

## Diritti fondamentali e «status» della persona\*

Carmelita Camardi

SOMMARIO: 1. Un'ipotesi di discussione. I diritti fondamentali come agenti dissolutori degli *status*. – 2. Sulla nozione di *status*, con particolare riguardo alla famiglia. – 3. Dai diritti soggettivi ai diritti e alle libertà fondamentali. Il quadro normativo dei diritti fondamentali nel contesto europeo. – 4. L'applicazione delle Carte dei diritti nel sistema italiano. La disintegrazione degli *status* familiari, o meglio la separazione relativa delle funzioni familiari dalla famiglia come gruppo in quanto tale e a ruoli definiti. – 5. (*Segue*) La trascrivibilità del matrimonio *same-sex* contratto all'estero. – 6. (*Segue*) Affidamento e adozione da parte di coppie *same-sex*. – 7. Riconoscimento dello status genitoriale nei confronti di figli nati dal ricorso alla maternità surrogata. – 8. (*Segue*) Qualche riflessione finale. Ancora sulla forza dei diritti.

1. La questione oggetto di queste note si presenta quanto mai complessa in ragione delle seguenti circostanze.

In primo luogo perché fa fuoco su un concetto – quello di *status* – assolutamente controverso in dottrina e da taluno ritenuto ormai inutile dal punto di vista sistematico.

In secondo luogo perché richiama altrettanto controverse questioni concernenti le modalità attraverso le quali il sistema del diritto nazionale viene integrato dalle fonti «esterne» di diritto europeo in una materia – quella dei diritti della persona – che non è in tutto e per tutto di competenza dell'Unione europea, ovvero lo è ma in un modo che lascia aperti interrogativi in ordine alla immediatezza o meno dell'applicabilità delle norme di fonte europea nel sistema italiano. E mi riferisco al problema della efficacia della Carta di Nizza, e della forza normativa della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

In terzo luogo perché – ad accettare il richiamo del concetto di *status* quantomeno nel suo evocare il diritto delle persone e della famiglia – la questione chiama a sua volta in causa un tema che già nel diritto italiano e nella letteratura giuridica è a dir poco più che controverso. E mi riferisco al tema caldo della «nozione» o «concetto» di famiglia, o piuttosto di *famiglie*, quale risultante non soltanto dal dibattito scientifico, ma soprattutto (dalla prassi e) da recenti arresti della giurisprudenza.

\* Il presente saggio viene dalla rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno su «Le libertà fondamentali del Trattato UE e il diritto privato», tenutosi presso l'Università di Roma Tre il 31 ottobre 2014.

Nel tentativo di articolare questi tre profili di ragionamento in un contesto unitario, con riguardo esclusivamente alle dinamiche che ruotano intorno al tema della famiglia, ovvero degli *status* familiari, escludendo per ovvi motivi i temi legati alla cittadinanza, proverò a formulare la seguente ipotesi di discussione.

Le libertà e i diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, quali risultanti dalle interpretazioni fornite dalle Corti Europee e nel dialogo con le Corti nazionali che ne hanno fatto applicazione alla stregua di *diritti fondamentali*, non hanno avuto soltanto l'effetto di legittimare nuovi modelli di famiglia, moltiplicandoli e mettendo in discussione i valori tradizionali posti a fondamento della famiglia fondata sul matrimonio eterosessuale e finalizzata alla procreazione. Esse – prima ancora e oltre – hanno piuttosto introdotto un sottile meccanismo di logoramento della relazione logica e giuridica tra la famiglia e gli individui/soggetti che ne fanno parte, invertendo forse irreversibilmente, per l'appunto, la relazione di priorità prima esistente tra l'una e gli altri. Non più la famiglia come formazione sociale individuata nella quale è (oramai comunque) garantita l'esplicazione delle personalità individuali. Ma al contrario la famiglia come esito variegato e proiezione multiforme delle personalità individuali, quali definite dal reclamo della propria *identità individuale*, quest'ultima a sua volta qualificata e definita dall'esercizio dei diritti individuali fondamentali riconosciuti nelle Carte europee<sup>1</sup>.

È dunque il concetto di *identità* che – a mio avviso – ha finito per operare in modo «sovversivo» rispetto alla logica della famiglia come formazione sociale specificamente normata. Quanto più la cultura e la prassi dei diritti individuali fondamentali hanno trovato spazio nel nostro diritto di famiglia, tanto più progressivamente essi hanno riscritto il percorso evolutivo delle relazioni familiari lungo due binari paralleli. Quello della eliminazione delle differenze codificate di ruolo all'interno della

<sup>1</sup> Per una prima visione del problema, corredata da opinioni e metodologie differenti, si rinvia intanto al recente saggio di F.D. Busnelli e M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in «Riv. dir. civ.», 2013, 4, 767, ove alla visione seriamente preoccupata del civilista di fronte alla *deregulation* del diritto familiare (parr. 1-7), si affianca la più fiduciosa visione dell'internazionalista (parr. 8-12), il quale riscontra negli strumenti del diritto internazionale privato una maggiore possibilità di coordinare e armonizzare i «frantumi europei di famiglia» consegnati dalle prassi odierne.

Per una lucida ricostruzione del processo di evoluzione dei modelli familiari «nella globalizzazione del diritto», in una chiave utile alla prospettiva proposta in queste note, rinviamo invece al libro di M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, 2014.

famiglia, in funzione della realizzazione dell'uguaglianza (e della solidarietà), da una parte<sup>2</sup>. E quello del tutto opposto (o apparentemente tale, e forse consequenziale) della valorizzazione delle differenze, di «altre» differenze (quelle personali, non di ruolo), in funzione della non discriminazione, dall'altra<sup>3</sup>.

In entrambi i casi, il reclamo della identità per il tramite dei diritti si è fatto portatore (oltre che, ovviamente, di nuovi valori etici e giuridici, anche) di nuove prassi e modelli di relazioni, nella misura in cui tale combinazione del reclamo della propria personale identità attraverso lo strumento dei diritti fondamentali ha definitivamente superato il concetto astratto di persona in senso formale (legato a quello di soggetto capace di agire)<sup>4</sup>, e ha lanciato invece nell'agone delle relazioni familiari il concetto di *identità* come «persona differente», nella cui differenza peraltro si consuma la sua irrinunciabile *dignità*<sup>5</sup>. Ma non si tratta solo di questo, né questo è ciò che più mi interessa mettere in rilievo attraverso queste note.

L'irruzione di un concetto di identità «bipolare» (che contemporaneamente lavora verso l'uguaglianza e verso le differenze), infatti, introduce un meccanismo tecnico-giuridico potenzialmente «sovversivo» tutte le volte in cui opera all'interno di un contesto che non è formalmente riducibile a quello delle relazioni patrimoniali strutturate sul modello delle obbligazioni, quale è per antonomasia *e comunque* la famiglia intesa come luogo dello 'stare insieme' e non come luogo strumentale alla realizzazione di interessi economico/patrimoniali<sup>6</sup>. L'avvento, o

<sup>2</sup> Il riferimento è alla riforma del diritto di famiglia del 1975 e poi alla introduzione del divorzio. Sul punto, vedi oltre nel testo.

<sup>3</sup> E qui il riferimento è a quanto oltre nel testo, prevalentemente nella materia delle relazioni fra omosessuali.

<sup>4</sup> Quello una volta per tutte stigmatizzato nel pensiero giuridico moderno da A. Falzea, nel volume *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, e poi nella voce «Capacità (Teoria generale)», in «Enc. del dir.», Milano, 1960, VI, 8.

<sup>5</sup> Frutto invece di quel processo, qualificato come «dal soggetto alla persona», efficacemente descritto da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 2012, 140 ss.; e da N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 50 ss. Ma in argomento vedi anche P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984. Sull'effetto del concetto di identità nel pensiero giuridico contemporaneo vedi ancora M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo*, cit., 43 ss., secondo i quali l'identità opera «attraverso l'essenzializzazione dei tratti particolari che distinguono i soggetti ... intorno al principio di uguaglianza e al divieto di discriminazione»; sicché in questa specifica chiave è poi facile constatare che «il diritto di famiglia convive con l'attribuzione di diritti individuali ai suoi singoli componenti e vive nel conflitto fra le identità che esso stesso contribuisce a creare»; D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in «Riv. dir. civ.», 2005, 1, 137 ss.; nonché R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto, Giornate di studio in onore di A. Galasso*, Milano, 2013.

<sup>6</sup> Si vuol dire, in altre parole, che, mentre nei rapporti obbligatori il principio

il sopravvento, o il cambiamento o la costruzione di una *identità*, nella misura in cui un ordinamento ne riconosce la rilevanza in combinazione con un diritto fondamentale, può avere un effetto deflagrante su quella forma di convivenza personale e affettiva che chiamiamo famiglia, perché astrattamente può imporre la primazia di quel diritto individuale – in quanto fondamentale – sulla creazione, sulla conservazione o sulla distruzione di quella forma<sup>7</sup>. Con conseguente (rischio di) destrutturazione, in taluni casi, del modello sociale sotteso alla medesima.

di patrimonialità opera un ineliminabile livellamento delle identità delle persone nei ruoli astratti del debitore e del creditore, legati fra loro dalla (pretesa/vincolo alla) prestazione e non da vincoli di carattere personale, senza di che il sistema degli scambi perderebbe uno dei presupposti del suo funzionamento; nelle relazioni familiari (non a caso sottratte alla competenza del Libro IV del nostro codice) il contrario principio della solidarietà opera un' altrettanto ineliminabile valorizzazione dei ruoli concreti. Il che espone la famiglia – molto di più che il sistema delle obbligazioni – al rischio di destrutturazione delle sue relazioni generato dalla progressiva complessificazione dei ruoli.

<sup>7</sup> Per una prima rassegna delle problematiche indotte dall'irruzione dei diritti fondamentali nel sistema famiglia, si rinvia a G. Ferrando, *Diritti della persona e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in «Famiglia, persone e successioni», 2012, 281 ss.; M. Segni, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in «Famiglia persone e successioni», 2012, 252; P. Stanzione, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in *Persona e diritto*, cit., 11 e ss.; G. Palmeri, *Diritti fondamentali, famiglia e multiculturalismo*, *ibidem*, 133 ss.; e J. Long, *Essere genitori transessuali*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2008, II, 236, per un saggio sulla eloquente problematica di identità che cambiano e sopravvengono posta dalla c.d. categoria dei *transgenders*. È questo il tema, peraltro, di una recente decisione della Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170, in «Fam. dir.», 2014, 861, con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, 865, chiamata a valutare la costituzionalità delle norme della l. n. 164/1982 (in materia di rettificazione e attribuzione di sesso) le quali prevedono l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso (c.d. divorzio imposto). La Corte conclude per la fondatezza della questione, con riferimento (non all'art. 29, né agli artt. 3 e 24, ma) all'art. 2 della Costituzione, precetto e modello di relazioni di coppia diverse dal matrimonio eterosessuale, e dichiara l'incostituzionalità delle norme citate in quanto *non* prevedono la possibilità per la coppia che «residua» alla rettificazione di sesso e allo scioglimento del matrimonio di richiedere di mantenere in vita «un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore» (c.n.). Seppur con il dovuto rinvio ad una previsione normativa di fattispecie che ancora non c'è (come già in altre decisioni su casi analoghi), non c'è dubbio che la Corte, attraverso la configurazione di un passaggio della coppia non più eterosessuale dallo *status* matrimoniale a quello di «forma di comunità» liberamente espressiva della persona, abbia formalizzato l'irruzione del diritto al cambiamento dell'identità sessuale in termini di rilevanza ed effetto giuridico sul modello di convivenza, richiedendo *de iure condendo* la trasformazione – e non l'automatica cessazione – del vincolo familiare in un altro vincolo di «coppia». La decisione, appartenente al genere delle «sentenze additive di principio», segue le orme della precedente sentenza n. 138/2010 (sulla quale si veda più avanti nel testo), ma è destinata ad un impatto comunque problematico sulla futura decisione di merito, atteso che,

Per quanto il cammino di soddisfazione dei diritti fondamentali nel nostro sistema di tutela *multilevel* non sia ancora perfetto, in ragione di quanto più avanti dirò, tuttavia la strada intrapresa negli ultimi anni dalle Corti europee, dalla Corte costituzionale e perfino dalla nostra Corte di Cassazione mi sembra confermi questa ipotesi. Dalla rimozione del limite dell'ordine pubblico al parziale riconoscimento della rilevanza dei matrimoni *same-sex*; all'adozione di minori da parte di coppie di fatto omosessuali, come più avanti si vedrà, il cammino dei diritti fondamentali concernenti l'identità della persona ha inserito nel nostro ordinamento un meccanismo giuridico di potenziale frantumazione del modello costituzionale di famiglia, senza tuttavia rimpiazzarlo con un altro. Così creando però – nella più volte constatata inerzia del legislatore – un contrasto tra i contenuti della fonte costituzionale, incentrati sul modello dell'art. 29, e quelli delle fonti europee<sup>8</sup>, che l'astuzia argomenta-

in assenza dell'intervento legislativo fortemente sollecitato dalla Consulta, il giudice della causa si trova nell'alternativa di applicare ancora la norma censurata, così contravvenendo in qualche modo la decisione della Consulta, ovvero di disapplicarla, così lasciando in vita un matrimonio che non ha riconoscimento nel nostro ordinamento, contravvenendo all'art. 29 Cost. Un'alternativa definita «mefistofelica» da V. Barba, *Artificialità del matrimonio*, cit., 879, il quale propenderebbe per la prima soluzione (applicazione della norma sul divorzio imposto) con i correttivi dati dalla possibilità per la coppia di richiedere volta per volta l'applicazione delle norme matrimoniali che risultassero ragionevolmente estensibili. Esprime perplessità sulla decisione della Consulta T. Auletta, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in «Corr. giur.», 2014, 1041, secondo la cui opinione la Corte avrebbe in realtà realizzato un'ingerenza nella discrezionalità del legislatore, senza peraltro fornire indirizzi regolativi precisi, e senza offrire alle coppie interessate alcuna tutela immediata, nelle more di questo intervento. Sulla decisione della Consulta, e sulle argomentazioni della Corte di cassazione rimettente, si vedano anche le osservazioni di L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2014, 233. Con sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097, la Corte di Cassazione, preso atto della decisione della Consulta, ritiene illegittima l'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio apposta a margine dell'atto di matrimonio e ne dispone la cancellazione. Conserva ai ricorrenti lo statuto dei diritti e dei doveri del matrimonio ma sotto condizione risolutiva, fino a quando il legislatore non avrà regolamentato – costituzionalmente obbligato – per il quale sarebbe intollerabile il vuoto normativo nel quale la coppia verrebbe a trovarsi a seguito della caducazione automatica del matrimonio. Per un primo commento si veda A. Ruggeri, *Il matrimonio «a tempo» del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in «Consulta online» 28 aprile 2015.

<sup>8</sup> Nella sua preoccupata considerazione del «vento libertario che ispira l'interpretazione dell'art. 9 della Carta di Nizza», quale norma che offrirebbe non agli ordinamenti, ma ai singoli la scelta soggettiva tra il diritto di sposarsi e quello di fondare una famiglia, Francesco Busnelli osserva altresì che se pur l'Unione Europea volesse cimentarsi in un processo di armonizzazione del diritto di famiglia, verrebbe forse a mancare il punto di riferimento di tale processo: «la famiglia, ap-

tiva delle nostre corti cerca oggi di contenere, ma che in altri tempi una stretta applicazione della teoria dei controlimiti avrebbe forse tentato evitare<sup>9</sup>.

