

29 NOVEMBRE 2017

Madre e padre (in)certi: brevi
riflessioni sulla “omogenitorialità” a
partire da alcune recenti decisioni della
giurisprudenza comune in tema di
trascrivibilità dell’atto di nascita

di Antonio Gusmai

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”



Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla “omogenitorialità” a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell’atto di nascita *

di Antonio Gusmai

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

«L'amore vuol farsi diritto non per mutare la sua natura, ma per dotarsi
di un mezzo che gli consenta di realizzare la sua pienezza».
(S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 135)

Sommario: 1. Annotazioni introduttive. 2. La forza normativa della scienza. 3. Problematiche di “ordine pubblico” o questione di “controlimiti”? 4. Diritti del minore vs. diritto alla procreazione: qualche considerazione conclusiva.

1. Annotazioni introduttive

Le presenti riflessioni sono dirette a cercare di comprendere, alla luce di quanto hanno stabilito i recenti arresti giurisprudenziali (di merito e di legittimità) in tema di trascrivibilità dell’atto di nascita validamente formato all’estero recante l’indicazione di due genitori dello stesso sesso, quanto e in che modo è mutata la complessiva struttura dell’ordinamento costituzionale in ordine ai concetti di “genitorialità”, “filiazione” e, dunque, su di un piano omnicomprensivo, di “famiglia”¹.

Il precedente italiano più autorevole è, come noto, quello emesso da *Cass. civ., Sez. I, sent. n. 19599 del 2016*, con il quale i giudici della nomofilachia, attraverso una motivazione assai articolata, hanno fissato una serie di “principi di diritto” in tema di omogenitorialità, al fine di escludere, in conclusione, che la trascrizione in Italia dell’atto di nascita formato all’estero (nella specie in Spagna) dal quale risulti che il minore è figlio di due madri, contrasti con l’“ordine pubblico” nazionale².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Su tali complesse problematiche di ordine costituzionale, per una prospettiva d’insieme, si rinvia a F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, volume che raccoglie gli Atti del Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catania il 7-8 giugno 2013. Si vedano, poi, i vari contributi raccolti in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio. Atti del Seminario di Ferrara*, 26 febbraio 2010, Torino, 2010.

² Per un primo commento alla decisione, cfr. A. SCHILLACI, *Le vie dell’amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell’atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, rinvenibile in *www.articolo29.it*, 3 ottobre 2016; G.

Ragionare su tale ultima decisione appare indispensabile non soltanto perché è risultata, in alcune sue parti, una sorta di “ariete” per le decisioni successive dei giudici di merito, operando, di fatto, un inquadramento sistematico della “genitorialità omosessuale” nel nostro ordinamento giuridico³. Ma sembra opportuno soprattutto perché, avendo in essa i giudici ragionato in un’ottica *inter-costituzionale*, aiutano a comprendere il significato che su tali questioni hanno assunto, nella realtà interpretativo-applicativa, tanto la legge quanto i principi costituzionali, nell’inevitabile interazione sia con le convenzioni internazionali in materia di protezione dei minori, che con il diritto c.d. eurounitario⁴. Tutto ciò, come meglio si vedrà in seguito, al fine di offrire un’effettiva e migliore tutela dei diritti fondamentali dei minori nati, accolti o cresciuti in una famiglia omogenitoriale.

Inoltre, come è noto, pronunce non meno rilevanti in argomento appaiono essere quelle che hanno visto i giudici impegnati a garantire la protezione dei minori privi di genitori, attraverso il ricorso all’istituto dell’adozione “in casi particolari” regolata dagli artt. 44 ss. l. 184/1983⁵.

Ecco che allora, già alla luce di queste succinte premesse, la portata del titolo appare tutt’altro che suggestiva. Sembra, infatti, che il classico adagio giusnaturalistico “*mater semper certa est, pater numquam*”

LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L’interesse del minore e il limite dell’ordine pubblico*, in www.giudicedonna.it, n. 4/2016.

³ Il riferimento è, da ultimo, ai due provvedimenti di riconoscimento di sentenza di adozione straniera del Tribunale minorile di Firenze, decreti dell’ 8 marzo 2017, nonché, soprattutto, alle argomentazioni di Corte d’Appello di Trento, Sez. I, ordinanza del 23 febbraio 2017. Si vedano, riguardo ai primi, le note di A. SCHILLACI, “*Una vera e propria famiglia*”: da Firenze un nuovo passo in avanti per il riconoscimento dell’omogenitorialità, in www.articolo29.it, 13 marzo 2017; e M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in *Diritti Comparati*, 23 marzo 2017. Sulla pronuncia della Corte d’Appello di Trento, si veda, invece, ancora A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d’Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, in www.articolo29.it, 28 febbraio 2017; e F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d’Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017.

⁴ Si tratta, invero, a garanzia della migliore tutela possibile dei diritti in un ordinamento ormai fattosi intercostituzionale (su tale concetto, si veda, tra i molti scritti di chi per primo ha utilizzato tale espressione, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013), di fare applicazione di quella particolare interpretazione che, in altre sedi, si è avuto modo di definire anch’essa «intercostituzionale». Difatti, come meglio si cercherà di illustrare *infra*, quando i giudici comuni devono risolvere un caso che tocca i diritti fondamentali, che piaccia o meno sono ormai chiamati a riempire di significato i principi costituzionali interni con le espressioni che gli stessi assumono nel contesto inter e sovranazionale di cui lo Stato si è impegnato a far parte. Per maggiori approfondimenti, si vedano, se si vuole, le mie riflessioni a cominciare da A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, spec. p. 8 ss.

⁵ Il *leading case* in materia è la sentenza del Tribunale per i Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, n. 299, pronuncia poi confermata prima dalla Corte d’Appello (23 dicembre 2015) e poi anche dal giudice della nomofilachia con la nota Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2016, sent. n. 12962. Sulla *ratio* dell’istituto dell’adozione “in casi particolari” (istituto di carattere residuale, pensato dal legislatore per fronteggiare quelle situazioni in cui, pur non ricorrendo i presupposti per addivenire alla dichiarazione di adottabilità che prelude all’adozione “piena”, si cerca di venire incontro alle esigenze di continuità affettiva e relazionale del minore rispetto alle persone che, da tempo, se ne prendono cura stabilmente. Inoltre, essa costituisce esclusivamente un vincolo di filiazione, non già di parentela.), si rinvia a G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d’età*, Padova, 2015, p. 78 ss.

appare ormai essere definitivamente superato dalla realtà giuridica positiva⁶ anche per l'ordinamento giuridico italiano.

Dopo la precitata pronuncia dei giudici della Cassazione (secondo cui ben possono aversi *due madri*, una “biologica” – che partorisce il figlio – e una “genetica” – che ha donato l'ovulo), nonché di quella dei giudici di merito della Corte d'Appello di Trento⁷ (che prevede la possibilità per il nascituro di avere *due padri*), a ben vedere sembra perdere di valore finanche la “presunzione di paternità” *ex art. 231 c.c.*, prevista appunto al fine di stabilire chi è il padre del nascituro.

Stando alla giurisprudenza sviluppatasi sull'omogenitorialità, si viene pertanto a delineare una situazione apparentemente paradossale di questo tipo: per il diritto *a)* non è più madre solo colei che partorisce il figlio *ex art. 269 c.c.* (dunque la madre non è “*semper certa*”), *b)* oggi è possibile avere la certezza di essere “padre” in ogni caso: mediante la semplice trascrizione dell'atto di nascita che attesti, nei pubblici registri, il rapporto di filiazione consolidatosi all'interno di una coppia *same-sex* (in potenza, “*pater semper certum est*”)⁸.

Prendendo le mosse da tali attestazioni, nelle pagine successive seguiranno alcune annotazioni di ordine (inter)costituzionale in merito a tali non facili questioni. Il tutto in un momento storico nel quale, su tali delicatissimi temi, il silenzio del “valetudinario” legislatore suona più che mai come assordante in uno Stato di democrazia sociale e pluralista come il nostro⁹.

2. La forza normativa della scienza.

Il termine “omogenitorialità”, come del resto il nucleo essenziale di ogni altro concetto giuridico inerente i diritti dell'uomo, si afferma primariamente al di fuori dell'ordinamento positivo, nell'incerta quanto reale

⁶ La Corte federale di giustizia tedesca, in un contesto giuridico molto simile al nostro nella misura in cui vigeva il divieto di maternità surrogata, ha da anni riconosciuto la trascrivibilità nell'ordinamento interno dell'atto di nascita straniero (californiano) del minore nato a seguito del ricorso alla gestazione per altri, con indicazione di entrambi i genitori intenzionali (due padri). Cfr. BGH, sent. 10 dicembre 2014, parti 1 e 2 e un Minore c. Land di Berlino.

⁷ Cfr. Corte d'Appello di Trento, *supra cit.*

⁸ Sul possibile conflitto tra i sessi poi, ossia tra gli «omosessuali maschi contro le lesbiche [...] nel quale ritornano molti motivi del più ampio conflitto tra uomini e donne», si rinvia a S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 18 ss.

⁹ Sull'importanza del ruolo degli organi rappresentativi ai fini della determinazione del contenuto dei diritti fondamentali, cfr., già, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661 ss.; ed E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 269 ss. In tema di omogenitorialità, si vedano, di recente, le considerazioni di L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1/2017.

coscienza sociale¹⁰. Di esso si rinvengono le origini nelle forze associative della realtà sociale, allorché in Francia, alla fine del secolo scorso, si è cercato di inquadrare tutte quelle situazioni in cui un omosessuale risulta essere genitore di un bambino¹¹.

La forza del pre-giuridico – ossia di tutti quei valori sociali che ancora non hanno trovato sistemazione in puntuali disposizioni normative – desta tutt’oggi stupore, non sempre potendo, in effetti, essere ben compresa nel suo momento genetico facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione del giurista dagli ordinamenti giuridici. Al suo cospetto, piuttosto, il diritto positivo sembra smarrirsi nel vuoto della sua stessa artificiale esistenza¹².

