

RIGORE E CURIOSITÀ

Scritti in memoria di
Maria Cristina Folliero

TOMO I

a cura di
GIUSEPPE D'ANGELO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1360-2

Volumi pubblicati con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno, della Scuola di Specializzazione per le professioni legali, del Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche e dei fondi FARB anni 2015 (Prof. G. Fauciglia) e 2016 (Prof. G. D'Angelo).

Impaginazione: Giuseppe Ferrentino (peppe.ferrentino@gmail.com)

Stampa: Industria Grafica Letizia - Capaccio (Sa)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

SALVATORE PRISCO

LE UNIONI OMOSESSUALI: ALCUNI PROBLEMI RIMASTI APERTI E LE PROSPETTIVE DELLE LORO POSSIBILI SOLUZIONI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO*

1. – La locandina di presentazione dell'incontro odierno identifica la senatrice Cirinnà come «autrice della legge sulle unioni civili e convivenze, legge 20 marzo 2016 n. 76».

Proviamo a fare ordine. Ella è effettivamente, come la locandina pure ricorda, l'autrice di un libro, *L'Italia che non c'era. Unioni civili: la dura battaglia per una legge storica*, Fandango, Roma, 2017, in cui riepiloga il lungo e tormentato percorso politico sbocato infine nella normativa approvata, mentre sul piano tecnico nessuna legge ha “padri” o “madri”, che non siano (e, come ovvio, in senso figurato) i Parlamenti che ne hanno approvato il testo.

Vero è anche però, guardando alla sostanza, che – specialmente in tema di diritti civili – un atto normativo è spesso rimasto nella memoria collettiva in quanto legato strettamente al nome di chi se ne era fatto promotore, come una decisione giudiziaria a quello del relatore, o di chi ne era stato parte.

Analogamente a certe leggi, infatti, proprio questo è accaduto per decisioni giudiziarie che hanno “fatto giurisprudenza”, come si usa dire, o rispetto a casi clamorosi, che talora hanno altresì suscitato grande compianto.

Si tratta, del resto, di un modo di identificarle consueto per le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della Cedu e delle Corti dell'area anglosassone.

* Trascrizione, con l'aggiunta di integrazioni del testo e delle note (aggiornate, come anche il testo, agli sviluppi successivi), dell'intervento all'incontro con la senatrice Monica Cirinnà nel seminario dal titolo “Nuove famiglie e unioni di fatto: il punto di vista del diritto”, organizzato dalle associazioni studentesche La Strada di Casa, Giovani Giuristi Vesuviani e Giovani Menti e svoltosi nell'aula Leone del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli Federico II lunedì 13 novembre 2017.

Chi scrive ha conosciuto la collega, al cui ricordo è destinato il volume nel quale il presente scritto è inserito e che troppo presto la sorte ha sottratto al lavoro scientifico e all'affetto di chi l'aveva cara, nel periodo in cui è stato professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'allora Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Salerno. I nostri uffici erano contigui, anche se lei insegnava a Giurisprudenza, circostanza che favoriva qualche scambio di idee sui rispettivi interessi culturali (non tanto diversi, in effetti). Era in queste rare occasioni possibile apprezzare la sua lucidità di sguardo anticonformista ai problemi e ricevere talora anche preziose confidenze su temi più personali, benché in genere ostacolate dalla sua proverbiale riservatezza; allora – badando a mascherare la commozione, perché le sarebbe apparso segno di debolezza mostrarla – le brillavano regolarmente gli occhi, se le capitava di parlare del marito o delle figlie.

Si può ad esempio pensare alla sentenza “Casavola”, n. 203/ 1989, sulla laicità dello Stato, o a quella “Franzese”, n. 30328/ 2002, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, su un caso di responsabilità medica in relazione al quale si è richiamato per decidere il calcolo delle probabilità, o ancora alle vicende sfortunate di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro, Fabiano Antoniani, “Dj Fabo”, sul tema della libertà di scelta delle (e più radicalmente sulle) cure mediche in condizioni estreme di vita e dei suoi limiti.

In Italia è perciò normale ricordare oggi la legge 75/1958, che abrogò il sistema delle case di prostituzione controllate dallo Stato, col nome della battagliera senatrice socialista polesana Lina Merlin, che aveva appunto animato quella battaglia, o collegare l'introduzione del divorzio, a molti anni di distanza dai primi tentativi di età post-risorgimentale, ai due parlamentari (il deputato socialista e radicale Loris Fortuna e quello liberale Antonio Baslini) che se ne intestarono la proposta, diventata alla fine la l. 898/ 1970, confermata inoltre da un referendum popolare che ne respinse l'abrogazione; né si saprebbe disgiungere, per fare ulteriori esempi, la depenalizzazione dell'uso personale delle droghe leggere dal nome del politico – sempre radicale – Marco Pannella, o quella di decriminalizzazione dell'aborto (ricorrendone i presupposti, detti anche «indicazioni») dalla memoria delle esponenti del medesimo partito Adelaide Aglietta e Adele Faccio, fino al sostegno dato dall'Associazione Luca Coscioni alla proposta – appena adesso divenuta legge, dopo un lungo e tormentoso dibattito – di introdurre “dichiarazioni anticipate di trattamento” di soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, adeguatamente informati e consenzienti, concernenti la non prosecuzione delle cure mediche per il momento in cui, ammalati in modo grave e irreversibile, essi non fossero più in grado di determinarsi autonomamente al riguardo.

Anche se non facesse cioè più nulla di rilevante nella sua esistenza (il che naturalmente non è augurabile), la senatrice avrebbe dunque già guadagnato una sicura citazione nei futuri libri di storia sul nostro Paese.

Il libro ne documenta le iniziali incertezze ad accettare di essere relatrice del testo unificato, soprattutto per timore di nuocere alla sorte di una più netta proposta che pure aveva presentato, quella dell'introduzione del matrimonio *same sex*, il conforto ricevuto costantemente dal marito (Esterino Montino, già senatore, poi assessore a Roma e vicepresidente della Giunta regionale del Lazio presieduta da Piero Marrazzo, che dopo le dimissioni di questi gli toccò sostituire e in atto sindaco di Fiumicino) ed è strutturato come la cronaca di una vera e propria guerriglia, intrapresa contro il disegno di legge da “nemici” aperti dello schieramento di centrodestra (che l'autrice chiama i *cavalieri medievali*) e da avversari interni del suo medesimo partito – perciò teoricamente alleati, ma in realtà insidiosi (per la stessa, i *cattodem*) – fino ad identificare altresì assunti traditori dell'ultim'ora (i senatori del Movimento Cinque Stelle), che nella votazione finale si sfilarono dal sostegno da apportare in nome di un accordo precedentemente stretto, perché dubbiosi sul consenso dell'elettorato di riferimento alla proposta della *stepchild adoption*, che

infatti non compare più nel testo della legge quale facoltà (almeno apertamente, salvandosi però in forma ambigua gli effetti degli arresti di principio cui era pervenuta sul punto la giurisprudenza minorile¹).

Lungo la strada, l'eroina della narrazione trova peraltro la solidarietà di colleghi di cordata e di sostenitori esterni (il cosiddetto *cirincercchio*), tra i quali sono vi sono elettori e persone comunque interessate, che non le fanno mancare un plauso espresso tramite *e-mails*, dove raccontano anche le loro storie di vita, spesso toccanti, come il libro documenta puntualmente, non astenendosi peraltro dal pubblicare anche reprimende e critiche ispirate alla posizione contraria.

Si potrebbe dire che il volumetto, che ripercorre insomma in prospettiva soggettiva l'*iter* di formazione della legge, chiarisca quale sia stata nella fattispecie «l'intenzione del legislatore», se – ancora una volta – la pignoleria accademica non imponesse invece di disincarnare l'espressione, non attribuendole il senso psicologista e individualistico che assumerebbe secondo il linguaggio comune, bensì e come noto essendo questo uno dei criteri impiegabili per ricostruire, negli ordinamenti di *civil law*, l'andamento dei lavori preparatori, al fine di chiarire dubbi interpretativi, come si fa rispetto alla causa o funzione tipica per il negozio giuridico, distinta in tale modo dai motivi soggettivi che spingono la parte a concluderlo². Non utile

¹ Si veda infatti il testo del comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. *Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*» [il corsivo è nostro e la questione di quanto possibile in base a tale richiamo con riferimento a ipotesi di adozione non generale, ma «per casi particolari» sarà ripresa in seguito nel testo del presente lavoro; si veda il paragrafo 3, *sub b*)].

² Per una distinzione in termini tra *intentio legislatoris* psicologista, quando il sovrano era personale e senso metaforico dell'espressione, in tempi di centralità della decisione politica assunta in sede rappresentativa, si veda A. GENTILI, *Le fonti del diritto privato e l'interpretazione*, in *Manuale del diritto privato*, a cura di S. MAZZAMUTO, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 34. Più ampiamente, sempre nella manualistica recente, una ricostruzione sistematica dei canoni per l'interpretazione dei testi normativi di cui all'art. 12 delle *Preleggi* è quella di M. ORLANDI, in *Diritto civile. Norme, questioni concetti*, a cura di G. AMADIO e F. MACARIO, Il Mulino, Bologna, 2014, I, p. 92 ss. e spec. p. 100 s., che riconduce – come dalla classica tradizione giuspositivista – l'*intentio legislatoris* all'interno del criterio dell'interpretazione logica (secondo lui successivo e secondo altri equiparato a quello di primo impatto della comprensione del significato letterale delle parole, secondo il loro senso proprio), con richiami bibliografici *ivi*. Il diverso intento del presente lavoro costringe lo scrivente a rinviare, per una diversa e più realistica visione dell'*interpretazione* e del rispettivo ruolo in essa di legislatore e giudice, specialmente (ma non esclusivamente) costituzionale, al proprio *Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di "agionevole" scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione nel Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*, Napoli, 2016, p. 633 ss. e si veda ora anche, nella medesima direzione di pensiero, P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*. Lezione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 7 Aprile 2017; *Id.*, *Della interpretazione come invenzione. Lectio magistralis* presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso "L'interpretazione nel diritto del lavoro", Roma, 23 Ottobre 2017, pubblicate entrambe nel sito istituzionale della Corte Costituzionale.

a tali fini, dunque, il libro sarà tuttavia prezioso per gli storici del costume e del diritto che verranno per ricostruire il clima di una vicenda politico-giuridica annosa e combattuta, attraverso la voce di una sua protagonista.