Da questa frantumazione esce a pezzi anche il tradizionale concetto di *status familiare*, come in molti non stentano ormai a sostenere. Mentre il fenomeno è fortemente amplificato dall'operare del principio della libertà di circolazione delle persone nel mercato unico. Quest'ultimo infatti produce, almeno *de facto* – un singolare processo di acquisizione e circolazione degli *status* da un paese e da un ordinamento all'altro, così attivando poi una richiesta di riconoscimento in ingresso del nuovo *status* eventualmente acquisito in altro paese e un conseguente processo di applicazione delle regole di conflitto, che può affiancarsi o contrapporsi – in questa materia – al processo di automatica applicazione del diritto europeo.

Piaccia o no, questo è il prezzo dei diritti fondamentali, che viene pagato in una misura più o meno alta nei diversi ordinamenti a seconda di se e come ciascun legislatore abbia recupe-

punto, diluita nel *broad concept* di 'vita privata e familiare'» (così F.D. Busnelli e M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 772 ss.

<sup>9</sup> Come noto, la teoria dei contro limiti si sviluppa negli anni '70-'80 nell'ambito del (primo) dibattito intorno ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, con riferimento specifico al principio del primato del diritto comunitario, e all'ipotesi di un contrasto della norma europea con la Costituzione. Essa è stata avvalorata dalle Corti costituzionali italiana e tedesca, e si esprime attraverso il principio per cui sono sindacabili le violazioni eventuali del diritto europeo poste in essere nei confronti del «nucleo fondamentale» della Costituzione, costituito da quell'insieme di principi e di diritti inviolabili che, nell'interpretazione della Corte costituzionale, non sono nemmeno suscettibili di revisione costituzionale. Per una efficace ricostruzione del problema, che coinvolge anche l'interpretazione dell'art. 11 Cost., si vedano, nella trattatistica, A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, 226 ss.; G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 189, 197; ma già con maggiori approfondimenti analitici, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; S. Mangiameli, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, 15, 21 ss., con riferimento all'esperienza italiana e 30 ss. con riferimento all'esperienza tedesca. Una efficace rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di controlimiti si legge in E. Mottese, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione 'limitata'*, reperibile in [http://www.lex.unict.it/crifo/foglidilavoro/12010\\_contributi.pdf](http://www.lex.unict.it/crifo/foglidilavoro/12010_contributi.pdf).

Più di recente, si veda il contributo, in prospettiva comparata, di F. Vecchio, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; e quelli di C. Salvi, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema*; G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, entrambi in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, rispettivamente 1 e 59 ss.; N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2009, 887, 897 ss.

rato o no il suo primato sul diritto vivente<sup>10</sup>, riformalizzando questo intenso dialogo tra le Corti lungo un percorso meno impervio e più chiaro. Opzione questa che, a sua volta, sconta il superamento delle scelte politiche (anche di politica del diritto) che – ad esempio in Italia – hanno fin qui tenuto ai margini del diritto le relazioni e le coppie «diverse» dal modello formalizzato nelle fonti interne<sup>11</sup>.

La riflessione che propongo, dunque, vuole evidenziare non solo un processo culturale caratterizzato da significativi cambiamenti nei valori morali, ma soprattutto un processo formale, una specifica dinamica giuridica concernente il meccanismo e gli effetti del riconoscimento dei diritti della persona alla propria identità e autodeterminazione, innescata dall'operare combinato di fonti non strettamente legislative e non interne come

<sup>10</sup> Ovvero sulla giurisprudenza che si fa dottrina, o forse «legge», come ancora scrive F.D. Busnelli, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. nascita malformata*, in «Riv. dir. civ.», 6, 2013, 1519 ss., e 1528 con riguardo alle questioni che ci occupano.

<sup>11</sup> Va comunque detto che, indipendentemente dal contributo di chiarezza che un intervento del legislatore nella materia delle relazioni familiari comunque porterebbe sul piano dei diritti e degli obblighi delle parti, non ci sono vedute unanimi sulla opportunità o necessità di giuridicizzare le relazioni non matrimoniali tra coppie. Da un punto di vista strettamente giuridico, per il costante pericolo di legiferare in modo discriminatorio privilegiando talune forme di convivenza su altre e aprendo così il fronte destabilizzante del continuo controllo/conflitto con le Corti costituzionali e con la Corte Edu. Si veda sul punto, ad esempio, Corte Edu, 7 novembre 2013, in «Nuova giur. civ. comm.», 2014, 693, con nota di P. Pirrone, *La Corte eur. Dir. uomo sul caso Vallaniatos et autres c. Grece: «patti di vita comune» e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*; secondo la quale la eventuale differenza di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, quale praticata dalla legge greca sui patti di vita comune, si pone contro gli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU. Decisione questa di forte impatto sugli ordinamenti che volessero disciplinare le coppie di fatto, perché 'imporrebbe' di non escludere né discriminare le coppie dello stesso sesso, così determinando in quei contesti non ancora maturi per quest'ultima scelta un probabile disincentivo alla regolazione dei rapporti di fatto. Da un altro punto di vista, la giuridicizzazione di questi rapporti, e segnatamente delle coppie omosessuali, nella forma del matrimonio, viene considerata come formula di inclusione nel modello dominante delle relazioni familiari con un effetto «assimilazionista e normalizzante non auspicabile in una prospettiva di valorizzazione delle differenze di genere e di orientamento sessuale. E per converso, un effetto di rafforzamento dell'istituto del matrimonio altrettanto poco auspicabile rispetto all'aspirazione a un progressivo superamento del modello di famiglia tradizionale». In questi termini, M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo*, cit., 92, i quali si chiedono se davvero il matrimonio sia l'unico orizzonte sulla strada della liberazione e della pari dignità sociale delle coppie omosessuali; osservando come tale soluzione, riproponendo il matrimonio come fonte di *status*, verrebbe ad interrompere proprio il faticoso cammino dallo *status* al contratto intrapreso dal diritto di famiglia, e la prassi emancipatoria così favorita. Per una efficace rassegna delle diverse soluzioni di riconoscimento e regolazione nelle esperienze di *civil law* e *common law*, si vedano i contributi del volume a cura di F. Grillini e M.R. Marella, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, Napoli, 2001.

le Carte dei diritti e i Trattati europei, in una materia che ha avuto invece – ed ha tuttora – ampia copertura costituzionale e legislativa, e sulla quale non vi è competenza formale dell'UE. Se poi queste fonti sono portatrici di diritti *fondamentali* (indivisibili, indecidibili, irrinunciabili e insopprimibili), istitutivi di una pretesa che tendenzialmente non accetta compressioni, si comprende come il rischio di frantumazione del sistema sul quale esse vanno ad incidere sia in una qualche misura inevitabile, almeno fino a quando la cultura dei diritti in quanto tali, protetta dalle Corti, tenderà a prevalere – come al momento accade in Italia – sulla cultura della legge positiva<sup>12</sup>.

Ma vi è di più.

L'ingresso dei diritti fondamentali sanciti nelle Carte europee, specie quando portatori di principi che non trovano piena applicazione negli ordinamenti di ingresso<sup>13</sup>, non si esaurisce –

<sup>12</sup> I limiti del presente contributo esonerano dal riferimento alla sterminata letteratura sui diritti fondamentali e sulla loro efficacia. È sufficiente il richiamo ai contributi contenuti nel volume di L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2008; Id., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007; il cui pensiero è stato di recente efficacemente sintetizzato nel volumetto *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013. Alla teoria fortemente garantista di Ferrajoli (i diritti fondamentali intesi come tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire e che sono, perciò, indisponibili e inalienabili), si contrappone quella di R. Alexy, riportata da ultimo nel volume *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, che piuttosto configura i diritti alla stregua di principi, a volte a carattere indeterminato, e come tali suscettibili di essere posti in una relazione di 'precedenza relativa', o 'gerarchia mobile', che non è valida una volta per tutte, secondo la sua *law of balancing*. Imprescindibile poi la lettura dell'affresco, già citato, di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, in particolare 54 e ss., ove l'A. affronta la questione – da ultimo accennata nel testo – del rapporto tra legislazione e giurisdizione. Si chiede Rodotà: «Qual è la soglia di sopportabilità per una democrazia di una quota crescente di diritti fondamentali che trascina con sé una più forte presenza, fino al sopravvento, del sistema giudiziario?» (55). E poi: «Fino a che punto ... il congiungersi dell'accresciuto peso della giurisdizione e della 'insaziabilità' dei diritti fondamentali è compatibile con le strutture della democrazia, anzi con lo stesso ruolo della politica?» (56-57). Le argomentazioni di risposta ai quesiti sono costruite – come noto – su diversi elementi: il carattere oramai internazionale dell'attività giurisdizionale, a sua volta costituente il precipitato del carattere non nazionale delle Carte dei diritti; l'itinerario in scala planetaria, dunque, acquisito dai diritti fondamentali, circostanza che non permette di riprodurre le tradizionali condizioni della democrazia; la 'necessità' per i giudici di dare una risposta alla domanda di diritti, per l'impossibilità del *non liquet* proprio dell'attività giurisdizionale; e non ultimo, il mutamento del concetto stesso della democrazia, non più puramente procedurale, ma effettiva e inscindibile dai diritti dell'uomo.

<sup>13</sup> Giusto per esemplificare, anticipando quanto sarà più analiticamente esposto nel prosieguo, si consideri il diritto delle coppie *same-sex* al riconoscimento della loro unione (eventualmente formalizzata all'estero) e alla parità di trattamento, quale espressione del principio fondamentale di autodeterminazione secondo il proprio orientamento sessuale e del principio di non discriminazione.

ne lo potrebbe mai – nella mera declamazione del diritto, ma si accompagna ad una precisa richiesta di tutela, anche questa non astratta, ma riferita in senso lato ad una «prestazione», alla soddisfazione di un'esigenza concreta funzionale all'acquisizione o alla fruizione di una posizione giuridica o di un cosiddetto bene della vita (che si tratti della trascrizione del matrimonio contratto all'estero o dello *status* genitoriale acquisito all'estero, o più semplicemente del diritto a conservare l'abitazione locata dal partner defunto). Qui l'impatto dei diritti fondamentali nel sistema – in particolare nel sistema del diritto privato familiare – non si misura soltanto rispetto ai modelli e ai principi che strutturano quel sistema; ma involge anche tutti i dispositivi tecnici e le fattispecie che compongono quei modelli e che ne rendono possibile la realizzazione e l'opponibilità, vale a dire il *riconoscimento* da parte dell'ordinamento e dei terzi *a tutti gli effetti*. In altre parole, una famiglia non è soltanto un modello di relazione sociale affettiva: dal punto di vista dei dispositivi del diritto privato che rendono possibile rilevarla come fattispecie giuridica valida ed efficace, essa è l'insieme risultante dalla combinazione di un atto negoziale formale (il matrimonio), di un atto successivo di pubblicità (la trascrizione nei registri dello stato civile), e talvolta di altri atti (la scelta del regime patrimoniale), all'adempimento dei quali soltanto possono conseguire gli effetti giuridici desiderati personali e patrimoniali (nei confronti dei coniugi reciprocamente e nei confronti dei terzi).

Ma tutti questi dispositivi sono a loro volta costruiti sul modello che l'ordinamento ha prescelto sulla base di un certo principio (per continuare l'esemplificazione, il modello del matrimonio eterosessuale), sicché l'ingresso di un diritto fondamentale di segno opposto (quello al 'riconoscimento' del matrimonio omosessuale) pone problemi di non poco rilievo nel momento in cui si tratta di passare dalla fase meramente declamatoria del diritto a quella tecnico-formale e/o qualificatoria (la trascrizione dell'atto di matrimonio straniero), quando cioè il dispositivo tecnico interno può trovarsi incapiente e/o incapace di qualificare o creare la fattispecie richiesta dall'esercizio del diritto, per mancanza dei presupposti di fatto che la norma tecnica esige a questo scopo (l'eterosessualità dei coniugi).

È questo il difficile e complesso problema teorico cui le nostre Corti si sono trovate di fronte nel momento in cui, dato ingresso in astratto al nuovo diritto e/o principio nel rispetto dei vincoli europei, si è posto il problema se la forza del diritto e la

forza del principio siano tali da rendere possibile in via di interpretazione l'adeguamento dei dispositivi tecnici interni che presiedono alla costruzione della fattispecie oggetto del diritto reclamato; o se sia piuttosto la forza dei dispositivi tecnici insuperabile in sede ermeneutica, in assenza di un intervento specifico del legislatore diretto all'attuazione del diritto.

È questo dunque l'aspetto teorico interpretativo più interessante connesso all'efficacia in senso stretto dei diritti fondamentali di matrice europea in fase di ingresso nei sistemi nazionali. Come vedremo, si tratta di un problema che le stesse Carte hanno in qualche modo affrontato, ma che ha disvelato l'intera sua complessità solo nel momento applicativo, quando cioè – di fronte alle pubbliche amministrazioni coinvolte e/o di fronte ai Tribunali interni – il diritto reclamato si è trovato – per così dire – senza fattispecie, privo dei dispositivi attuativi necessari a renderlo effettivo.

Ed è ancora questo, infine, il problema generale dell'efficacia (orizzontale, ma non solo) dei diritti fondamentali nei sistemi formali di diritto privato, come il nostro, cui queste note vorrebbero offrire un contributo esplicativo.

2. Provo adesso a svolgere più analiticamente i tre punti annunciati all'inizio di queste riflessioni.

Il primo aspetto concerne la verifica dell'impatto dei diritti fondamentali sopra indicati nel sistema del diritto delle persone e della famiglia, nell'ambito del quale la tradizione utilizza ancora il concetto di *status* per descrivere la composizione degli interessi e l'assetto delle relazioni tra i componenti della famiglia, il cui modello normativo è quello costituzionale e codicistico della «società naturale fondata sul matrimonio»<sup>14</sup>.

Come ho avuto modo di accennare, tuttavia, l'attuale fenomenologia normativa che contraddistingue – in particolare, ma non solo – il diritto delle persone e della famiglia ha fatto dire di

<sup>14</sup> Sull'argomento, il quale pure – come il precedente – non permette in questa sede che poche citazioni, si vedano da ultimo R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, 24 ss., ed ivi altra bibliografia; ed inoltre i già citati contributi di F. Busnelli (cui aggiungiamo *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in «Riv. dir. civ.», 2002, I, 509) e i saggi di V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014. Nonché, nettamente agli antipodi, A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, e M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit. (ed ivi altra bibliografia dell'Autrice in materia). Per una panoramica completa delle problematiche poste dall'*arcipelago* delle famiglie, si veda invece la recentissima raccolta di saggi di F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014.

recente ad un Autore che, da una parte la nozione di *status* appare utilizzata in modo così disparato ed eterogeneo dal legislatore, da rendere impossibile ricavarne una definizione unitaria attraverso l'esegesi sistematica dei testi; ed ancora che, dall'altra parte, l'evoluzione degli ordinamenti nel senso della sempre più profonda tutela paritaria delle prerogative irrinunciabili della persona, che mai potrebbe ammettere limitazioni alla 'capacità' della stessa, rende addirittura inutile se non fuorviante la nozione di *status*, che altro non sarebbe dunque, quantomeno nel nostro ordinamento ed alla luce degli artt. 2 e 3 della Costituzione, che una formula riassuntiva delle situazioni giuridiche e dei connotati che definiscono la persona<sup>15</sup>.

