas*». *Considerazioni critiche sul fortunato adagio «ubi societas ibi ius»*, Parte I, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2/2011.
- Benacchio G.A, Graziadei M. (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD* (Trento, 24-26 settembre 2015), Università degli studi di Trento, 2016, [Libro in

- Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>).
- Benedetti, A.M., *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?* in *www.giurcost.org* sezione *Studi e commenti* (url: http://www.giurcost.org/studi/Benedetti4.html#_ftn1).
- Benvenuti, M., *Diritti sociali*, Utet, Torino, 2013.
- Benvenuti, M., *L'istruzione come diritto sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Jovene, Napoli, 2014.
- Berensci G. (a cura di), *Maternal Fetal Transmission of Human Viruses and their Influence on Tumorigenesis*, Springer, 2012.
- Bergamini, E., *La famiglia nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012.
- Bergonzini, C., *Art. 30*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008.
- Berteà, S., *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI/2001.
- Berteà, S., *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.
- Bessone, M., *Art. 29-30-31* in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali* (art. 29-34), Zanichelli-Società ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976.
- Bessone, M., Alpa, G., D'Angelo, A., Ferrando, G., *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1980.
- Bessone, M., Ferrando, G., voce *Minori e maggiori di età* (adozione dei), in *Noviss. dig. it.*, App., V, UTET, Torino 1984.
- Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949.
- Bianca C.M., *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in G. Frezza (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Bianca C.M., *La riforma del diritto della filiazione. Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3/2013.
- Bianca, C.M., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2013.
- Bianchi, P., *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

- Bifulco, R. (a cura di) *Gli statuti di seconda generazione. Le regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino 2006.
- Bilancia, F., *Falsa percezione dei bisogni e vera tutela dei diritti*, in F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006.
- Bilotti, E., *Riconoscimento in Italia di un provvedimento straniero di «stepchild adoption»: la Corte costituzionale ritiene inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2016.
- Bilotti, E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017.
- Bilotti E., *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. dir.*, 11/2017.
- Bilotti E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e della Persone*, 3/2017.
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- Bin R., *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. Cost.*, 1998 e in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/166-98.htm>.
- Bin R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *St. Iuris*, 10/2000.
- Bin R., *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 1/2005.
- Bin R., *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi nemici*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Bin R., *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 3/2013.
- Bin R., *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2/2016.
- Bin R., *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018.
- Bin R. *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018.
- Bin R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, (12 settembre 2018).
- Binder G., Weisberg R., *Literary Criticism of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2000.

- Biondi F., *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in F. Giuffrè, I Nicotra (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Biondi F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it (24 giugno 2014).
- Biondi F., sub art. 29, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevani, Il Mulino, Bologna, 2018.
- Blasi M., Campione R., Figone A., Mecenate F., Oberto G., *La nuova regolamentazione delle unioni civili*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Blasi M., *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Bloch M., *Apologia della storia o mestiere di storico*, Einaudi, Torino, 1969.
- Bobbio N., *La certezza del diritto è un mito*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, p.150.
- Bobbio N., *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in Id., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985.
- Bouthinon-Dumas H., *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Revue internationale de droit économique*, 3/2001.
- Bowen M., *Toward the differentiation of self in one's family of origin*, in F. Andres, J. Lorio (a cura di), *Georgetown Family Symposia* (vol. 1), Washington, DC, Georgetown University Medical Center, 1976.
- Bowen M., *Dalla famiglia all'individuo. La differenziazione del sé nel sistema familiare*, Astrolabio Ubaldini, Roma, 1980.
- Bozzi L., *La legge 76 del 2016: Istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in *DPCE online*, 3/2017.
- Breccia U., *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, ora in Id., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Brunelli G., *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi nemici*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Brunelli G., *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?* in Pezzini B, Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.

- Bruno A., *La neutralità assiologica dell'originalismo. Gli Stati Uniti nella dead hand of the past*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Bruno P., *Oliari contro Italia: la dottrina degli obblighi positivi impliciti al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 12/2015.
- Brunori L., *Le disposizioni dei nuovi statuti in materia di famiglia*, in E. Catelani, E. Cheli, *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna, 2008.
- Burke E., *Difesa della società naturale*, Liberilibri, Macerata, 2009.
- Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4/2002.
- Busnelli F.D., *Le cure palliative*, in E. Stradella (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, Plus, 2011.
- Busnelli F.D., *Il diritto di famiglia di fronte al difficile problema dell'integrazione delle fonti*, in *Juscivile.it*, 2/2017.
- Butturini D., *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in *www.forumcostituzionale.it* (24 ottobre 2012).
- Cacace S., *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a Dj Fabo, passando per i no-vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Rivista italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1/2018.
- Caggiano I.A., *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'Ospedale Pertini*, in *Europa e Diritto privato*, 1/2017.
- Caiani L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954.
- Camerlengo Q., *La saggezza della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2011.
- Camerlengo Q., *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e società*, 2/2014.
- Campagna L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, Milano, 1966.
- Campiglio C., *La genitorialità delle coppie same sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e Diritto*, 10/2018.
- Campione R., *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F.

- Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Cananzi D.M., *In direzione del diritto e del linguaggio. L'Informazione dei viventi non umani tra filogenesi e ontogenesi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4/2011.
- Capotosti P.A., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2010.
- Carbonnier J., *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant et le couple*, PUF, Thémis droit privé, 2002.
- Cardozo B.N., *Law and Literature*, in 14 *Yale Rev.* 699, 1924-25.
- Carducci M., Musardo N., *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional* (Atti delle IV giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale), Conceito, Florianópolis, 2012.
- Caretti P., Giannelli M., "Ragionevolezza" e "non irragionevolezza" nel contrasto al familismo universitario, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2019.
- Carlassare L., *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in M. De Cristofaro, A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980.
- Carlassare L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1995.
- Carota L., *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della Corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2018.
- Carrano R., *La revisione sistematica del Codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione*, in C. M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015.
- Carrozza P., *Il welfare regionale tra unità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna, 2008.
- Cartabia M., *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1/2015.
- Casaburi G., *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)* in www.articolo29.it (3 marzo 2016).
- Casaburi G., *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni*

- italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*, in *Il Foro it.*, 3/2017, IV.
- Caselli G.C., *Quando la chiesa disciplinava le unioni di fatto*, in *Quest. Giust.*, 2/2007.
- Castiglioni M., G. Dalla Zuanna, *“La famiglia è in crisi”. Falso!*, Laterza, Roma-Bari, 2017.
- Catelani E., *Presentazione della ricerca*, in E. Catelani, E. Cheli, *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna, 2008.
- Cattaneo G., voce *Adozione*, in *Dig. IV disc. priv.*, sez. civ., I, Torino 1987.
- Cavino M., *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Cecchetti C., *Il diritto a conoscere le proprie origini: il dialogo tra la Corte EDU, la Corte costituzionale e la suprema Corte di Cassazione*, in *giudicedonna.it*, 4/2016.
- Cerri A., *Ordine pubblico* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990.
- Cerri G., *Legislazione orale e tragedia greca*, Liguori, Napoli, 1979.
- Checchini B., *Accertamento e attribuzione della paternità*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Cherchi R., *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in *Costituzionalismo.it* (16 novembre 2010).
- Chesneaux J., *Che cos'è la storia. Cancelliamo il passato?*, Mazzotta, Milano, 1977.
- Chini C., *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore* in *BioLaw Journal*, 1/2016.
- Chinni D., *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”, Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giur. it.*, 2/2010.
- Chiodi G. (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, IX, Giuffrè, Milano, 2013.
- Cian G., *Il diritto civile come diritto privato comune (ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1989.
- Cicu A., *Lo spirito del diritto di familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1-2/1939.
- Cicu A., *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 3/1940.
- Cicu A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1914), Arnaldo Forni Editore, Sala Bolognese, 1978.