Si tratta di forza normativa “tacita”, di potenza cioè non ancora trascritta in atti, come direbbe Rodolfo Sacco nel ricordare l’esistenza di un «diritto muto» ai giuristi che, invece, individuano il “giuridico” esclusivamente nei testi legislativi¹³. Forza che, in fondo, anche in riferimento al neologismo “omogenitorialità”, non sembra poter condurre a sottovalutare la seguente circostanza: «si può essere il più grande giurista della propria generazione senza che la mente conosca con chiarezza una sola categoria giuridica, e senza il possesso di un solo termine tecnico giuridico». E tanto perché, specifica l’insigne maestro di diritto comparato, «l’uomo prese ad adoperare la lingua per conformare rapporti giuridici ben prima del momento in cui costruì, mediante la lingua, norme giuridiche. La preistoria, la storia, l’osservazione di comunità attualmente presenti ci garantiscono questa verità»¹⁴.

¹⁰ Memorabili, qui, e di certo non proprio rassicuranti considerato il *mainstream* dell’epoca, le parole del Romano proferite in occasione del “*Discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910*” nella Regia Università di Pisa. Criticando infatti le «finzioni» dello «Stato moderno», afferma: «...la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa [...]. Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie». Così S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, pp. 14-15.

¹¹ Come ricorda A. GATTI, *Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 1, si tratta di «una nozione sfuggibile», «un neologismo inventato nel 1997 in Francia dall’*Association des Parents et future parents Gays et Lesbiens* [...] che non corrisponde ad alcun istituto o nozione giuridica ben precisa».

¹² E’ ancora S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., a ricordare: «...Ora che uno Stato non possenga il diritto che regoli tutti i momenti della sua vita costituzionale, che di per sé ne sarebbero suscettibili, potrà sembrare, a prima vista, un’affermazione poco giuridica, ma che è però esattissima» (p. 70). Difatti, «da trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali». Pertanto, «resistente e, per conseguenza, legittimo è solo quell’ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la vitalità» (p. 97).

¹³ Si veda, già, R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, pp. 206-208, ove fa notare che «tutta la nostra vita di relazione è ritmata da «acquiescenze» vincolanti, da «tolleranze» non disconoscibili», quando invece «la logica del diritto sacrifica il diritto muto» (p. 207).

¹⁴ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, pp. 70, 82.

Tali considerazioni acquistano maggiore senso e valore solo che si pensi al ruolo essenziale che ha giocato lo sviluppo della scienza (medica, sociologica e neuro-psicologica) nella determinazione «delle metamorfosi contemporanee» di concetti cardine del tradizionale diritto di famiglia¹⁵.

Da un lato, grazie alle tecniche di riproduzione assistita, il fatto della procreazione può ben prescindere dal rapporto di coppia; così come, aderendo ad una parte della letteratura psicologica che teorizza la sessualità come “accoppiamento tra le menti” e vede le funzioni paterne e materne come interscambiabili, il legame che unisce un figlio ai genitori si separa dal “naturale” legame biologico¹⁶.

Per il tramite della scienza oggi si può divenire genitori per esercizio di volontà negoziale, ed essere figli non già perché nati da genitori eterosessuali, ma perché legati “mentalmente” a dei soggetti, in virtù cioè dei processi e delle dinamiche relazionali (clima di affetto, di serenità, di ascolto) che si attualizzano all’interno della famiglia a prescindere dagli orientamenti sessuali di chi sceglie intenzionalmente di adempiere agli obblighi genitoriali. Oltre ai genitori “biologici”, in sostanza, possono esistere (e già esistono) anche genitori “sociali”¹⁷.

Senza contare, poi, che sono le stesse nuove frontiere del “biologicamente possibile” ad aver messo in evidenza la “natura” storica del giusnaturalismo, slegata cioè dalla dimensione storico-sociale cui è invece soggetta la “biologia” in quanto scienza della natura in costante evoluzione. In proposito, basti pensare alle moderne conquiste della chirurgia, ed in particolare alla possibilità, per una persona transessuale MtF (“Male to Female”), di poter oggi ricorrere al trapianto di utero seguito da gravidanza vitale. In casi come questi, attraverso la biologizzazione della sessualità, è lo stesso concetto “naturale” di sesso che si relativizza e perde di significato¹⁸.

¹⁵ L’incisiva espressione citata è di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 1.

¹⁶ Si vedano, in argomento, le riflessioni dell’etnologa francese A. CADORET, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità*, Milano, 2008, la quale sottolinea che «la nascita di un bambino, la sua produzione fisica, non sono elementi sufficienti a trasformare i suoi genitori biologici in genitori a tutti gli effetti [...]. La nascita e la venuta al mondo sono un fatto fisico, che attende di trasformarsi in rapporto di filiazione, in fatto sociale» (p. 21).

¹⁷ A questo orientamento “empirico” e “comportamentale”, assai diffuso nella letteratura scientifica americana (in tal senso, le ricerche dell’*American Psychological Association*, *American Psychiatric Association*, *American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, *American Psychoanalytic Association*, *American Association for Marriage and Family Therapy*, *National Association for Social Workers*, *American Academy of Pediatrics*), aderisce anche l’*Associazione Italiana di Psicologia*. Si supera così definitivamente, nell’intendere i rapporti di filiazione, la posizione psicoanalitica classica fondata sul c.d. “triangolo edipico” (che connette necessariamente padre, madre e figlio). Per maggiori approfondimenti, cfr. A. GATTI, *Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza*, cit., 4 ss.

¹⁸ Su tali questioni si rinvia ad un interessante lavoro interdisciplinare, tra diritto e medicina, di G. APRILE – G. MALGIERI, *Il corpo come limite dinamico all’autodeterminazione. Il passaggio dal naturale al biologicamente possibile*, in *Questione giustizia*, n. 2/2016. Sulla diversa, ma pur sempre connessa questione del c.d. “divorzio imposto” a seguito del cambiamento di sesso di uno dei componenti della coppia eterosessuale, si vedano, invece, le riflessioni di C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione, I Sezione civile*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; e B. PEZZINI, *Oltre*

Sono queste acquisizioni scientifiche che sembrano incarnare gli arresti giurisprudenziali che intaccano la tradizionale regolamentazione del diritto di famiglia¹⁹; formazione sociale, quest'ultima, che sul piano giuridico sembra ormai aver assunto essa stessa i caratteri della «inter-costituzionalità»²⁰. E, di conseguenza, sono tali postulati a porre in crisi il pur astratto e (post)moderno confine tra gli straordinari sviluppi della tecnica e della scienza da una parte e il diritto dall'altra, portando con sé il rischio di una possibile mercificazione di diritti e interessi di rilievo costituzionale²¹.

il caso «Bernaroli»: tecniche decisorie, rapporti tra principi regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio, in *GenIUS*, 1/2015.

¹⁹ Per le tesi per così dire “tradizionali” della famiglia, fondate su una interpretazione “giusnaturalistica” dell’art. 29 Cost., si veda, tra gli altri, A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategie) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 751 ss.; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 257 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 101 ss.; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 395. Per una impostazione “storicistica”, ossia fondata sull’idea che la famiglia «non è ma si fa nella storia», cfr., invece, già T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 Cost.*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 223 ss. In senso analogo, più di recente, si sono espressi M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 1573 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Rivista AIC*, 02.07.2010; I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto pubblico*, nn. 1-2/2010, p. 471 ss.; N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010; P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 577 ss.; A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in *Forumcostituzionale.it*, 29 febbraio 2008, p. 1 ss.; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 10, p. 1066 ss. (ma, da ultimo, dello stesso A., si vedano le precisazioni espresse in “Per una lettura non svalutativa dell’art. 29”, rinvenibile in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., p. 41 ss.). Del resto, criticando la formulazione dell’art. 29 Cost., C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 135, scriveva: «ognuno può metterci dentro quello che vuole». In tema di omogenitorialità, poi, è M. D’AMICO, *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *GenIUS*, 2/2015, p. 155, ad affermare che la famiglia esprime la propria connotazione naturalistica nella volontarietà della costituzione di rapporti affettivi tra due persone, indipendentemente dalle caratteristiche sessuali dei soggetti interessati.

²⁰ Su tali non facili profili, sia permesso rinviare ad A. GUSMAI, *Il concetto di famiglia «inter-costituzionale»*, in L. MEZZETTI – E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI Secolo*, Bologna, 2017, pp. 173-181, volume che raccoglie gli Atti del III Congresso Mondiale di Giustizia costituzionale, svoltosi a Bologna il 10-13 ottobre 2017.

²¹ Proprio di questo aspetto sembra preoccuparsi la Grande Camera della Corte EDU (Caso *Paradiso e Campanelli*, sentenza del 24 gennaio 2017), allorché riconosce che il ricorso a pratiche di maternità surrogata vietato dallo Stato italiano, persegue l’interesse generale della protezione delle donne e dei minori quando in gioco vi siano contratti commerciali (in tal senso § 203). Su tale pronuncia, si vedano, però, le opportune considerazioni di S. PENASA, *Il caso Paradiso c. Italia: verso modelli familiari “a geometria variabile”?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017, pp. 1-5; e V. LORUBBIO, *L’interesse superiore del minore come overruling “occulto”? A proposito della Sentenza della Grande Camera (Corte E.D.U.) Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Diritti comparati: Working papers*, n. 1/2017. Di recente, cfr. anche i rilievi di C. MASCIOTTA, *Dalla Grande Camera un freno al judicial activism in tema di vita familiare*, in *Forumcostituzionale.it*, 5 febbraio 2017; ID., *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della “vita familiare”: uno stop all’attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017.

Non a caso di recente è stata rilevata la sempre maggiore capacità del dato scientifico di trasformarsi in dato normativo, nel momento in cui cioè la scienza stessa si è trovata ad assumere un ruolo determinante nella risoluzione di una controversia giudiziaria²².