2. – Sul contenuto della legge non è qui necessario soffermarsi troppo, essendo altro l'intento di queste note. Molto d'altronde se ne è già detto da molti e qualcosa anche da chi scrive³ e si può dunque rimandare chi intenda informarsi a questa copiosa letteratura.

Si osserverà soltanto che l'urgenza del provvedere – dopo molte resistenze e alcune sentenze di rilievo della Consulta e della Cassazione, che recavano al loro interno decisioni puntuali e altresì prima larvate e poi più stringenti sollecitazioni al legislatore a fare la propria parte, anche per le pressioni che in tale senso venivano dall'Unione Europea e dalla Cedu – ha prodotto un piatto che sistematicamente si presenta come esposto una digestione quantomeno laboriosa.

Sono stati infatti disciplinati assieme oggetti diversi, grazie a un espediente offerto dal regolamento parlamentare, con l'intento di assicurare all'articolato un'approvazione blindata, per essere stato il voto vincolato attraverso l'apposizione della questione di fiducia. Questo ha permesso di decapitare gli emendamenti presentati da varie parti a un testo precedente, sottoponendo al voto un maxiemendamento all'articolato medesimo, che era frutto di un accordo di maggioranza.

Oggi si ritrovano quindi normate nella medesima legge (un *monstrum* eterogeneo che consta di una sola disposizione fatta di 69 commi) le convivenze etero e omosessuali – asseritamente «di fatto», ma in realtà, siccome normate, evidentemente ormai *de jure*⁴ – di cui ai commi 35 e seguenti e le unioni civili tra per-

³ Sul piano giuspubblicistico, per l'evoluzione della problematica fino alla vigilia dell'approvazione della legge, ci si permetta il rinvio al nostro *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015 e ivi *Il genere e i suoi diritti. Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, 69 ss. e *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni* (con M. MONACO), 160 ss.; sintetico, ma molto acuto, il commento a prima lettura della legge firmato da S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. Cost.*, 3/2016, 567 ss., che contiene anche ulteriori indicazioni bibliografiche; da ultimo, ma per i profili civilistici, si vedano gli *Atti del convegno Unioni civili e convivenze di fatto: aspetti patrimoniali, successori, fiscali e autonomia negoziale*, tenuto a Bologna il 26 Novembre 2016, in *Quad. Fond. it. Not.*, 1/ 2017; sarà infine utile seguire gli sviluppi della materia attraverso la ricca messe documentaria e di interventi critici delle riviste *online articolo 29. Famiglia, orientamento sessuale, identità di genere* e *GenIus*, dalle quali si avrà occasione di citare oltre.

⁴ Il che ha provocato in sede giornalistica censure di “statalismo” a siffatto modo di regolare la materia, già quando esso era *in itinere*: si veda ad esempio L. CAPONE, *Così il ddl Cirinnà insinua lo Stato nelle camere da letto (e da pranzo) degli Italiani*, ne *Il Foglio Quotidiano*, Giovedì 10 febbraio 2016, sulla base dell'assunto che «L'impostazione del disegno di legge prevede l'estensione dei diritti di alcune minoranze a scapito, però, della libertà di tutti. Una fissazione della parlamentare, che ha seguito la stessa logica in un altro decreto (*rectius*: proposta di legge, n. d. r.) che voleva imporre menù vegetariani e vegani a tutti i ristoranti». Ad avviso di chi scrive, peraltro, si tratta invece di garantire diritti minimi (di carattere personale o patrimoniale) all'interno di una specifica formazione sociale, *ex art. 2* della Costituzione. Vero è peraltro

sone dello stesso sesso – di carattere simil-matrimoniale, ma non troppo – di cui ai commi da 2 a 34.

Il testo si presenta cioè come la sintesi topografica di due modi differenti di dare soluzione ai problemi ai quali intendeva rispondere: esclusa (fin dalla sentenza 138/ 2010 della Corte Costituzionale⁵) la recezione del matrimonio omosessuale, che pure è ormai intervenuta in molte legislazioni di Paesi occidentali, anche di *humus* culturale cattolico, venendo altresì confermata dalle rispettive giurisprudenze costituzionali e in altri⁶, da un lato – per le unioni civili omosessuali – fonte di ispirazione è stata la Germania delle *eingetragenen Partnerschaften* (operanti nel Paese fin dal 2001, ma si noti che nel 2017 il matrimonio è stato esteso a coppie omosessuali⁷), dall'altro – per le convivenze, qualunque sia il genere delle parti – la Francia dei flessibili PACS, introdotti nel 1999, ancorché il matrimonio omosessuale sia anche in essa legale dal 2013⁸, mentre Gran Bretagna e Spagna

che convivenze che rimangano di mero fatto sono molto ristrette, cioè che sfuggono oggi a questa legge unicamente quelle in cui almeno una delle due parti sia minore, ovvero tra esse sussistano vincoli di parentela, affinità, adozione e ovviamente matrimonio o unione civile, o ancora quelle in cui la coabitazione delle parti non sia stabile, come si argomenta *ex c.* 36, giacché quelle che presentino i requisiti di cui a tale comma non sono sottratte ad un minimo di regolazione dei diritti dei singoli in esse, siano o no registrate *ex c.* 37 e/o rafforzate da un contratto tipico di convivenza, di cui al comma 50. In definitiva, come chiarisce la circolare del Ministero dell'Interno 7/ 2016, nei rapporti di coppia stabili possono normativamente essere contemplate – dal meno al più della coattività del vincolo e comunque essendovi titolarità di diritti e doveri reciproci – relazioni non registrate, relazioni registrate, relazioni registrate e regolate da appositi contratti, unione civile omosessuale o matrimonio eterosessuale.

⁵ Sia ancora concesso, al riguardo, il rinvio al volume collettaneo, a cura di chi scrive, *“Amore che viene, amore che vai”*. *Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁶ Nell'accurata (e soprattutto aggiornata sul piano informativo) voce *Matrimoni tra persone dello stesso sesso*, pubblicata in *Wikipedia*, si legge: «A dicembre 2017 due persone dello stesso sesso possono accedere all'istituto del matrimonio in 26 Paesi: Spagna, Francia, Regno Unito, Germania, Austria, Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Danimarca (compresa la Groenlandia), Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia, Irlanda, Malta, Stati Uniti d'America, Canada, Messico (nella capitale e in cinque Stati), Colombia, Argentina, Brasile, Uruguay, Sudafrica, Nuova Zelanda e Australia. Inoltre in Israele e nelle Nazioni caraibiche di Aruba, Curaçao e Sint Maarten, pur non essendo consentito alle persone aventi lo stesso sesso di accedere all'istituto del matrimonio, vengono registrati i matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati altrove. In vari Paesi, come Italia, Grecia e Svizzera, si può accedere invece a ufficializzazioni diverse dalle nozze; le persone omosessuali hanno infatti accesso alle unioni civili, con inclusa o meno la possibilità di adottare il figlio naturale del *partner*, la cosiddetta *stepchild adoption*».

⁷ È stato detto che «la «svolta tedesca» è «la caduta del muro di Berlino» ed infatti poi anche la Corte Costituzionale austriaca è intervenuta a dichiarare incostituzionale il proprio analogo modello di unione civile omosessuale, in quanto discriminatoria nei confronti del matrimonio. Appena nato, cioè, il disegno contenuto nella legge “Cirinnà”, 76/ 2016, rischia già di venire superato per obsolescenza, trovandosi oggi in compagnia solo di quello svizzero. Si veda M. GATTUSO, *La svolta tedesca imprime un'accelerazione anche in Italia: alcune ipotesi sul percorso e i tempi verso il matrimonio egualitario*, in art. 29, online, 1° Luglio 2017 e, sull'Austria, *La Corte di Vienna boccia definitivamente le unioni civili: sì al diritto al matrimonio per tutte e tutti*, ivi, 5 dicembre 2017, La rivista pubblica altresì il testo tradotto della sentenza 4 Dicembre 2017 nn. 258 - 259 e un commento ulteriore ad essa di R. DE FELICE, *La riserva indiana dell'Unione Civile e l'Austria: privilegia ne inroganto*, ivi, 11 Dicembre 2017.

⁸ Sulla legge tedesca in tema si vedano, *ex plurimis*, F. SAITTO, *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent.*

hanno a loro volta legalizzato il matrimonio omosessuale nel medesimo anno, il 2005 e negli Stati Uniti tale risultato è stato raggiunto grazie a una sentenza della Corte Suprema di dieci anni dopo⁹.

Con la legge cui ci si riferisce, l'Italia colma dunque un ritardo che non era più sostenibile rispetto ai Paesi europei ed extraeuropei ad essa omogenei sul piano socio-culturale, superando il «silenzio elegantemente repressivo»¹⁰ a lungo tenuto in argomento e avviandosi anch'essa verso un'accelerazione della legislazione in tema di diritti personalissimi in ambito – in senso ampio – bioetico, biopolitico e familiare.

Si può sottolineare tale tendenza recente pensando alla legge sull'equiparazione di trattamento tra figli nati nel matrimonio e fuori di esso (219/2012), col relativo decreto attuativo (D. lgs. 154/2013, agli interventi in senso facilitatore sull'istituto del divorzio (artt. 6 e 12 della l. 162/2014 sulla non necessità del ricorso al giudice in tutti i casi e l. 55/2015, che riduce la necessità della previa separazione a un periodo di sei mesi/ un anno), a quella c. d. del “dopo di noi” (112/2016)¹¹ – non potendosi nemmeno sottovalutare l'apporto della giurisprudenza, che, con la sentenza della Cassazione civile 11504/ 2017, ha come noto introdotto un nuovo criterio di definizione dell'assegno liquidato all'ex coniuge più debole – e infine alla

n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana, in *Quad. Cost.*, online, 17 Marzo 2011; S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 958 ss.; C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforma*, in *Famiglia*, 2016, p. 71 ss.; F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi. civ. e comm.*, 2016, p. 1105 ss.; sulla situazione francese in tema di Pacs, W. RUALT, *Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité*, in *Rev. franç. Sociol.*, 3/ 2007, p. 555 ss.; S. FULLI - LEMAIRE, *La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2016, p. 405 ss.