- Ciervo A., *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 4/2019.
- Coen J.L., Arato A., *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass., 1992.
- Commissione nazionale per i problemi della famiglia, *Problemi e bisogni della famiglia. Rapporto del I gruppo di lavoro*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1983.
- Commissione nazionale per i problemi della famiglia, *Organizzazione del lavoro – Tempi per la famiglia. Rapporto del III gruppo di lavoro*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1983.
- Commissione nazionale per i problemi della famiglia, *Diritto di famiglia. Rapporto del V gruppo di lavoro*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1983.
- Collura G., *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti*, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002.
- Collura G., *Le famiglie degli affetti e le nuove genitorialità*, in *Rassegna di Diritto civile*, 1/2018.
- Conte L., «*Impara una quantità di cose dai dotti*»: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello “specchio” della dottrina, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012.
- Conte L., *Le unioni non matrimoniali*, in F. Giuffrè, I. Nicotra, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Conte L., *Felicità raggiunta? La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari*, in *GenIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2/2015.
- Conte L., *La quête e alcune considerazioni sulla “forma” della famiglia*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis, *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019.
- Conte L., *Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it* (1 aprile 2020–paper), ora in M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo, M. Malvicini, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

- Conte L., *La scuola si è fermata. L'impatto del Covid-19 sui diritti all'istruzione, all'educazione e all'insegnamento*, in A.M. Poggi, F. Angelini, L. Conte, *La scuola nella democrazia. La democrazia nella scuola*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- Conti R.G., *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, (4 aprile 2018).
- Cordiano A., *La dichiarazione di incostituzionalità della legge 104/1992 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto*, in *www.forumcostituzionale.it* (29 ottobre 2016).
- Cordiano A., *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.
- Corso G., *Ordine pubblico* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè, Milano, 1980.
- Corso G., *Ideologie e interpretazione giuridica*, in *Ragion Pratica*, 1/2020.
- Corti I., *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche?*, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Aracne, Roma, 2013.
- Costanza M., *I diritti dei figli*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013.
- Costanzo P., Ruggeri A., *Introduzione a A. Morelli, L. Trucco (a cura di), Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014.
- Cotta S., *L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, 1977, pp. 225-242.
- Cover R.M., *Nomos and Narrative*, 97 Harv. Law Rev. 4, 1983-1984.
- Cozzi A. O., *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. Cost.*, 6/2005.
- Cozzi A. O., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c.1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Diritticomparati.it*, n. 1/2018.
- Crivelli E., *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018.
- Crivelli E., *La Corte EDU richiama la prima Advisory opinion: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?* In *Quad. Cost.*, 2/2020.
- Croce B. *Teoria e storia della storiografia*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 1948.
- Croce M., *Che cos'è un'istituzione*, Carocci, Roma, 2011.
- Cuocolo F., *I nuovi statuti regionali tra Governo e Corte costituzionale*, in *Giur cost.*, 6/2004.

- D'Alberti M., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2012,.
- D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003.
- D'Aloia A., *Quel che resta della legge 40*, Editoriale, in *BioLaw Journal*, 2/2014.
- D'Aloia A., *L'(ex) 40 in Quad. cost.*, 4/2015.
- D'Amato A., *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936.
- D'Amico G., *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014* in www.forumcostituzionale.it (3 luglio 2014).
- D'Amico M., *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, (5 novembre 2015).
- D'Andrea A., *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica: qualche puntualizzazione di ordine costituzionale*, consultabile all'url https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/D_Andrea.pdf, ora in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, Vol. II.
- D'Andrea A., *Certezza del diritto e integrazione fra ordinamenti*, in A. Apostoli, M. Gorlani, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- D'Angeli F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2011.
- D'Atena A., *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- Dal Canto F., *La Corte costituzionale e il matrimonio tra omosessuali*, in *Il Foro italiano*, 2010, pt. I.
- Danovi F., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e Diritto*, 12/2014.
- De Cupis A., *Stato e famiglia*, in *Il Foro it.*, 1971, V
- De Cupis A., *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche*, in *Giust. Civ.*, 2/1982.
- De Romilly J., *La tragedia greca*, il Mulino, Bologna, 2017.
- De Ruggiero R., *Finzione legale*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. III/1, Vallardi, Milano, 1923.
- De Siervo U., *Gli statuti delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1974.
- De Vergottini G., *Ordine pubblico* (voce) in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Utet, Torino, 1983.
- Del Vecchio G., *Lezioni di filosofia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, XIV, 1936.

- Dell'Atti L., *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. n. 2/2020.
- Di Bari M., *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2012 della Corte di cassazione: la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nei confronti delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale* in *Rivista AIC*, (28 marzo 2012).
- Di Maio R., *I registri delle unioni civili*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007.
- Di Maria R., *Diritti della famiglia*, in A. Morelli, L. Trucco, *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014.
- Di Rosa G., *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in A. Ruggieri, D. Rinoldi, V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.
- Di Rosa G., *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in *Atti del Convegno Un nuovo diritto per la relazione di cura?* in *Resp. Med.*, 1/2019.
- Dickmann R., *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU (dalle sentt. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)*, in *www.federalismi.it* (16 settembre 2013).
- Dieni E., *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Documento tecnico sulla rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico per lo svolgimento dell'esame di stato nella scuola secondaria di secondo grado* (15 maggio 2020).
- Dogliani M., *Interpretazioni della Costituzione*, FrancoAngeli, Milano, 1982.
- Dogliani M., *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1995.
- Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 2/1997.
- Dogliani M., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2/2009.
- Dogliani M., *Il doppio "temperamento" del giuspositivismo nell'opera di Alessandro Pace*, in *Diritto Pubblico*, 2/2012.
- Dogliani M., Massa Pinto I., *Elementi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- Dogliotti M., voce *Famiglia* in *Dig. Disc. Priv.*, VIII, 1992.

- Dogliotti M., *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IV, Giappichelli, Torino, 1999.
- Dogliotti M., *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano 2002.
- Dogliotti M., *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Politica del diritto*, 1/2017.
- Dogliotti M., *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e Diritto*, 7/2019.
- Dolin K., *A critical introduction to Law and Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Dolso G.P., *Giudici e costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto Pubblico*, 2/2018.
- Donadoni P., *Alcune questioni preliminari in tema di gestazione per conto terzi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2006.
- Dworkin R., *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986.
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010.
- Eco U., *Sei passeggiate nei boschi narrativi*, Bompiani, Milano, 1994.
- Elia L., *Introduzione ai problemi della laicità*, in AA.VV., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXII Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007, Cedam, Padova, 2008.
- Emiliozzi E.A., *L'adozione da parte dei partners delle unioni civili*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2/2018.
- Esposito C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana (1951)*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954.
- Esser J., *Wert und Bedeutung in Rechtsfiktionen*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1940.
- Falzea A., *Riflessioni sulla fictio iuris*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Faralli C., *Certezza del diritto o diritto alla certezza?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/1997.
- Faralli C., *Introduzione a La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- Faralli C., Mittica M.P., *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010.
- Faralli C., *Le origini di Diritto e Letteratura nel realismo americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2012.