A vacillare qui sembra essere il diritto positivo e, prima ancora, la capacità della politica di realizzare disposizioni normative in grado di ordinare la realtà sociale. In qualche modo si è in presenza, sembra difficile negarlo, di un inusuale criterio di legittimazione – il dato scientifico – che appare decretare il trionfo di tutte quelle “visioni” funzionali del diritto in linea con quell’agire pragmatico e tecnico dominato, per dirla con Weber, dagli scopi e dal contingente²³.

In un tale scenario di «deformalizzazione delle categorie giuridiche, del linguaggio e della sintassi propria dei giuristi», il rischio appare essere quello di una Babele²⁴ nella quale lo stesso costituzionalismo moderno non sembra poter più sopravvivere²⁵.

Posta in questi termini la questione non pare offrire vie d’uscita e, in effetti, stando ad una *visione statica delle fonti di produzione*, le norme individuate dai giudici con il contributo più o meno marcato della scienza, non possono essere legittimamente riconosciute dall’ordinamento come diritto. E tanto, anche al di là della pur biasimevole assenza delle forze politiche, non sempre capaci di trovare punti d’equilibrio nel disciplinare i nuovi fatti che emergono nella magmatica realtà sociale.

Le cose sembrano poter andare diversamente, invece, se ci si sforza di considerare l’ordinamento giuridico nella sua *dinamicità*, ovvero sia tenendo conto della funzione attiva che gli interpreti-applicatori *fisiologicamente* assumono una volta chiamati, in veste di *co-produttori*, a dare senso e concreto significato a

²² Su tali questioni, tra i molti lavori che l’A. ha dedicato al tema, cfr., almeno, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica*, Napoli, 2015, spec. p. 427 ss.; ID., *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *Forumcostituzionale.it*, 17 dicembre 2015. Si vedano, poi, gli scritti di G. D’AMICO, *La Corte e lo stato dell’arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, p. 431 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, p. 591 ss.; M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 5 novembre 2015; ID., *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 83 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, p. 411 ss.; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, spec. al par. 2.

²³ Cfr. M. WEBER, *Economia e società* (1922), vol. I, Milano, 1980, p. 21 ss.

²⁴ Come si accennava, oltre alla letteratura psicologica favorevole alla filiazione omosessuale, esistono altrettanti studi “scientifici” che, interpretando diversamente i dati statisticamente raccolti, conducono a ravvisare una certa pericolosità per la salute psichica e fisica del minore. Per una sintesi di tali posizioni, si veda, ancora, A. GATTI, *Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza*, cit., p. 9 ss.

²⁵ Permettendosi di parafrasare il titolo di un recente lavoro di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013 (la citazione è a p. 161).

regole e principi fondamentali. In un sistema, non sembra irrilevante e scontato tenerne conto, per giunta non più esclusivamente funzionante all'interno dei rassicuranti confini domestici²⁶.

Orientamento quest'ultimo, come di seguito si proverà ad evidenziare, prescelto dai giudici nello sforzo di trovare un corretto bilanciamento tra discussa "omogenitorialità" e il non pacifico prevalere a tutti i costi del c.d. "best interest of the child". E tanto perché, proprio a partire dalla Costituzione italiana, non sembra accettabile che la tutela della persona umana, intesa in tutte le sue possibili declinazioni, possa condurre alla "tirannia" di alcuni valori su tutti gli altri²⁷. Piuttosto, «solo una considerazione congiunta in chiave integrativa e non oppositiva (come spesso invece accade) consente di allontanarsi da una visione "mitica" di libertà ed eguaglianza isolatamente considerate, eliminando in modo radicale la tragica illusione che si possa coltivare l'una a scapito dell'altra, secondo scelte ideologiche che finiscono per realizzare una eterogenesi dei fini»²⁸.

Del resto, come è stato autorevolmente detto, poiché «l'applicazione della legge dipende dal modo in cui essa viene interpretata non in astratto sibbene in relazione al fatto di cui si controverte, ecco che il giudice è immesso nella realtà sociale in cui vive ed opera», divenendo «egli stesso un *operatore politico*»²⁹. In una

²⁶ Sulla necessaria «dinamicità» dell'ordinamento inter-costituzionale, sia consentito rinviare ad A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015, p. 29 ss.

²⁷ Quando si parla di valori, il pericolo è, come evidenzia con una suggestiva metafora C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, p. 38, soprattutto questo: «Il lupo che divora l'agnello attua la validità superiore del valore nutritivo di cui l'agnello per il lupo è «portatore» rispetto alla validità inferiore del valore vitale di cui lo stesso agnello è «portatore» rispetto al valore vitale del lupo. Nondimeno, il lupo non nega il valore nutritivo dell'agnello, né lo uccide soltanto per annientarlo. Solo il dichiarare l'agnello un non valore assoluto gli fornirebbe l'interpretazione, secondo il sillogismo dei valori, per un annientamento altrimenti inspiegabile». Di qui la potenziale aggressività immanente a ogni posizione di valori, che mette in crisi ogni "visione" astratta e neutralistica delle cose.

²⁸ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, p. 113.

²⁹ Così T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 134 ss. (corsivo di chi scrive). In tema di diritto di famiglia, in dottrina non sono mancate voci che hanno espresso non poche perplessità su tale funzione del giudice. Tra gli altri, si veda, già, V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della 'libertà'*, in *federalismi.it*, n. 17/2010, p. 5; e F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari, 2008, spec. p. 106 ss. Più in generale poi, assai critico nei confronti di tale fisiologica e realistica funzione del giudice, appare M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, il quale sembra attribuire precipuo rilievo al dato testuale nel cruciale momento della interpretazione-applicazione delle disposizioni normative, al punto da mettere in discussione la crisafulliana fondamentale distinzione tra «disposizione» e «norma» (cfr. ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 391 ss.). Mette invece in luce le possibili diseguaglianze derivanti dal diritto giurisprudenziale, A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi riflessioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del convegno* (Campobasso, 19-20 giugno 2015), (Quaderni del Gruppo di Pisa. Convegni), Napoli, 2016, p. 331 ss. In tema di unioni omoaffettive, di recente evidenzia però l'importanza del «formante giurisprudenziale», E. CUKANI, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa (A proposito di alcune recenti pronunce giurisprudenziali: Obergefell v. Hodges, Oliari and others v. Italia e altra giurisprudenza italiana)*, in *federalismi.it*, n. 4/2016, p. 37 ss.

realtà socio-normativa, dunque, che non a caso ha portato di recente attenta dottrina a ravvisare la trasformazione del tradizionale «principio di legalità» (che vuole il diritto nelle mani di un padrone tendenzialmente assoluto: il legislatore) in un più complesso e reale «principio di giuridicità», in riferimento all'ormai «variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica»³⁰.

3. Problematiche di “ordine pubblico” o questione di “controlimiti”?

Uno degli argomenti che in giudizio si è invocato al fine di non riconoscere rilevanza giuridica al fenomeno della omogenitorialità, è stato quello del contrasto con l'*ordine pubblico* interno. Invero, s'è detto discutendo della possibilità di trascrivere l'atto di nascita legalmente formato in Spagna dal quale risulti che il minore è figlio di due madri, una tale situazione entra frontalmente in contrasto con l'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000³¹, l'art. 269, comma 3, c.c.³², e l'art. 65 della L. n. 218/1995³³, in quanto nell'ordinamento italiano è ammesso il ricorso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita (L. n. 40/2004) al solo scopo di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana nelle coppie di sesso diverso, ma non di consentire di generare un figlio geneticamente o biologicamente riconducibile a due individui dello stesso sesso³⁴. Così argomentando, la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino è stata ferma nel ritenere che madre «è

³⁰ Così P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, pp. 85-87. E' interessante notare che, a rilevare tale trasformazione del principio di legalità è, da ultimo, anche la dottrina penalistica: in una branca del diritto, cioè, in cui, per evidenti ragioni, tale principio ha trovato la sua massima espansione. Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, pp. 114-150.

³¹ Si tratta del “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127. L'art. 18, rubricato “Casi di intrascrivibilità”, recita: «gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

³² ...in base al quale può essere riconosciuta madre del bambino solo colei che lo partorisce.

³³ In particolare la legge 218 del 1995, all'art. 41, prevede che: la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario alcun procedimento (e quindi in via automatica) quando sono rispettate alcune condizioni e garanzie procedurali meglio indicate nell'art. 64 e in particolare (lett. g) dell'art. 64) quando le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 16 (secondo cui la legge straniera *non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*); il successivo art. 65 prevede che «hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dall'autorità dello stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciate da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa» (corsivi aggiunti).

³⁴ E tanto, anche dopo la nota sentenza della Corte cost., n. 162 del 2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa per contrasto con il diritto inviolabile della persona a procreare. I commenti della dottrina a tale pronuncia sono stati moltissimi e di vario genere. Cfr., da ultimo, F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 1/2017, p. 12 ss., al quale si rinvia, anche, per gli opportuni riferimenti bibliografici.

solo colei che partorisce il figlio», trattandosi di un «principio di ordine pubblico e di diritto naturale, fondamentale e immanente nell'ordinamento»³⁵.

Ragioni simili, sono state poi sostenute in giudizio anche dalla Procura generale presso la Corte d'appello di Trento³⁶.

La questione che preliminarmente rileva, affrontata per la prima volta dal giudice della nomofiliachia con la precitata decisione della Prima Sez. Civ., n. 19599/2016, sembra dunque essere la seguente: provare a capire che cosa possa e debba intendersi con l'indeterminata espressione legislativa «ordine pubblico»³⁷, in relazione al fatto della trascrizione dell'atto di nascita comprovante lo *status* di genitore all'interno della coppia *same sex*.