L'opinione, ampiamente argomentata, potrebbe esonerare in questa sede da altri sviluppi. E tuttavia non esime da una minima verifica o quantomeno da una riflessione sulla funzione evocativa, suggestiva e di possibile condizionamento interpretativo che la nozione di *status* (seppur aggiornata rispetto a quella di stretta derivazione romanistica) può ancora svolgere, se non altro perché costituisce a tutt'oggi parte del linguaggio dei giuristi quando parlano di persone e di famiglia.

Ebbene, liberato definitivamente dai contenuti tecnici legati al suo essere «presupposto e limite della capacità giuridica»<sup>16</sup>, lo *status* ha conservato una funzione non meramente descrittiva quante volte lo si è usato per connotare presupposti e conseguenze dell'appartenenza ad una comunità, segnatamente i «vincoli» prodotti in capo all'individuo e ai suoi diritti a seguito di codesta appartenenza. In altre parole, non vi sarebbe *status* se non in ragione della primazia che la legge attribuisce alla comunità di appartenenza. E questa a sua volta non sarebbe tale da generare uno *status* se le condizioni della appartenenza non fossero tali da distinguere un soggetto da un altro, in ragione delle prerogative, dei doveri e dei vincoli attribuitigli in forma stabile

<sup>15</sup> Il riferimento è al contributo di F. Prospero, *Rilevanza della persona e nozione di status*, già in «Rass. dir. civ.», 1997, 810, ora in «civiltistica.com», 1, 2013, 1 ss. L'Autore argomenta a partire dalla tradizionale concezione dello *status*, pubblicistica e autoritaria, necessariamente connessa all'idea dell'appartenenza ad una comunità, e soprattutto antitetica all'idea stessa dell'arbitrio individuale e della titolarità di diritti soggettivi, segnatamente dei diritti fondamentali, il cui affrancamento dalla subordinazione agli *status* costituisce l'esito di un percorso lungo e faticoso (3). Nello stesso senso anche L. Lenti, voce *Status*, nel Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione civile, Torino, 1999, XIX, 29 ss., secondo il quale tale concetto, ad oggi, «non è ben certo di che cosa si tratti né è ben chiaro a che cosa serva ... salvo forse che nell'ambito del diritto familiare» (30).

<sup>16</sup> Nel senso che, ad oggi, non ha contenuto giuridico alcuno nel mondo occidentale quanto una volta si riconduceva al cosiddetto *status libertatis*.

e duratura (ancorché non necessaria né definitiva). L'esistenza di collettività organizzate, anzi «necessarie» sarebbe perciò l'elemento con il quale lo *status* è posto in stretta relazione, in una maniera tale che i fatti che concernono tali comunità (la creazione, l'abbandono o la persistenza) «sono materia di sufficiente interesse sociale o pubblico». Fra queste, il riferimento primario è proprio allo Stato e alla famiglia, ove «il rapporto tra individuo e gruppo, gli interessi garantiti ... sembrano presentarsi negli stessi termini<sup>17</sup>.

Anche in tale accezione, tuttavia, il concetto di *status* ha visto gradualmente annacquare le sue caratteristiche, per il sopravvenire di due fenomeni di segno apparentemente opposto. Il primo, legato alla progressiva perdita del connotato pubblicitico legato alle (una volta) irrinunciabili condizioni di appartenenza ad una comunità, quella familiare ad esempio; un connotato costrittivo definito quasi in antitesi rispetto alla posizione dell'individuo come titolare di diritti soggettivi azionabili<sup>18</sup>. Il secondo, legato all'estensione del suo campo di applicazione ad altre situazioni, connotate più per la (mera) comunanza degli interessi, e per il particolare differente trattamento giuridico ad essi riservato<sup>19</sup>, che non per l'appartenenza ad una comunità de-

<sup>17</sup> Così P. Rescigno, voce *Status. Teoria generale*, in «Enc giur. Treccani», Roma, 1993, XXX, 1 ss., che chiarisce come, nella prospettiva dell'appartenenza ad una comunità, lo *status* designi uno «strumento tecnico ... capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto ... in maniera non precaria né discontinua, una situazione che nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un soggetto dagli altri». Altra prospettiva sarebbe quella nella quale gli *status* appaiono legati a situazioni eccezionali di limitazione e privazione della capacità di agire, e perciò si configurano come strumenti pratici per creare o mantenere disuguaglianze, per le ragioni più diverse (ed anche in odio a categorie di soggetti). Ad oggi, scrive Rescigno, il concetto è divenuto una sorta di «sintesi ideale di particolari atteggiamenti che assumono talora intere categorie di rapporti sociali»... riferibile a situazioni indipendenti dalla comunità statale e dalla famiglia.

<sup>18</sup> Lo dice bene L. Lenti, *op. cit.*, 33, quando scrive della crisi cui da tempo è andata incontro la nozione classica di *status*, legata all'idea della necessità e della indisponibilità dello stesso, e applicata per l'appunto alla Stato e alla famiglia, quali uniche entità collettive delle quali un essere umano è necessariamente partecipe (era questa la nota teoria elaborata da A. Cicu, *Il concetto di status*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1965, 194). La crisi del concetto sarebbe legata alla insostenibilità dell'idea che la famiglia sia «Il centro di imputazione di un interesse, principalmente al mantenimento della sua unità formale, che trascendeva quello di ciascuno dei suoi membri; e tanto in ragione della scomparsa della figura del 'capofamiglia' e della ormai consolidata dissolubilità del vincolo matrimoniale. Sicché l'unica «necessarietà» residua sarebbe data dalla collocazione di ogni essere umano nella famiglia di origine biologica nella quale nasce e lo *status filiationis* sarebbe l'unico status indisponibile cui riferire le azioni di stato.

<sup>19</sup> Questa volta il riferimento è ai cosiddetti *status* derivanti dal possesso di talune 'qualità' rilevanti per il diritto, da quella di consumatore, a quella di pub-

finita e individuabile attraverso una tipica ‘procedura di accesso’, quale tipicamente il matrimonio. Esemplificando l’uno e l’altro fenomeno, basta ricordare le progressive riforme del diritto di famiglia nel senso della cancellazione della struttura gerarchica del gruppo attraverso il principio della parità dei coniugi, della risolvibilità del matrimonio e della tutela dei figli comunque nati, da una parte. E dall’altra, l’incommensurabile differenza di assetto concettuale che corre fra lo *status* di figlio o di coniuge (se ancora se ne vuol parlare) e il cosiddetto *status* di consumatore o di lavoratore o di disoccupato. I primi tipicamente carichi di significati tradizionalmente riconducibili a concezioni e funzioni non meramente individualistiche della comunità di appartenenza (la famiglia con i suoi legami parentali) e perciò ad un regime giuridico di tendenziale «immunità» dal diritto comune<sup>20</sup>, oltre che – come detto – a procedure di accesso formalizzate e tipiche. I secondi riconducibili invece a situazioni occasionali e contingenti, puramente individualistiche, e funzionali alla gestione di un conflitto ‘negoziale’ o alla reazione ad interessi patrimoniali antagonisti; ovvero a particolari discipline di protezione all’interno di un sistema di welfare<sup>21</sup>.

blico impiegato, a quella di lavoratore: posizioni fondamentalmente caratterizzate dalla disponibilità. In tal senso P. Rescigno, *op. cit.*, 3; L. Lenti, *op. cit.*, 34.

<sup>20</sup> Il diritto di famiglia, infatti, come luogo normativo tipicamente abitato da individui titolari di *status* piuttosto che di diritti soggettivi in senso stretto, è stato a lungo considerato – e in parte lo è ancora – come una sorta di ‘diritto speciale’ rispetto al modello dominante del diritto privato (del mercato). A differenza di quest’ultimo, infatti, e senza dire della tardiva introduzione del principio generale dell’uguaglianza, il modello dei rapporti familiari non è connotato dallo schema delle obbligazioni in senso proprio, ma da quello del dovere (di fedeltà, di assistenza, di istruzione ecc.); il principio di solidarietà esibisce di *default* applicazioni tecniche di non poco momento rispetto alle modalità di acquisto della proprietà e alla conseguenti dinamiche negoziali; mentre il generalissimo principio del *neminem laedere*, considerato clausola generale dell’ordinamento e sottoposto a ben noti processi di applicazione estensiva alle più svariate fattispecie, ha per lungo tempo taciuto all’interno dei rapporti familiari, per il convincimento dominante che «il diritto (comune) dovesse arrestarsi sulla soglia di determinati *status* individuali (familiari), o che per lo meno, a fronte di essi, dovesse deviare dal suo corso ordinario», quasi che l’adozione di un comune rimedio civilistico potesse costituire una «minaccia della tranquillità familiare e della intimità domestica». Così, per tutti, E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law*, in «Europa e dir. priv.», 2010, 1, 145, 149 ss.; Id., *I danni endofamiliari*, in «Persona e diritto», cit., 223; C. Rimini, *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, in «Resp. civ.», 2006, I, 6; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in «Fam. pers. succ.», 2011, 1, 14; L. Mormile, *Gli illeciti endofamiliari*, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, cit., 469. Più in generale, sulla specialità del diritto di famiglia, in punto di esenzione dal diritto comune, si veda M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo*, cit., 4 ss.; ma già P. Rescigno, *Rapporti tra l’individuo e la comunità familiare*, in «Persona e comunità familiare», a cura di P. Stanzione, Napoli, 1985, 40, 43 ss.

<sup>21</sup> Va detto che anche i fenomeni ora indicati sono riconducibili all’ingresso di

Ora, trascurando ogni riflessione su tali ultime accezioni di *status*, e riservando ogni discorso invece agli *status* familiari, non sembra dubitabile che la perdita di significati subita dal concetto giuridico di *status* – se inteso in funzione di una appartenenza al gruppo familiare e a tutela della sua conservazione – sia imputabile al sopravvenire di un elemento tecnico giuridico in netta contraddizione con il portato classico dello *status*, seppur depurato dei connotati romanistici, e tale da porsi con lo stesso in una posizione di insuperabile antitesi concettuale.

Tale elemento è l'emergere della persona come titolare di diritti soggettivi il cui esercizio è tale da reagire a, e prevalere su qualunque limite si voglia ad esso opporre nel nome di un interesse «superiore» o semplicemente «del gruppo» familiare<sup>22</sup>. Non occorre menzionare al proposito tutti gli istituti di modernizzazione – per così dire – del diritto di famiglia. Nella prospettiva che qui interessa, di rilevazione delle dinamiche giuridico formali dell'istituto familiare, ciò che importa evidenziare è la tensione innescata dal riconoscimento, e dalla pretesa, dei diritti e delle responsabilità – non solo dei doveri – dei membri della famiglia l'uno nei riguardi degli altri; tale per cui ad ogni «diritto» in più attribuito ai figli o al coniuge viene meno un 'pezzo' della famiglia *in quanto tale*, intesa cioè alla stregua di gruppo o di comunità portatrice di un interesse proprio, non necessariamente pubblico, ma comunque autoreferenziale e finalizzato

diritti «speciali» nel precedente assetto delle relazioni sociali incise, poi riqualificati come diritti fondamentali. Ma si tratta di una differente prospettiva rispetto a quella che si sta cercando di coltivare in queste note. Nel caso dei diritti fondamentali della persona alla propria identità e autodeterminazione, l'impatto su un assetto di relazioni connotato dalla logica degli *status* è antagonista rispetto a tale logica e agli *status* che la sorreggono. Nel caso dei diritti fondamentali dei consumatori o dei lavoratori, l'impatto su un assetto di relazioni connotato da una logica paritaria e di mercato è di segno opposto, perché introduce un principio di diritto differenziato, fenomeno cui si fa riferimento quando si parla di un ritorno dal contratto agli *status*.

<sup>22</sup> La prospettiva analitica che si apre è – come anticipato – quella dei diritti dell'uomo riferiti alla persona, cioè dei diritti che connotano l'assetto giuridico della persona umana, del tutto diversi dai diritti soggettivi della modernità. Essi includono un'idea di libertà che non richiama la pretesa al potere, ma la stessa dimensione dell'essere; non richiamano il modello proprietario, ma l'inalienabile autonomia della persona come «valore fondamentale dello statuto giuridico dei diritti dell'uomo». In tal senso si veda F. Viola, *Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica*, in *Studi in memoria di Italo Mancini*, a cura di G. Pansini, Napoli, 1999, 621, 632 ss., il quale parla al proposito di un ritorno agli *status*, ma in un senso profondamente diverso da quello fin qui evocato, e cioè come *status* interni alla persona, legati al sesso, alla salute, all'età, ma in ogni caso intesi non come dispositivi riservati a taluni *ad escludendum* di altri, bensì alla stregua di «situazioni esistenziali di vita» in cui tutti possono trovarsi. Come esito dell'abbandono dell'universalità astratta verso un diverso modello di universalità concreta (636).

alla conservazione della sua originaria identità, anche attraverso l'adozione di tipici meccanismi decisionali.

Mentre la pretesa o il reclamo di quei diritti da parte di coloro che ne sono esclusi, perché non posseggono i requisiti per accedervi attraverso il matrimonio, minaccia dall'esterno l'esclusività del modello familiare tradizionale quale forma giuridicamente possibile e valida della convivenza<sup>23</sup>.

La recente riforma italiana della filiazione è una sintesi esemplare dell'operare di questa dinamica giuridica, quantomeno per due aspetti. La parificazione dei figli una volta definiti «naturali» in quanto nati «fuori dal matrimonio», ottenuta con l'attribuzione di quei diritti che si riconducono allo *status filiationis* prima riservato ai figli legittimi, se per un verso allarga la nozione di *status* a soggetti che prima non potevano appieno rivendicarla, per altro verso la priva di quella caratteristica utile a renderla socialmente percepibile e giuridicamente distintiva: l'essere cioè fruibile in conseguenza del rispetto da parte dei genitori della specifica procedura di accesso consistente nel matrimonio<sup>24</sup>. Senza considerare il processo di duplicazione delle famiglie di riferimento reso possibile dal riconoscimento pieno di un figlio i cui genitori sono membri di due famiglie diverse.

In secondo luogo, l'introduzione del principio della responsabilità genitoriale, in luogo della potestà, connotata dall'assunzione delle decisioni che riguardano il minore a seguito di una procedura formalizzata di «ascolto» dello stesso, ove possibile, introduce un ulteriore elemento di rottura nella precedente configura-

<sup>23</sup> È sempre F. Viola, *Lo statuto giuridico*, cit., 637, il quale efficacemente riferisce ai nuovi diritti dell'uomo una funzione sul piano dell'*attestazione*. «Non di rado i nuovi diritti non conferiscono per nulla nuovi poteri o particolari immunità, ma hanno solo la funzione di approvazione sociale, di accoglienza nella vita comunitaria... L'individuo, oggi più che mai, è incerto sulla bontà del proprio progetto di vita e ha bisogno dell'*attestazione* (c.n.) che viene dagli altri ... l'individuo e i gruppi chiedono il riconoscimento della loro identità personale». Ed è in ciò la premessa, nel pensiero dell'autore, per un successivo sviluppo dello statuto giuridico contemporaneo della persona verso la categoria della responsabilità, anche questa emancipata dal tradizionale concetto di colpa e rivolta piuttosto «nei confronti dell'essere in generale», ed anche perciò nei confronti delle generazioni future.