- Feraci O., *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 1/2017.
- Feraci O., *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. fonti*, 2/2019.
- Ferrando G., *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 3/2003.
- Ferrando G., *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. Dir.*, 1/2008.
- Ferrando G., *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 5/2013.
- Ferrando G., *Stato unico di figlio e varietà di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 10/2015.
- Ferrando G., *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Pol. Dir.*, 1/2017.
- Ferrando G., *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2/2017.
- Ferrando G., *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, in *www.questionegiustizia.it*, (12 maggio 2020).
- Ferrari D., *Le unioni civili davanti all'obiezione di coscienza: questa unione non s'ha da fare?* in *Pol. Dir.*, 1/2017.
- Ferrari F., *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.
- Ferri G.B., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)* in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980.
- Figone A., *Adozione: sì alla conoscenza dei fratelli e delle sorelle*, in *Ilfamiliarista.it* (14 agosto 2018).
- Finocchiaro A., Finocchiaro M., *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico-pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, vol I, Giuffrè, Milano, 1975 e vol. II, Giuffrè, Milano, 1976.
- Finocchiaro M., *L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al diritto*, 14/2012.
- Fioravanti M., *La trasformazione del modello costituzionale*, in *Studi storici*, 4/2001.
- Fiorito R., *Obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore*, in *Rass. di diritto pubblico*, 1968, parte II.
- Franco L., *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

- Frontoni E., *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in Osservatorio AIC, (dicembre 2013).
- Frosini V., *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, in *Il Foro italiano*, 1977, V.
- Funaioli G.B., *L'evoluzione giuridica della famiglia e il suo avvenire al lume della Costituzione*, Mazza, Firenze, 1951.
- Fuller L.L., *Legal fictions*, Stanford University Press, 1967 (collezione di articoli pubblicati in precedenza, su 25 Ill. L. Rev., 1930-1931), reperibile anche tramite *Heinonline*).
- Galgano F., *Il diritto e le altre arti. Una sfida alle divisioni fra le culture*, Editrice compositori, Bologna, 2009.
- Gambaro V., *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., vol. VIII, UTET, Torino, 1992.
- Gargano G., *A chi spetta "l'ultima parola" sull'illegittima trascrizione dei matrimoni tra omosessuali formati all'estero?* In *Federalismi.it* (4 maggio 2016).
- Gattuso M., *La Corte costituzionale e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e Diritto*, 7/2010.
- Gattuso M., *La giurisprudenza e le unioni same-sex*, in Pezzini B, Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.
- Gattuso M., *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in <http://www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/>.
- Gelli R., *Il cognome nelle unioni civili: la Consulta avalla il ripensamento del legislatore*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6/2019.
- Giacobbe G., *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2006.
- Giacobbe G., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006.
- Giacomelli L., *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle «nuove» forma di filiazione e genitorialità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018, (10 dicembre 2018).
- Giacomini M., *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, 3/2019.
- Gianformaggio L., *Certezza del diritto* in *Dig. Disc. Priv.*, 1988.

- Gianformaggio L., *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991.
- Gianformaggio L. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, (a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2008.
- Giannini M.S., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, estratto dagli *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia* (vol. IV), ora in Id., *Scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003.
- Ginsborg P., *Famiglia, società civile e stato nella storia contemporanea: alcune considerazioni metodologiche*, in *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 1993.
- Giorgianni M., *Problemi attuali del diritto familiare*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1960.
- Gomez de Agüero et al., *The maternal microbiota drives early postnatal innate immune development*, *Science*, 2016.
- Gorassini A. *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 2/2018.
- Grassetto C., *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera, Firenze, 1950.
- Grassetto C., *Famiglia (Diritto privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1957.
- Grassetto C., *Famiglia (Diritto privato)* in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1961.
- Grassetto C., *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze, 1965.
- Grassetto C., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato da Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Graziadei M., *Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD* (Trento, 24-26 settembre 2015), Università degli studi di Trento, 2016, [Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>)].
- Grossi P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 914.
- Guarino G., *La democrazia e il futuro*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1991.

- Guastini R., *Finzione giuridica (Teoria generale)*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, vol. III, UTET, Torino, 1992.
- Guastini R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione giuridica*, in *Giur. cost.*, 1/2006.
- Habermas J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1977.
- Hauriou M., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini-Sforza, Giuffrè, Milano, 1967.
- Hegel G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. it. Di G. Marini), Laterza, Roma-Bari, 1999.
- Imarisio L., *L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia "preso sul serio"*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi nemici*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Imarisio L., *I registri delle unioni civili*, in F. Giuffrè, I. Nicotra, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Imarisio L., *La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della coppia e interessi dei minori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2019.
- Ingenito C., *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (nota a Corte cost., n. 286/2016)*, in *Osservatorio costituzionale AIC* n. 2/2017 (31 maggio 2017).
- Irti C., *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giustizia civile*, 3/2019.
- Irti N., *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato da Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Irti N., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1979.
- Irti N., *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Diritto Pubblico*, 3/2016.
- ISFOL, *Glossario di didattica della formazione*, FrancoAngeli, Milano, 1992.
- Jellinek G., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949.
- Jemolo A.C., *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, vol. III, tomo I, parte I, Utet, Torino, 1957.
- Jemolo A.C., *La famiglia e il diritto* (1948), in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano, 1957.
- Jhering R. (von), *L'esprit du droit roman dans les diverses phases de son développement*, vol. IV, Maresq, Paris, 1888.

- Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952.
- Kelsen H., *Dottrina generale dello Stato* (a cura di J. Luther e E. Daly), Giuffrè, Milano, 2013.
- La Torre M. E., *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, tomo II, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano 2002.
- La Torre M., *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- Lamarque E., *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Cedam, Padova, 1998.
- Lamarque E., *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 6/2001.
- Lamarque E., *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2/2003.
- Lamarque E., *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, Padova, 2005.
- Lamarque E., voce *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.
- Lamarque E., *Art. 30 in Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, I, Utet, Torino, 2006.
- Lamarque E., *I diritti dei figli*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007.
- Lamarque E., *Famiglia e filiazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Lamarque E., *Le convivenze nella Costituzione e nella giurisprudenza delle Corti europee*, Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato (7 marzo 2014), articolo consultabile al seguente url: <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=46/4602&mn=3>.
- Lamarque E. (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.
- Lamarque E., *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016.
- Laneve G., *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola*, in *Federalismi.it.*, (25 giugno 2014).

- Lavagna C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 3-4/1967.
- Lecis A.M., *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *www.diritticomparati.it* (9 maggio 2019).
- Lenti L., *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti, III, Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002.
- Lenti L., *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quad. Cost.*, 2/2015.
- Lenti L., *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, n. 2/2016.
- Lenti L., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista italiana di diritto civile*, 1/2016.
- Lenti L., *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S. H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2016.
- Lenti L., *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017.
- Leone S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. Apostoli, M. Gorlani, *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- Lévi-Strauss C., *Les structures élémentaires de la parenté*, trad.it. *Le strutture elementari della parentela*, Feltrinelli, Milano, 2003.
- Liberali B., *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Liberali B., *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, FrancoAngeli, Milano, 2014.
- Liberali B., *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *www.biodiritto.org*, 1/2016.
- Liberali B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.
- Liberali B., *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 *www.forumcostituzionale.it*, (25 giugno 2018).
- Liberali B., *Il “diritto a partecipare ai concorsi” e le “molteplici ragioni dell’unità familiare” solo nel matrimonio?*, nella *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2019 (*www.gruppodipisa.it*).
- Liberali B., *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019 (1 ottobre 2019).
- Lipari N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2003.
- Lipari N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, n. 2/2015.
- Locatello D.M., *L’attribuzione dello status filiationis nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*, in *Corr. Giur.*, 6/2020.
- Loiodice A., *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Schena Editore, Fasano, 2005.
- Lombardi D., *Storia del matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, il Mulino, Bologna, 2008.
- Lombardi G., *Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, pt. I.
- Lombardi G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970.
- Lombardi G., *Premesse al Corso di diritto comparato*, in Id., *Scritti scelti*, a cura di E. Palici di Suni e S. Sicardi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.
- Long J., *L’adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2015.
- Long J., *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Europa e diritto privato*, 4/2016.
- Long J., *Di madre non ce n’è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nella fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. Niccolai, E. Olivito, *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.
- Lopez de Oñate F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968.
- Lorello L., *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale* (Cassazione I sez. civ. 15 marzo 2012, n. 4184), in *www.rivistaaic.it* (8 maggio 2012).