Prima di addentrarci nella motivazione della decisione, sembra opportuno sottolineare che, dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, la dottrina è stata pressoché concorde nel ritenere che il concetto di ordine pubblico designi il mero «ordine materiale», il quale può ritenersi turbato solo in conseguenza di comportamenti umani violenti o di fatti naturali pregiudizievoli per la pubblica incolumità (ad esempio, calamità naturali). Il rispetto di un ordine pubblico «ideale» è infatti richiesto – al massimo grado – negli ordinamenti totalitari, ove ogni difformità di pensiero dal regime è considerata una minaccia per la sicurezza dell'ordinamento. In coerenza con i principi della nostra Carta fondamentale, che garantiscono la circolarità del potere politico e il dissenso ideologico, l'ordine pubblico non può che essere minacciato da un fatto o un atto che in concreto attenti gli equilibri costituzionali della democrazia pluralista³⁸.

Si tratta di un concetto complesso che riassume valori e principi fondamentali, che si presenta come «una figura enigmatica priva di definizione», da cui discende «una nozione “a geometria variabile”, capace di attraversare il diritto privato, costituzionale, amministrativo, penale, internazionale, comunitario ecc.,

³⁵ Cfr. Cass. Civ., sent. n. 19599/2016, cit., tesi supportata nei vari gradi di giudizio anche dal Ministero dell'Interno.

³⁶ Cfr. Corte d'Appello di Trento, *supra cit.*, nei motivi “in fatto”.

³⁷ Nel nostro ordinamento, come è noto, la locuzione «ordine e sicurezza pubblica» è stata introdotta dall'art. 2 del t.u.l.p.s. del 1926 (R.D. 6 novembre 1926, n. 1848), tuttora riprodotto nel vigente art. 2 t.u.l.p.s. del 18 giugno 1931, n. 773. Inserisce espressamente l'«ordine pubblico» nella categoria dei «concetti indeterminati», E. PARESCE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 236.

³⁸ In tal senso A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, vol. CLXI, 1963, p. 111 ss.; ID., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1777 ss. Ad una natura essenzialmente «materiale» del concetto di ordine pubblico fa riferimento anche C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, p. 372. Distingue, invece, seguendo un'impostazione diversa, l'ordine pubblico «materiale» dall'ordine «costituzionale» (che è ideale), L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, par. 3. Per una completa ricostruzione della problematica, cfr. A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. it.*, Roma, 1990; ID., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. it.*, Aggiornamento, vol. XXV, Roma, 2007.

mostrando una grande duttilità che però, come altro lato della medaglia, rende continuamente differenziabile il suo contenuto»³⁹.

Precisato che il concetto di ordine pubblico non possa declinarsi meramente in astratto come violazione ideale di un ordine socio-morale vigente all'interno di uno Stato dai connotati etici, esso rinvia ad una nozione storicamente determinabile nella realtà sociale, avente la funzione «di “limite protettivo” dell'integrità dei principi fondamentali di un ordinamento giuridico»⁴⁰ soggetto a processi osmotici inter e sovra-nazionali.

A questo punto, a ben vedere, si tratta di una nozione che oggi sembra confondersi con quella più propriamente costituzionale di “controlimiti”, della cui definizione in dottrina ancora oggi si discute circa la perimetrazione, al cospetto dei sempre più stringenti obblighi derivanti dal diritto sovranazionale⁴¹. Non a caso, l'art. 4.2 del TUE, recita che «L'Unione europea rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni [...] di mantenimento dell'*ordine pubblico* e di tutela della sicurezza nazionale»⁴².

Si tratta, dunque, di quei principi di struttura di un ordinamento che rappresentano il limite invalicabile da qualsiasi autorità esterna (contro-limite da opporsi dal punto di vista interno) e che, però, allo stesso tempo, nello scenario attuale subiscono inevitabilmente processi di «europeizzazione»⁴³.

³⁹ F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, p. 1.

⁴⁰ F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 2.

⁴¹ Se da una parte si ritiene che i controlimiti opposti dallo Stato nei confronti del diritto europeo, «a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario»; dall'altra, invece, in una prospettiva di “condivisione” della sovranità con le istituzioni europee, si sostiene «l'europeizzazione dei controlimiti» ex art. 4.2 TUE, non potendo nessun organo dello Stato, in uno scenario ormai eurounitario, «rivendicare per sé in via esclusiva il titolo di poter dare l'interpretazione “autentica” dei principi di base dell'ordinamento interno, la loro ricognizione potendosi avere, sia pure con tipicità di effetti, da parte di molti operatori». Per la prima opzione, cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 6; per l'altra, apparentemente più “permissiva” nei confronti del potere normativo delle istituzioni europee, si veda A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *federalismi.it*, n. 11/2016, p. 19. Per maggiori approfondimenti su tale complessa tematica, si rinvia, da ultimo, a A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, volume che raccoglie i contributi di molti autorevoli studiosi, confrontatisi sul tema in occasione del Convegno dal titolo “Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali”, svoltosi nell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016.

⁴² Per un'approfondita analisi della dottrina e della giurisprudenza europea in materia di ordine pubblico, cfr. M. TOMASI, *Towards an emerging notion of European ordre public: a comment on the case-law about international surrogacy in Europe*, in R. TONIATTI – D. STRAZZARI (eds.), *Legal pluralism in Europe and the ordre public exception: normative and judicial perspectives*, Trento, 2016 (*Proceedings of the International Workshop held in Trento, 16 and 17 April 2017*), spec. pp. 98-105.

⁴³ In riferimento all'art. 4.2 TUE, sostiene l'avvenuta «europeizzazione dei controlimiti» A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali*, cit., p. 18. Ne mette invece in discussione la legittimità costituzionale M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., p. 9, secondo il quale dovrebbe piuttosto presupporci l'esistenza di un «metaprinzipio supremo che vuole intangibili i principi supremi».

Fatte queste indispensabili premesse di ordine teorico, sembra adesso possibile comprendere meglio le ragioni che hanno portato la Cassazione, nel caso *de quo*, a non ritenere violato l'ordine pubblico, in nome della rilevanza di un superiore ordine pubblico «internazionale» alla luce del quale l'atto di nascita estero attestante l'omogenitorialità non appare contrastare con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁴⁴.

Sostiene, infatti, correttamente la Corte, che all'originaria concezione «statualista» di ordine pubblico consolidatasi negli anni Trenta del secolo scorso, ordine inteso esclusivamente «come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, ai fini della salvaguardia di determinate concezioni di ordine morale e politico», se ne «è opposta un'altra, di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1, e alla corrispondente attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale». Conseguentemente, stante la maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, «se l'ordine pubblico si identificasse con l'ordine pubblico esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato»⁴⁵.

Come è noto, le norme di conflitto mirano invero ad individuare la normativa più idonea a disciplinare una certa fattispecie (filiazione, donazioni, promesse unilaterali, rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, diritti reali, successioni, obbligazioni contrattuali, ecc.) a prescindere dallo specifico contenuto che ad essa ciascun ordinamento attribuisce, purché da ultimo, sembra ormai potersi intendere, non contrastante con i diritti dell'uomo tutelati dalle Carte e dalle Corti operanti nella comunità internazionale⁴⁶.

⁴⁴ Sul concetto di ordine pubblico internazionale, la letteratura è a dir poco sconfinata. Solo per citare una parte della dottrina italiana, cfr. G. SPEDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1954, p. 82 ss.; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1106 ss.; ID., *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1986, p. 5 ss.; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; A. DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, p. 556 ss.; F. MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, p. 5 ss.; A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, p. 847 ss. Più di recente, e per una ricognizione delle varie prospettive, cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, spec. p. 5 ss.

⁴⁵ Così Cass., sent. n. 19599/2016, cit., punto 7 della motivazione. Per la superata tesi giurisprudenziale che intendeva il concetto di ordine pubblico in senso meramente “nazionale”, cfr. Cass., Sez. Un., sentt. n. 1220/1964, e n. 3881/1969. Il rischio di una vanificazione delle norme di conflitto previste dal diritto internazionale privato è già evidente, invece, nelle argomentazioni di Cass., sentt. n. 14462/2000, e n. 10215/2007.

⁴⁶ Sulla funzione e sulla struttura delle «norme conflitto», si rinvia a A. COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milano, 2011, p. 69 ss. Secondo la giurisprudenza di legittimità, il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla

A supporto di tale tesi, sembra opportuno evidenziare che è la stessa normativa comunitaria che impone l'esclusione del riconoscimento delle decisioni emesse in uno Stato membro nei soli casi di «manifesta» contrarietà all'ordine pubblico⁴⁷, concretantesi, secondo i giudici di Lussemburgo, in una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società⁴⁸.

Se è vero che l'ordine pubblico non può che ritenersi violato quando ad essere messi a repentaglio sono i «principi supremi» contenuti nella nostra Costituzione⁴⁹, appare vero anche che, assicurato tale risultato, a prevalere debba essere una concezione di ordine pubblico di tipo «internazionale», da intendersi «come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato alla legislazione ordinaria»⁵⁰. Dunque valori e principi fondamentali che sembrano necessariamente doversi desumere dalla lettura della Carta fondamentale, «ma anche – laddove compatibili con essa (come nella materia in esame) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»⁵¹.

Si tratta, sul piano pratico, di una concreta applicazione di quella tecnica interpretativa che – in altre circostanze – si è avuto modo di definire di «interpretazione intercostituzionale del giudice comune»⁵². Poiché, infatti, la Costituzione e le altre Carte dei diritti (europee ed internazionali) non sembrano potersi più concepire come statici documenti a geografia fissa, ma come Carte che «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»⁵³, conseguentemente i giudici sono sempre più spesso chiamati a svolgere un'attività interpretativo-applicativa con un atteggiamento che va ben oltre le limitate prospettive di «nazionalismo o patriottismo costituzionale»⁵⁴. A maggiore tutela dei diritti fondamentali, l'interazione tra i vari principi e diritti contenuti nei diversi testi normativi, sembra abbia assunto definitivamente la

luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì «ai suoi effetti», in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento (cfr. Cass., sent. n. 9483/2013).