⁹ Si vedano in termini, *ex plurimis*, S. NICCOLAI, *Fondazioni dell'eguaglianza, matrimonio omosessuale, conoscenza giuridica: interrogativi a partire da Obergefell*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia* e A. SPERTI, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, che apre un ricco dibattito a più voci pubblicato in *GenIus*, 2/ 2015, p. 5 ss. La seconda Autrice ricorda opportunamente il valore che simili decisioni possono avere anche rispetto ad altri contesti, alla luce del precedente rappresentato dalla decisione *Roe v. Wade*, che, nel 1973, pronunciandosi in senso positivo sull'ammissibilità dell'aborto, influenzò nella medesima direzione la giurisprudenza successiva di diversi Paesi europei. Sia concesso in termini anche di rinviare (ma il libro è anteriore alla decisione della Corte Suprema statunitense) al nostro *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, ora in *La musica della vita...*, cit., p. 1 ss.

¹⁰ Così icasticamente, ma è osservazione diffusa, S. BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra Ottocento e a Seconda guerra mondiale*, in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, a cura di F. BILOTTA, Mimesis, Milano - Udine, 2008, p. 41 ss.

¹¹ Nel giudizio del sociologo M. BARBAGLI (di cui vedi in precedenza anche *Famiglia - Sociologia*, voce dell'*Enc. delle Scienze Sociali*, III, Treccani, Roma, 1993, p. 767 ss.) «Tre grandi cambiamenti (...) – la nascita e lo sviluppo delle famiglie ricostituite (cioè quelle di seconde nozze dopo il divorzio, n. d. r.), la formazione delle unioni civili omosessuali, il declino della fecondità (in Occidente, n. d. r.) – sono assai diversi per molti aspetti: per il momento in cui sono iniziati, la durata, le condizioni sociali che li hanno favoriti, i gruppi che hanno coinvolto. Ma essi hanno anche un aspetto comune. Tutti e tre stanno trasformando il nostro sistema di parentela, che non solo ha perso quella tendenza alla patrilinearità (attribuire cioè più importanza a parenti della linea maschile) che ha avuto per secoli, ma che appare sempre meno centrale sui rapporti di consanguineità e sempre più su quelli di affinità»; così *Patriarcato addio. E contano meno i legami di sangue*, ne *La Lettura*, 316 (2017), p. 14 s.

legge sul consenso informato ai trattamenti sanitari e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvata allo spirare della XVII legislatura.

Manteniamo però comunque una specificità culturale, un nostro riconoscibile «margine di apprezzamento» nazionale.

Come sempre, sarà il futuro a dirci se anche noi faremo – e in ipotesi quando – passi avanti verso l'accoglimento del cosiddetto matrimonio «egaltario», (definizione onnicomprensiva che sottolinea l'avvenuto superamento in esso di discriminazioni di genere, ove l'estensione sia stata già accolta), o se si confermerà l'approccio che la giurisprudenza costituzionale appena ricordata si era preoccupata di sottolineare, differenziando le fattispecie tra il matrimonio necessariamente eterosessuale, riconducibile all'art. 29 della Carta fondamentale (in cui però questa preconditione non è letteralmente imposta dal tenore del testo, a meno che non si voglia incasellare tale riferimento nella – in realtà ambigua – espressione «società naturale»¹²) e altri tipi di unione nucleare umana, da inscrivere nell'art. 2 come «specifiche formazioni sociali».

In altri termini, anche sotto questo profilo si gioca la dialettica tra tendenza all'omogeneizzazione almeno a scala europea dei modelli e degli stili di vita e resistenze ad essa tradotte in controlimiti culturali e giuridici¹³ che comportano la valorizzazione del ricordato «margine di apprezzamento» nazionale, ma devono confrontarsi con l'altrettanto nota e lungamente studiata pratica dello «shopping transazionale dei diritti»: nel caso specifico, con la ricerca e l'acquisizione di tutele giuridiche a scelte di vita laddove esse sono previste e col tentativo di ottenerne poi il riconoscimento interno, in forza del fenomeno del superamento (o della permeabilità) dei confini anche ordinamentali, imposto dai vincoli assunti in sede sovranazionale. Sul punto si tornerà nell'ultimo paragrafo.

3. – Si presentano, dopo l'approvazione della legge, alcuni importanti nodi da sciogliere, vale a dire altrettanti problemi la cui soluzione essa ha lasciato aperta, in particolare almeno tre.

a) In varî Paesi e non solo in Italia, infatti, si è rivendicata da taluni soggetti qualificati, essenzialmente da parte di ufficiali dello stato civile o vertici elettivi delle

¹² Sui lavori preparatorî dell'art. 29, si vedano, *ex plurimis*, R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, p. 7 ss.; V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente.org*, 6/ 2010 e da ultimo F. CAGGIA – A. ZOPPINI, *Articolo 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, I, spec. p. 602 ss. e R. BALDUZZI, *Il modello costituzionale italiano di famiglia e l'evoluzione dei rapporti sociali*, in *Jus-online*, 2/2015. Sull'art. 2, da ultimo, M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: art. 2*, Roma, 2017 e, negli scritti qui richiamati, i rispettivi riferimenti bibliografici.

¹³ In tema – e per una difesa dei controlimiti in tale ambito, o meglio ed ancora di più per il punto di vista secondo il quale esiste un «insieme di tradizioni che hanno in comune il Cristianesimo (e l'Ebraismo) come fattore fondativo dell'Europa» – si veda C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, 2010 (la citazione a p. 84).

amministrazioni locali, la possibilità di sottrarsi all'obbligo – imposto appunto dal rapporto di servizio con i pubblici poteri – di partecipare al procedimento volto a concludere un'unione civile o un matrimonio omosessuale, in nome di una contrarietà “di coscienza” all'istituto, sollevando all'uopo un'obiezione tuttavia non codificata.

In un caso, peraltro, si è addirittura assistito negli Stati Uniti al diniego di un soggetto privato di preparare e vendere una torta nuziale per una festa successiva a un matrimonio *same sex*¹⁴, vicenda da cui è nato un giudizio pervenuto fino alla Corte Suprema.

La libertà di coscienza è in Occidente, uno dei pilastri fondativi dell'ordine costituzionale della modernità, di ascendenza illuministica, ma con precedenti nel Rinascimento¹⁵.

¹⁴ Si leggano, con riferimento ad atti diversi, ma sempre riconducibili a prestazioni di servizio pubblico o ad attività private relative all'istituzionalizzazione in varie forme di relazioni omosessuali, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *L'obiezione di coscienza al matrimonio same-sex: un'opzione ammissibile? Riflessioni a partire dalla pronuncia del Conseil constitutionnel*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, online, 18 Novembre 2013; M. SAPORITI, *Mariage pour tous e obiezione di coscienza in Francia*, in *articolo29*, online, 7 Novembre 2014; F. GRANDI, *Unioni civili e obiezione di coscienza: "questo matrimonio non s'ha da fare, né domani, né mai"*, in *Genius*, 1/ 2017, p. 15 ss. (a partire dal caso *Ladele e McFarlane c. Regno Unito*, n. 51671/10 e 36516/10, CEDU, 2013); M. L. LO GIACCO, *Enti di adozione e obiezione di coscienza. Osservazioni su alcuni recenti provvedimenti legislativi statunitensi*, in *Diritto e Religioni*, 1/ 2017, p. 189 ss.; A. MADERA, *Nuove forme di obiezione di coscienza fra oneri a carico della libertà religiosa e third-party burdens. Un'analisi comparativa della giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. e della Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 16/ 2017; A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in *Federalismi.it*, 20/ 2017; per la problematica della mancata previsione di tale possibilità da parte del medico chiamato a intervenire a seguito di una Dat e talune reazioni critiche, ma anche per la contestazione di dette censure, *Biotestamento. Lorenzin apre alla possibilità di fare obiezione di coscienza: "Un'esigenza che va assicurata. Incontrerò operatori sanità privata cattolica"*, in *Quotidianosanità.it*, 20 Dicembre 2017, redazionale (in risposta all'interrogazione parlamentare dei deputati Fedriga e altri, n. 3-03452/ 2017, avente ad oggetto *Iniziative urgenti volte a riconoscere l'obiezione di coscienza in materia di «testamento biologico»*, a sua volta generata dall'appello ai medici all'esercizio dell'obiezione di coscienza alle D.A.T., anche se normativamente non prevista, rivolto dal superiore generale dell'istituto Cottolengo di Torino e raccolto dall'agenzia di stampa *Ansa*); V. ZAGREBELSKY, *Il biotestamento nel rispetto della persona*, ne *La Stampa*, 22 dicembre 2017; C. SARACENO, *Cattolici contro il biotestamento*, ne *La Repubblica*, 22 dicembre 2017; F. CEMBRANI, *Biotestamento e obiezione di coscienza*, in *Quotidianosanità.it*, 23 dicembre 2019; V. BALDINI, *I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa. Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento*, in *Diritti Fondamentali*, 2/ 2017.

¹⁵ Il tema è di enorme portata e non si può dunque darne conto in una nota meramente informativa. Si deve allora rinviare per tutti almeno, se si voglia, al nostro *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato 'laico'*, Napoli, 1986, 75 ss. e poi almeno a S. LARICCIA, *Coscienza e libertà, Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Il Mulino, Bologna, 1989; G. DANESI, *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in *Analisi e Diritto* – 1998, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, p. 77 ss.; D. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000; G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, ne *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, III, p. 1131 ss.; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità. Le radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino, 2008 ed ancora, volendo, a S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed. rivista e accresciuta, Giappichelli, Torino, 2009 (la prima è peraltro del 2007, ma si veda anche Id., *Le radici religiose dei diritti umani*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, III, p. 2683 ss., ora anche in *Costituzione, diritti umani, forma*

L'obiezione in suo nome ad obblighi pubblici imposti (a lungo impossibile, perché del tutto vietata in contesti di Stati che organizzavano società idealmente e religiosamente omogenee) è un dispositivo tecnico attraverso il quale gli ordinamenti giuridici demo-liberali della postmodernità provano a conciliare «le ragioni di Antigone e quelle di Creonte»¹⁶, che devono necessariamente convivere in un equilibrio sempre precario e che va dunque ogni volta tarato nella concreta applicazione.