- Lorenzetti A., *Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?* in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Lorenzetti A., *Diritti «in transito». La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013.
- Lorenzetti A., *La Corte costituzionale decide sul cognome comune delle persone unite civilmente: legittima la disciplina transitoria che intende il cognome comune come mero nome d'uso*, in *www.diritticomparati.it*, (29 novembre 2018),
- Lorenzetti A., *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018,
- Luzzati C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Luzzati C. *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *www.statoechiese.it*, 2/2017.
- MacCormick N., O. Weiberger, *An Institutional Theory of Law*, Springer Business & Media, 1986.
- Macchiarelli G., *Fictio iuris*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI/2, Società editrice libraria, Milano, 1903.
- Magris. C., *Davanti alla legge*, in Marchesiello M., Negro R. (a cura di), *Il diritto allo specchio della letteratura. Materiali di lettura per giuristi e non*, De Ferrari, Genova, 2010.
- Malfatti E., *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la cornice (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *www.forumcostituzionale.it* (5 gennaio 2017).
- Manetti M., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 4/2010.
- Manetti M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi in *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Manetti M., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, vol II., 2011.
- Mangia A., *Il ritorno delle norme programmatiche*, in *Giur. cost.*, 2004.
- Manoukian A., *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, il Mulino, Bologna, 1974.

- Marinoni S., *Il diritto dell'adottato a conoscere i propri fratelli/sorelle biologici. Il difficile temperamento fra identità personale e riservatezza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2019.
- Masciotta C., *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, 2019.
- Massa Pinto I., *Diritto costituzionale e tradizione. A proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *www.forumcostituzionale.it* (11 luglio 2008).
- Massa Pinto I., *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte)?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Massa Pinto I., Tripodina C., *Sul come per la Corte costituzionale le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *www.dircost.unito.it*.
- Massa Pinto I., *Fiat matrimonio! L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare una consolidata e ultramillenaria tradizione (superando anche il giudicato costituzionale?)*, in *Rivista AIC*, 2/2012.
- Massa Pinto I., *Unione omosessuale e adozione: chi decide?* in *Rivista AIC*, 4/2016.
- Matucci, G., *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 *www.forumcostituzionale.it*, (15 febbraio 2018).
- Mazziotti Di Celso M., in *Lezioni di diritto costituzionale*, Parte I, *Nozioni generali sul diritto e sullo Stato*, Giuffrè, Milano, 1985.
- Mencarini L., *Le famiglie in Italia: un'istantanea demografica*, in C. Mancina, M. Ricciardi, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012.
- Mendola A., *Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità*, in *Giur. it.*, 8-9/2015.
- Mengoni L., *Ancora sul metodo giuridico*, (1984), in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985.
- Mengoni L., *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p.5.

- Merello S., *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2003.
- Miccù R., *Le finzioni nel diritto pubblico. I percorsi teorici*, Roma, 1999.
- Mittica M.P., *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2009.
- Modugno F., *Istituzione* (voce), in *Enc. Giur.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973.
- Modugno F., *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- Modugno F., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *www.costituzionalismo.it.*, 3/2005.
- Monateri P.G., *Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi di diritto comparato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1987.
- Montalti M., *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- Morace Pinelli A., *Il diritto a conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2016.
- Morozzo Della Rocca P., *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III. *Filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- Morozzo Della Rocca P., *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2013.
- Morozzo Della Rocca P., *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2019.
- Morrone A., sub art. 2, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Giuffrè, Milano, 2009.
- Morrone A., *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online* (11 giugno 2014).
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1969.
- Murdock G.P., *La struttura sociale*, Etas Kompass, Milano, 1971.
- Nazzaro A.C., *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Rivista AIC*, 1/2018.
- Newiger H., Privitera G.A., *Colpa e responsabilità nella tragedia greca*, in *Belfagor*, vol. 41, 5/1986.
- Niccolai S., Olivito E., *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017.
- Niccolai S., *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. Niccolai, E. Olivito, *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017.

- Niccolai S., *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2/2017.
- Nicolò R., *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960, pp. 3-18.
- Nicolò R., *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964.
- Nicolussi A., *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 3/2019.
- Nussbaum M., *Poetic Justice*, Beacon Press, Boston, 1995.
- Olivito E., «*Le parole e le cose*»: appunti sulle finzioni nel diritto, in *Diritto Pubblico*, 2/2009.
- Olivito E., *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 2013.
- Olivito E., *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2017 (30 giugno 2017).
- Olivito E., *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto soltanto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018.
- Opocher E., *Il problema della natura della giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1959.
- Oppo G., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2005.
- Orestano R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1961.
- Orlando V. E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, Modena, 1925.
- Ost. F., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna, 2004.
- Pace A., *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963.
- Pace A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2001.
- Pace A., *Il diritto all'istruzione nel tempo della crisi*, in *Diritto e società*, 1/2013.
- Paladin L., *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto*, XII, Utet, Torino, 1965,
- Paladini L., *L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE Online*, 3/2017.

- Palazzani L., «*La questione femminile*» e le tecnologie riproduttive: il punto di vista della filosofia del diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3/1999.
- Palazzo M., *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3/2015.
- Paleari P., *Il diritto dell'adottato a conoscere i propri fratelli...solo se questi sono d'accordo*, in *www.dirittoegiustizia.it* (21 marzo 2018).
- Pallante F., *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008.
- Pallante F., *All'origine dell'istituzionalismo giuridico: la concezione del diritto in Emile Durkheim*, in *Diritto Pubblico*, 1/2012.
- Palombella G., *Istituzioni e trascendenza*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1/1999.
- Pannarale L., *Le regole dell'amore*, in *Pol. Dir.*, 2/2007.
- Papa A., *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2015.
- Paradiso M., *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, pp.101-118.
- Paradiso M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5/2016.
- Parisi S., *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2016.
- Pascucci L., *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur.it*, 10/2016.
- Passaniti P., *Diritto di famiglia e ordine sociale: il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Passerin d'Entrèves A., *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1962.
- Paterniti F., *Lo status costituzionale dei figli*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Paterniti F., *Figli e ordinamento costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- Patti S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/2012.
- Peces-Barba Martínez G., *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993.
- Pedrazza Gorlero M., Franco L., *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 1-2-/2010.

- Pelissero M., *La legge in itinere in parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo stato etico e la pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in D. Carusi, S. Castiglione, G. Ferrando, *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Giappichelli, Torino, 2012.
- Pellizzone I., *Il riconoscimento della "libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, FrancoAngeli, Milano, 2014.
- Penasa S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità del legislatore*, in www.forumcostituzionale.it (16 giugno 2014).
- Pennasilico M., *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2011.
- Perelman Ch., *Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse*, in AA.VV., *Les présomptions et les fictions en droit, études publiées par Ch. Perelman*, P. Foriers, Bruyant, Bruxelles, 1974.
- Perelman Ch., L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, vol. II, Einaudi, Torino, 1976.
- Perelman Ch., *Logica giuridica, nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979.
- Perlingieri G., *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2018.
- Perlingieri P., *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1975.
- Perlingieri P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1/1980.
- Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- Perrino S.P., *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. Civ. e prev.*, 4/2019.
- Pezzini B., *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Jovene, Napoli, 2008.
- Pezzini B., *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto come regola e limite al potere*, Vol.III, Jovene, Napoli, 2009.
- Pezzini B., *"Dentro il mestiere di vivere": uguali in natura o uguali in diritto?* in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).