<sup>24</sup> In tal senso espressamente O. Clarizia, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del Decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in «Riv. dir. civ.», n. 3/2014, 601 ss.; mentre P. Schlesinger, *Il d.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in «Fam. dir.», 2014, 5, 444, afferma che la riforma «consegna definitivamente all'archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva enunciare come piana constatazione dell'assetto esistente, osservando che lo stato di figlio naturale non si collega ad uno stato di famiglia, perché manca il matrimonio, unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia». Per una ricostruzione dei principi della riforma nella chiave del nuovo principio della responsabilità genitoriale, vedi R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, cit., 85 ss.

zione dello *status filiationis*, nell'ambito del quale la minore età non è più sinonimo di dipendenza dalle decisioni genitoriali, ma si atteggia come una condizione nella quale il diritto all'identità della persona e all'autodeterminazione prende corpo e diventa effettiva 'pretesa di scelta' (nella definizione del *best interest*) in relazione alle capacità espressive del soggetto che ne è titolare<sup>25</sup>.

In tal senso dicevo che i diritti soggettivi agiscono, almeno nei contesti come quelli di cui parliamo, dissolvendo le comunità in quanto tali, rendendole più precarie, più numerose, e più responsabili. Anche all'interno di una famiglia tradizionale, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei singoli membri li rende più liberi, nel momento in cui squarcia il velo dell'autorità sotto il quale in passato restavano coperte perfino le violenze, ma più semplicemente le decisioni unilateralmente e irresponsabilmente assunte dai genitori nel nome e nell'interesse dei figli<sup>26</sup>.

Il cammino dei diritti individuali è imperfetto e tortuoso, ma forse è a senso unico: uguaglianza e libertà continuano nel percorso iniziato secoli orsono – e a tutt'oggi seguito – attraverso la progressiva erosione di quelle zone di «diritto singolare» che l'uso dell'espedito dello *status* (di cittadino come di familiare) rendeva possibile legittimare socialmente e far valere giuridicamente. Mentre l'accostamento all'uguaglianza del principio di non discriminazione introduce nella dinamica giuridica della tutela dei diritti un altro elemento tecnico che – come accennavo – ne moltiplica le titolarità e le occasioni di esercizio, ampliando il campo del «reclamo di tutela» a soggetti eguali sì, ma ai quali il principio di eguaglianza, con la sua connessa *vis* astrattizzante e distruttiva delle diversità, paradossalmente non consente di reclamare tutto quanto la specifica identità di quei soggetti, una volta emersa, richiede e permette invece di reclamare<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> In tal senso ancora R. Senigaglia, *Status filiationis*, cit., 169 ss. Sui contenuti e gli effetti della riforma si vedano anche O. Clarizia, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del Decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, cit., 597; U. Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I e II parte)*, in «Il corriere giuridico», 2014, 4-5, 540 e 675.

<sup>26</sup> Emblematica in tal senso la disciplina delle violenze endofamiliari, sulle quali si rimanda alla nota 20; così come emblematica è la recente convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2012 – Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – entrata in vigore il 1° agosto 2014, che qualifica la violenza domestica sulle donne alla stregua di violazione di un diritto fondamentale (artt. 3, 4). In argomento, S. De Vido, *States' due diligence obligations to protect women from violence. A European perspective in light of the 2011 CoE Istanbul Convention*, in «European Yearbook on Human Rights», 2014, Antwerp, Vienna, Graz, Intersentia Nwv, 365.

<sup>27</sup> Sul principio di non discriminazione vedi D. La Rocca, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione nel diritto europeo*, in «Persona e diritto», cit.,

E con questo accenno, passo a sviluppare gli altri punti di cui all'inizio di queste note, con l'avvertenza per la quale l'uso della nozione di *status* non è certamente impedita ad oggi in ragione della ricorrenza nel costume linguistico del giurista (nonché dalla persistenza del termine nel vocabolario del legislatore); a condizione tuttavia che la stessa venga riempita di quel senso concettuale che le dinamiche giuridiche fin qui brevemente ricordate rendono necessario darle. Dovendosi in caso contrario accettare non solo il rischio che il linguaggio del giurista sia privo di senso, ma anche quello della perdita del rigore formale necessario a rappresentare i processi normativi nel modo più vicino possibile al loro svolgersi e al loro significato storico e istituzionale. Sempre che pregiudizialmente si ritenga possibile ricostruirlo, ovviamente.

3. Il processo fin qui velocemente ripercorso non ha del tutto tenuto conto della variante transnazionale e delle modalità tecniche di ingresso nell'ordinamento interno del diritto europeo e/o sovranazionale, quale rappresentato in particolare dalle libertà del Trattato e poi dai «diritti» introdotti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza, ciascuna con le loro Corti.

Tenerne adesso conto non comporta soltanto la presa d'atto dei valori e dei principi in tal modo introdotti, ma richiede anche la verifica della loro efficacia, ovvero – come dicevo – dei dispositivi tecnici attraverso i quali i diritti dotati del rango della fundamentalità penetrano nel nostro ordinamento familiare, ancora protetto dalla fonte costituzionale interna e dall'estraneità alla sfera di competenza dell'Unione Europea, sebbene il processo di armonizzazione europea della famiglia abbia tentato i suoi primi passi<sup>28</sup>. Situazione quest'ultima che richiama l'opera-

55 ss.; Id., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comune e nazionale*, Milano, 2007; P. Morozzo della Rocca, *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002; A. Galasso (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Milano, 2007; C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, 2008; A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2009, 207; B. Checchini, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali*, cit., 259.

<sup>28</sup> L'art. 81 del TFUE si limita a disporre la competenza del Consiglio, su proposta della Commissione, di «adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali», con il vincolo del principio dell'unanimità della decisione. Sono invece diversi gli atti di *soft law* delle istitu-

tività dei meccanismi del diritto internazionale privato, ogniqualvolta si ponesse il problema di riconoscere famiglie o coppie «diverse» formatesi «all'estero» pur se nei paesi membri dell'UE, ma che reclamano la libera circolazione degli *status* acquisiti in uno di questi paesi e perciò la «portabilità» di tali *status* anche in Italia<sup>29</sup>.

Conviene in proposito ricordare brevemente la forza giuridica della Convenzione EDU e della Carta di Nizza, prima di analizzarne le disposizioni che interessano il nostro tema.

Quanto alla prima, la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011, richiamando i precedenti delle sentenze n. 348 e 349 del 2011, stabilisce che le norme della CEDU (nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo) integrano «quali norme interposte il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, 1° comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali». Sicché il contrasto di una norma interna con una norma della CEDU, qualora non sia risolubile dal giudice in via interpretativa, non apre affatto la strada della disapplicazione della norma in contrasto, ma apre solo la strada della questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, 1° comma Cost. L'espedito delle 'norme interposte' fa sì che la Corte costituzionale avochi a sé medesima la competenza a verificare il contrasto tra norma interna e norma CEDU, nella inter-

zioni europee in questa materia, tutti ispirati al principio del riconoscimento reciproco, della pari dignità dei modelli di convivenza e soprattutto del divieto di discriminazione in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale imposto agli Stati membri nella loro attività legislativa e amministrativa. Tra questi ultimi, si citano la Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere (Adottata dal Comitato dei Ministri il 31 marzo 2011), reperibile nella pagina [http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010\\_5\\_IT.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_IT.pdf); la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere (2013/2183(INI)), reperibile nella pagina <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=>; la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2011 (2011/ 2244(INI)), reperibile nella pagina <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do? pubRef=>. In argomento, si vedano poi i contributi di V. Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa*; Id., *Quale famiglia per l'Europa*, entrambi in *Studi sul diritto di famiglia*, cit., rispettivamente 23 e 45; A.L. Valvo, *Il contributo della normativa europea: nuovi modelli familiari e principio di non discriminazione*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, cit., 111; S. Patti, M.G. Cubeddu, *Introduzione a diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.

<sup>29</sup> Per l'approccio internazionaleprivatistico si rinvia a F.D. Busnelli e M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 777; e V. Scalisi, *Quale famiglia per l'Europa*, cit., 47, ed ivi altre indicazioni.

pretazione della relativa Corte, ma con un «margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma» CEDU è destinata ad inserirsi e ad integrarsi. Il che pure consente di dire – secondo quella che appare la lettura più diffusa – che le norme CEDU sono prive di efficacia diretta, atteso che la stessa Convenzione, con il suo sistema sussidiario di garanzia, si rivolge agli Stati e non ai cittadini; fermo restando in ogni caso il contenuto dell'art. 6, n. 3, del TUE, alla stregua del quale i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»<sup>30</sup>.

L'orientamento apre la strada all'ingresso dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione internazionale, con tutta la loro potenziale ed eventuale forza dissolutrice, ma lascia operativo quel margine di apprezzamento attraverso il quale la nostra Corte può ancora salvaguardare l'assetto interno. Il che – come vedremo – è quanto esattamente è avvenuto.

Quanto alla Carta di Nizza, la questione è più complicata, come è noto, in ragione della recente equiparazione operata dal Trattato di Lisbona della forza giuridica della Carta ai Trattati UE, nei limiti tuttavia della loro competenza, che non può essere estesa dalle previsioni della Carta (art. 6, n. 1 TUE, art. 52 della Carta); ed in relazione altresì all'impegno dell'UE di aderire alla CEDU (art. 6, n. 2, TUE), il che ancora riconnette l'operatività delle due carte, i cui contenuti in taluni casi sono coincidenti. Pertanto, secondo la dottrina ufficiale e la giurisprudenza della Corte costituzionale, la Carta di Nizza è direttamente applicabile come qualunque altra norma dei Trattati soltanto nelle materie di competenza dei Trattati e con le stesse modalità (primato del

<sup>30</sup> La menzionata sentenza della Corte, del 22 luglio 2011, n. 236, in materia di retroattività delle norme penali, è reperibile nella pagina <http://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=236>; nonché in «Giur. it.», 2012, 2. Per un commento della posizione della Corte nella materia della efficacia dei diritti riconosciuti dalla Corte EDU si veda R. Conti, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, 166; sulla efficacia dei diritti CEDU si vedano, per la trattatistica, G. Tesaro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 123, 130 ss.; R. Cosio, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit., 47 ss.; V. Colcelli, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2/2009, 742 ss.; Id., *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Iseg Gioacchino Scaduto, 2010, 27 ss.; L. Casseti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

diritto comunitario, effetto diretto e conseguente disapplicazione della norma interna contrastante); e non lo è affatto in tutti i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante soltanto per il diritto interno e non per il diritto comunitario. Limite che la Corte costituzionale ha ritenuto insuperabile, nemmeno invocando il valore di ‘principi generali’ attribuito ai diritti garantiti dalla CEDU dall’art. 6, n. 3, del TUE, ovvero il richiamo che la stessa Carta opera dei corrispondenti diritti della CEDU allo scopo di definirne allo stesso modo il significato e la portata (art. 52, n. 3 della Carta). In tal senso si è espressa la decisione n. 80 del 2011, che esclude sia l’applicazione diretta della Carta di Nizza a fattispecie di esclusiva pertinenza del diritto nazionale; sia la «trattatizzazione» indiretta della CEDU alla luce della clausola di equivalenza di cui al citato art. 52, n. 3 della Carta medesima, per la semplice ragione per la quale l’UE non ha ancora aderito alla CEDU<sup>31</sup>.

Dunque la Carta di Nizza si applicherebbe soltanto alle fattispecie oggetto di disciplina da parte del diritto europeo: per le altre oggetto di disciplina meramente nazionale, la violazione di un diritto fondamentale troverebbe tutela soltanto da parte del diritto interno.

Questo assetto dispiega un’immediata influenza nella materia degli *status* personali e familiari, quali riconosciuti dalle Carte dei diritti. Ed infatti, poiché la materia familiare non è oggetto di diretta competenza dell’UE, e le carte non superano questi limiti di competenza, nonostante l’UE abbia adottato taluni atti di parziale armonizzazione di taluni settori del diritto di famiglia, è difficile riconoscere uno spazio giuridico europeo della famiglia, in mancanza del quale risultano impediti sia il ri-

<sup>31</sup> Il testo integrale della discussa sentenza n. 80 del 2011 è reperibile nella pagina <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=80>. Per alcuni commenti si vedano i contributi di A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza* e A. Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, entrambi nella pagina <http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0080s-11.html>; nonché gli interessanti rilievi critici di M. Cerase, *Brevi riflessioni sull’efficacia orizzontale della Carta di Nizza*, reperibile nella pagina <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=562>. Sul punto si veda anche G. Tesaurò, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., 209-2010, ed ivi altra bibliografia, il quale stigmatizza la permanenza del riparto di competenze tra Unione e Stati membri, anche a seguito dell’attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore dei Trattati, e perciò la sua applicabilità «solo quando è applicabile il diritto comunitario, e niente affatto in tutti i casi violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto nazionale». Sull’incertezza derivante dal sistema delle fonti nella materia dei diritti fondamentali, vedi ancora C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale, e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in «Europa e dir. priv.», 2011, 2, 437.

conoscimento reciproco automatico e totale dei vari modelli familiari presenti nei vari Stati membri, sia la libera circolazione e portabilità dei relativi *status* personali e familiari, quantomeno non senza il filtro dell'ordine pubblico.

Nemmeno sembrerebbe di aiuto il richiamo della generale libertà di circolazione delle persone nello spazio giuridico europeo, garantito dall'art. 3, n. 2, TUE e dall'art. 21 del TFUE<sup>32</sup>, e fondato sull'argomento per il quale le persone circolano indiscindibilmente con i loro *status* personali e familiari, e non potrebbero perciò essere lese nell'esercizio di un tale diritto da un eventuale rifiuto dello stato membro di riconoscere *status* reputati incompatibili con il proprio ordine interno. Il controargomento fondato sulla persistente competenza degli Stati membri nella disciplina dei modelli familiari, infatti, ha reso possibile (ipotizzare di) scindere per sottrazione dalla tutela della libertà di circolazione e di soggiorno, la libera circolazione degli *status* in quanto tali: dove c'è la prima, potrebbe non esserci la seconda<sup>33</sup>. A meno che la seconda non venga presa in considerazione direttamente come oggetto di una previsione normativa specifica dell'UE: il che è quanto si riscontra nella controversia oggetto di recente decisione da parte di un Tribunale di merito<sup>34</sup>, il quale ha annullato

<sup>32</sup> Sul quale vedi ([http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_2.1.3.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.3.html)).