Esso però va – in ragione dell'esplosione fenomenica del pluralismo ideale e re-

di governo, Giappichelli, Torino, 2014, p. 111 ss.). Di rilievo anche le annate della rivista *Coscienza e libertà*, pubblicata dal 1978 a cura dell'Associazione internazionale per la difesa della libertà religiosa. Sulla questione specifico del riconoscimento dell'obiezione di coscienza, come istituto che legittima, in base taluni presupposti (variabili a seconda degli ordinamenti) l'istanza individualistica di sottrarsi non tanto a un dovere pubblico (in se stesso «inderogabile», ai sensi della nostra Carta Costituzionale) ma a un unico modo di adempiervi, fra i soli studi monografici italiani recenti e dunque escludendo molti (se non tutti) saggi in riviste e voci di enciclopedia – che farebbero lievitare ancora di più l'elencazione, ma che sono spesso molto pregevoli – occorre rammentare, oltre al nostro *supra cit.*, almeno P. MORMILE, *L'obiezione di coscienza nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, 1988; *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà di disgregazione dello Stato democratico*. Atti del convegno di Modena, 30 Novembre – 1° dicembre 1990, a cura di R. BORTA, Milano, 1991; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992; RAFAEL NAVARRO VALLS – J. MARTÍNEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, con *Prólogo* di R. NAVARRO VALLS, Napoli, 2009; S. VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Torino, 2009; F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2/ 2009, p. 169 ss.; P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, ivi, 9/ 2009 65 ss.; DAVIDE PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011; *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, a cura di P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI, in *Notizie di Politeia*, (101), 2011; B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano, 2014; F. e G. CEMBRANI, *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, Torino, 2016 (dove, se si voglia, si legga altresì la prefazione di chi scrive, *Un'Araba fenice e le sue molte reincarnazioni*, p. 5 ss.); L. MUSSELLI – C. B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, II ed., Torino, 2017. In tutti questi libri si trovano riferimenti a quelli precedenti, tra i quali – nella nostra dottrina – è naturalmente imprescindibile il riferimento a Maestri come G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza* (stesura originaria 1950), ora in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 197 ss.; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1958; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994. Come si vede, la problematica è eterna, ma ogni nuova generazione si confronta con essa, a partire dalla continua reinterpretazione dell'eroina sofoclea Antigone, per il carattere dicotomico della polarità tra essa e Creonte – raffigurazioni di dogmi contrapposti – e le meno nette, maggiormente inquiete e problematiche, figure di Ismene ed Emone, forse più vicine alla sensibilità contemporanea (per rassegne attuali delle mille riletture, spesso anche di giuristi, si vedano G. STEINER, *Le Antigoni*, trad. it., II ed., Garzanti, Milano, 2003; *Antigone e le Antigoni. Storia forme e fortuna di un mito*, a cura di A. M. BELARDINELLI – G. GRECO, Le Monnier, Milano, 2010; S. FORNARO, *Antigone. Storia di un mito*, Carocci, Roma, 2012; F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino, 2017), nel che è del resto la funzione delle opere classiche, fonti di interrogativi e adattamenti sempre nuovi.

¹⁶ Sia qui – per l'espressione – concesso il rinvio a S. PRISCO, *Obiezione di coscienza al servizio militare e obiezioni di coscienza nell'ordinamento italiano vigente (ovvero: le ragioni di Antigone, le ragioni di Creonte e lo Stato democratico)*, in *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, CEDAM, Padova, 1989, p. 143 ss. (e ora in *Laicità...*, cit., p. 93 ss.).

ligioso – perimetrato dal legislatore, cui tale compito è tecnicamente da riservare, sotto il controllo degli organi di giustizia costituzionale.

Se, nelle materie e/o circostanze eticamente “sensibili”, va allora prevista al riguardo una garanzia d’istituto e quindi l’indeclinabile contemplazione del meccanismo, il bilanciamento necessario non può essere effettuato in prima od unica battuta dal giudice: in quale forma ed entro quali limiti l’obiezione debba trovare ingresso in ciascun ordinamento positivo e per quali situazioni è infatti decisione – appunto consegnata alla legge – cui pervenire solo all’esito di un confronto tra valori di maggioranza (tra i quali deve esservi, nella descritta prospettiva, la tolleranza, evolutivamente intesa come rispetto della dignità di ogni persona e di identità ideali e spirituali di carattere peculiare) e quelli di chi sia portatore di istanze minoritarie e ne reclami tutela¹⁷.

In concreto, lungo tale direttrice, sarà in altri termini il Parlamento, quale rappresentante politico elettivo della comunità sociale, a dovere di volta in volta optare in ordine alla misura e il modo della recezione, individuando in tal modo il punto per così dire di caduta nell’equilibrio fra contrapposti interessi.

In questa dialettica sarebbe opportuno rifuggire dalle mere logiche e dagli interessi della sola maggioranza parlamentare e attingere piuttosto all’opportuna ricerca

¹⁷ Incisive e condivisibili sono le conclusioni in merito di F. GRANDI, *op. ult. cit.*, p. 24: «Le vicende della celebrazione e della trascrizione delle unioni civili vanno apprezzate (...) nel loro essere espressione di pubblico potere, sicché ritenere che l’obiezione di coscienza non sia un diritto costituzionale direttamente azionabile, ma un diritto rimesso alla discrezionalità politica, nel caso dei sindaci non basta. La legittimità dell’eventuale ipotesi di obiezione giustificata deve essere valutata, in primo luogo, in ragione della sua compatibilità con il dovere di fedeltà e di osservanza della legge. Ebbene, il diritto all’inosservanza della legge non può in alcun caso essere riconosciuto a chi esercita poteri come quelli riconosciuti ai sindaci dalla l. n. 76/2016, giacché l’ordinamento non può fare a meno della loro obbedienza in nessun caso, se vuole garantirsi la sopravvivenza. A queste conclusioni però si arriva guardando all’obiezione di coscienza da una prospettiva capovolta nella quale la legittimità delle ipotesi di inosservanza legalizzate va valutata in ragione degli obblighi a cui si chiede di venir meno. È il dovere, difatti, a plasmare l’obiezione di coscienza, non il diritto». Del resto, ed a tutto concedere, «proprio l’assenza (...) di una contribuzione personale all’atto demandato dalla legge (...), nel caso della celebrazione del matrimonio civile o di un’analoga unione, non giustifica il ricorso all’obiezione di coscienza»: così A. M. LECIS COCCO ORTU, *op. cit.*, p. 4, che richiama a sostegno la corretta osservazione di A. E. GALEOTTI, *Tolleranza, neutralità e obiezione di coscienza*, in *Pluralismo e religione civile. Una prospettiva storica e filosofica*. Atti del convegno di Vercelli, 24-25 giugno 2001, a cura di G. PAGANINI ed E. TORTAROLO, Bruno Mondadori, Milano, 2004, p. 237 ss.: «Un conto è che le azioni prescritte dalla legge (...) violino direttamente i dettami della coscienza, (...) un altro è che le azioni prescritte rendano possibili ad altri la violazione». Situazioni che giustificano analoghe conclusioni si erano presentate, in giurisprudenza, a proposito dell’obiezione del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione all’aborto di minorenni che non intendeva informare la famiglia (si veda ad es. Corte Cost., sent. 196/1987, su cui E. ROSSI, *L’obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro It.*, 1988, II, p. 759 ss.) e nel caso di una dottoressa di guardia medica che, professandosi obiettrice di coscienza, pretendeva perciò stesso di sottrarsi anche al soccorso di una donna che già aveva già abortito con l’intervento di un altro medico, cui era però seguita un’emorragia, sicché il suo operato era stato richiesto in questa ulteriore e distinta fase. Per un attento esame delle più recenti decisioni in tema, si legga S. ATTOLLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un’interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33 /2013, dove si rinviene anche menzione dei precedenti.

di una “volontà generale” dell’Assemblea, essendo cioè sconsigliabili nell’approvazione di tali leggi forzature, come ad esempio sarebbe l’apposizione della questione di fiducia e quindi la riconducibilità della decisione a un mero indirizzo politico di maggioranza e consigliabile invece il ricorso a voti segreti, tipico strumento di tutela nelle “questioni di coscienza”¹⁸.

In mancanza di precisi capisaldi legislativi si rischierebbe infatti di dare ingresso attraverso interventi giurisprudenziali, caso per caso, a qualsivoglia umbratile ed esulcerata suscettibilità individuale che si proclamasse in ipotesi colpita dall’imposizione di un obbligo giuridico¹⁹, con conseguente aggravio sistemico e infine successiva esplosione di ogni possibilità di coesione dell’ordine democratico, nel quale (come si esprime la nostra Carta Costituzionale) il riconoscimento di diritti

¹⁸ Il tema coinvolge in realtà in prima battuta quello della qualità e del “tono” dei rapporti interni alle Camere tra maggioranza e opposizione e tra Governo e parti della sua stessa maggioranza, coi connessi profili dell’azione dei cosiddetti “franchi tiratori” e dell’attività coperta svolta dalle *lobbies* sui parlamentari, ma più ampiamente riflessioni sul modo di funzionamento (conflittuale o consociativo) della forma di governo e quindi del sistema dei partiti e della leggi elettorali. Nei regolamenti delle nostre Assemblee politiche nazionali, dopo la riforma del 1988, l’art. 49, comma 1° R. C e l’art. 113, comma 4°, R. S, dispongono che sia possibile a richiesta lo scrutinio segreto per votazioni che incidano su principi e sui diritti costituzionali di libertà contemplati negli artt. 6 (minoranze linguistiche), da 13 a 22 e da 24 a 27 (rapporti civili), da 29 a 31 (diritti di famiglia; alla Camera però non sull’art. 31, comma 1°, in tema di formazione della famiglia e assistenza alle famiglie numerose), nonché sul diritto alla salute, rispetto ai diritti della persona di cui all’art.32, c. 2°, Cost. In letteratura si vedano almeno i fondamentali e approfonditi studi di S. CURRERI, *Il voto segreto: uso, abuso, eccezione*, in *Storia d’Italia: Il Parlamento*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 2001, p. 519 ss.; e già prima ID., *Il voto segreto nei rapporti tra maggioranza e opposizione*, ne *Il Parlamento repubblicano*, a cura di S. LABRIOLA, Milano, 1999, p. 129 ss. e ID., *Il voto segreto: questioni applicative e prospettive di riforma*, in *Rass. Parl.*, p. 141 ss. In tali scritti, l’Autore è chiaramente orientato alla massima possibile riduzione dell’area in cui sia invocabile la votazione segreta, nell’ottica della sua preferenza per una “democrazia decidente”, o decisionista e dunque anche maggioritaria, nella quale – superati il contesto ideologico del liberalismo ottocentesco, allorquando occorreva apprestare difesa al parlamentare da ingerenze della Corona e quello novecentesco dell’esigenza di tutela del singolo eletto verso lo strapotere di forti partiti di massa – occorrerebbe piuttosto rivitalizzare l’assunzione della responsabilità politica verso l’elettorato. Si tratta di una posizione rispettabile, emersa in una stagione che sembra ormai però alle nostre spalle e sarebbe interessante sapere se egli la riproporrebbe nell’epoca delle pressioni populistico - plebiscitarie sulle Assemblee elettive e dell’avanzare di istanze di superamento del libero mandato da parte di una diffusa sensibilità politica, manifestatasi in tempi recenti. Si leggano inoltre in termini M. CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, 2014, p. 191 ss. e infine il sintetico, ma acutissimo, riepilogo di CARLO CHIMENTI, *Voto segreto e voto palese*, in *Nómos*, 1/2016, p. 1 ss., aggiornato alle votazioni in Assemblea sulla decadenza del senatore Berlusconi e appunto a quelle sul ddl. Cirinnà, anche per ricordare con commozione l’Autore attraverso quello che è forse l’ultimo suo scritto.