⁴⁷ Si veda, ad es., l'art. 34 del Reg. CE 22 dicembre 2001, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile commerciale; gli artt. 22 e 23 del Reg. CE del 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l'art. 26 del Reg. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 24 del Reg. CE 18 dicembre 2008, n. 4 del 2009, in materia di obbligazioni alimentari.

⁴⁸ Così CGUE, 4 ottobre 2012, C-249/2011, in un caso riguardante le deroghe alla libertà di circolazione delle persone negli Stati membri.

⁴⁹ Sul punto, cfr. Corte cost., sent. n. 214 del 1983.

⁵⁰ Così Cass., sent. n. 19599/2016, cit., punto 7, che richiama a sostegno Cass., sentt. nn. 1302 e 19405 del 2013; sent. n. 27592 del 2006; sent. n. 22332 del 2004; sent. n. 17349 del 2002.

⁵¹ Ancora Cass., sent. n. 19599/2016, cit., punto 7.

⁵² A. GUSMAI, *Giurisprudenza, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., p. 65 ss.

⁵³ Per utilizzare le parole di Corte cost., sent. n. 388 del 1999.

⁵⁴ L'espressione è di A. RUGGERI, *CEDU, diritto "europolitano" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta Online*, 19 aprile 2013, par. 4.

forma dell'interdipendenza, potendo essi rafforzarsi e sostenersi reciprocamente in un'ottica interna che vede la Costituzione nazionale come una Carta «condivisa», i cui contenuti valoriali sono distribuiti su più livelli istituzionali⁵⁵.

Questo non significa che i singoli Stati abbiano completamente perso la disponibilità dei propri «controlimiti», bensì che, di volta in volta, occorre distinguere a seconda dei principi e dei diritti di cui si cerca l'armonizzazione inter-ordinamentale. Vi sono, infatti, partizioni della Costituzione repubblicana che mal si conciliano con logiche di piena condivisione: basti pensare, ad esempio, alla nostra «Costituzione economica» – ossia, per riassumere brutalmente e in modo incisivo, alla democrazia sociale voluta dai Padri costituenti – e alle norme eurounitarie che sempre più prepotentemente invece ne mettono in discussione l'identità⁵⁶.

Eppure, paradossalmente, quando in discussione sono diritti e libertà economiche, a differenza di quanto invece spesso accade in materia di libertà individuali e diritti umani che dividono e lacerano l'opinione pubblica, i poteri pubblici sembrano ignorare la possibilità di sollevare lo scudo dei controlimiti, allineandosi supinamente alle politiche neoliberaliste imposte dalle istituzioni tecnocratiche europee. Secondo paradigmi di mercato, insomma, quasi che potesse irragionevolmente valere anche in diritto la regola «due pesi e due misure»⁵⁷.

Tralasciando considerazioni che ci porterebbero assai lontano dalle problematiche che si è scelto di affrontare in questa sede⁵⁸, ciò che qui sembra opportuno rimarcare è questo: come visto, l'ambiguità e l'ambivalenza del concetto astratto di «ordine pubblico interno», potrebbe più correttamente essere sostituito dalla categoria costituzionale dei «controlimiti». In questo modo, nei giudizi più delicati e controversi aventi ad oggetto diritti fondamentali, si stimolerebbero i giudici a sollevare q.l.c. e consentire alla Corte – in veste di Custode della Costituzione – di valutare la legittimità costituzionale di tutte quelle leggi ed atti equiparati che consentono l'ingresso di norme in contrasto con i «principi supremi» del nostro ordinamento giuridico⁵⁹. Appare dunque auspicabile che, nei casi limite, a tracciare i confini della rilevanza

⁵⁵ Cfr. A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali*, cit., p. 17, che a tal proposito parla di «Costituzione condivisa».

⁵⁶ In merito si rinvia alle attente riflessioni di recente svolte da F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

⁵⁷ Su tali questioni, si vedano, tra gli altri, le considerazioni di A. CANTARO, *Lo "Stato" europeo. La governance dell'Unione come potere economico governamentale*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2016.

⁵⁸ Pur sempre, però, problematiche tra di loro inevitabilmente connesse, secondo una necessaria interpretazione per «intero» che l'interprete è chiamato a fare della Costituzione (come già sensibilmente invitava a fare R. SMEND (1928), *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 211 ss.).

⁵⁹ Non è un caso, ed è alquanto curioso, che il giudice della nomofilachia, nel suggerire agli altri giudici come valutare le norme espressive dell'ordine pubblico, abbia ritenuto che «*si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale*, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di

di ciò che è propriamente costituzionale, ossia a rilevare una «manifesta» violazione dell'ordine pubblico (a questo punto verrebbe da dire) «inter-costituzionale», debbano contribuire anche e soprattutto i giudici delle leggi⁶⁰.

4. Diritti del minore vs. diritto alla procreazione: qualche considerazione conclusiva.

Nell'attuale momento storico, anche nei paesi di *civil law*, dottrina e giurisprudenza hanno ormai definitivamente accolto e fatto proprio, a tutela dell'infanzia, quel «meccanismo decisionale»⁶¹ sviluppatosi nel diritto anglo-americano a partire dal XIX sec.⁶²: il *best interest of the child*⁶³.

Si tratta di un principio che nasce lì dove gli effetti della rivoluzione industriale e del nascente capitalismo moderno hanno fatto balzare agli occhi, specie nei luoghi di lavoro, quell'intollerabile concezione

introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari». Così Cass., sent. n. 19599/2016, punto 7 della motivazione (corsivo dello scrivente).

⁶⁰ Una tale situazione si è verificata, ad es., nel noto caso deciso da Corte cost., sent. n. 238/2014, in materia di crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei tribunali italiani. Il giudice delle leggi ha, infatti, dichiarato l'illegittimità costituzionale di due disposizioni legislative riguardanti le immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità. E tanto, perché non è stato in alcun modo possibile superare l'insanabile contrasto delle norme sulle immunità con il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e la conseguente lesione della dignità umana (*ex art. 2 Cost.*). Su tale decisione, i commenti sono stati moltissimi. Tra i principali, si rinvia, in ordine di tempo, a P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2 novembre 2014; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta Online*, 17 novembre 2014; R. DICKMANN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte cost. sent. n. 238 del 22 ottobre 2014)*, in *federalismi.it*, n. 22/2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, n. 1/2015, 9 gennaio 2015; A. RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili seguiti della 238 del 2014?*, in *Consulta Online*, n. 1/2015, 5 marzo 2015; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, p. 57 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha dimostrato di sapere anche mordere*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, p. 76 ss.; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, p. 84 ss.; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 11 gennaio 2016; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0.*, in *federalismi.it*, n.1/2016. Sempre in tema, uno studio assai approfondito sulle implicazioni costituzionali del diritto di difesa è quello di R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990. Da ultimo, ma non ultimo, è sufficiente qui ricordare, in attesa di decisione della Consulta, che l'azionamento dei controlimiti potrebbe essere correttamente attivato nell'altra notissima vicenda, il caso Taricco. Si vedano, in argomento, almeno i contributi al Convegno su *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, svoltosi a Roma il 4 ottobre 2016, i cui Atti possono consultarsi in *Rivista AIC*, 4/2016, 11 novembre 2016.

⁶¹ Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, *Determining the best interests of the child*, Washington, DC, U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau, 2013, 2.

⁶² Sulle differenze riscontrabili tra i diversi sistemi di *civil law* e *common law*, imprescindibili appaiono gli studi di G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, spec. pp. 51 ss. e 65 ss.

⁶³ Sulle origini e per una ricostruzione storica del principio del *best interest of the child*, cfr. L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia a mera icona linguistica?*, in F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 467 ss.

proprietaria dei figli risalente al diritto romano, che vedeva l'infante oggetto quasi di un diritto dominicale del *pater familias*⁶⁴.

Tramite esso, dunque, si è per la prima volta messa in discussione l'assolutezza dei diritti del genitore sui figli, riconoscendo al minore la garanzia della titolarità di diritti fondamentali propri, inviolabili finanche da chi può vantare la biologica – ma non per questo incondizionata – pretesa di averli messi al mondo. Oltrepasato infatti il limite del rispetto della «dignità umana» del minore, la genitorialità perde l'usbergo delle garanzie costituzionali⁶⁵. E tanto perché, come sensibilmente è stato detto, nessun diritto può essere considerato «fondamentale» nella misura in cui non sia provata la sua concreta attitudine a salvaguardare la dignità di tutti gli esseri umani⁶⁶.

E' oggi l'art. 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) ad affermare che «in tutte le azioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»⁶⁷. E' ancora la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 che, all'art. 6, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti un minore, richiede all'autorità giudiziaria di accertare se «dispone di informazioni sufficienti in vista di prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo»⁶⁸. Così come, di recente, non sembra potersi neppure ignorare il dettato delle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una “giustizia a misura di minore”, il quale dispone che «gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni

⁶⁴ Anche se alla luce delle conquiste del vigente diritto del lavoro può apparire risibile, si pensi, ad esempio, al notevole passo in avanti che si è fatto in Inghilterra con l'adozione del *Factory Regulation Act* del 1833: con esso, il Parlamento inglese riduce a 8 ore le giornate lavorative dei minori di 13 anni, vieta assolutamente il lavoro dei minori di 9 anni, ed impone obblighi di istruzione a tutela della crescita psicofisica. Sarà poi il *Guardianship of Infants Act* del 1886 che darà al giudice la possibilità di tener conto del benessere del minore in tutte le controversie concernenti l'educazione del minore, dando così spazio alla definitiva affermazione del *best interest of the child*.

⁶⁵ Come di recente ha sostenuto autorevole dottrina, la «dignità umana» deve essere intesa come «*punctum unionis* dei diritti e dei doveri costituzionali» (A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n. 17/2013, p. 9), dacché il suo significato costituzionale non può che essere quello di essere «la bilancia medesima» sulla quale deve calibrarsi ogni «bilanciamento» fra diritti (G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., p. 87). Nello stesso senso, anche, G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, 2015. Di contrario avviso sembra essere, invece, tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare* (a cura di G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, p. 1060 ss.