<sup>33</sup> La questione si intreccia con l'applicazione, alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza (che riconosce, distinguendoli, i diritti di sposarsi e di costituire una famiglia), delle Direttive comunitarie in materia di circolazione dei familiari (le n. 2003/86 e 2004/38), dalle quali comunque non emerge con chiarezza alcun obbligo degli Stati membri di riconoscere la qualifica di familiare a tutti i componenti delle «coppie» comunque costituite, indipendentemente dalla propria normativa interna e dal riconoscimento delle unioni registrate in altri paesi membri. Per chiarimenti su questi aspetti, si veda F. Caggia, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione Europea*, Roma, 2005; G. Di Rosa, *Famiglia e matrimonio tra consolidate tradizioni giuridiche, innovative discipline interne e attuale sistema comunitario*, in «Problemi di diritto privato», Torino, 2013, 110, 120 ss., il quale conclude per una prevalenza del diritto interno – italiano nella fattispecie – rispetto a quello comunitario, anche in ragione della avvenuta ratifica del Trattato di Lisbona realizzata avvalendosi della clausola di salvaguardia (art. 81 della Carta), con il che nemmeno dovrebbe considerarsi discriminatorio un eventuale trattamento differenziato delle coppie omosessuali nell'ambito delle questioni familiari. In argomento anche E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, 461 ss., ove una breve rassegna della giurisprudenza italiana in materia di ricongiungimento e permesso di soggiorno a partner o coniugi omosessuali non italiani di cittadini italiani, ed altra bibliografia.

<sup>34</sup> Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, I, 589, con nota di D. Ferrari e D. Fiorato, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*, 615, in commento anche della pronunzia della Cass. n. 8184/2012. Il giudice del merito argomenta a partire dalla diversità di *ratio* esistente tra la disciplina della libertà di circolazione (di ma-

il provvedimento del Questore che negava il ricongiungimento familiare ad un cittadino uruguayano omosessuale sposato in Spagna con un cittadino italiano, sull'argomento per il quale la concessione del permesso di soggiorno per il ricongiungimento non equivale affatto al riconoscimento in Italia dello *status* di coniugato, ma semplicemente dispone un ragionevole trattamento omogeneo in uno specifico ambito sulla base di un diritto riconosciuto da una Direttiva europea recepita con provvedimento nazionale. Da un punto di vista internazionalistico, la decisione ha dunque ritenuto inconferenti i criteri di collegamento di cui alla l. n. 218/1995, trattandosi di una questione concernente la libertà di circolazione, dando così per acquisito lo *status* di coniuge risultante dall'atto di matrimonio spagnolo al limitato effetto di far valere in Italia alcuni diritti derivanti dallo *status* acquisito all'estero, e fra questi il diritto di soggiorno<sup>35</sup>.

4. Sarebbe evidentemente impossibile occuparsi in questa sede di tutte le vicende nelle quali è venuta in gioco la ridefinizione dello *status* delle persone per effetto dell'applicazione delle norme di riconoscimento dei diritti fondamentali. Allo scopo di svolgere l'ipotesi prospettata all'inizio di queste note, mi occuperò di richiamare alcune note questioni, che costituiscono la cartina al tornasole della problematica in esame: quella del riconoscimento

trice sovranazionale) e la disciplina delle relazioni familiari (di matrice nazionale), sicché l'esigenza di tutela della prima prescinderebbe del tutto dalla seconda. Il che – con esclusivo riguardo alla libertà di circolazione – rende possibile interpretare le nozioni di famiglia e di coniuge alla stregua del diritto europeo e dunque a norma dell'art. 9 della Carta di Nizza, e non del diritto del paese di ingresso, e poi esaminare la domanda di soggiorno a prescindere dall'accertamento dello *status* del ricorrente. Vedi in argomento i commenti di P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in «Corr. giur.», 2012, 861 ss.; e di E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti*, cit., la quale critica l'argomentazione svolta per la concessione del permesso di soggiorno, ritenendo più corretto in tal caso considerare il coniuge alla stregua di partner di una relazione stabile attestata piuttosto che come coniuge. Decide conformemente alla pronunzia del Trib. di Reggio Emilia anche Trib. Pescara, 18 maggio 2013, in «Fam. dir.», 2013, 790, con nota di G. Genova, *Anche il coniuge dello stesso sesso del cittadino comunitario ha diritto di stabilirsi in Italia ai sensi del T.U. sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'UE*, 792. In argomento vedi anche V. Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa*, cit., 34, 39.

<sup>35</sup> Gli altri diritti menzionati sono quelli relativi all'iscrizione del convivente omosessuale alla cassa mutua, al risarcimento dei danni da morte, alla sublocazione dell'immobile, ecc. Per l'uso dell'argomentazione internazionalprivatistica allo scopo del riconoscimento dei diritti in funzione non discriminatoria, ancorché ad effetti limitati a specifici ambiti, si rinvia ancora a F.D. Busnelli e M.C. Vitucci, *Frantumi europei*, cit., 785 ss., ove la lettura per la quale il giudice di Reggio Emilia, a dispetto delle sue stesse dichiarazioni, avrebbe in verità considerato la questione dello *status* alla stregua di una questione preliminare e non di una questione pregiudiziale, così bypassando l'ostacolo di doversi pronunciare in proposito.

in Italia – *sub specie* della trascrivibilità – del matrimonio fra omosessuali celebrato in un paese dell'UE; e quello dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali. Le motivazioni delle scelte di tali temi dovrebbero essere evidenti. Se si esaminano i fattori di disintegrazione o come si è detto di «frantumazione» del modello di famiglia tradizionale, quale quello di cui all'art. 29 della nostra Costituzione, portati avanti attraverso l'attribuzione ai membri della famiglia di diritti individuali da reclamare nei confronti della famiglia medesima o per accedervi per altra via, non sembra dubbio che il fattore più deflagrante sia quello legato al riconoscimento dei diritti fondamentali degli omosessuali, in funzione della non discriminazione degli stessi nella materia familiare rispetto al trattamento riservato ai soggetti eterosessuali.

L'operare completo del principio renderebbe definitiva l'erosione del concetto di famiglia, nel senso della scissione o autonomizzazione relativa dei suoi elementi costitutivi e delle sue funzioni. L'acquisizione della identità giuridica dell'omosessuale anche agli effetti del matrimonio e della filiazione, infatti, per un verso amplierebbe la via di accesso allo *status* di coniuge di persone che non sarebbero più «marito e moglie»; per altro verso reclamerebbe con forza insopprimibile uno statuto genitoriale nei confronti di persone che non sarebbero più «padre e madre».

L'orientamento sessuale come fonte primaria dell'identità della persona, attributo inseparabile della persona (non del soggetto) libera e sovrana (e non solo capace) di autodeterminarsi e di scegliere le forme della propria vita relazionale, una volta riconosciuta agli effetti del trattamento uguale e non discriminatorio rispetto alla coppia eterosessuale, può consegnare – almeno in teoria – alla coppia omosessuale la possibilità – comune – di un riconoscimento giuridico; può tirarla fuori dalla condizione di irrilevanza nella quale il meccanismo istituzionale di esclusione dal matrimonio l'ha fin qui collocata, aprendo così inevitabilmente anche le porte (non tanto della maternità/paternità, quanto) della responsabilità genitoriale. Quest'ultima d'altro canto, svincolata a sua volta dall'istituto matrimoniale e ormai anche dal fatto procreativo naturale, si presenta essa stessa come situazione disponibile anche a persone che non possono «generare insieme», le quali dunque possono sceglierla ricorrendo alle tecniche che, per l'appunto, la rendono acquisibile artificialmente o in altro modo<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Sarebbero queste sinteticamente le conseguenze dei due passaggi compiuti dall'art. 9 della Carta di Nizza, attraverso la separazione fra le due situazioni giuridi-

Insomma, e indipendentemente dalla valutazione etica o antropologico/filosofica che ciascuno può dare del fenomeno, il giurista non può nascondere a sé stesso come la dimensione centrale della persona e del suo inseparabile corredo di diritti fondamentali che la identificano, abbia innescato una reazione a catena nei dispositivi di funzionamento dell'ordinamento giuridico, e perfino nella sua grammatica concettuale oltre che istituzionale. Un processo che la biotecnologia dal suo canto contribuisce ad incentivare e a moltiplicare, rendendo realizzabili pretese che – nella sempre crescente dimensione costituzionale che valorizza l'autodeterminazione della persona umana – non fanno fatica a diventare diritti<sup>37</sup>.

In tal senso si è detto che il concetto di *status* – nonostante il superamento delle categorie originarie sulle quali era stato costruito – può ancora essere utilizzato, per indicare «le situazioni esistenziali di vita in cui tutti noi possiamo trovarci in qualche fase o momento della nostra esistenza», ma anche la responsabilità che deriva alla persona dal potere che i diritti le conferiscono: quel potere di proporre e vedersi riconosciuto giuridicamente un proprio progetto di vita che coinvolge le generazioni future, di fronte alle quali non si può non essere responsabili<sup>38</sup>.

A fronte di ciò, il discorso del giurista non può più limitarsi alla semplice constatazione dei nuovi «valori» che le Carte europee hanno riversato negli ordinamenti nazionali, ma deve prendere atto piuttosto della necessità di riformalizzare i dispositivi di funzionamento del sistema in maniera tale da ricomporre sia lo iato tra fonti europee e fonti interne; sia quello tra diritto vivente e diritto formale, tra effettività e legalità, riportando in questo alveo, senza depauperarla né limitarla, quella cultura dei diritti fondamentali che – al momento – sta lavorando per l'ap-punto fuori della legge scritta.

che del matrimonio e della famiglia, e l'eliminazione di ogni riferimento alla diversità di sesso degli sposi ancora inclusa nella formulazione dell'art. 12 della Convenzione Edu. In un contesto normativo che rinvia alle leggi nazionali la definizione dei modelli familiari specifici, la Carta avrebbe comunque introdotto il principio del pluralismo dei modelli familiari e allentato in maniera non indifferente le resistenze dei singoli stati nelle procedure di riconoscimento. In tal senso, M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo*, cit., 86 ss.; ed anche G. Ferrando, *Diritti delle persone e comunità familiari*, cit., *passim*; ma anche V. Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa*, cit., 33 ss.

<sup>37</sup> Sarebbe questa la forza insopprimibile dei diritti fondamentali, non solo limite ed argine al potere pubblico, ma soprattutto dispositivi capaci di introdurre «imperativi nuovi nell'ordinamento che li recepisce, trasformandolo», sicché il *claim* diventa uno degli aspetti del *right*. Così V. Colcelli, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 32.

<sup>38</sup> In tal senso, F. Viola, *Statuto giuridico della persona*, cit., 636, 638 ss.

Tali considerazioni rendono interessante anche l'analisi in questa chiave di un'altra casistica «calda». Quella determinata dalla richiesta di riconoscimento di valore legale dello *status* genitoriale acquisito all'estero nei confronti di figli nati dal ricorso a pratiche di maternità surrogata.

Ciò premesso, vediamo adesso in che modo le Corti hanno affrontato le questioni di cui parliamo.

5. Come dicevamo, una prima questione a tutt'oggi agli onori della cronaca in un contesto di conflitto e di incertezza è quella della trascrivibilità in Italia del matrimonio di un italiano coniugato all'estero con persona *same-sex*.

È a tutti noto che le decisioni principali con le quali si è regolata negativamente la questione tecnica della trascrivibilità sono quelle della Corte cost. del 15 aprile 2010, n. 138<sup>39</sup>; e quella

<sup>39</sup> Se ne riporta la massima, divenuta ormai insegnamento consolidato, per la quale «L'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso è da annoverare tra le formazioni sociali a norma dell'art. 2 Cost. cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. È inammissibile la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis c.c in riferimento all'art. 2 ed all'art. 117 Cost., perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata. La questione è infondata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost. in quanto la nozione di matrimonio riferita alle unioni di persone di sesso diverso non può essere superata per via ermeneutica».

Vedi la decisione completa *ex multis* in «Foro it.», 2010, I, 1361, con nota di R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; e in «Fam. dir.», 2010, 653, con nota di M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, 656, che bene mette in luce il «riparto di competenze» fissato dalla Corte attribuendo al legislatore il compito di disciplinare adeguatamente i rapporti di coppia omosessuali, e a sé medesima quello di ragionevolmente amministrare gli interessi della coppia, attraverso la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni ove «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Interessanti osservazioni propone R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2010, II, 527, 531 ss., sull'esegesi dell'art. 29 della Costituzione proposta dalla Consulta, per la quale il contenuto di tale norma non sarebbe superabile per via ermeneutica, nella parte in cui assume l'eterosessualità come presupposto necessario del matrimonio: e ciò anche in ragione del fatto che, stando ai lavori dell'Assemblea costituente, i costituenti nemmeno presero in considerazione la questione del matrimonio omosessuale. L'argomento (cosiddetto originalista) è considerato contraddittorio rispetto all'altra affermazione della Corte per la quale invece i modelli di famiglia e matrimonio non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, ed anche debole nella misura in cui si basa sull'assenza di riflessione dei costituenti, che potrebbe allora essere estesa anche ad altre norme, piuttosto che su loro esplicite dichiarazioni.

della Corte di cassazione del 15 marzo 2012, n. 4184<sup>40</sup>. Non occorre ripercorrere i percorsi argomentativi dell'una e dell'altra, peraltro coincidenti e ormai ben noti. È sufficiente ricordare alcuni passaggi fondamentali di Cass. n. 4184/2012 che richiamano anche la decisione n. 138/2010 della Corte costituzionale.

Primo passaggio. La diversità di sesso dei nubendi è requisito di esistenza del matrimonio alla stregua dell'art. 29 della Costituzione. Pertanto due soggetti dello stesso sesso non hanno diritto di accesso al matrimonio, né di conseguenza diritto a far trascrivere in Italia un matrimonio eventualmente celebrato all'estero.

Secondo passaggio. Nel contesto del diritto europeo, però, l'art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza prevedono il diritto fondamentale di ciascun soggetto di sposarsi e quello di costituire una famiglia (separando l'un diritto dall'altro e perciò svincolando il secondo dal postulato della diversità di sesso), così insinuando la rilevanza giuridica dell'unione *same-sex* anche nell'ordinamento costituzionale italiano. Tale rilevanza però, nella misura in cui è affidata da quelle stesse norme alla discrezionalità del legislatore nazionale, ed ancora nella misura in cui non impone l'equiparazione automatica della coppia *same-sex* alla coppia eterosessuale sposata *ex art. 29*, non può ricostruirsi in relazione a codesto articolo, bensì in relazione all'art. 2. In tale contesto la coppia *same-sex* si atteggia quale formazione sociale dotata del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia, senza che sia riconosciuto il diritto al matrimonio, ma soltanto il diritto di sollevare la questione di legittimità costituzionale ogni qualvolta sia necessario riconoscere in specifici ambiti un trattamento omogeneo a quello della coppia eterosessuale coniugata.