- Pezzini B., *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3/2010.
- Pezzini B, Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.
- Pezzini B., *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, Pezzini B, Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.
- Pezzini B. *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. Stradella (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011.
- Pezzini B., *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della corte costituzionale n. 138/2010 e della Corte di Cassazione n. 4184/2012* in www.forumcostituzionale.it (2012).
- Pezzini B., *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in www.confronticostituzionali.eu, (2014).
- Pezzini B., *Introduzione*, in *Verità della nascita e verità della maternità*, in *GenIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2/2017.
- Pezzini B., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017.
- Picchi M., *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2020.
- Piccinni M., *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «cri tico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, 1/2018.
- Pignatelli N., *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 249.
- Pinardi R., *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2/2010.
- Pinelli C., *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto Pubblico*, 2/2019.
- Pino G., *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2/2018
- Pino G., *La certezza del diritto nello stato costituzionale*, in A. Apostoli, M. Gorlani, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

- Pistoiesi I., *La legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e sulle convivenze: qualche breve osservazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2017.
- Pizzolato F., *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008.
- Pizzorusso A., *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Il Foro italiano*, Vol. 98, No. 10 (ottobre 1975).
- Pizzorusso A., *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in *Foro it.*, 1979.
- Pocar V., Ronfani P., *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- Poggi A.M., *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Jovene, Napoli, 1995.
- Poggi A.M., *L'«intenzione del costituente» nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua ridefinizione alla luce della dottrina dell'«original intent»*, in *Diritto Pubblico*, 1/1997.
- Poggi A.M., Angelini F., Conte L., *La scuola nella democrazia. La democrazia nella scuola*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- Posner R., *Law and Literature. A misunderstood relation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Pototsching U., *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giur. Cost.*, 1961.
- Pototschnig, *Organi collegiali e partecipazione nella gestione della scuola*, in *Annali della pubblica istruzione*, 1974.
- Pound R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale, 1922.
- Pozzolo S., *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2/2016.
- Pugiotto A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. III.
- Pugliatti S., *Conoscenza* (voce), in *Enc. Dir.*, IX, Giuffè, Milano, 1961.
- Pugliatti S., *Diritto pubblico e diritto privato* (voce), in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964.
- Pugliatti S., *Finzione* (voce), in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968.
- Quadri E., *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 4/2017.
- Quarta relazione sullo stato di attuazione delle della legge 149/2001*, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Quaderni di ricerca n. 41* (dicembre 2017).

- Razzano G., *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw Journal*, 2/2016.
- Recinto G., *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Fam. e Dir.*, 7/2020.
- Remotti F., *Famiglia, matrimonio e parentela in etnologia*, in *Dig. Disc. Priv.*, Utet, Torino, 1994.
- Renda A., *Il matrimonio civile, una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- Renda A., *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5/2014.
- Rescigno F., *"Omnia non vincit Amor". Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, (28 febbraio 2018).
- Ricca M., *Diritto errante. Spazi e soggetti*, in *www.dirittoesicurezza.it*, n. 4/2014 (18 gennaio 2015).
- Ricci F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Vol. I. *Della pubblicazione ed interpretazione delle leggi e delle persone*, Parte I, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886.
- Rivera I., *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità* in *BioLaw Journal*, 2/2014.
- Rodomonte M.G., *È un diritto avere un figlio?* in *www.confrontocostituzionali.eu*.
- Rodotà S., *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato da Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- Rolla G., *La tutela costituzionale dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Romano S., *L'ordinamento giuridico* (1946), Sansoni, Firenze, rist. 1962.
- Romano S., *L'ordinamento giuridico* (1946), Sansoni, Firenze, rist. 1977.
- Romano S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.
- Romboli R., *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. Cost.*, 2/2010.
- Romboli R., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in

- Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional* (Atti delle IV giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale), Conceito, Florianópolis, 2012
- Romboli R., *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, ne *Il Foro italiano*, 2014, parte I.
- Romboli R., *Le unioni omoaffettive tra legislatori e giudici*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline* (17 marzo 2020).
- Romboli R., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Il Foro italiano*, 2010, pt. I.
- Ronchetti L., *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDe, Università degli studi di Torino, 2019.
- Roppo E., *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XV.
- Roppo V., *Diritto privato regionale?* in *Pol. Dir.*, 4/2002.
- Ross A., *Direttive e norme*, Edizioni di Comunità, Milano, 1978.
- Rossi E., *Il diritto all'identità sessuale tra ordinamento interno ed europeo*, in A. D'Aloia, *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Rossi E., *Principi e diritti nei nuovi statuti regionali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, pp.51-96.
- Rossi E., *La Costituzione e i DICO, ovvero delle difficoltà di una disciplina giuridica per le convivenze*, in *Pol. Dir.*, 1/2008.
- Rossi S., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto: un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008.
- Rossi S. *Appunti su un diritto possibile. Lo statuto giuridico dei caregivers familiari*, in F. Giuffrè, I. Nicotra, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Ruggeri A., *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, Nota a Cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004, in *www.forumcostituzionale.it*.
- Ruggeri A., *Idee sulla famiglia e teorie (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1/2007.
- Ruggeri A., *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”* in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti,

- A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Ruggeri A., *“Famiglie” di omosessuali e “famiglie” di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?* in *Rivista AIC*, 4/2011 (18 ottobre 2011).
- Ruggeri A., *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010*, in *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional* (Atti delle IV giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale), Conceito, Florianópolis, 2012.
- Ruggeri A., *Famiglia, genitori e figli attraverso il “dialogo” tra Corte europea e Corte costituzionale*, in *ConsultaOnline*, 2014.
- Ruggeri A., *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU*, in *www.forumcostituzionale.it*, (14 giugno 2014).
- Ruggeri A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, Relazione conclusiva delle Giornate di studio su “La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive”, Messina 5-6 maggio 2016, in *Federalismi.it*, (11 maggio 2016).
- Ruggiu I., *L’argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, in Pezzini B, Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.
- Sahlins M.D., *The Social Life of Monkeys, Apes and Primitive Man*, in J. N. Spuhler (ed.), *The Evolution of Man’s Capacity for Culture*, Detroit, Wayne State University Press, 1959.
- Saitta A., *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell’interpretazione costituzionale evolutiva*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto. P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book).
- Salanito U., *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità* in *Nuova. giur. civ. comm.*, 4/2019.
- Salazar M., *La gestione sociale della scuola*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Salerno F., *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2/2018.
- Salvi G., *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell’atto di nascita straniero* in *Giur. It.*, 7/2020.
- Sandulli A., *Aspetti pubblicistici della posizione dei minori*, in *Diritto e società*, 1981, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Jovene, Napoli, 1990.

- Sansone A., *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001.
- Santoro-Passarelli F., *Libertà e Stato*, in Id., *Saggi di diritto civile*, I, a cura di P. Rescigno, Jovene, Napoli, 1961.
- Santosuoso A., *Persone fisiche e confini biologici. Chi determina chi*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Sassi A., Stefanelli S., *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1/2019.
- Savigny (von) C., *Sistema del diritto romano attuale*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1886.
- Scalera A., *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it (18 giugno 2020).
- Scalisi V., *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1/2013.
- Scalisi V., *Il diritto civile nelle «prolusioni» del secondo Novecento*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3/2014.
- Scalisi V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di Diritto civile*, 2/2018.
- Schillaci A., *La lotta inconclusa: il difficile cammino delle unioni civili*, in www.diritticomparati.it (26 ottobre 2015).
- Schillaci A., *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in www.articolo29.it.
- Schlesinger P., *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 5/2014.
- Schuster A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forumcostituzionale.it, (10 aprile 2012).
- Serges G., *Famiglia e matrimonio. Relazione di sintesi della I sessione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra, *La famiglia davanti a i suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Sesta M., *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. Giur.*, 11/2004.
- Sesta M., sub artt. 29, 30, 31, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Giuffrè, Milano, 2009.
- Sesta M., *Una disciplina giuridica per le convivenze*, ne *Il Mulino*, 2007, pp.442-451.
- Sicardi S., *La scienza costituzionalistica italiana*, in *Diritto e Società*, 4/1999.