¹⁹ Si tratta di un fenomeno che A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, cit., p. 1, definisce con altro termine, ma – come sembra allo scrivente – riferendosi ad un analogo ordine di idee: «La parola “complicità” – mutuata dall’espressione inglese “*complicity claims*” – rende bene, a nostro parere, la natura di tali istanze di obiezione di coscienza, in cui (...) il nesso causale tra condotta richiesta dalla legge e il prodursi dell’atto è spesso flebile e, tuttavia, l’obiettore enfatizza in maniera particolare il carattere personale del proprio coinvolgimento e le sue conseguenze sia nella propria sfera personale, che a livello pubblico ed espressivo». La necessità di necessarie previe linee guida legislative fa ritenere non condivisibile nemmeno la soluzione moderata di M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente...*, cit., p. 122, nota 52, di una *interpositio iudicium* a suo avviso possibile, se strettamente esemplata sui modi e le forme in cui il legislatore sia già intervenuto per ipotesi diverse.

dei gruppi e della persona entro di essi coesiste con la richiesta di adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

A rafforzare la tutela del medesimo obiettore sincero (che ha interesse a distinguersi da un opportunista, mero evasore per convenienza pratica rispetto ai doveri giuridici che gli sono imposti), oltre che della comunità generale, non sarà dunque illegittimo che il legislatore – a parte la previsione della pubblicità e non clandestinità dei comportamenti derogatori – preveda una prestazione sostitutiva di peso almeno uguale (o anche più gravoso, sia pure solo simbolicamente, onde scongiurare discriminazioni e il sovrapporsi del disfavore di una valutazione etica a quella giuridica autonoma) di quella declinata e questo non perché tale soluzione sia teoricamente imposta dall'essenza del fenomeno osservato, ma semplicemente perché essa è consigliabile al fine di evitare abusi nella prassi del ricorso all'istituto²⁰.

In assenza di tale intavolazione, la pratica ha suggerito proprio «accomodamenti» amministrativi, caso per caso, ispirati all'intento di salvaguardare tanto le invocate motivazioni di renitenza ad un obbligo, quanto chi richiede una prestazione pubblica, come ad esempio consentire all'operatore renitente di non firmare di persona provvedimenti, o sostituirlo nella loro adozione, giacché altri componenti dell'ufficio si mostravano invece disponibili agli atti necessari²¹.

Se è lodevole l'intento di “salvare capra e cavoli”, la sua realizzazione soffre peraltro gli evidenti limiti di un pragmatismo che non abbia regola (o almeno principio direttivo) *ex ante*²², tanto più che il giudice o l'amministratore che deve determinarsi senza previa copertura normativa non può decidere affidabilmente in solitudine forma, qualità e quantità dell'alternativa, né in ogni caso può farlo quando la concreta condizione dell'ufficio coinvolto non la renda in concreto sperimentabile.

b) La seconda questione aperta (almeno rispetto alla legge che stiamo esaminando) viene definita, con termini inglesi, come quella della *stepchild adoption*, espressione tradotta in genere come “adozione co-parentale”: nel caso specifico, posta una coppia di soggetti del medesimo sesso, di cui uno abbia già uno o più figli minori, si tratta di pervenire al coinvolgimento in qualche modo legittimato dal diritto del *partner* del genitore o della genitrice²³, che successivamente si trovi

²⁰ Sia ancora concesso rimandare sul punto specifico al nostro *Fedeltà alla Repubblica ...*, cit., p. 150 ss.

²¹ In termini pragmatici è appunto la soluzione contenuta in proposito in un parere reso dal nostro Consiglio di Stato, sezione consultiva sugli atti normativi, il 21 luglio 2016, fondato sulla fungibilità tra vari organi dell'ente locale nell'esercizio della funzione di ufficiale di stato civile, sul quale si legga R. TONIATTI, *Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull'ineguaglianza delle forme familiari*, in *GenLus* 1/2017, cit., p. 25 ss.

²² Opportune perciò le critiche di A. SCHUSTER, nell'*Introduzione al Focus: Coscienza, religione e non-discriminazione* – di cui si sono già richiamati i contributi di Grandi e Toniatti e che riferisce puntualmente dei divieti di obiettabilità dei doveri di ufficio in proposito e anche di riorganizzazione *ad hoc* degli uffici pubblici determinatisi nelle esperienze olandese, spagnola, francese – per il quale «bilanciare non significa accomodare».

²³ Attesa infatti un'evidente diversità quanto a limitazione naturale o meno, a seconda che si tratti di coppia omosessuale maschile o femminile, come nota giustamente S. NICCOLAI, *La maternità omosessuale e il diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.

ad avere formato una coppia omosessuale, nello sviluppo affettivo ed educativo della prole

È evidente la delicatezza della soluzione, che dipende dall'idea che si abbia – alla luce del progresso delle conoscenze scientifiche – sulla desiderabilità o meno di una situazione di evoluzione della vita del minore all'interno di famiglie ad impianto, per così dire, non tradizionale.

Si tratta di una pietra d'inciampo sulla quale, come si è accennato nel paragrafo iniziale, l'intera legge di cui si discute ha rischiato di naufragare, venendo alla fine questo punto (oggetto dell'originario art. 5) stralciato dall'articolato che un faticoso accordo politico provava a fare approvare.

Il principio che presidia l'intera materia dell'adozione, in generale e anche sotto il peculiare profilo che qui rileva considerare, è quello del *best interest of the child*, maturato nella giurisprudenza anglosassone (come è evidente dalla stessa espressione²⁴) e adottato altresì in quella italiana, peraltro con il carico di palpabili differenze culturali, prima che di sistemi e approcci giuridici, che questo trapianto reca con sé.

Com'è noto, la nostra legislazione conosce due strade alternative per dare ingresso all'istituto dell'adozione, o meglio individua una regola e alcune eccezioni, tassativamente precisate.

Innanzitutto v'è quella cosiddetta “piena” o legittimante, di cui possono godere le sole coppie regolarmente sposate e che come presupposto lo stato di abbandono del minore. Essa per un verso determina il costituirsi di una legittima relazione di filiazione tra adottanti e adottato, per l'altro verso comporta l'assoluta recisione del legame giuridico del secondo con la famiglia originaria (artt. 6 e 7 l. 184/ 1983).

In secondo luogo può procedersi “in casi particolari” a una diversa forma di adozione, che legittimante non è e che può intervenire con effetti più ristretti della piena affiliazione, avendo tuttavia come possibili adottanti anche soggetti singoli, mentre differenti da quelli sopra indicati sono i presupposti dell'applicazione, sia quanto al minore, sia quanto al rapporto di questi con l'adottante (art. 44 della medesima legge).

I predetti “casi particolari”, disciplinati con previsione da ritenere non estensibile analogicamente (ma certo interpretabile), riguardano minori orfani e adottabili da parenti fino al sesto grado o da persone legate al minore da rapporto stabile e duraturo precedente alla perdita dei genitori (1° comma, lettera a); ovvero adottabili dal coniuge di uno dei genitori (lettera b); ovvero ancora portatori di un *handicap*, adottabili anche da soggetti diversi da quelli sopra indicati (lettera c, come introdotto *ex l.* 149/ 2001); infine adottabili «quando sia constatata l'impossibilità di affidamento pre-adoitivo» (lettera d).

²⁴ Si vedano *ex plurimis* A. SPERTI, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in *GenIus*, 1/ 2015, p. 236 ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Come si vede dalla elencazione riportata, il principio del migliore interesse possibile del minore – che serve in generale a introdurre regole di protezione a suo vantaggio, valide cioè per ogni minore in quanto non adulto, legittimate oggi in Europa in linea di principio sulla base all’art. 24 della Carta di Nizza²⁵ – implica peraltro e di più anche la possibilità che leggi nazionali e giudici tengano in considerazione specifiche esigenze del caso, per adattare interpretativamente la regola generale, individuata secondo le modalità appena ripercorse, a puntuali necessità derogatorie idonee in ipotesi a realizzarlo in concreto.

Si procede insomma partendo dalla regola generale, ispirata al *favor minoris* (per cui, nell’insieme dei soggetti consociati, si isola da quella adulta la condizione del sotto-insieme “minori”, abbisognevole di discipline diversificate), per giungere a ulteriori diversificazioni beneficio di minori che si trovino in una situazione ancora più particolare, nel perimetro del sotto-insieme di appartenenza.

In materia, pionieristico è stato, come noto, il Tribunale minorile di Roma²⁶.

In un caso che a chi scrive è già occorso di esaminare, ad esempio (sentenza 299/2014²⁷, confermata infine anche dalla Cassazione civile con la sentenza 12962/2016), una bambina aveva una madre biologica che a sua volta aveva una compagna. Le due signore convivevano all’epoca da molti anni, erano addirittura regolarmente coniugate in Spagna ed in Italia iscritte nel registro delle coppie di fatto tenuto dal Comune; la bambina era dal suo canto cresciuta amorosamente e in modo armonico con tali figure genitoriali ed era stata anche socialmente accettata da parte dei compagni di scuola e dalle rispettive famiglie, come risultava da rapporti degli as-

²⁵ Si riporta il testo, sul punto, della Carta: «Articolo 24 *Diritti del bambino*. 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità./ 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente./ 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». Come si vede, a differenza che in altre tradizioni culturali, i bambini sono in linea di principio visti come titolari di loro diritti fondamentali specifici, che non formano cioè oggetto di mere concessioni benevole e l’infanzia non è né la condizione di un *minus habens*, né quella di un “adulto in miniatura”, ma una situazione in se stessa diversificata e non stabile, bensì progrediente in ragione del crescere degli anni e dunque del processo di maturazione, nel passaggio da neonato a bambino e poi a preadolescente e ad adolescente, col limite della maggiore età, momento nel quale inizia convenzionalmente l’età adulta), per cui, solo che questo obiettivo si renda possibile in fatto, l’esercizio di tali diritti – e innanzitutto quello alla presa in esame e alla opportuna considerazione della loro opinione su quanto li riguardi – deve tendere all’autonomia.