Terzo passaggio. Assodato che l'art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza non hanno efficacia diretta nel nostro si-

<sup>40</sup> Vedila in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, 461, con nota di E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero*, cit.; e in «Fam. pers. succ.», 2012, 857, con nota di F.R. Fantetti, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*. Si rinvia a queste note per una puntuale rassegna dei precedenti arresti delle Corti europee in materie; e a M. Meli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, II, 451, per una panoramica dell'impatto del riconoscimento anche indiretto del matrimonio *same sex* nell'applicazione di diversi istituti e in particolare nell'applicazione del principio europeo della libertà di circolazione. Per una sintesi brillante ed equilibrata si rinvia invece a P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, cit., *passim*.

stema (men che meno nella materia della trascrizione che è di esclusiva competenza nazionale), se non attraverso l'art. 2 della Cost. e nei limiti di una legislazione nazionale che ancora non c'è, ciò non toglie che per effetto dell'integrazione dell'ordinamento italiano in quello europeo, anche nel nostro ordinamento è venuto meno il postulato della diversità di sesso quale requisito indispensabile dell'istituto matrimoniale: il riconoscimento del matrimonio *same-sex* dunque è possibile, nella misura in cui le leggi nazionali lo dispongano e lo regolino. Ciò comporta in definitiva che, ad oggi, il matrimonio *same-sex* non è ancora trascrivibile in Italia, ma non perché inesistente o invalido per motivi di ordine pubblico, bensì perché «inidoneo a produrre effetti giuridici».

Dopo aver esaminato accuratamente il contesto del diritto europeo e la giurisprudenza delle Corti interne ed europee nel loro dialogo, la suprema Corte non trova nessun argomento migliore per chiudere salomonicamente la questione che quello consistente nell'estendere al matrimonio *same-sex* la categoria dell'inefficacia, così sbrigativamente concludendo la precedente pregevole analisi attraverso un espediente linguistico/dommatico che può apparire al tempo stesso tanto astuto quanto fragile. Volendo proseguire su questa linea di ragionamento, infatti, che tocca proprio quei dispositivi di funzionamento del sistema cui prima si accennava individuandone l'oggetto di incidenza specifico dell'operare dei diritti fondamentali, sembra che la Corte abbia voluto dire quanto segue. Il matrimonio *same-sex* celebrato all'estero non è inesistente né invalido, dunque – verrebbe da aggiungere – è esistente e valido, e però è inefficace. Nel sistema del diritto privato l'inefficacia di un atto non dipendente da invalidità si giustifica in ragione di una clausola pattizia che la preveda, ovvero per la mancanza di un requisito oggettivo necessario che impedisce il normale dispiegamento degli effetti (la mancata individuazione delle cose nella vendita generica, la mancanza del consenso del proprietario nella vendita di cosa altrui, o del consenso del rappresentato nel caso della rappresentanza senza potere; l'assenza di un atto necessario della PA, ecc.); ma non si riesce invero ad immaginare l'inefficacia di un atto esistente e non invalido, per il quale non sussiste (più) un impedimento di ordine pubblico alla ricezione nel nostro ordinamento. La circostanza che tale modello di matrimonio non sia previsto nell'ordinamento italiano, attesa la non irrilevanza della coppia stabile di omosessuali che la Corte ha con insistenza segnalato

alla stregua dell'art. 2 della Costituzione, non appare decisiva, sia perché il riconoscimento della fattispecie estranea non è condizionato alla presenza di analoga fattispecie nell'ordinamento di recezione; sia perché tale presenza non necessariamente assicurerebbe l'esito del controllo di ordine pubblico. Se questi ragionamenti sono accettabili, l'inefficacia nel nostro ordinamento del matrimonio *same-sex* contratto all'estero è soluzione utile allo scopo che la corte voleva raggiungere, ma non del tutto coerente. Tanto più se accompagnata dalla precisazione che lo stesso, seppur inefficace in quanto tale, può produrre taluni limitati effetti in virtù della possibilità di ragionevolmente riconoscere in specifici ambiti un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie coniugate: possibilità questa concretamente riconosciuta – ad esempio – dal giudice di Reggio Emilia nella sentenza prima citata. Ma se anche questo è vero, saremmo di fronte allora ad una singolare ipotesi di atto potenzialmente ma attualmente inefficace in quanto tale (per l'impossibilità di riconoscere lo *status* di soggetto coniugato), ma efficace *in parte qua*.

E così discorrendo, per arrivare infine alla decisione di un Tribunale di merito, il quale, forse in base tali taciti ragionamenti, ordina invece la (rifiutata) trascrizione del matrimonio celebrato a New York fra due omosessuali<sup>41</sup>; salvo dover adesso riaffrontare il caso a seguito dell'annullamento dell'ordinanza in sede di appello, non per le ragioni di merito addotte dalla Cassazione, bensì per aver i ricorrenti notificato il ricorso al Comune e non al Sindaco, in quanto ufficiale dello stato civile delegato governativo nella materia<sup>42</sup>!

<sup>41</sup> Trib. di Grosseto, 9 aprile 2014, in «Fam. dir.», 7, 2014, 672, con nota di M. Segni, *Matrimonio omosessuale: novità dall'Europa?*, 673. Il giudice trae le conseguenze della pronuncia della Cassazione n. 4184/2012, e molto sbrigativamente ritiene che, attesa la non inesistenza del matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento, anche ai sensi della giurisprudenza della Corte Edu; e considerata la natura meramente certificativa e non costitutiva della trascrizione, nessun ostacolo si frappone alla trascrizione del suddetto matrimonio, valido di per sé sulla base del principio *tempus regit actum*. La decisione della CEDU cui il Tribunale si richiama è la notissima sentenza del 24 giugno 2010, in «Nuova giur. civ. comm.», 2010, I, 1137, con nota di M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della corte di Strasburgo*, 1148; su quest'ultima decisione, vedi i commenti e le citazioni di G. Ferrando, *Diritti delle persone*, cit., 284.

<sup>42</sup> Così App. Firenze, 24 settembre 2014, inedita, e senza alcuna considerazione nel merito della controversia. Successivamente, come noto, il Ministro degli Interni ha emanato in data 7 ottobre 2014 una circolare, indirizzata ai Prefetti, con la quale gli stessi sono invitati ad intervenire formalmente presso i Sindaci che avessero trascritto matrimoni celebrati all'estero da coppie omosessuali. La circolare riprende gli argomenti di Cass. n. 4184/2012, rivendicando altresì la competenza esclusiva dei legislatori nazionali nella materia familiare, anche ai sensi della Convenzione EDU e della Carta di Nizza.

Torma quanto mai opportuno a questo punto il giudizio di chi saggiamente ha evitato di sviluppare tecnicamente i ragionamenti fin qui prospettati, per commentare che conviene piuttosto «sottolineare il positivo intento di contribuire ... a sottrarre al divieto o all'irrelevanza un altro, non marginale frammento della realtà umana»<sup>43</sup>. Ma il nostro intento non era certamente quello di sminuire la decisione della Suprema Corte, come avesse partorito dalla montagna dei sofisticati ragionamenti compiuti il topolino della inefficacia dell'atto; quanto quello di dimostrare ancora una volta – e perfino sul terreno dei ragionamenti formali tipici dello strumentario civilistico – l'effetto deflagrante dei diritti fondamentali, non solo sul piano dei valori veicolati, ma ancor di più su quello dell'impatto sulle categorie e sui dispositivi di funzionamento del sistema: troppo stretti talvolta per poterne metabolizzare l'ingresso. Ed allora, da questo punto di vista, la Suprema Corte ha trovato ingegnosamente e astutamente un modo per aprire le porte dell'ordinamento interno al matrimonio *same-sex*, non ancora «atto» di diritto civile, ma espressione di una formazione sociale costituzionalmente garantita e soprattutto espressione di un irriducibile diritto della persona, certamente meritevole di tutela come tale, ma non ancora 'fattispecie', in assenza di una norma che come tale espressamente lo qualifici<sup>44</sup>.

6. La casistica relativa all'affidamento e adozione da parte di coppie omosessuali appare risolta con maggiore efficacia rispetto alla precedente. Le decisioni *leading cases* sono le seguenti: una sentenza della Corte EDU del 19 febbraio 2013, n. 19010/07; due decisioni di merito, Trib. Palermo 4 dicembre 2013; Trib. Roma, 30 giugno 2014.

Cominciando dalla decisione della CEDU<sup>45</sup>, la stessa di-

<sup>43</sup> P. Rescigno, *Il matrimonio same sex*, cit., 864.

<sup>44</sup> Sulla stessa linea anche la recentissima Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in «Diritto civile contemporaneo» (<http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/02/lacassazione-sul-diritto-al-matrimonio-di-una-coppia-omosessuale/>), che nega il diritto di una coppia omosessuale di procedere alle pubblicazioni richieste e negate dall'Ufficiale di stato civile.

<sup>45</sup> Vedi il testo integrale della decisione nella pagina [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/CEDU/CEDU19-02-13.htm](http://www.giurcost.org/casi_scelti/CEDU/CEDU19-02-13.htm), nonché in «Nuova giur. civ. comm.», 2013, 519 ss., con nota di C. Fatta e M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo. Il caso della second-parent adoption*, 523; e in epigrafe in «Europa e dir. priv.», 2014, 1, 271, con nota critica di R. Rossi, *Second - parent adoption e omogenitorialità*. Si veda anche la nota di L. Poli, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in «Giur. it.», 2013, 1764.

chiara in contrasto con l'art. 14, in combinazione con l'art. 8 della convenzione, la legge austriaca sull'adozione che riserva solo alle coppie eterosessuali, ma anche ai singoli, l'adozione successiva del figlio del partner, con il consenso del genitore naturale. Tanto in ossequio al diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 menzionato, che comprende anche le relazioni tra genitori e figli, incluse quelle costituite al di fuori del matrimonio o in assenza di legami di tipo biologico, oltre che ovviamente tutte le convivenze stabili tra persone di sesso uguale o diverso. Ad avviso della Corte, e per l'operare del principio di non discriminazione di cui all'art. 14, tale diritto non può non essere riconosciuto allo stesso modo a tutte le coppie.

Nella sua linearità argomentativa, la Corte svolge un ragionamento comparativo della specifica situazione della coppia omosessuale rispetto alla coppia eterosessuale sposata e di fatto. Nel rispetto della competenza degli Stati contraenti in ordine all'accesso al matrimonio da parte delle coppie omosessuali, la discriminazione nell'accesso all'adozione successiva non sussisterebbe in relazione alla coppia coniugata, ma sussisterebbe invece in relazione alla coppia eterosessuale non coniugata, rispetto alla quale la coppia *same sex* versa invece in una situazione analoga che non giustifica la diversità di trattamento. Tanto più che – del tutto incoerentemente – la legge austriaca consente l'adozione da parte di un singolo, anche omosessuale e convivente con un partner registrato, mostrando così di aver accolto come modello familiare possibile anche quello omogenitoriale<sup>46</sup>.

La decisione del Tribunale romano<sup>47</sup>, invece, scaturisce dal

<sup>46</sup> Sono molto forti su questo aspetto le critiche di R. Rossi, *Second parent adoption*, cit., 274 ss., secondo il quale la Corte avrebbe fatto del principio di uguaglianza e non discriminazione una sorta di valore tiranno, un dogma ideologicamente orientato, capace di silenziare tutti gli altri, pure quelli che invece meriterebbero un più equilibrato bilanciamento. Nella fattispecie, prosegue l'autore, sarebbe stato tacitato il diritto del padre naturale del minore – che aveva negato il consenso all'adozione – alla conservazione del proprio legame biologico. Il tema non è di poco momento, e non può essere affrontato in questa sede. Sul piano metodologico si può solo rilevare come il ragionamento della Corte Edu si presenti tipicamente come ragionamento sui principi, non sulla situazione di fatto concretamente posta all'origine della causa. Sicché non sembra corretto criticare il richiamo del principio di non discriminazione per rapporto alla mancata considerazione di una circostanza di fatto (il consenso negato dal genitore naturale), atteso che quest'ultima circostanza potrebbe semmai rilevare al fine di non applicare nella concreta fattispecie il principio, per mancanza dei presupposti, non certamente al fine di metterne in dubbio il contenuto precettivo e la vigenza.

<sup>47</sup> La sentenza, Inedita al momento, è reperibile nella pagina <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/trib-min-Roma-30-7-2014.pdf>; e nella pagina [http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/9/0000066342/Tribunale\\_dei\\_minorenni\\_di\\_Roma\\_sentenza\\_n\\_299\\_14\\_depositata\\_il\\_30\\_luglio.html](http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/9/0000066342/Tribunale_dei_minorenni_di_Roma_sentenza_n_299_14_depositata_il_30_luglio.html).

ricorso di una donna partner stabile e poi coniugata con un'altra donna, con la quale si era realizzato – in entrambi i casi all'estero – un progetto di genitorialità condivisa mediante ricorso alla procreazione assistita. A seguito della nascita della figlia, partorita da una delle due, l'altra ne chiedeva e otteneva l'adozione ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. d, della legge n. 184/1983 (c.d. adozione in casi particolari, con effetti diversi e più limitati rispetto a quelli prodotti a seguito dell'adozione legittimante). Questo è un tipico caso in cui gli *status* acquisiti all'estero vengono portati e riconosciuti in Italia in base al semplice esercizio della libertà di circolazione delle persone.

Indipendentemente dall'interpretazione data dell'art. 44 della legge n. 184/1983, con particolare riguardo alla realizzazione dei presupposti richiesti per quel tipo di adozione<sup>48</sup>, dal nostro punto di vista la decisione si segnala per le argomentazioni con le quali progressivamente la disciplina interna dell'adozione viene piegata e al tempo stesso estesa in alcune sue parti ai diritti reclamati dalle coppie di fatto e da quelle omosessuali. Il che avviene sia attraverso una lettura delle norme interne «conforme» ai principi della CEDU (di cui l'Italia è parte), richiamati per il tramite dell'espedito delle norme interposte in virtù dell'art. 117 della Cost., e quali ricostruiti dalla relativa giurisprudenza<sup>49</sup>; sia attraverso il richiamo ai precedenti interni, dalla già menzionata decisione della Corte cost. n. 138/2010 ad un precedente specifico della Cassazione che concede l'affidamento esclusivo di un minore alla madre separata e convivente con un'altra donna<sup>50</sup>.

Ma l'argomento definitivo con il quale si chiude la decisione è quello che più di ogni altro rende per così dire effettivo ed incidente l'impatto della libera circolazione dello *status* (in questo caso dello *status* di figlio comunque acquisito), unitamente al ri-

<sup>48</sup> In argomento, G. Ferrando, *Diritti delle persone*, cit., 285 ss.

<sup>49</sup> Sul punto vedi *supra*, par. 3.

<sup>50</sup> Si tratta della decisione resa da Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in «Nuova giur. civ. comm.», 2013, I, 432, divenuta nota per l'argomento secondo il quale sarebbe frutto di un pregiudizio, e niente affatto di certezze scientifiche, l'idea per la quale sarebbe dannoso per un minore il fatto di vivere in un contesto di coppia omosessuale: dannosità che non può pertanto darsi per scontata, costituendo piuttosto l'oggetto di specifica dimostrazione, da fornire sul piano educativo e della crescita del minore. Nella fattispecie peraltro, il genitore tenuto a tale onere probatorio in sede di opposizione all'affido del figlio minore alla madre convivente con altra donna, aveva tenuto comportamenti aggressivi nei confronti di quest'ultima, e alla presenza del minore. In argomento vedi la nota di L. Franco, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2013, II, 506.

spetto del diritto al riconoscimento del progetto genitoriale. È l'argomento del richiamo dell'interesse del minore, alla luce dei riscontri effettuati dai consulenti e dagli stessi giudici onorari sul vissuto della piccola e sui comportamenti delle due donne anche relativi al profilo economico-assistenziale. Da entrambi i punti di vista, gli accertamenti di fatto restituivano un quadro di benessere e serenità, inclusivo della possibilità per la piccola di osservare e introiettare diversi modelli di coppia e perciò di non pregiudicare in alcun modo la propria esperienza. Di modo che i giudici ravvisano l'adozione da parte della seconda donna del tutto conforme al *best interest of child*, anzi tale da garantirlo con riguardo al benessere e al sano sviluppo psico-fisico della bimba, indipendentemente dai pregiudizi sociali sulla omogenitorialità, che il Tribunale dichiara espressamente di non potere né dovere assecondare, quale organo superiore di tutela del benessere dei bambini.