- Sileoni S., *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quad. cost.*, 3/2014.
- Sirena P., *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1/2017.
- Sorrenti G., *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. Apostoli, M. Gorlani, *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- Sturniolo S., *The best interest of the child nella legge n. 219/2017*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, (13 giugno 2018).
- Sunstein C.R., *Neutrality in Constitutional Law (with special reference to pornography, abortion and surrogacy)*, 92 *Colum. L. Rev.* 1 (1992).
- Sunstein C.R., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, Bologna, 2001.
- Suter et. al., *Maternal smoking as a model for environmental epigenetic changes affecting birthweight and fetal programming*, *Mol. Hum. Reprod*, 2013.
- Tarantino M.L., *Istituzionalismo e neoistituzionalismo. Questioni e figure*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- Tega D., *La giurisprudenza costituzionale sul diritto al nome e all'identità personale. Il caso dei figli incestuosi*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010.
- Tega D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2015.
- Tommaseo F., *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*, in *Famiglia e diritto*, 4/2017.
- Tommasini R., *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, VI, 2, Padova 1993.
- Tondi Della Mura V., *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in *Federalismi.it*, 17/2010.
- Tonolo S., *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2015.
- Trezza R., *Diritto all'anonimato e diritto a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Giustiziainsieme.it* (4 ottobre 2019), articolo consultabile al seguente url: [https://www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-](https://www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti)

- internazionali/746-diritto-all-anonimato-e-diritto-a-conoscere-le-proprie-origini-biologiche?hitcount=0.*
- Tribe L.H., Dorf M.C., *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, il Mulino, Bologna, 2005.
- Triglia C., *Cultura, istituzione e sviluppo. La lezione di Max Weber e il neo-istituzionalismo*, in *Stato e Mercato*, n. 2/2015.
- Trimarchi M., *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in *Juscivile.it*, 3/2019.
- Tripodina C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaw Journal*, 2/2014.
- Tripodina C., *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" a diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito, *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017.
- Troisi M., *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione regionale*, in I. Nicotra, F. Giuffrè, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Troncone P., *Fictio legis e fictio juris. Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Archivio Penale*, 1/2020.
- Trucco L., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Trucco L., *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. informatica*, 2/2006.
- Trucco L., *Le tutele comunitarie nei confronti delle lavoratrici alla prova della fecondazione in vitro (nota a Corte di Giustizia, Grande sezione, 26 settembre 2008, C-506/06) in ConsultaOnline.*
- Trucco L., *Ancora un "via libera" della Corte di Lussemburgo alla "circolazione" dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello "statuto europeo del nome")*, (nota a Corte di Giustizia, Grande sezione, 14 ottobre 2008, C-353/06), in *ConsultaOnline.*
- Trucco L., *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, in *www.gruppodipisa.it.*, 2012.
- Trucco L., *Lo status delle coppie omosessuali unite civilmente: profili costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1/2017.
- Tuzet G., *Finzioni giuridiche. È possibile una teoria unificata?*, in C. Faralli, M.P. Mittica, *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010.

- Tuzet G., *Volontà generale e costituzione: la riserva di senso*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3/2011.
- Vaihinger H., *La filosofia del "come se". Sistema delle finzioni scientifiche, etico-pratiche e religiose del genere umano*, Ubaldini editore, Roma, 1967.
- Vaira M., *Dove va il neoistituzionalismo? Alcune riflessioni su recenti sviluppi e i problemi aperti dall'analisi istituzionale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1/2003.
- Vallini A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2014.
- Vari F. (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Atti del seminario (Roma, 2 aprile 2012))*, Giappichelli, Torino, 2012.
- Venuti M.C., *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1-2/2016.
- Veronesi P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Veronesi P., *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. Cost.*, 3/2008.
- Veronesi P., *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *St. Iuris*, 10/2010.
- Veronesi P., *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1/2015.
- Veronesi P., *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il caso "Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in www.forumcostituzionale.it (6 luglio 2014)
- Veronesi P., *"Le conseguenze dell'amore universitario" (Secondo tempo): i punti fermi della sentenza costituzionale n. 78 del 2019*, in *St. Iuris*, 7-8/2019.
- Vespaziani, *Costituzionalità e narratività*, in C. Faralli, M.P. Mittica, *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010.
- Vespaziani A., *Per un'ermeneutica della dogmatica giuridica*, in www.lawandliterature.org, ISLL Papers, 2/2009, ora in A. Cerri (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum per Angelo Antonio Cervati*, Aracne, Roma, 2010.
- Vimercati B., *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014.

- Violini L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2014.
- Violini L., *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, ne *Le Istituzioni del Federalismo*, 1/2015.
- Vitucci M.C., *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2013.
- Weisberg R., *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, 1992.
- White J.B., *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little Brown and Co., Boston, 1973.
- Wigmore J., *A list of Legal Novels*, in 2 *Ill. Law Rev.* 574, 1908.
- Worioniecki R. – Susztak K., *Fetal environment, epigenetics, and pediatric renal disease*, *Pediatr Nephrol.*, 2011.
- Zagrebelsky V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost e obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, maggio 2015, testo consultabile al seguente url: <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/vladimiro-zagrebelsky/corte-cost-n-49-del-2015-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-umani-art-117-cost-obblighi-derivanti-dalla-ratifica-della-convenzione>.
- Zanon N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 4/2015.
- Zanon N., *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
- Zanon N., *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo «La libertà e la legge» di Bruno Leoni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, p. 261.
- Zatti P., *Familia, familiae Declinazioni di un'idea, Parte I, La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 1/2002.
- Zatti P., *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea, Parte II, Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2/2002.
- Zatti P., *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Zatti P., *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009.

Collana *Ricerche Giuridiche*

1. Vincenzo Atripaldi, *Diritto allo studio*, 1975
2. Massimo Panebianco, *Ugo Grozio e la tradizione storica del Diritto Internazionale*, 1975
3. Fulvio Fenucci, *L'assistenza scolastica nelle leggi delle regioni ad autonomia ordinaria*, 1976
4. P. Rescigno, V. Atripaldi, F. Fichera, A. Budetta, M. Panebianco, M. De Dominicis, S. De Val Aurisicchio, *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, 1975
5. Enzo Maria Marengi, *Aspetti delle competenze regionali in materia urbanistica*, 1976
6. Vincenzo Patalano, *Il delitto di mancanza alla chiamata delle armi*, 1976
7. E. Pacelli, A. Saraceni, *Nuova disciplina della edificabilità dei suoli*, 1977
8. A.M. Allagrande, G. Barbirotti, M. Della Casa, V. Grillo, A. Vitale, *Le proposte della commissione Gonella-Casaroli per la revisione del Concordato*, 1977
9. Giuliana Ziccardi Capaldo, *Le situazioni territoriali illegittime nel Diritto Internazionale*, 1977
10. Vincenzo Mileo, *Le comunioni tacite familiari*, 1977
11. Maria Vittoria Lupò Avagliano, *Regioni e riforma sanitaria*, 1978
12. Maria Vittoria Lupò Avagliano, *L'autonomia contabile regionale*, 1979
13. Francesco Caruso, *Le Anstalten nell'ordinamento italiano*, 1979
14. Vito Gallotta, *La formazione professionale nel quadro delle competenze delle regioni ad autonomia ordinaria*, 1979
15. Antonio Pistone, *La giurisdizione contabile della Corte dei Conti*, 1981
16. Silvio Lugnano, *Argomenti per uno studio di politica criminale*, 1982
17. Mario La Monica, *Oggetto giuridico e tipicità del delitto di ricorso abusivo al credito*, 1983
18. Mario La Monica, *Sul significato normativo del termine "reato"*, 1983
19. Antonio Pistone, *Il contenzioso tributario: un'ipotesi di riforma*, 1983
20. Giuseppe Maria Ruggiero, *L'organo internazionale*, 1984
21. Bartolomeo Selleri, *Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo*, 1984
22. Arturo De Luca, *Giustizia e legalità nella filosofia giuridica di Kant*, 1984
23. Francesco Domenico Riccioli, *La successione internazionale degli Stati al debito pubblico*, 1984
24. Bartolomeo Selleri, *Pubblica amministrazione e cittadino: alla ricerca della parità*, 1984
25. Giovanni Esposito, *La chiamata in correità*, 1988
26. Antonio Abet, *La guerra sociale. Potere e autorità nei rapporti tra ordinamento giuridico e comunità nazionale*, 1987
27. Sergio Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, 1988
28. Guido Clemente di San Luca, *Three papers*, 1990
29. Pasquale Landi, *Diritto ed economia. Saggio sulla "Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia"*, 1996
30. Cosimo Silvestro, *Contributo allo studio dell'inquadramento previdenziale*, 1996
31. Francesco Bertolini, *Rappresentanza parlamentare e attività di governo*, 1997