²⁶ Un esame “narrativo” di siffatte problematiche è nel libro, di forte impatto, ma di carattere divulgativo e anche autobiografico (in questo somigliante pertanto a quello dal quale si sono prese le mosse), di un magistrato che ebbe appunto a concludere il proprio servizio allo Stato quale presidente di quell’ufficio giudiziario e cofirmatario di alcune delle decisioni in proposito: M. CAVALLO, *Si fa presto a dire famiglia*, Laterza, Roma – Bari, 2016.

²⁷ Per un commento in merito, all’interno della sua (corretta) visione dei rapporti tra giudice e legislatore come partecipanti entrambi, a diverso titolo e in differenti forme, al processo di determinazione della norma giuridica e del suo significato, si veda di recente A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015, p. 77 ss.

sistenti sociali versati agli atti del procedimento in cui era stata appunto richiesta l'adozione da parte della compagna (e all'estero altresì moglie) della madre naturale.

Nella specie, quell'organo giudiziario ebbe a fare applicazione proprio dell'art. 44, lettera d), sopra richiamato, ricordando nella sua pronuncia come la medesima disposizione fosse già stata alla base di decisioni che avevano consentito l'adozione da parte di singoli e all'interno di coppie eterosessuali non ritualmente unite in matrimonio, in presenza di una relazione di genitorialità di fatto rispetto al minore e aggiungendo ulteriormente in motivazione che – assunta tale situazione – escludere un'analogia possibilità in presenza di coppie omosessuali (maschili o femminili) sarebbe risultato discriminatorio nei loro confronti, anche per l'ulteriore osservazione dell'intervenuto consolidamento di precedenti giurisprudenziali che avevano già escluso il rilievo, ai fini di un'armonica crescita del minore stesso, dell'orientamento sessuale dei genitori conviventi²⁸.

Non interessa, né sarebbe comunque possibile – anche per i limiti di spazio che allo scritto fin qui steso è stato chiesto di rispettare – continuare ora l'esame di ulteriori decisioni che da parte di altri giudici sono intervenute in merito²⁹, bastando avere richiamato una tendenza, sulla quale ancora una volta sarà il futuro a dirci di più e che si manifesta del resto anche con un'ulteriore variante, ancora più problematica.

4. – Si pensi infatti ai casi – e ai problemi giurisprudenziali che ne sono nati – di apertura al desiderio di genitorialità esaudito non già mediante la co-adozione di un minore già esistente in vita, ma attraverso quanto la tecnica rende oggi disponibile (a coppie tanto eterosessuali, quanto omosessuali), mediante il coinvolgimento di un soggetto femminile estraneo ad esse, vale a dire la cosiddetta «gestazione per terzi»: questione assai impegnativa, sia sotto l'aspetto antropologico, sia quanto al profilo medico, sia ancora dal punto di vista bioetico.

Preme mettere in luce per concludere (ma solo il presente testo, giacché la relativa problematica resta apertissima) due dati comuni che stanno sotto a fenomeni differenti, come sono quelli riconducibili alle fattispecie discusse nel paragrafo che precede e a quella di cui si intende discutere brevemente ora, insomma i punti di partenza identici, uno di carattere appunto antropologico e l'altro di ordine giuridico.

Da un lato sta l'ormai chiara dissociazione, nell'ottica delle “nuove famiglie” (o

²⁸ Cenni su questo sono nel nostro (con M. MONACO) *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, ne *La musica della vita...*, cit., p. 103 ss. e spec. p. 144 ss.

²⁹ G. MATUCCI, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, in *Forum Quad. Cost.*, online, 14 luglio 2016; una rassegna aggiornata della giurisprudenza italiana recente è quella di M. GATTUSO e A. SCHILLACI, *Il dialogo tra le Corti minorili in tema di stepchild adoption*, in art. 29, online, 11 Settembre 2017. Da ultimo, si vedano G. GALASSO, *Unione omoaffettiva e adozione*, in *GenIus*, 1/ 2017, p. 87 ss.; A. NOCCO, *Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di “famiglia, con l'aiuto dei principi internazionali*. Nota a Corte d'Appello di Milano, 9 febbraio 2017, ivi, 2/ 2017, p. 119 ss.

dei “nuovi modi di essere famiglia”³⁰, intervenuta tra esercizio della sessualità, riproduzione, presenza di prole e sviluppo sereno di questa, un segno palese dell’evaporazione tendenziale e ormai accelerata della tradizione³¹ – anch’essa del resto concetto culturale, quindi non esistita *ab aeterno* e perciò inevitabile, ma frutto di precise contingenze storiche che si vengono evolvendo³² – che ricollegava il perpetuarsi della vicenda umana alla costituzione di progetti di unioni familiari monotipiche in cui convergessero felicemente assieme tutti questi dati, per le possibilità che si sono appunto dischiuse in questo campo in ragione delle applicazioni della tecnica e del mutamento dei paradigmi socio-culturali e che dunque non possono venire trascurate sul piano della regolazione giuridica.

Questa, peraltro, in un’ottica di costituzionalismo multilivello (e siamo al secondo aspetto comune sottostante a fattispecie in se stesse molto diverse), fronteggia soggetti che si muovono alla ricerca della migliore possibile soddisfazione dell’interesse vantato, nell’ottica della tutela più intensa possibile, che è una tendenza non solo non contrastata, ma protetta, nel concreto operare delle Corti.

Così, ad esempio, se in Italia ci si dispone e si è ormai orientati in giurisprudenza ad accordare la *stepchild adoption* “in casi particolari”, con effetti dunque limitati, il problema che si pone è che altrove l’adozione è nelle medesime ipotesi piena e d’altra parte operano in materia le norme di diritto internazionale privato, che impongono la trascrizione di atti legittimi negli ordinamenti nei quali erano stati

³⁰ Si veda, per approfondire, C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non questione di natura*, Milano, 2012 e, più recentemente, ID., *L’equivoco della famiglia*, Laterza, Roma – Bari, 2017.

³¹ Si ricorderà che sull’assunto rispetto di una «ultramillenaria tradizione» è interamente costruita la motivazione della sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale per differenziare il matrimonio eterosessuale, ricondotto senza possibilità di assimilazione ad esso di altre compagini all’art. 29 Cost., da altre formazioni sociali di intenzione parafamiliare, incasellate sotto l’art. 2. A parte il richiamo del volume a cura di chi scrive “*Amore che vieni...*”, cit., si leggano in proposito I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum Quad. Cost.*, online, 11 luglio 2008 (prima della decisione sopra richiamata) e ID., “*Fiat matrimonio!*” *L’unione omosessuale all’incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Rivista AiC*, 2/ 2012, online (a proposito di Cass. Civ., 4184/ 2012) e più in generale, della stessa Autrice, il volume *La superbia del legislatore di fronte alla “natura delle cose”*, Torino, 2012.

³² Di talché, essendo declinante la tradizione nazionale (e operanti invece «tradizioni costituzionali comuni»), è proprio il campo familiare quello che maggiormente si presta allo svolgersi di ricerca di un turismo giuridico sovranazionale improntato alla ricerca della tutela più intensa, all’interno di un sistema costituzionale *multilevel*, fenomeno da più di uno registrato (si vedano, ad esempio, A. DE DOMENICO, *Corte Costituzionale n. 49/2015: La Consulta alla prova stepchild adoption*, in *Diritti Comparati*, online, 18 luglio 2016; A. GUSMAI, *Il concetto di famiglia «inter-costituzionale»*, in *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. MEZZETTI ed E. FEROLI, Bonomo, Bologna, 2017, p. 173 ss., che sviluppa l’approccio metodologico contenuto nel suo studio ricordato in precedenza) non senza preoccupazione, giacché «è così che accade che le antinomie fra le fonti citate, attraverso la necessaria opera interpretativa/creativa degli operatori del diritto, vengano risolte in favore della disciplina sovranazionale, e ciò – almeno con riguardo alla Cedu – alle volte in violazione delle indicazioni date da leggi, Costituzioni e Corti Costituzionali, a seconda dei casi e degli Stati, in merito al rapporto tra fonti» (così il primo Autore, *loc. cit.*).

formati, salvo il vincolo di un limite interno di ordine pubblico, che peraltro nemmeno esso costituisce più un argine invalicabile, attesi gli obblighi internazionali e sovranazionali che il nostro ordinamento è tenuto a rispettare³³.

Più gravi interrogativi ancora suscita il problema di trascrivere provvedimenti stranieri relativi a minori nati da una gestazione per terzi, da noi vietata per effetto dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), mentre l'art. 5 della medesima legge vieta altresì la pratica della procreazione medicalmente assistita – che oggi può essere compiuta anche in via eterologa dalle coppie di persone di genere diverso, a seguito della sentenza 182/2014 della Corte Costituzionale – nell'ambito delle unioni omosessuali³⁴.

In linea generale, il tema coinvolge – come si è appena detto – la nozione di «ordine pubblico» come limite all'ingresso negli ordinamenti interni di effetti giuridici di situazioni prodottesi fuori dal nostro territorio nazionale,

Nella materia in discussione, la nostra Corte di Cassazione ha in particolare avuto modo di affermare che «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico» di un atto di cui nella specie si discuteva, «deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

In tale contesto, l'ordine pubblico a cui si deve fare riferimento è quello cosiddetto «internazionale», ossia il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento 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 rispetto alla legislazione ordinaria*»³⁵.

³³ In tema, si veda il *Dossier 203/2016 Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, a cura di P. PASSAGLIA, con contributi del curatore e di C. GUERRERO PICÓ, S. PASETTO, M. THERESIA RÖRIG, predisposto dall'ufficio studi della Corte Costituzionale e reperibile al sito *web* dell'organo. Specificamente, da ultimo, sempre con riferimento alla discussione e alle soluzioni giurisprudenziali in ordine alla trascrivibilità di atti legittimamente formati all'estero, ma in contesto diverso dall'ordinamento italiano relativo a famiglie omosessuali, a minori e loro interesse superiore, possono leggersi I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenLus*, 1/2017, p. 70 ss.; F. PESCE, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, ivi, 2/2017, p. 79 ss., in entrambi i casi con ampî riferimenti dottrinali e precedenti giurisprudenziali.