Con riferimento a tale casistica si era già segnalato l'effetto che il riconoscimento dell'identità sessuale è in grado di scatenare sui ruoli familiari. Nel caso appena trattato, che non è né sarà l'unico, l'estensione al single omosessuale del diritto all'adozione del figlio del partner<sup>51</sup>, nell'interesse del minore, non realizza semplicemente l'equiparazione non discriminatoria del trattamento giuridico della coppia *same-sex*, ma introduce una genitorialità nuova che non «vuole», né del resto potrebbe, riprodurre i ruoli tradizionali del padre e della madre. In altre parole, la coppia *same-sex* costituita da un genitore biologico e da un genitore adottante è una coppia di due «mamme» o di due «papà», come senza mezzi termini si afferma nella decisione ora citata, nella quale si riferisce in più punti che la bimba chiesta in adozione chiamava entrambe le donne «mamma». Dunque nella coppia genitoriale *same-sex* non vi è affatto una redistribuzione dei ruoli del padre e della madre, né una sorta di *imitatio naturae* che potrebbe indurre uno dei due a rivestire un ruolo contrario alla propria identità sessuale; ma entrambi sono padri o madri in relazione all'identità sessuale. Sarebbe come dire che la differenza dei ruoli genitoriali, derivante dalla «naturale» differenza di sesso, non è più contenuto necessario della

<sup>51</sup> Sui diversi profili di questa casistica si veda G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, II, 681; nonché R. Rossi, *Second parent adoption*, cit., 288 ss., con particolare attenzione al ruolo e alla responsabilità del cosiddetto terzo genitore nelle famiglie ricomposte.

genitorialità, riconducendosi ormai quest'ultima alle capacità di cura piuttosto che alla differenza sessuale. Convincimento questo più volte ribadito dai Tribunali che hanno deciso l'affidamento eterofamiliare a coppie omosessuali, delle quali si è valutato pressoché esclusivamente proprio la capacità di accudire, cioè il corretto esercizio di una funzione, insieme con la stabilità del rapporto con il minore<sup>52</sup>.

Sul piano formale, segnatamente sul piano della operatività dei dispositivi tecnici necessari a dare ingresso ai nuovi diritti (e ai nuovi principi) nel sistema del diritto privato familiare, l'operazione compiuta dalle Corti che hanno riconosciuto l'adozione da parte di coppie *same-sex* si presenta per taluni aspetti più semplice di quella precedentemente esaminata, con la quale – pur rifiutando la trascrizione – si è dato ingresso per così dire «concettuale» al matrimonio *same-sex*. In entrambi i casi, la difficoltà dell'innovazione interpretativa deriva(va) dalla strutturazione dei dispositivi tecnici del diritto di famiglia in funzione della differenza sessuale, e dalla conseguente coincidenza della nozione giuridica di «coppia», sia con riguardo allo *status* di *coniugio*, che con riguardo allo *status filiationis*. Per altro verso, anche i dispositivi generali del diritto privato necessari ad attivare quelli particolari del diritto di famiglia risentono di tale precomprensione legislativa, nella misura in cui la coppia eterosessuale è presupposto di validità del matrimonio e della stessa esistenza della fattispecie matrimoniale come atto negoziale e come rapporto; e al tempo stesso, almeno fino a tempi recentissimi<sup>53</sup>, anche presupposto della filiazione.

A fronte di tale sistema, l'ingresso del diritto fondamentale delle coppie omosessuali al riconoscimento del rapporto di coppia in quanto diritto alla «vita familiare» incontra(va) ostacoli insormontabili, per scardinare i quali nelle casistiche esaminate le Corti hanno usato due diversi «grimaldelli». Il primo è quello della «inefficacia» (relativamente al diritto italiano) dell'atto di matrimonio celebrato all'estero: uno strumento dommatico, a

<sup>52</sup> In tal senso la terza delle decisioni citate all'inizio di questo paragrafo: Tribunale per i minorenni di Palermo, 4 dicembre 2013, in «Fam. dir.», 4, 2014, 351, con nota di G. Mastrangelo, *L'affidamento, anche etero familiare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, ove una rassegna dei precedenti in materia, nonché la menzione delle risultanze delle ricerche nel campo delle scienze psico-sociali, che darebbero fondamento tecnico all'applicazione del principio di non discriminazione alla materia dell'adozione da parte di omosessuali, con riguardo all'identità anche sessuale e all'equilibrio dei minori loro affidati.

<sup>53</sup> Il riferimento è alla recente rimozione da parte della Corte costituzionale del divieto della fecondazione eterologa, sui cui effetti si veda più avanti nel testo.

valenza generale, messo in campo e giocato a cavallo di due fattispecie dai contorni differenziati. L'una, quella del matrimonio, tipica e irreversibilmente fondata sull'eterosessualità. L'altra, quella della formazione sociale, atipica, aperta e indifferente all'identità sessuale. La categoria della inefficacia, utilizzata in luogo della «inesistenza» trova questa unica giustificazione: essere l'unico strumento formale per salvare l'oramai innegabile esistenza e validità giuridica della coppia *same-sex* nel nostro ordinamento, paralizzandone tuttavia la produzione degli effetti giuridici principali, in attesa dell'intervento del legislatore, condizione realizzata la quale anche l'inefficacia verrebbe meno. L'espedito dommatico mostra allo stesso tempo l'invalidabilità dei dispositivi del diritto familiare, ma anche l'inesauribile vitalità del diritto privato generale ad estendere – a dispetto di questi ultimi – la propria capacità qualificatoria a fatti e rapporti che il diritto familiare in quanto tale avrebbe condannato all'irrelevanza giuridica<sup>54</sup>.

Il secondo strumento utilizzato per completare il riconoscimento della coppia omosessuale anche sul terreno della filiazione appare di più semplice utilizzo, per sua 'natura', e per il ruolo che svolge già all'interno del diritto di famiglia. Non si tratta infatti di uno strumento dommatico, questa volta, ma di un dispositivo di principio, che rinvia alle circostanze concrete e che è destinato a dare protezione all'unico diritto non negoziabile e non bilanciabile che il sistema delle relazioni familiari conosce: il diritto del minore al suo *best interest*. Ora, se nella prima casistica le Corti hanno dovuto far ricorso alla sofisticata argomentazione formale e di contesto transnazionale per dare rilievo nel nostro ordinamento a quanto altrimenti sarebbe stato irrilevante; nella seconda casistica le Corti non necessitano di altro che della consulenza tecnica degli «attori» del processo minorile. Una volta spianata la strada alla «non irrilevanza» giuridica della coppia *same-sex* grazie alle Carte europee dei diritti, la costruzione della loro genitorialità è tecnicamente e principalmente una questione di fatto, che si articola in due fasi. La prima consiste nell'adozione di un canone interpretativo «conforme»: dove il legislatore non parla esplicitamente di uomo e donna, la nozione di coppia genitoriale si intende nel modo più

<sup>54</sup> Ed è questo in definitiva – almeno parrebbe a me – il senso di quanto scrive, con il tocco leggero del maestro, P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, cit., 864, in chiusura delle sue osservazioni sulla sentenza n. 4184/2012.

largo possibile. La seconda consiste nella verifica – questa sì tutta di fatto – della concreta esperienza del minore e dei suoi «genitori»: dove c'è il benessere dell'uno e le cure degli altri, lì c'è *the best interest of child*. E lì c'è anche la famiglia: una situazione giuridica non più soltanto effetto di un procedimento formale che culmina nella stipula *ex ante* del negozio matrimoniale; ma al contrario esito di una serie di situazioni di fatto positivamente valutate per dar vita *ex post* ad un modello familiare indipendentemente da quel procedimento formale<sup>55</sup>.

Ma ancora una volta, e nonostante l'importanza dell'impatto ora illustrato dei diritti fondamentali sui dispositivi del diritto privato e della famiglia, forse non è ancora questo il punto principale della questione.

Il vero punto critico sta nella conseguenza inevitabile che la omogenitorialità può portare con sé nel cammino dei diritti fondamentali all'interno della famiglia e rispetto agli *status* fami-

<sup>55</sup> Estremamente interessanti e complesse al proposito le indicazioni di V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in «Studi sul diritto di famiglia», cit., 114 ss. A seguito dello svolgimento dell'idea e del fenomeno del pluralismo familiare (la famiglia ripensata dal «basso»), l'A. lancia la considerazione per cui «nella sua essenza vitale il principio-famiglia non discende dal diritto ... scaturisce invece dal 'basso' della concreta ed effettiva esperienza», perché la famiglia come istituzione preesisterebbe alla legge positiva. E così prosegue: «Sotto questo aspetto, i grandi cambiamenti intervenuti hanno consentito di acclarare la totale irrilevanza ai fini della riconoscibilità della formazione famiglia del formale atto di costituzione (matrimonio)» e il carattere determinante della relazione di coppia (115). Seppur aperto a tale idea di deformalizzazione della famiglia, tuttavia l'A. si affretta a reintrodurre un profilo formale di qualificazione e riconoscimento della famiglia medesima richiedendo che all'essere concreto e multiplo della famiglia faccia riscontro un *dover essere* normativo, quale rappresentato tuttavia non solo dal modello dell'art. 29 Cost., «quanto piuttosto dal complessivo sistema, globalmente considerato, dei valori dell'ordinamento» risultanti dal diritto interno, dal diritto europeo e dalla giurisprudenza. Per concludere infine richiamando un doppio criterio di qualificazione: la rispondenza del rapporto ai principi di sistema (in quanto conforme al dover essere della persona), e ai valori dell'ordinamento in quanto «riflesso di quella più ampia giuridicità sociale originaria ... espressione del concreto ... strutturarsi ... della esperienza di vita dei consociati». Il ragionamento esprime benissimo la complessità e la difficoltà dell'interprete di formalizzare il nuovo senza comprimerne l'innovatività in un ordinamento che opera prevalentemente per fattispecie, e senza comunque disperdere una nozione di rilevanza che suppone una conformità ad un «dover essere», quantomeno di valori e di principi.

Sulla coppia *ex ante - ex post* è costruita la recente analisi di N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., *passim*, metodologicamente assunte non più come presupposto oggettivo, ma come «strumento operativo sempre plasmabile in funzione di sopravvenienze normative o fattuali», di modo che viene definitivamente a rompersi nel pensiero dell'A. il pregiudizio della completezza e definitività del sistema giuridico (33): le categorie infatti sarebbero il risultato costruito *a posteriori*, non il presupposto, del procedimento applicativo del giurista (220). Per l'applicazione di questa metodologia all'istituto familiare si veda il terzo capitolo del citato volume, 89 e ss.

liari. E la conseguenza è che il diritto fondamentale di costituire una famiglia «logicamente» porta con sé il diritto di procreare, oltre che di adottare. E il diritto di procreare nell'ambito di una coppia *same-sex* si lega automaticamente alla libertà – ancorché regolata – di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa.

Non sembra davvero un caso, per quanto concerne la vicenda italiana, che quasi a ridosso delle decisioni che a vario titolo conferivano rilevanza giuridica e copertura costituzionale alle coppie *same-sex*, la Corte costituzionale abbia demolito uno degli ultimi tasselli della legge nazionale sulla procreazione assistita, rimuovendo il divieto del ricorso alla fecondazione eterologa, sostanzialmente per la rilevata lesione del diritto alla salute e del diritto alla piena realizzazione della vita familiare e all'autodeterminazione intesa come scelta di formare una famiglia – sulla base degli artt. 2, 3, 31, 32 Cost. –, oltre che per l'irragionevolezza del divieto rispetto alla *ratio legis*. Nell'operare il necessario bilanciamento con altri diritti, la Corte prende in considerazione i diritti del figlio nato da codesta pratica all'identità genetica e alla conoscenza del genitore naturale, rispetto ai quali la tutela già assicurata dalla normativa vigente rende il divieto di fecondazione eterologa del tutto irrazionale e costituzionalmente infondato<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> La decisione della Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162 è reperibile in forma integrale nella pagina <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>. Per i primi commenti, si veda G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in «Corr. giur.», 2014, 1068; Id., *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2014, II, 393; V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in «Fam. dir.», 2014, 761. Come è noto, alla decisione finale della Corte costituzionale si è giunti attraverso un complicato percorso, che vede uno speciale dialogo tra la nostra Consulta e la Corte EDU. Ed infatti, sulla base di una prima pronuncia di quest'ultima che dichiara il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge austriaca contrario all'art. 14 in relazione all'art. 8 della Convenzione, facendo comunque salvo il margine di apprezzamento degli stati (Corte EDU 1 aprile 2010, n. 57813/00, S.H. c. Austria, in «Giur. it.», 2011, 776, con nota di M. Rizzuti, *Fecondazione eterologa e diritti umani*, 780; vedila poi riportata in epigrafe in «Europa e dir. priv.», 4, 2010, 1219, con nota di F. Cerri, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est?*; e in «Fam. dir.», 2010, 977, con nota di U. Salanitro, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, 981, che sottolinea il possibile impatto della decisione nell'ordinamento italiano), alcuni tribunali di merito rimettono alla Consulta la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa (si veda la ricostruzione della vicenda in dettaglio nelle note di Ferrando e Carbone prima citate, ma anche il testo delle ordinanze di rimessione in «Nuova giur. civ. comm.», 2013, I, 589, con nota critica di G. Di Rosa, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente*

Certamente al momento la dichiarata illegittimità costituzionale del divieto rende possibile il ricorso alla PMA eterologa solo alle coppie coniugate o conviventi ma di sesso diverso, ma non sembra lontana dal vero la già segnalata possibilità di una successiva dichiarazione di illegittimità di tale limite proprio alla stregua dell'art. 2 della stessa Costituzione e della normativa CEDU, in quanto discriminatorio rispetto alle coppie omosessuali, la cui «capacità» di essere genitori non sembra più in discussione<sup>57</sup>. Si consideri che anche rispetto a tali problematiche, la circostanza della praticabilità della fecondazione eterologa in altri paesi – presa in considerazione dalla Consulta per rilevare una ulteriore fonte di discriminazione tra coppie che hanno o non hanno i mezzi per andare all'estero – e la conseguente circolazione delle persone che vi hanno fatto ricorso, rende necessaria una presa di posizione<sup>58</sup>.