⁶⁶ In tal senso, M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 3163 ss.

⁶⁷ Convenzione ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

⁶⁸ La Convenzione *de qua* è stata ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77. Il corsivo è di chi scrive.

che li vedono coinvolti o che li riguardano»⁶⁹. Da ultimo, poi, lo stesso principio è fatto proprio dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, trascritto nell'art. 24, comma 2, in tal guisa lascia percolare in tutte le Costituzioni dei paesi dell'Unione il «preminente interesse superiore del bambino». Si spiegano così una serie di pronunce giurisprudenziali – altrimenti quasi incomprensibili alla luce del testo costituzionale⁷⁰ – che hanno di recente portato i tribunali finanche a stabilire l'allontanamento del minore dal nucleo familiare di origine per il solo fatto di vivere involontariamente la condizione del c.d. “minore di mafia”. Per essere nato, cioè, all'interno di una famiglia-cosca in cui inevitabilmente il bambino può essere spinto ad apprendere la cultura dell'illegalità, a grave nocimento della sua crescita ed educazione improntata in prim'ordine al rispetto dei principi della “convivenza costituzionale”⁷¹.

Considerati in quest'ottica, non sembrano discutibili gli effetti ordinamentali positivi derivanti dall'applicazione del *best interest* da parte dei giudici. Si tratta, infatti, a ben vedere, di casi in cui l'esercizio della discrezionalità dell'organo giudiziario, considerato il fine cui esso tende (tutelare il minore dai diritti in astratto riconosciuti a tutti i genitori, anche a quelli di “di mafia”), sembra possa facilmente essere ben accetto dal senso comune e dalla pubblica opinione⁷².

Non bisogna ignorare che la tutela del *best interest of the child* comporta sempre un giudizio di bilanciamento *in concreto* fra diritti fondamentali potenzialmente confliggenti⁷³ (di cui sono spesso portatori tanto il

⁶⁹ Le Linee guida sono state adottate il 17 novembre 2010, durante la 1098^a riunione dei delegati dei ministri.

⁷⁰ Ad evidenziare molto bene l'inesistenza nella nostra Costituzione, a differenza che nella legislazione primaria, del principio del *best interest of the child*, è stata Elisabetta Lamarque. L'A., infatti, ritiene che tanto la legislazione quanto la giurisdizione in materia di filiazione, nel tempo non hanno mostrato di dare attuazione alla Costituzione (in particolare all'art. 30). Hanno, piuttosto, in più occasioni dimostrato di averla propriamente superata. Si vedano, in merito, le considerazioni espresse a più riprese in ID., *Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, I, TORINO, Utet, 2006, p. 622 ss.; ID., *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, p. 2418 ss.; ID., *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, op. cit., 191 ss.; ID., *Relazione di sintesi*, in F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 591 ss.

⁷¹ Si vedano, in merito, le considerazioni di A. ARENA, *A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *Consulta Online*, n. 2/2016, p. 248 ss., il quale fa riferimento alle pronunce in merito adottate dal Trib. min. Reggio Calabria, decreto del 19 luglio 2012; decreto del 14 dicembre 2012, del 12 febbraio 2013 e del 19 giugno 2014.

⁷² Sulla possibilità di intendere l'opinione pubblica una sorta di «auditorio universale normativo» di perelmaniana memoria, sia consentito, qui, il rinvio ad A. GUSMAI, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 maggio 2016.

⁷³ Per una diffusa riflessione sul tema del bilanciamento, quasi scontato è, qui, il rinvio a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Più di recente, si veda, inoltre, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, p. 185 ss.; R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, spec. pp. 101 ss. e 617 ss.

minore quanto il genitore). Sono quindi opportune e “ragionevoli” esigenze di giustizia sostanziale che, nel caso concreto, inducono i giudici a farne applicazione⁷⁴.

Appare pertanto evidente che, a “scontrarsi” con difficoltà di “bilanciamento”, sono in realtà, a monte, le concezioni del diritto – spesso non palesate e/o date per presupposte dagli studiosi – legate, da una parte, al rigido dato formale delle disposizioni legislative (teorie «cognitiviste», le quali non ammettono creatività alcuna dell’interprete applicatore) e, dall’altra invece, quelle che fanno propria una teoria più o meno «scettica» dell’interpretazione, ravvisando l’inevitabile produzione normativa in ogni atto di comprensione e applicazione del testo giuridico⁷⁵.

Se queste sono le premesse di un discorso che in realtà sembra allignare radici molto più profonde⁷⁶, non sembra allora stupire che lo stesso principio – quello appunto del *best interest* – applicato a casi altamente etico-politici come quello della omogenitorialità, abbia indotto parte della dottrina a mettere in discussione la sua stessa valenza giuridica, qualificandolo come una «mera clausola di stile *bonne à tout faire*»⁷⁷. E s’è detto anche che una corretta interpretazione costituzionale che sappia rifuggire dalla summenzionata logica hartmanniana della «tirannia» di un diritto su tutti gli altri⁷⁸, non può che guardare con sospetto la «retorica» della tutela a tutti i costi dei diritti dei bambini che fa leva sul principio del superiore interesse del minore. Potrebbe trattarsi, invero, di un ottimo pretesto per giustificare decisioni

⁷⁴ Tale aspetto sembra metterlo in evidenza anche S. ROMBOLI, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell’interesse superiore del minore*, in GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 505 ss.

⁷⁵ Le questioni qui si fanno assai complesse, impossibili da affrontare partitamente in questa sede data la loro sconfinata vastità. Per avere solo una qualche contezza delle non semplici problematiche ingenerate dal tema dell’interpretazione-applicazione, si veda, di recente, tra i suoi molti scritti, R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2015, spec. p. 5 ss.; e, più diffusamente, ID., *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI (continuato da P. SCHLESINGER), Milano, 2011, spec. p. 13 ss. Sembra inoltre opportuno rilevare che, tra i costituzionalisti, non sempre è facile individuare, nei loro scritti, una chiara adesione all’una piuttosto che all’altra tesi dell’interpretazione-applicazione. Fatte salve le riflessioni di pochi studiosi (che, per evitare inutili quanto inevitabili semplificazioni, si ritiene opportuno qui non citare), in molte pur autorevoli speculazioni non sembrano emergere prese di posizione nitide su tali cruciali e fondamentali tematiche. Su tali argomenti, invece, maggiore rigore appare più che mai una priorità nell’attuale momento storico, in cui la crisi del sistema delle fonti tradizionali dovrebbe indurre il costituzionalista a collaborare con il filosofo (ma non solo) al fine di provare a fare maggiore chiarezza sulla reale produzione normativa. A trarne beneficio sarebbe la formazione del giovane studioso (come chi scrive), oltre che – naturalmente – la rappresentazione reale dell’intero ordine costituzionale.

⁷⁶ ... in quanto inesorabilmente porta lo studioso a riflettere circa la relazione o l’esistenza di un presunto netto confine tra il fatto (inteso come caso concreto) e il diritto. Utili, in argomento, e solo per citare alcuni scritti della recente dottrina italiana, possono tornare le letture di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 161 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 33 ss.; R. BIN, *Il fatto nel Diritto costituzionale*, testo definitivo della relazione tenuta nell’ambito del XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014, dal titolo “Prassi, convenzioni e consuetudini nel Diritto costituzionale”, consultabile in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

⁷⁷ Così, da ultimo, B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore*, cit., p. 9.

⁷⁸ ... come peraltro ha stabilito la Corte cost., sent. n. 85/2013, considerato in diritto n. 9, a proposito del noto caso “lva”.

che realizzino anche (o soprattutto) interessi diversi, sui quali tuttavia sarebbe molto più difficile raccogliere consensi⁷⁹.

In effetti qui le cose si fanno non poco delicate al cospetto di un fenomeno, quello del crescente “turismo procreativo”, che ripropone «imperiosamente complesse questioni che interpellano le coscienze e mettono a dura prova antiche e solide certezze di bioetica e di diritto costituzionale»⁸⁰.

Così, ad esempio, e per tornare ad occuparci delle vicende dalle quali eravamo partiti – quelle appunto riguardanti gli arresti giurisprudenziali che di fatto consentono ad una coppia *same sex* di acquisire diritti e doveri genitoriali a seguito di ricorso a tecniche procreative vietate nel nostro Paese⁸¹ – non è difficile argomentare che due madri, così come due padri, nell’attuale momento storico rappresentano una situazione giuridica *contra legem* e *contra constitutionem*. In una prospettiva meramente interna e nazionalistica, qual è quella in cui possono inserirsi argomentazioni siffatte, l’invocazione del «superiore e preminente interesse del minore»⁸² non può che prestare il fianco a tutte quelle critiche solo in apparenza di ordine giuridico, che definiscono intollerabile e contro natura la possibilità di instaurare un rapporto di filiazione “mentale”, anche prescindendo dal dato “biologico”⁸³.

⁷⁹ Sembrano andare in questo senso le argomentazioni da ultimo sviluppate da E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 64 ss.

⁸⁰ Così A. RUGGERI – C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, n. 1/2017, p. 138. Per una disamina “internazionale” delle complesse problematiche giuridiche poste dal ricorso alla gestazione per altri, cfr. Y. ERGAS, *Babies without borders. Human rights, human dignity and the regulation of international commercial surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 27, 2015, pp. 119-187.

⁸¹ Sembra opportuno precisare che, nel caso deciso da Cass. Civ., sent. n. 19599/2016, le due donne hanno fatto ricorso all’ovodonazione all’interno della coppia, configurando così un’ipotesi intermedia di tecnica procreativa in quanto presenta elementi della fecondazione eterologa (con riguardo al gamete maschile) e della fecondazione omologa (in quanto l’ovodonazione avviene all’interno della coppia e nell’ambito di un progetto di genitorialità condiviso).