32. Maria Elisabetta de Franciscis, *Il Presidente degli Stati Uniti d'America. Costituzione e prassi*, 1996
33. Maria Luisa Tufano, *La c.d. eccezione di invalidità degli atti comunitari*, 1996
34. Raffaele Titomanlio, *Contributo in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo*, 1996
35. Renata Spagnuolo Vigorita, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni: dal monopolio alla concorrenza regolata*, 1998
36. Ferdinando Lignola, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti La natura della sentenza. Questioni applicative*, 2000
37. Alfredo Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, 2000
38. Simone Valiante, *Pluralità dell'informazione e sistema radiotelevisivo*, 2001
39. Daniele Marrama, *La pubblicità ingannevole. Il giudice amministrativo e la natura giuridica delle decisioni delle authorities*, 2002
40. Giuliana Di Fiore, *Autorità di garanzia e interesse pubblico nelle comunicazioni integrate*, 2002
41. Chiara Orrei, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo. Sviluppi giurisprudenziali e profili dogmatici*, 2002
42. Nino Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, 2003
43. Antonio Leo Tarasco, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, 2003
44. Simona D'Antonio, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, 2003
45. Alberto Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, 2003
46. Giancarlo Sorrentino, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, 2003
47. Renata Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, 2003
48. Antonio Leo Tarasco, *Beni patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, 2004
49. Marco Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, 2004
50. Vincenzo Metafora, *Il danno non patrimoniale e la sua riconduzione nell'alveo dell'art. 2043 c.c. L'art. 2059 c.c. come sanzione civile indiretta*, 2004
51. Loredana Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, 2005
52. Mariaconcetta D'Arienzo, *Profili costituzionali e regimi amministrativi nell'assetto del sistema radiotelevisivo*, 2005
53. Andrea Crismani, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. Contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, 2005
54. Fortunato Gambardella, *Trasformazione urbana e modelli privatistici. Profili ricostruttivi delle società di trasformazione urbana*, 2005
55. Domenico D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, 2005
56. Marialaura Cunzio, *La criminalità organizzata in Campania*, 2005
57. Francesca Attanasio, *Partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma societaria*, 2005

58. Marina Specca, *Il processo di ristrutturazione del debito negli enti locali. Analisi degli strumenti più utilizzati e delle procedure da attivare*, 2005
59. Laura Lamberti, *Riflessioni sulle funzioni amministrative delle Regioni e degli Enti locali*, 2006
60. Alessandro Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, 2006
61. Maria Gabriella Ivone, *Riflessioni in tema di unioni di fatto. Le esperienze italiana e francese a confronto*, 2006
62. Luisa Marin, *Il principio di mutuo riconoscimento nello spazio penale europeo*, 2006
63. Salvatore Dettori, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, 2006
64. Carla Acocella, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici. Il contratto di servizio*, 2007
65. Luca Pardi, *Contributo allo studio del contratto di leasing per la realizzazione delle opere pubbliche per la realizzazione delle opere pubbliche*, 2007
66. Annalisa Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, 2007
67. Camillo Patriarca, *La distribuzione degli utili in natura*, 2008
68. Angelo Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, 2008
69. Ivan Ingravallo, *Le amministrazioni territoriali dell'ONU*, 2008
70. Gabriella Ferranti, *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d'Europa e nel diritto dell'Unione europea*, 2008
71. Fulvio Maria Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, 2008
72. Gerardo Soricelli, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, 2009
73. Giancarlo Sorrentino, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, 2010
74. Ilaria Amelia Caggiano, *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, 2010
75. Marta Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, 2010
76. Anna Lazzaro, *Contributo in tema di risarcimento del danno da ritardo*, 2011
77. Loredana Strianese, *Il contratto preliminare tra vincoli civilistici ed evoluzione dell'ordinamento tributario*, 2011
78. Diego Rossano, *Mediazione, Camera di conciliazione, Arbitro bancario finanziario*, 2012
79. Luca Pardi, *Gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente. Nuove forme di partecipazione responsabile e sussidiaria, dei privati all'esercizio delle funzioni*, 2012
80. Marta Tigano, *Tra economie dello Stato ed «economia» della Chiesa: i beni culturali d'interesse religioso*, 2012
81. Dario Bevilacqua, *Il Free-Trade e l'Agorà, Interessi in conflitto, regolazione globale e democrazia partecipativa*, 2012
82. Mario Quaranta, *Concertazione sociale e regole del lavoro*, 2012
83. Alfonso Maria Cecere, *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione. Dalle restrizioni alle coercizioni nei confronti dei privati*, 2012
84. Alessandro Auletta, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, 2012
85. Giovanni Coccozza, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, 2012

86. Francesca Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, 2012
87. Simona D'Antonio, *Il commissario ad acta nel processo amministrativo. Qualificazione dell'organo e regime processuale degli atti*, 2012
88. Simona Di Stasio, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, 2012
89. Fortunato Gambardella, *Contributo allo studio del regime giuridico dei bandi da gara*, 2012
90. Pierluigi Simone, *Origini e sviluppo della cooperazione internazionale ed europea di polizia. Modelli e soluzioni operative*, 2012
91. Tiziana di Iorio, *Società multi-etnica e libertà religiosa del minore tra affidamento e autodeterminazione*, 2013
92. Gianluca Bellomo, *Le normazioni tecniche volontarie nel diritto pubblico ambientale*, 2013
93. Francesca Perrini, *La protezione diplomatica delle società*, 2013
94. Paola Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, 2013
95. Carlo Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, 2013
96. Marco Tiberi, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, 2013
97. Claudio Valerio Cogliandro, *Tutela della privacy e accesso ad internet nell'opera di Stefano Rodotà*, 2013
98. Anna Pitrone, *Le responsabilità internazionali delle organizzazioni intergovernative*, 2013
99. Francesca Ferraro, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, 2014
100. Lorenzo Zoppoli, Antonello Zoppoli, Massimiliano Delfino (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, 2014
101. Massimo Luigi Ferrante, *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, 2014
102. Gabriele Pepe, *La primazia negli organi collegiali pubblici*, 2014
103. Luca Buscema, *Lo stato di guerra in tempo di pace*, 2014
104. Francesco Rotondo, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la "Criminologia moderna" in Argentina*, 2014
105. Paola Torretta, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, 2015
106. Sara Valaguzza, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, 2016
107. Luca Buscema (a cura di), *Identità nazionale e multiculturalismo*, 2016
108. Annamaria Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, 2016
109. Tania Abbiate, *La partecipazione popolare ai processi costituenti: l'esperienza tunisina*, 2016
110. Andrea Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, 2016
111. Francesco Monceri, *La semplificazione dell'amministrazione nella crisi delle economie di mercato*, 2016
112. Gabriella De Maio, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, 2016