³⁴ Si vedano in termini ad esempio, in chiave comparata, M. M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenLus*, 1/2015, 250 ss.; A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, ivi, 1/2017, 78 ss. e infine il ricco *Focus, Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di BARBARA PEZZINI, ivi, 2/2017. Specificamente, con particolare attenzione al significato e all'evoluzione del limite dell'ordine pubblico, anche in questo caso con ottica comparativa, F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, in *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, a cura di R. FATTIBENE, Napoli, 2017, p. 235 ss.

³⁵ Si veda per le espressioni virgolettate la sentenza n. 19599/2016, di cui al sopra citato commento e

Va del resto tenuto presente, a sostegno di questo allargamento concettuale per via interpretativa, che l'art. 117, I comma, Cost. impone che la potestà legislativa si svolga da parte dello Stato e delle Regioni, secondo le rispettive competenze, nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Tanto per il caso di adozione in coppia omogenitoriale, ormai legalmente possibile da noi nei termini (limitati) visti sopra, quanto nell'ipotesi (come detto vietata) di gestazione per terzi, prevalentemente su "committenza" eterosessuale, ma in qualche caso clamoroso (si ricorderà quello che ha interessato un noto uomo politico italiano e il suo *partner*) realizzatasi anche in coppie omosessuali e in entrambe le situazioni mediante pratiche svoltesi comunque all'estero, una recente dottrina – muovendosi sempre nell'ottica del migliore interesse possibile del minore – ha ritenuto che, nel caso della genitorialità surrogata, occorra distinguere «da un lato la liceità del contratto e meritevolezza degli accordi fra coppia committente e donna gestante e, dall'altro, l'individuazione della maniera corretta attraverso la quale un ordinamento evoluto debba rapportarsi al fatto che il bambino sia nato, pur se in violazione di un eventuale divieto di surroga di maternità»³⁶.

anche, su altra fattispecie, M. M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrate» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze, in Diritti comparati, online, 23 marzo 2017*. La legge 215 /1998 di riforma del diritto internazionale privato va dunque reinterpretata, *in parte qua*, alla luce di tale insegnamento. In termini, si leggano anche G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese, in Diritto civile contemporaneo, online, 19 Gennaio 2015 e, da ultimo, L- FERRARO, La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU, in Rassegna di Diritto Pubblico Europeo, online, giugno 2017*. Il corsivo del testo è nostro.

³⁶ Così G. BERTI DE MARINIS, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU, in Actualidad Juridica Iberoamericana, 3/2015, p. 290 ss.*, peraltro critico verso la possibilità che la corretta tutela del minore porti a riconoscimenti indiretti di condotte illecite. Nell'ottica di tale distinzione, colpisce che nessuno dei commenti al caso *Paradiso – Campanelli contro Italia*, ricordato sopra in nota, abbia (a scienza dello scrivente) fatto riferimento a un lontano precedente, del tutto analogo, che divise l'Italia alla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo, noto come "il caso Serena Cruz", l'allora bambina filippina adottata dai coniugi piemontesi Giubergia, a seguito di un rapporto extraconiugale del marito con una giovane di Manila nel corso del quale la piccola sarebbe stata concepita, come l'uomo aveva dichiarato. Essendosi accertato in sede di dichiarazione allo stato civile italiano che in realtà la bambina era stata "acquistata", ella fu – a seguito di decisione giudiziaria – tolta alla famiglia che aveva dichiarato il falso, ancorché in essa fosse ben socializzata, affidandola ad altri. Divenuta maggiorenne, Serena (che aveva in seguito appreso per caso gli eventi di cui era stata protagonista) riprese volontariamente i rapporti con la famiglia Giubergia. Sulla vicenda, la scrittrice Natalia Ginzburg scrisse all'epoca un vibrante *pamphlet*, *Serena Cruz o la vera giustizia*, Torino, 1990. Il criterio si presta a molteplici applicazioni concrete, talora discusse: molta attenzione e dibattito nell'opinione pubblica hanno ad esempio destato il caso di quelli che la stampa ha definito i "genitori - nonni" di Mirabello, in Piemonte, cui è stata negata la prosecuzione del rapporto con una figlia nata da pochi mesi, concepita all'estero dalla madre in PMA, o quello dei cosiddetti "amanti dell'acido", così definiti perché riconosciuti corresponsabili di avere sfigurato con un liquido urticante e invalidante giovani che avevano mostrato attenzioni verso la ragazza e il cui figlio neonato è stato ritenuto parimenti adottabile in sede giudiziaria e sempre in nome del *best interest of the child* una sottocommissione del Consiglio Superiore della Magistratura ha chiesto alle Camere l'approvazione di una legge che permetta la sottrazione al contesto familiare di figli dei mafiosi conclamati

Per la nostra cultura, dunque anche per il nostro ordinamento giuridico, non appare ai più accettabile la pratica del «nascere per contratto», ossia quella – pur attestata da fonti addirittura romanistiche – della *locatio ventris*, come accordo fondato sull'autonomia privata che, in nome della «prestazione di servizi personali», abbia come oggetto lecito non già e per vero la cessione di un bambino, ma quello che con linguaggio comune (e sfumatura deprecatoria) si chiama «affitto di utero», mentre diversamente accade in altre realtà³⁷.

(a quest'ultimo riguardo si veda criticamente V. MAIELLO, *Togliere i figli ai mafiosi? Non serve, i tribunali lo fanno già*, *Il Mattino* di Napoli, Sabato 18 Ottobre 2017, dove il fulcro della critica è nelle parole che seguono: «Pensare di affidare questo genere di provvedimenti al giudice penale, con l'automatismo proprio del regime di applicazione delle pene accessorie ed all'esito di un processo che guarda ai soli profili di accertamento della colpevolezza dell'imputato, equivale a subordinare la tutela del minore a discutibili esigenze di incrudelimento della risposta punitiva»). In ogni caso, per tornare al tema, la conclusione dottrinale riportata in apertura della presente nota è anche quella che si vince da un passo della motivazione della ricordata sentenza Cass. civ. 19599/2016: «È decisivo il rilievo che le conseguenze della violazione delle prescrizioni dei divieti posti dalla legge n. 40/2004 — imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia — non possono ricadere su chi è nato». Su di essa possono leggersi, oltre a quelli sopra ricordati, anche i commenti di 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*, in *Art.29, online*, 3 Ottobre 2016 e di M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questione Giustizia, online*, 16 Gennaio 2018, con ulteriori indicazioni in nota.

³⁷ Uno studio propedeutico alla discussione filosofica in argomento dichiaratamente rivolto a “bonificare” il linguaggio con il quale occuparsene e a fissare dati di fatto è quello di P. DONADONI, *Alcune questioni preliminari in tema di gestazione per conto terzi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1 / 2006, 237 ss. Sulla situazione italiana in diritto si leggano ad esempio, di recente, A. GAMBINO, *Gestazione per conto terzi: mercificazione del corpo femminile, o mero contratto di locazione?*, in *Indottriniamoci.com, online*, 1° luglio 2017, che ricorda il parere in argomento del nostro Comitato Nazionale di Bioetica, reso in data 18 marzo 2016, che a sua volta richiama l'art. 21 della Convenzione di Oviedo del 1987 sui *Diritti umani e la biomedicina* e l'art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che vieta la mercificazione a scopo di trarne profitto del corpo umano e di sue singole parti. Esistono peraltro posizioni diverse, oggi minoritarie. Più articolato è ad esempio il parere del Comitato di Bioetica della Fondazione Veronesi, *Maternità surrogata - profili etici*, redatto da C. CAPORALE – C. FLAMIGNI ed E. MANCINI in data 9 Ottobre 2015 e leggibile sul sito dell'organismo, che distingue tra la gestazione per terzi solidale, da consentire sempre e quella mercantile, da circoscrivere con diverse cautele. Gioverà riportarne le conclusioni: «a. La maternità surrogata *per solidarietà* va sempre ammessa, subordinandola unicamente all'accertamento dei legami affettivi o sociali tra la gestante e il genitore o la coppia di genitori committenti, nonché all'accertamento dell'idoneità della coppia committente alla genitorialità e della madre surrogata a ricoprire tale ruolo dal punto di vista psicofisico. In questo caso è comunque da prevedersi il rimborso delle spese sanitarie dirette sostenute dalla madre surrogata nel corso della gravidanza; b. fatti salvi i requisiti di idoneità di cui al punto precedente e le verifiche del caso, la maternità surrogata che implica una forma di *compenso* della gestante va ammessa soltanto qualora questo non si configuri come un *pagamento* per la prestazione, ma come semplice *rimborso* delle spese sanitarie *dirette* integrato da un ulteriore rimborso delle spese *indirette* che tenga conto (i) della perdita di capacità reddituale cui va incontro la gestante nel corso del periodo che precede la gravidanza, nel corso della stessa e nei mesi subito seguenti e (ii) delle spese generali sostenute durante la gestazione¹⁰. In nessun caso la maternità surrogata dovrebbe assumere il carattere di una professione da parte delle donne che si rendessero disponibili e il numero di gestazioni per altri andrebbe comunque limitato». Lo studio americano che argomenta la posizione invece del tutto favorevole che si è sintetizzata nel testo è C. SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1992, a cura di G. AJANI e A. MAFFIODO. Sulle posizioni dibattute nei *Feminist Legal Studies* statunitensi, si possono leggere M. R. MARELLA – S. CATANOSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel*

Una recentissima sentenza della Corte Costituzionale è intervenuta in siffatto ambito, facendo con prudenza il punto sullo stato della questione nel presente momento storico.

La fattispecie esaminata nasceva dalla richiesta di una coppia eterosessuale di cittadini italiani, i quali avevano dichiarato di avere avuto all'estero (in India) un bambino, riconoscendolo come loro figlio naturale. Nato nella Procura del Tribunale dei minori di Milano un sospetto sulla verità dei fatti come erano stati narrati, erano state condotte indagini e i predetti avevano infine ammesso di avere fatto ricorso a una maternità surrogata, tramite ovodonazione, per una propria impossibilità a generare, essendo affetta da tumore.