⁸² Cfr., ad es., Cass. Civ., sent. n. 19599/2016, cit., considerato in diritto n. 8.

⁸³ E’ interessante notare che di una filiazione quale legame «volontario», intesa «come esercizio di responsabilità e come volontà di quotidiana creazione di un rapporto», discuteva già S. RODOTÀ, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del convegno di Venezia, 30 aprile – 1 maggio 1967, Padova, 1967, p. 94. Per una serrata critica a tale modo di concepire la genitorialità, si veda, tra gli altri, A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un’analisi giuridica di una possibile tecnica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.

E' vero, il rischio di mercificazione del corpo della donna è altissimo⁸⁴, così come sono dietro l'angolo intollerabili forme di discriminazione tra progettualità familiari di soggetti ricchi e non abbienti⁸⁵. Ma qui il *best interest of the child* non c'entra nulla, perché la sua funzione rileva soltanto dopo, a cose fatte, ossia una volta che il bambino è già venuto al mondo e l'unico rimedio disponibile rimane l'applicazione di tale criterio decisorio da parte del giudice interprete del caso concreto.

A guardar bene, il fuoco della questione si sposta invece sulla (in)capacità del potere pubblico – e, dunque, del suo diritto – di governare gli sviluppi della contrattualistica privata sempre più stimolata dall'evoluzione scientifica che, *ab origine*, determina il sorgere di fatto di tali condizioni giuridiche. Ciò che si vuol dire, in altre parole, è che affinché tanto la “etero” quanto la “omo” genitorialità non si risolvano in (e possano aprioristicamente apparire come) un mero capriccio riservato alla forza contrattuale delle classi agiate, dovranno essere soprattutto legislatori e pubbliche amministrazioni ad occuparsi di tali questioni, evidentemente di precipua natura pubblico-costituzionale: garantendo, ad esempio, ciascuno secondo le proprie attribuzioni e competenze, il funzionamento di un servizio pubblico-sanitario di assistenza, capace di assicurare *solidaristicamente a tutte* le unioni affettive caratterizzate da una certa stabilità la possibilità di intraprendere il cammino verso una non semplice, ma pur sempre libera e consapevole, genitorialità consentita dal progredire della medicina⁸⁶. A pretenderlo, *de iure condendo*, sembrano essere gli

⁸⁴ In merito, si vedano le serrate critiche da ultimo espresse dalla sociologa D. DANNA, *“Fare un figlio per altri è giusto”. Falso!*, Roma-Bari, 2017, p. 43 ss. Ma si consideri anche che, come pure ha sottolineato altra parte della dottrina sociologica, nella realtà esistono molteplici «atteggiamenti e aspettative» da parte tanto dei genitori committenti (si pensi ai padri delle famiglie arcobaleno che non accettano l'idea di recidere ogni rapporto “familiare” con la madre biologica), quanto delle “gestanti per altri” (che molto spesso intendono continuare a far parte del mondo relazionale del bambino anche dopo la nascita). Al punto che, s'è detto in argomento, «è sbagliato e semplicistico dare giudizi univoci più o meno *tranchant*». Cfr. C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, pp. 129-130.

⁸⁵ Di questa forma di «neoliberismo» non soltanto «economico», ma anche «culturale» ne dà conto, da ultimo, G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici*. La maternità surrogata, in *Consulta Online*, n. 2/2017, p. 325 ss., la quale rileva che tali posizioni individualiste esigono «l'ampliamento della sfera della proprietà. L'ideologia del libero mercato e l'individualismo progressista impongono di ritenere del tutto legittimo che le due libertà del donante e della donna da affittare si incontrino per realizzare il rispettivo interesse, senza incontrare alcun limite etico».

⁸⁶ In quest'ottica solidaristica sembra poi potersi inserire la proposta di consentire il ricorso, nel nostro Paese, alla gestazione per altri, purché a titolo gratuito. La proposta, ispirata alla «logica del dono», e in parte a quanto previsto dalla legislazione sui trapianti, dovrebbe consentire alla coppia sterile di poter soddisfare il suo bisogno di genitorialità all'interno della famiglia, potendosi fare ricorso alla maternità sostitutiva soltanto per il tramite di un atto solidale di una parente. Cfr., da ultimo, A. RUGGERI – C. SALAZAR, cit., p. 142 ss., a parere dei quali «la *solidarietà*, in questi casi, si sublima in una forma di *fraternità*» (p. 144). Critica sul punto è invece G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici*, cit., p. 331 ss. Per una comprensione non meramente astratta ed irenica del «principio di solidarietà», si vedano, invece, almeno le riflessioni di V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010 (rinvenibile anche, con alcune modifiche, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e pensiero, 2011, 657 ss.); e S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014. Sul rapporto, invece, tra «amore» e «solidarietà», si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e amore:*

stessi principi fondamentali della nostra Costituzione, in particolare il combinato degli artt. 2 e 3, comma 2, del patto fondativo. In nome, dunque, di una dignità umana inscindibilmente letta in una prospettiva di sostanziale eguaglianza, che sarebbe auspicabile si affermasse in un futuro quanto più prossimo anche in ambito europeo⁸⁷.

In ogni caso mentre dottrina, giurisprudenza e, più in generale, gli osservatori sono impegnati a dividersi in contrapposizioni ideologiche caratterizzate da un approccio individualistico-libertario da una parte, e sociale-razionale dall'altra, ossia divisi sulla manichea contrapposizione fra «società aperte» e «società chiuse» per rievocare i celebri studi di Popper⁸⁸, un dato è certo: resta il fatto che purtroppo a tutt'oggi rimane ancora indefinito lo *status* dei minori nati da surrogazione di maternità⁸⁹.

Il che, evidentemente, a dimostrazione di quanto ancora risulti importante e prezioso l'utilizzo da parte dei giudici del principio del *best interest*, al fine di poter assicurare quanto più possibile pari dignità sociale a tutti i bambini⁹⁰. Piuttosto, «v'è da augurarsi [...] che non si debba rinunciare alla valutazione, alla saggezza, all'equilibrio e alla responsabilità del giudice nella valutazione e nella decisione del caso concreto»⁹¹.

Decisioni come quelle in commento, che piaccia o meno, sembrano preannunciare in via pretoria ciò che, probabilmente, in quella crescente parte di società meno refrattaria a comprendere le complesse e variegate dinamiche che incarnano la realtà dei rapporti affettivi, è da tempo già in atto: non già un mero

una relazione ambivalente, in AA.VV., *Droit et amour en Europe: relations complexes/Love and Law in Europe: Complexes Interrelations*, European University Institute, Badia Fiesolana, 2000, pp. 96-99.

⁸⁷ Auspica una tale realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016. Sembra opportuno dare conto, poi, del fatto che il Parlamento Europeo, con la Risoluzione del 17 dicembre 2015, ha condannato la pratica della maternità surrogata in quanto «compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono stati usati come una merce». Di fatto però, e solo per restare al continente europeo, non può non essere rilevata la differenza delle legislazioni vigenti in materia. Ad esempio, tale pratica è vietata e sanzionata penalmente, oltre che nel nostro Paese (art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004), anche in Austria, Germania, Spagna, Francia e Svizzera; in alcuni casi è consentita solo se gratuita (Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Belgio, Olanda, Grecia e Repubblica Ceca); in altri anche se attuata in forma commerciale, come in Ucraina. Ancora una volta, dunque, la questione verte intorno al problema dell'uguaglianza.

⁸⁸ Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I, Roma, 1966, pp. 245-248.

⁸⁹ Non può invero non essere ricordato che, l'11 ottobre 2016, il Consiglio d'Europa ha respinto le Linee guida sulla maternità surrogata contenute nel Rapporto presentato dalla parlamentare belga De Sutter, votando anche contro quella parte del documento volta a dettare linee guida per la disciplina dello *status* dei bambini comunque venuti al mondo in conseguenza della sua applicazione.

⁹⁰ Come ricorda G.M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 8, sarebbe sempre opportuno partire «dal diritto e dal bisogno del minore, nel caso concreto e nella valutazione della sua condizione specifica, di realizzare il *best interest* attraverso l'individuazione, il riconoscimento e la legittimazione del genitore legale per lui più adatto e migliore, nelle condizioni e nel tempo in cui viene valutata la sua situazione». Considerazioni analoghe provengono anche da autorevole dottrina sociologica che, alla luce dei dati di realtà e di fronte alla inadeguatezza-latitanza del legislatore, non esita ad affermare: «per fortuna ci sono i giudici». Così C. SARACENO, *L'equivoco della famiglia*, Roma-Bari, 2017, p. 85 ss.

⁹¹ G.M. FLICK, op. cit., p. 12.

scontro/incontro fra diritti alla genitorialità e diritti del bambino ad avere un genitore, ma anche un modo nuovo di concepire le relazioni di natura affettiva. Il conflitto spesso paventato tra i diritti dei genitori e quelli dei nascituri appare invero la fisiologica conseguenza dei ritardi della cultura socio-giuridica sugli sviluppi che nel frattempo ha fatto la scienza in ambito procreativo. Pertanto, forse può apparire come un'altra di quelle prospettive dogmatiche del giurista che – a limite – può soltanto aiutare ad intravedere la punta dell'*iceberg*⁹² di quelli che sono a tutt'oggi i reali rapporti tra «diritto e amore», anch'essi in profondità ancora caratterizzati da una certa logica di tipo «proprietario»⁹³.

Ciò che invece non sembra poter rimanere più “sommerso”, e che i giudici, operando nella aule di giustizia, non possono più far finta di ignorare, appare invece proprio il diffondersi e l'affermarsi, nella società contemporanea, di una più o meno consapevole cultura della *genitorialità sessualmente indifferente*, fondata sulle “menti” oltre che sui “corpi”. E' da tempo che s'è osservato che sono gli stessi «corpi» a non esaurirsi «in una dimensione che ne esalta l'immediata materialità» fisica. E questo perché una loro più approfondita conoscenza è «fatta di processi biologici complessi, di relazioni con l'ambiente, di rapporti con gli altri esseri umani», al punto che nella realtà «il corpo esce dalla vita, e la vita abbandona il corpo»⁹⁴. Dimostrata dagli studiosi l'esistenza di «molteplici identità personali» e, dunque, entrati nell'ottica che la stessa «identità di genere è una costruzione storica e sociale»⁹⁵, gli organi giurisdicenti più sensibili non hanno potuto che prendere atto del conseguente superamento del concetto tradizionale di genitorialità eterosessuale, dacché ormai «figli e genitori si diventa, in molti modi»⁹⁶.