113. Maria Teresa Stile, *La responsabilità dello Stato giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, 2016
114. Gennaro Ferraiuolo, *Costituzione. Federalismo. Secessione. Un itinerario*, 2016
115. Massimiliano Delfino, *Salario legale. Contrattazione collettiva e concorrenza*, 2016
116. Silvia Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, 2016
117. Adele Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale europeo*, 2017
118. Alessandro F. Di Sciascio, *L'intervento sostitutivo nell'esercizio dell'attività amministrativa. Profili statici e dinamici*, 2017
119. Francesco Santoro, *L'abuso nel diritto civile e tributario*, 2017
120. Paola Bozzao, *Anzianità, lavori e diritti*, 2017
121. Gabriele Sabato, *La Governance per la rigenerazione dei siti contaminati. Il caso italiano dei Brownfields*, 2017
122. Fabiana Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, 2017
123. Francesco D'Ambrosi, *Consob e sistema di vigilanza*, 2017
124. Filomena Manganiello, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, 2017
125. Eugenio D'Apuzzo, *Profili della cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo*, 2017
126. Luca Calcaterra, *La somministrazione di lavoro. Teorie e ideologie*, 2017
127. Marcello Di Francesco Torregrossa, *La pubblica amministrazione nella società digitale*, 2017
128. Giovanni Cocozza, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, 2017
129. Gabriele Pepe, *The Notion of primus inter pares in Italian public life today*, 2017
130. Luca Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, 2017
131. Paola Saracini, Lorenzo Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, 2017
132. Eleonora Sirsi, *OGM e agricoltura. Evoluzione del quadro normativo, strategie di comunicazione, prospettive dell'innovazione*, 2017
133. Alfonso Vuolo, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, 2017
134. Giorgia Bevilacqua, *Criminalità e sicurezza in alto mare*, 2017
135. Stefania Romeo, *«Usus auctoritas». Le XII tavole e la tutela dell'«apparenza» della proprietà*, 2017
136. Fiorenzo Liguori, Silvia Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, 2017
137. Maria Assunta Icolari, *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, 2018
138. Sara Lieto, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, 2018
139. Valeria Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, 2018
140. Luca Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, 2018

141. Antonio Loffredo, *Democrazia aziendale, imprese transnazionali e dumping sociale*, 2018
142. Donatella Loprieno, "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, 2018
143. Elisabetta Codazzi, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, 2018
144. Valentina Gastaldo, *L'Astreinte nel processo amministrativo*, 2018
145. Giovanni Martini, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, 2018
146. Carlo Ferruccio Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, 2018
147. Vittorio Minervini, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, 2018
148. Renata Spagnuolo Vigorita, *Il conflitto tra pubblica amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, 2018
149. Giovanni Poggeschi, *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, 2018
150. Umberto Ronga, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione pubblica*, 2018
151. Guerino Fares, *Prestazioni sociali tra garanzie e vincoli*, 2018
152. Fabio Francesco Pagano, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, 2018
153. Giuseppe Micciarelli, *Commoning. Beni comuni urbani come nuove istituzioni. Materiali per una teoria dell'autorganizzazione*, 2018
154. Giacomo D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, 2018
155. Sveva Bocchini, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, 2018
156. Francesca Biondi Dal Monte, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione e delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, 2018
157. Alessandro Morelli (a cura di), *Dal "Contratto di Governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, 2018
158. Alessandro Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, 2018
159. Massimiliano Delfino, *Salario legale e contrattazione collettive e concorrenza*, 2018
160. Irene Coppola, *Contributo allo studio del processo civile in appello*, 2018
161. Marta Ferrara, *Capo dello Stato, vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, 2019
162. Giuseppe Allegri, Alessandro Sterpa, Nicola Viceconte (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, 2019
163. Monica Cocconi (a cura di), *Sostenibilità, responsabilità sociale d'impresa e nuove aspettative dei consumatori: nuovi paradigmi di qualità?*, 2019
164. Luca Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, 2019
165. Irene Coppola, *Capitale umano o sistemi robotici. Un nuovo processo in Italia*, 2019
166. Pamela Lattanzi, *I prodotti di frontiera. Il caso degli «integratori alimentari botanici»*, 2019

167. Sergio Marotta, *Le forme dell'acqua. Economia e politiche del diritto nella gestione delle risorse idriche*, 2019
168. Donatella Illuminato, *Inadempimento non imputabile e impossibilità sopravvenuta. Un'endiadi nel diritto?* 2019
169. Giuseppe Papale, Raffaele Gaetano Crisileo, *Storia dell'oratoria forense. Comunicazione e persuasione*, 2019
170. Ubaldo Perfetti (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, 2019
171. Francesca Martines, *La funzione d'iniziativa della Commissione nel processo legislativo dell'Unione europea*, 2019
172. Giacomo Gargano, *Lo Stato e gli Enti di diritto pubblico quali soggetti passivi del rapporto giuridico tributario*, 2019
173. Emma A. Imparato, *L'eccezione nella regola*, 2019
174. Adriano Maffeo, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, 2019
175. Antonio Ignazio Arena, *L'esternazione del pubblico potere*, 2019
176. Francesco Paterniti, *Figli e ordinamento costituzionale*, 2019
177. Francesco Raffaello De Martino, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle camere*, 2019
178. Giacomo Delledonne, *Costituzione e legge elettorale*, 2019
179. Ferdinando Franceschelli, *L'impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, 2019
180. Luca Pedullà, *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2019
181. Sara Poli, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea*, 2019
182. Gabriella Di Maio, *Fiscalità energetica e cambiamento climatico. Il ruolo del diritto tributario nella società moderna*, 2020
183. Eloísa Carbonell Porrás, Giuseppe Piperata (a cura di), *La reforma del gobierno local en España e Italia*, 2020
184. Anna Gragnani, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, 2020
185. Mena Minafra, *Osservazioni sulla "chiamata in correità"*, 2020
186. Antonio Mitrotti, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*, 2020
187. Giacomo D'Amico, *La libertà "capovolta"*, 2020
188. Viviana Di Capua, *L'auotorizzazione integrata ambientale*, 2020
189. Alessandro Sterpa, Alessandra Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, 2020
190. Sara Lieto, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, 2020
191. Cristiana Carletti, *Diritto alla riservatezza, protezione dei dati personale e spazio digitale nell'ordinamento internazionale*, 2020
192. Roberta Alfano, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente*, 2020
193. Maria Teresa Stile, *Discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, 2020
194. Shkelzen Hasanaj, *Diritti delle minoranze. Tra immigrazione e globalizzazione*, 2020
195. Stefano Aru, *La continuità del regionalismo italiano*, 2020
196. Laura Tebano, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, 2020

197. Giovanni Coccozza, *Contributo a uno studio sulla motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, 2020
198. Maria Antonella Gliatta, *La dialettica della centralità. Studio sull'iniziativa legislativa del Governo*, 2020
199. Stefano D'Alfonso, *Potere d'inchiesta parlamentare e sistema di protezione dei diritti*, 2020
200. Costanza Nardocci, *Il "diritto" al giudice costituzionale*, 2020
201. Michela Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, 2020
202. Umberto Ronga, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, 2020
203. Carlo Iannello, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, 2020
204. Massimo Cavino, Lucilla Conte, Simone Mallardo, Massimiliano Malvicini, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID-19*, 2020
205. Vito Breda, Matteo Frau (a cura di), *La contrattazione Costituzionale dei livelli di autonomia. Modelli per una comparazione*, 2020
206. Katia La Regina (a cura di), *La custodia cautelare in carcere*, 2020
207. Giovanna Petrillo, *I limiti di proporzionalità nella disciplina fiscale delle società di comodo*, 2020
208. Andrea Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, 2020
209. Stefania Cecchini, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, 2020
210. Paola Mazzina, *L'autonomia politica regionale tra modelli costituzionali e sistema dei partiti*, 2020
211. Mario Iannello, *La governance economica cooperativa. Autonomia e raccordi negli Stati Uniti e nell'Eurozona*, 2020
212. Virgilia Fogliame, *Parità di genere e rappresentanza. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, 2020
213. Armando de Crescenzo, *Indirizzo politico: una categoria tra complessità e trasformazione*, 2020
214. Tiziana Montecchiari, *Il biotestamento e l'amministrazione di sostegno*, 2020
215. Rosa Casillo, *Diritto al lavoro e dignità*, 2020
216. Gianluca Bellomo, *Profili pubblicistici del Data protection officer nel sistema multilivello di tutela della privacy*, 2020

Finito di stampare nel mese di ottobre 2020
presso la *Vulcanica srl* Nola – (Na)