Essendo tuttavia tale pratica vietata da noi, come si è già ricordato in precedenza, quel Tribunale aveva avviato – istante il pubblico ministero e con l'intervento di un curatore speciale del bambino, nominato dall'ufficio – un procedimento per fare dichiarare lo stato di adottabilità del minore, pervenendosi a una sentenza che dichiarava falso il riconoscimento di maternità in precedenza effettuato (il genitore era effettivamente tale, cioè il padre naturale), dovendosi il contratto di fecondazione eterologa con maternità surrogata ritenere invalido, quanto alla madre, giacché la legge straniera che invece lo riteneva lecito e valido contrastava con il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 16 della legge 218/ 1995.

In sede di appello, premessosi dalla Corte che nel caso in questione non era da farsi questione circa la trascrivibilità dell'atto di nascita di un neonato, avvenuta in un Paese che consente la maternità surrogata, ma della rimozione degli effetti di un atto che era in quel momento già stato trascritto, giacché non corrispondente al vero storico, quel giudice – pur astrattamente dubbioso della ragionevolezza e della bontà di vietare, ai sensi dell'art. 12 della l. 40/2004, anche gestazioni per terzi definite “solidaristiche”, insomma non mercantili – escludeva tuttavia la rilevanza di tale ipotesi nel caso di specie e sollevava piuttosto una questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c. c., «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore», in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU).

Una questione, come si vede, sorta appunto in relazione a un interrogativo sul

diritto privato, a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, con introd. di A. ZOPPINI, Roma, 2014, p. 163 ss. e B. GARDELLA TEDESCHI, *Femminismi giuridici e questioni di genere negli Stati Uniti*, in *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, a cura di L. MORRA e B. PASA, Giappichelli Torino, 2015, p. 86 ss.; per un panorama dell'approccio femminista di una dottrina italiana, O. GIOLO, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2/ 2015, p. 63 ss. Paradigmatica è in ogni caso C. PATEMAN, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, trad. it. (nuova ed.), Moretti&Vitali, Bergamo, 2015, sulla cui ambientazione nel dibattito culturale anglosassone si vedano l'ampia introduzione di O. GUARALDO, p. 9 ss. («non si tratta di una teorica lesbo-femminista, nemmeno di una femminista radicale degli anni '70, bensì di una celebre studiosa del contrattualismo», p. 10) e la recensione di M. MARRAS, in *Fil. Pol.*, 3/ 2016, p. 567 ss.

miglior interesse possibile del nato, venuto alla luce ancorché tale evento fosse avvenuto *contra legem*, in relazione al divieto della pratica impiegata disposto nel nostro ordinamento.

Il giudice *a quo* aveva invero steso un'ordinanza ben motivata: pur consapevole di un precedente orientamento della Consulta che faceva coincidere l'interesse del minore sempre e comunque con il *favor veritatis* circa il suo stato filiale (in molte sentenze, ma quella originaria in termini è la 112/ 1997), aveva in sostanza e in sintesi avanzato un dubbio sorretto da diverse linee argomentative, che qui sarebbe ultroneo ripercorrere nei particolari.

In sostanza, le novità intervenute in fatto per l'ormai consolidato pluralismo dei modelli familiari e nelle tecniche di riproduzione assistita, nonché, sul piano giuridico, la nostra appartenenza da un lato all'Unione Europea e i principi di varie convenzioni internazionali sui diritti del fanciullo, nonché della Cedu e le linee guida del *Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore*, adottate il 17 novembre 2010, assieme all'ormai intervenuto riconoscimento della legittimità di relazioni omosessuali e alla loro stabilizzazione e al mancato rilievo del genere nell'allevamento e nell'educazione della prole, come risultanti da molte pronunzie giurisprudenziali, insomma il mutamento del contesto di riferimento dei problemi, avrebbero potuto imporre (secondo il giudice remittente) soluzioni di diritto più adeguate alla realtà mutata e tuttavia non si era ritenuta possibile nel caso un'interpretazione costituzionalmente orientata, senza cioè un previo passaggio davanti all'organo di giustizia costituzionale.

«Ove fosse consentita una valutazione in concreto dell'interesse del minore, non coincidente col *favor veritatis* – sintetizza in definitiva la Corte in ordine al quesito sottopostole (punto 2.3 della motivazione) – esso potrebbe essere misurato anche alla stregua di altri profili, riguardanti le particolari modalità della nascita, la possibilità di altro legame giuridico, certo e ugualmente tutelante, con la madre intenzionale, e tutte le circostanze, anche relative al rapporto con la madre intenzionale, emerse nella fattispecie in esame».

Com'è noto, la decisione (presidente Grossi, redattore Amato) ha dichiarato l'infondatezza della questione, così non corrispondendo alle attese della parte costituita, che aveva dal suo canto osservato come «in relazione all'art. 263 cod. civ. sarebbe ravvisabile un automatismo, consistente nell'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento ogniqualvolta sussista un difetto di veridicità. (...) A questa previsione sarebbe sottesa una presunzione assoluta, in base alla quale l'interesse del minore sarebbe adeguatamente tutelato soltanto quando venga assicurata la veridicità del legame di filiazione. Per eliminare tale irragionevolezza, dovrebbe essere consentita al giudice la valutazione degli effetti dell'accoglimento dell'impugnazione in relazione all'interesse del minore, in considerazione delle circostanze del caso concreto», nonché della curatrice speciale, parimenti costituita a favore del neonato ed anch'essa intesa ad affermare la preminenza, sul *favor veritatis*, del fattore affettivo, nonostante l'origine viziata del rapporto genitoriale.

Benché attenta a restare all'interno della questione come prospettata dal giudice *a quo* e nel complesso – come si anticipava – guidata da un atteggiamento prudente, la Consulta (che pur riconosce – 4.1 – «un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione») nega che «quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento», aggiungendo che tanto il quadro normativo interno, quanto quello internazionale (molti sono inoltre i riferimenti a sentenze straniere in termini) non depongono a favore di una soluzione tutta proiettata sul *favor veritatis* che non consideri altre esigenze da contemperare con esso, tra le quali quella del migliore possibile interesse del minore.

Come è accaduto in un'altra celebre sentenza in tema di bioetica e che sotto questo profilo assomiglia a quest'ultima, cioè la 138/ 2010 sulle unioni omosessuali non riconducibili nella sua visione al matrimonio, si è di fronte a una porta che sembra dunque serrarsi, nel rifiuto di una decisione che contenga una formula additiva, ma che – a ben vedere – resta socchiusa: il principio della preminenza indiscutibile del *favor veritatis* rispetto alla condizione filiale è ormai divelto dai cardini e lo sviluppo delle questioni, con le pressioni che sicuramente ancora investiranno al riguardo l'organo di giustizia costituzionale, potrà fare nel tempo il resto³⁸.

In particolare, non si perda di vista che nel caso di specie un legame biologico del neonato frutto di gestazione di una terza donna continuava col padre, se non con la madre, a sussistere.

La frontiera di una battaglia futura – che tanto il giudice remittente, quanto la Corte hanno evitato in questo caso di ingaggiare, atteso il pacifico difetto di rilevanza, ma che già si intravede all'orizzonte e che la dottrina ha fatto oggetto di puntuali riflessioni³⁹ (tant'è che nelle diverse posizioni dei comitati etici questo è un tema affrontato da tempo) – è tuttavia quella di una possibile apertura alla surrogazio-

³⁸ Se è consentita un'autocitazione, chi scrive ha osservato altrove che quelli bioetici e biopolitici sono «problemi di forte rilievo politico, ma che interpellano innanzitutto coscienze individuali e in relazione ai quali proposte e strategie si riaccorpano lungo linee di pressione e di intervento sui poteri pubblici diverse dal solito, perché giungono in genere prima all'attenzione del giudice (di molti giudici) e delle Corti Costituzionali e solo dopo trovano (seppure la trovino) disciplina di legge. Sono agitate da minoranze “intense”, che in Parlamento o non sono presenti, o comunque – se ci sono – soccombono alla forza dei numeri altrui e quindi devono trovare altre strade per fare emergere le *issues* cui tengono. Si è cioè di fronte a una tecnica sperimentata per dare evidenza e forza di pressione a quello che è stato definito criticamente «il traffico dei diritti insaziabili», che si appoggia alla circolazione per via giurisprudenziale dei modelli di tutela dei diritti e in questo modo ne persegue la diffusione». Così in *L'embrione come soggetto di narrazioni*, nel volume *La diagnosi genetica reimpianto...*, cit., p. 85 ss. (p. 106 per la citazione).

³⁹ Agli autori del *Focus* ricordato in precedenza, può aggiungersi E. LA ROSA, *Maternità surrogata*, in *Diritto on line*, 2017 e gli studi ivi richiamati, concentrati sul versante penalistico e sulle possibili distinzioni che appunto si potrebbero – e secondo alcuni si dovrebbero – introdurre, variando l'attuale panorama di omogenea incriminazione della pratica, in ragione della beneficiabilità o meno delle intenzioni e dell'attuazione concreta (viene talora assimilata all'ipotesi di “affitto di utero” la donazione samaritana di rene, lecita in Italia fin dal 2010).

ne di solidarietà, rigorosamente non “mercantile”, in considerazione ad esempio dell’esistenza di intensi legami, familiari (materni o sororali), ovvero – e allora più problematicamente⁴⁰ – fortemente affettivi, ma senza che si evidenzino una linea di trasmissione biologica tra padre, madre surrogata e madre “sociale”.

⁴⁰ Il problema etico è cioè quello di domandarsi se, assunta una pratica come tecnicamente possibile, essa sia perciò anche sempre eticamente ammissibile (anche se s’intenda l’etica non quale espressione di valori assoluti e atemporali, ma storicamente determinati e tuttavia non ancora metabolizzati – per così dire – nello spazio tra più avanzate possibilità tecnologiche e persistenti percezioni morali medie della comunità di riferimento, che oltretutto espongono pratiche scientifiche e tecniche non assistite da largo consenso all’espansione di una logica solo di mercato). Si legga in termini, classicamente, J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi della genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, trad. it., Einaudi, Torino, 2010, sul quale si veda anche l’analisi critica di O. BRINO, *Bioetica e «Metafisica». Il dibattito tra Habermas, Siep e Spaemann in merito a Il futuro della natura umana*, in *Humanitas*, 59 (4/ 2004), p. 744 ss.