⁹² A paragonare il diritto ad un *iceberg* è stato, qualche anno fa, un noto antropologo. Secondo R. MACDONALD, *Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et «inférentielle*, in *Sociologie et sociétés*, 1986, 18, 1, pp. 47-58, nel suo insieme il diritto appare come un «*iceberg*», la cui parte emergente dal livello delle acque rappresenta il diritto scritto; la massa sommersa, invece, il diritto implicito e inferenziale.

⁹³ A rilevarlo è S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015, *passim*.

⁹⁴ Così S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 98. Sul rapporto diritto-corpo, si veda, più in generale, lo studio di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007. Si veda, anche, L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006, 2 ss. Sul versante dell'importanza del corpo della donna ai fini della gravidanza, si veda, da ultimo, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2017.

⁹⁵ Tali aspetti sono affrontati magistralmente da S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., pp. 126-133. In merito, cfr., anche, le riflessioni di L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, spec. pp. 191-203. D'altronde, è la stessa Corte cost., sent. n. 170/2014 (a proposito dell'assai discussa sentenza sul c.d. «divorzio imposto») ad aver stabilito che la possibilità di mutare sesso all'interno della coppia non può che essere qualificata come «un significativo aspetto dell'identità personale» (considerato in diritto 5.6). Così come, è la Corte di cassazione, sent. n. 15138 del 20 luglio 2015 (decisione con la quale ha escluso che per la rettificazione del sesso negli atti dello stato di nascita sia indispensabile l'intervento chirurgico), ad aver preso atto che il «genere» è una «costruzione storico-sociale», avendo stabilito che «l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale» che non postula la «necessità» di un previo intervento chirurgico.

⁹⁶ C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., spec. 70 ss.

Quel che si vuol dire è questo: sul piano giuridico, il problema della genitorialità non sembra potersi esclusivamente ridurre alla volontà “tirannica” degli adulti di avere a tutti i costi un figlio⁹⁷. A voler mantenere una certa onestà intellettuale, bisogna riconoscere che le *autodeterminazioni genitoriali* si sono in fondo già affermate da qualche tempo, precisamente nel momento in cui la scienza ha dato loro la possibilità di ricorrere alla «contraccezione», oltre che alle pratiche abortive⁹⁸. La possibilità offerta a tutti di poter legalmente controllare la procreazione ha fatto sì che in potenza ogni bambino divenisse di per sé «il risultato di una volontà espressa, di una programmazione, di un progetto» da parte dei singoli. Nulla di nuovo, quindi. Una «rivoluzione antropologica» in merito v'è già stata⁹⁹.

Se così sembra essere, allora meglio farebbero le attenzioni del giurista a concentrarsi – ad esempio – sul problema inter-costituzionale delle *diseguaglianze* ingenerate dal ricorso alle tecniche della scienza, ossia soffermarsi sulle possibili discriminazioni create dalla presenza/assenza della legge e fondate sull'orientamento sessuale al momento dell'accesso a tali opportunità (è questo il caso, qui prevalentemente preso in considerazione, della crescente genitorialità omoaffettiva¹⁰⁰); sulle diseguaglianze dei figli nati per merito della procreazione assistita rispetto a tutti gli altri; sulla tutela delle madri biologiche che si prestano alla “gestazione per altri”, titolari di diversi diritti a seconda della legislazione dello Stato di appartenenza¹⁰¹.

⁹⁷ Del resto, come ha fatto notare attenta dottrina rievocando il racconto biblico di Abramo e la moglie Sara, la questione della genitorialità “a tutti i costi” non è affatto nuova: «il “bisogno di genitorialità” (e il relativo diritto, che trasforma il bisogno in una pretesa giuridicamente tutelabile) non è figlio della società dei consumi e della conseguente mercificazione della vita e dei suoi misteri, come troppo spesso si è portati a credere; e non è neppure l'emblema dell'epoca dei diritti umani in cui qualsiasi desiderio, compreso il “diritto di avere un figlio” vorrebbe ottenere cittadinanza. Si veda R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 1 ss.

⁹⁸ Non appare superfluo ricordare che, prima della pionieristica sentenza della Corte cost., n. 27/1975 (che anticipa di tre anni la legge sull'aborto), il codice penale del 1930 qualificava come «delitti contro la integrità e la sanità della stirpe» (artt. 545-555 c.p.) tanto l'interruzione della gravidanza quanto la sola propaganda anticoncezionale. Nel 1971 poi, con sent. n. 49, come noto la Corte ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 533 c.p., che puniva «l'incitamento a pratiche contro la procreazione», in quanto in contrasto con il diritto alla libera manifestazione del pensiero riconosciuto dall'art. 21 Cost.

⁹⁹ Cfr. M. GAUCHET, *Il figlio del desiderio. Una rivoluzione antropologica*, Milano, 2010, p. 9 ss. Utili chiarimenti in ordine al «diritto all'autodeterminazione», diritto definito dalla stessa Corte costituzionale «diritto fondamentale» (cfr. sent. n. 438/2008, considerato in diritto n. 4), possono rinvenirsi in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, pp. 250-297.

¹⁰⁰ ...pur sempre da intendere quale «formazione sociale» ex art. 2 Cost., come ha riconosciuto il giudice delle leggi nella nota, quanto già internamente “discussa”, sent. n. 138/2010. Su tale vicenda, ossia sui “dietro le quinte”, cfr. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, p. 139. Per uno studio approfondito sulle «formazioni sociali» cfr., invece, tra i molti scritti, E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989.

¹⁰¹ E' la stessa Commissione europea a riconoscere, da ultimo, che la difformità nella regolazione della «famiglia» nei singoli Stati crea non pochi disagi alla vita dei propri cittadini. Cfr. la pagina *European Justice* al seguente indirizzo: https://e-justice.europa.eu/content_family_matters-44-it.do.

Si tratta, in definitiva, «di rimuovere ostacoli, come dice con bella lingua l'articolo 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza. Non solo ostacoli di fatto, radicati nel costume o nell'economia, ma ostacoli essi stessi giuridici. La legittimità della pretesa del diritto discende così anche dalla sua capacità di negare sé stesso»¹⁰².

Evidentemente non basta aver previsto e disciplinato le unioni civili. Anzi, proprio a seguito di tale innovazione legislativa¹⁰³, un ulteriore intervento chiarificatore del diritto, in un momento in cui «la coppia omosessuale continua ad avere uno statuto sociale e culturale incerto»¹⁰⁴, sembra più che mai indispensabile. Al legislatore *in primis*, ma anche alla giurisdizione e all'amministrazione pubblica, sembra oggi più che mai opportuno chiedere una trasparente e improcrastinabile assunzione di responsabilità, al fine di ridurre l'inaccettabile dislivello in questo momento esistente tra il funzionamento dello Stato-apparato e la vita dello Stato-comunità dai connotati ormai sempre più «multiculturali»¹⁰⁵.

Resta irrisolta, tuttavia, come pure si è poco sopra lasciato intendere, almeno un'altra questione di natura squisitamente giuridico-costituzionale che invece sarebbe opportuno venisse quanto prima messa al vaglio del giudice delle leggi: *de iure condito*, qual è il contenuto materiale dei «principi supremi» del nostro ordinamento costituzionale? Fino a che punto può spingersi, senza che su tali questioni si attivi il meccanismo dei c.d. controlimiti, la «condivisione» di sovranità con le altre Carte e Corti «esterne» al nostro sistema?¹⁰⁶

¹⁰² S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 12.

¹⁰³ ...il riferimento è alla legge n. 76/2016, sulle cui criticità, si vedano, almeno, i contributi di N. COLAIANNI, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, in *federalismi.it*, n. 19/2016; L. PEDULLÀ, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; e, da ultimo, F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 997 ss.

¹⁰⁴ C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., p. 116.

¹⁰⁵ Sul multiculturalismo quale «modello politico, giuridico ed etico per le società pluraliste che, in un quadro democratico, prevede la tutela e la valorizzazione di gruppi sociali minoritari, della loro identità culturale e della loro partecipazione politica», diverso dalle «società multiculturali», che indicano, invece, «uno stato di fatto, una situazione empirica di convivenza su di uno stesso territorio nazionale di una molteplicità di gruppi sociali con valori, pratiche, credenze, norme giuridiche, strutture di relazione sociale differente», cfr. G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 3 ss. Sul multiculturalismo da intendersi come «fatto storico», «problema per il diritto costituzionale», in quanto inevitabilmente riporta alle questioni della «convivenza o del conflitto [...] di differenti culture», si veda, anche, V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 1 ss. Interessante, inoltre, appare la prospettiva di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 85-120, al quale si deve il lodevole sforzo di aver provato a coniugare la precettività della Costituzione con il fenomeno del multiculturalismo (arrivando a sostenere che «il diritto costituzionale, se vuole continuare a essere inteso come *lex superior*, deve assumere le forme di un *diritto meticcio*» [p. 117]). Da ultimo, poi, per una approfondita analisi dei significati e delle funzioni della nozione di «costituzionalismo meticcio», cfr., S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, 2016, p. 150 ss. Sul non facile ruolo che invece spetta in concreto ai giudici nel rilevare questioni «multiculturali», si veda I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017; e più diffusamente, ID., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

¹⁰⁶ In argomento, utili spunti di riflessione si possono rinvenire, se si vuole, nel mio *Sovranità e «microfisica del potere»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2/2016, p. 107 ss.