*assistita*, 611). Con ordinanza del 7 giugno 2012, n. 150 (ancora in «Europa e dir. privato», 1, 2013, 196, con nota di A. Nicolussi e A. Renda, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*, 212; commenti critici sulla procedura seguita in A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in «Contr. e impr.», 2012, 1381; e U. Salanitro, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, II, 636) la Corte trasmette nuovamente gli atti ai giudici rimettenti, essendo frattanto intervenuta la seconda decisione della Corte EDU, Grande Chambre, 3 novembre 2011, ancora sul caso S.H. c. Austria, che ribalta la prima decisione (vedila in «Nuova giur. civ. comm.», 2012, I, 224, con nota di C. Murgio, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*, (233), affinché la questione di costituzionalità venga rivalutata dai giudici del merito alla luce della nuova interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte. A questo punto, ritenendosi in parte assorbito il profilo di contrasto della legislazione italiana con la Convenzione EDU, attraverso il dispositivo delle norme interposte, i Tribunali di merito sollevano nuovamente la questione, sulla base dei parametri costituzionali interni, con le ordinanze riportate in «Nuova giur. civ. comm.», 2013, I, 912, con nota di I. Rapisarda, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, 929. L'esito è quello di cui all'inizio di questa nota.

<sup>57</sup> In tal senso M. Segni, *Matrimonio omosessuale*, cit., 678, secondo il quale l'estensione dei diritti della coppia eterosessuale a quella omosessuale è oramai un principio acquisito dalla Corte, in ossequio al principio di non discriminazione.

<sup>58</sup> In verità una prima presa di posizione c'è stata da parte della giurisprudenza. Ed è quella della Corte d'Appello di Torino, 29 ottobre 2014, citata e commentata con ampi riferimenti a tutta la problematica dei 'diritti' delle coppie omosessuali da 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 [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com), I, 2015. Ribaltando la decisione di 1° grado, la Corte ordina la trascrizione negli Atti dello stato civile dell'atto di nascita di un minore nato in Spagna da due donne coniugate ai sensi della legge spagnola, le quali avevano lì cooperato nella realizzazione mediante fecondazione eterologa di un progetto genitoriale, nel quale una aveva donato il materiale genetico e l'altra aveva portato avanti la gravidanza e partorito.

Ma se così sarà, allora si dovrà o si potrà nuovamente porre il problema del bilanciamento tra il diritto anche delle coppie *same-sex* di realizzare un progetto genitoriale e il diritto all'identità biologica e alla conoscenza delle proprie origini del nato da codesto progetto, al momento regolato attraverso il principio della legge n. 40/2004 per cui la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo a relazioni giuridiche parentali tra i donatori e il nato, che è figlio della coppia che ha fatto ricorso a tale pratica. Un principio che ha la sua *ratio*, ma che finisce per complicare ulteriormente il nostro discorso sugli *status*, nella misura in cui – in un caso così drammatico – ne sceglie uno e ne offusca un altro.

7. Alla luce di quanto fin qui osservato, anche la questione concernente il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che attribuiscono lo *status* genitoriale, e correlativamente quello di figlio, alle coppie che hanno fatto ricorso – là dove possibile – a pratiche consentite di maternità surrogata assume rilievo specifico, non solo per l'evidente impatto sullo statuto antropologico della persona, ma ancora una volta per l'impatto che il reclamo del diritto al progetto genitoriale nella forma del diritto fondamentale produce sul sistema del diritto di famiglia. La possibilità della scissione delle fasi della riproduzione, infatti, e poi la conseguente possibile scissione della funzione materna in due o tre donne, la committente (titolare o meno del materiale genetico) e la gestante partoriente, mentre si atteggiano quali lontani epigoni che evocano la leggenda di Re Salomone o del «cerchio di gesso» di Brecht (ove tuttavia una sola fra le due donne che si contendono un figlio viene riconosciuta madre); per altro verso e in ragione di ciò consegnano ai singoli ordinamenti la decisione sul possibile riconoscimento di una doppia maternità, ovvero sul superamento della concezione naturalistica della maternità. Nel Regno Unito, come tra poco si dirà, il *parental order* può creare due madri; in California, per contro, la gestante partoriente nemmeno è madre<sup>59</sup>.

La giurisprudenza europea si è espressa in proposito sia con

<sup>59</sup> A titolo informativo, per una prima conoscenza delle disposizioni e delle prassi adottate negli USA, si veda il sito [http://www.thesurrogacysource.com/international\\_surrogacy.htm?gclid=CKztw7rri8MCFezHtAodHw8AcQ](http://www.thesurrogacysource.com/international_surrogacy.htm?gclid=CKztw7rri8MCFezHtAodHw8AcQ); mentre per uno studio recente sulle legislazioni europee in materia si veda il documento della Commission international dell'état civil (scritto da F. Granet) su La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant, reperibile nella pagina <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>.

riguardo al problema diretto della riconoscibilità dei provvedimenti stranieri che attribuiscono lo *status* genitoriale nel senso sopra detto; sia con riguardo a possibili effetti specifici del riconoscimento dello *status* genitoriale, ad esempio ai fini della fruizione del congedo per maternità. Conviene riferire brevemente di tali casi.

a) Nelle note decisioni *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>60</sup>, la Corte EDU affronta la questione sotto il profilo dell'art. 8 della Convenzione. Le autorità francesi rifiutano la trascrizione nei registri di stato civile degli atti di nascita di bambini nati negli Stati Uniti (California e Minnesota) a seguito di contratti di maternità su commissione e di conseguente gestazione portata a termine da una donna «surrogata», grazie all'impianto di un embrione formato in vitro con materiale genetico proveniente a metà dal padre committente e da una terza donna donatrice. In tali casi, che ad essere precisi vedono protagoniste tre donne (la committente sterile, la gestante, la donatrice), le autorità americane adottano un provvedimento con il quale viene attribuito ai committenti lo *status* di padre e madre dei minori nati da codeste operazioni. Prevale cioè l'elemento della «committenza», quale strumento attraverso il quale – nel caso di acclarata sterilità della donna – si esprime il progetto genitoriale della coppia, non realizzabile con i mezzi naturali, e perciò «ricreato» attraverso la biotecnologia e la «disponibilità» di una madre surrogata, che non esprime in tal modo alcun «intento genitoriale», ma semplicemente quello di rendere possibile il progetto genitoriale della coppia committente. In tal senso, la legge degli Stati indicati riconosce prevalenza al «diritto» dei committenti di essere comunque genitori, per nulla limitato dalla circostanza materiale della conduzione della gravidanza da parte di una terza donna che, in astratto, potrebbe anch'essa rivendicare il «diritto» e lo *status* di madre derivante dal legame biologico, anche se non genetico, istituito attraverso la gravidanza e il parto. Quanto alla donatrice, evidentemente alla stessa nessun diritto è riconosciuto per la titolarità genetica del materiale utilizzato per la formazione *in vitro* dell'embrione.

A fronte del rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il provvedimento statunitense di attribuzione dello *status* genito-

<sup>60</sup> Vedi le due decisioni del 26 giugno 2014, che trattano uniformemente i due casi, nel sito [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179#{"itemid":\["001-145179"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179#{), e i commenti di T. Trinchera in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-24-/3201>.

riale, i signori Mennesson propongono ricorso, interrogando la Corte in merito alla compatibilità con i diritti garantiti dalla Convenzione della decisione dello Stato di privare i bambini nati da una pratica di maternità surrogata regolarmente praticata all'estero, nel Paese in cui gli stessi risiedono, dei documenti di stato civile che attestino il loro *status* di figli della coppia che ha fatto ricorso alla procreazione assistita, in particolare per quanto riguarda il loro rapporto con il padre biologico.

La Corte EDU esamina la questione dal punto di vista dell'art. 8 della Convenzione, cioè dell'eventuale violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, considerato in tutte le sue forme, inclusa quella costruita attraverso il ricorso a pratiche di maternità surrogata, e stabilisce che, alla luce del divieto delle suddette pratiche nell'ordinamento francese (fraudolentemente eluso dalla coppia), non si configura alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione al diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare, la quale non risulta di fatto impedita in Francia; ma si configura, invece, violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione al diritto dei minori al rispetto della loro vita privata.

Il passaggio argomentativo che rende possibile elaborare questa contrastante rilevanza della stessa norma dal punto di vista della coppia committente e da quello dei figli, è quello consueto fondato sulla mancanza di generale consenso e sul conseguente «margine di apprezzamento» degli Stati nella questione in oggetto; argomento vestito della consueta forma per la quale «la necessità in una società democratica» dell'ingerenza statale nella vita privata e familiare va valutata in relazione alla sua base legale e alla legittimità dello scopo perseguito. Elementi, questi, tutti presenti nella posizione dello Stato francese, anche in considerazione del non ampio consenso che negli Stati si riscontra in ordine a tale pratica di maternità. Ma rilevanti solo dal punto di vista della tutela del diritto cui all'art. 8 in capo alla coppia; non invece da quello dei figli, il cui diritto fondamentale *ex art. 8* sarebbe per contro violato dal mancato riconoscimento dello *status* di figli, tanto più in presenza del legame biologico con il padre. La lesione del diritto, infatti, risulta apprezzabile sia con riferimento all'incertezza giuridica della loro identità in Francia, sia con riferimento all'esercizio dei diritti successori nei confronti della madre.

Nel bilanciamento degli interessi in gioco, pertanto, il margine di apprezzamento dello stato francese non è sufficiente a

negare il riconoscimento dello *status filiationis* ai minori nati da maternità surrogata legittimamente praticata in un altro stato<sup>61, 62</sup>.

<sup>61</sup> La rilevanza per così dire strategica dell'argomento che considera la violazione dell'art. 8 sotto la specola dei diritti dei minori nati dalle pratiche di maternità surrogata risulta – *a contrario* – dalla circostanza per la quale, ove tale interesse non sia in gioco, la stessa Corte EDU torna a riconoscere agli Stati quell'ampio margine di apprezzamento che rende loro possibile vietare o precludere l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa, ove il divieto risulti motivato e ragionevole. Torna utile ricordare al proposito le due (già menzionate) contrastanti decisioni, quella del 1 aprile 2010, che ha reputato lesivo dell'art. 8, ma in combinazione con l'art. 14 della Convenzione, il divieto della legge austriaca di ricorrere alla fecondazione eterologa, quantomeno con riguardo alle coppie per le quali il ricorso alla fecondazione eterologa costituisce l'unico mezzo per concepire un figlio; e quella successiva del 3 novembre 2011, che ha invertito la rotta, ma esclusivamente sotto la specola dell'art. 8 CEDU, con il quale le limitazioni nel ricorso alla donazione di materiale genetico sarebbero infine compatibili, se giustificate da uno scopo legittimo; sebbene notando come in questa materia «*the law appears to be continuously evolving*» e la materia stessa sia «*subject to a particular dynamic development in science and in law*». Sulle decisioni vedi quanto riferito in nota 56, e in particolare il contributo di C. Murgio, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa*, cit., nonché la nota di T. Trinchera in <http://www.penalecontemporaneo.it>. L'atteggiamento di prudenziale apertura della Corte EDU è poi evidente in altra recente decisione dell'8 luglio, ma diffusa dalla Corte il 9 settembre 2014, relativa al ricorso n. 29176/13 nel caso *D. e altri contro Belgio (D. ET AUTRES c. BELGIQUE)* con la quale i giudici internazionali hanno respinto il ricorso di due genitori i quali contestavano al Belgio, tra l'altro, la violazione dell'articolo 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare per aver impedito, in un primo momento, l'ingresso in Belgio di un minore nato un accordo di maternità surrogata con una donna, in Ucraina; la richiesta era stata respinta in quanto non risultava provato il rapporto di filiazione con i due ricorrenti, atteso che, in base alla legge di diritto internazionale privato belga (art. 27), la filiazione non poteva essere stabilita sulla base dell'atto di nascita ucraino. Di qui il ricorso della coppia alla CEDU, la quale ha dato ragione al Belgio, ritenendo giustificata la richiesta di prove adeguate e di ulteriori accertamenti volti ad accertare il legame tra la coppia dei ricorrenti e il bambino, anche per combattere la tratta degli esseri umani. Una volta ottenute le prove, infatti, è stato consentito l'ingresso del bambino in Belgio.

<sup>62</sup> È di questi giorni, infine la pubblicazione di un'altra decisione della Corte EDU, 27 gennaio 2015, nel ricorso Paradiso e Campanelli c. Italia, reperibile alla pagina <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111159> (vedi un commento di A. Viviani, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i «pregiudizi» dei giudici nazionali*, nella pagina <http://www.sidi-isil.org/sidi-blog/?p=1294>), nella quale i giudici di Strasburgo rilevano ancora la violazione dell'art. 8 della Convenzione da parte dei giudici italiani della Corte di Campobasso che, in presenza della consueta richiesta di una coppia italiana di vedersi riconosciuto lo *status* di genitori del minore nato all'estero in virtù di un contratto di maternità surrogata, rifiutano la trascrizione del certificato di nascita del minore e soprattutto ne dispongono l'allontanamento dai richiedenti, assegnando il bambino ai servizi sociali e poi ad altra coppia. La decisione in verità si pronunzia soltanto sulla seconda decisione nazionale (dichiarando inammissibile il ricorso sul rifiuto di trascrizione), quella concernente la rottura del legame instauratosi tra la coppia e il bambino pur nel corso di un breve periodo di tempo. Ed ha modo di affermare, tra l'altro, che «*Selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien*

b) In una logica diversa si muove la Corte di Giustizia, in due recenti decisioni del 2014<sup>63</sup>, ove si affronta la questione del possibile riconoscimento dello *status* di madre in capo alla donna committente, allo specifico effetto della richiesta avanzata dalla stessa di congedo parentale nel rapporto di lavoro. In un caso, originato nel Regno Unito, la committente/richiedente, per la verità, era considerata madre già alla stregua dello stesso diritto inglese<sup>64</sup>, ma il congedo è negato nonostante la donna avesse cominciato ad accudire il bambino, in quanto non previsto dalla normativa previdenziale inglese per tale tipologia di maternità. Nell'altro caso, originato in Irlanda, la committente richiedente (peraltro anche madre biologica) vantava lo *status* di madre alla stregua del diritto della California, paese nel quale la procedura era stata eseguita, ma il congedo è rifiutato per motivazioni tecniche analoghe a quelle addotte nel caso inglese. Di qui, il rinvio pregiudiziale e il quesito interpretativo concernente alcune disposizioni delle Direttive europee in materia di parità di trattamento, e soprattutto in materia di previdenza, salute e sicurezza sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. Si chiedeva in particolare se, alla luce di tali direttive e dei principi delle carte, abbia diritto al congedo per maternità anche la donna che non ha partorito, ma svolga comunque le funzioni di madre, non di fatto, ma per avere acquisito su altri presupposti tale *status*<sup>65</sup>.

Va ricordato che nel sistema dell'UE, attesa la non competenza dell'Unione nella materia familiare, gli stati membri sono ancora sovrani nelle questioni di stato civile, ma sono tuttavia vincolati al diritto comunitario quantomeno sotto il profilo del rispetto dei principi di non discriminazione e del trattamento più favorevole.

*parental, génétique ou autre*», giustificando così la decisione circa il mancato rispetto dell'art. 8 sull'argomento del superiore interesse del minore, irrinunciabile e pregiudiziale anche con riferimento a meri rapporti di fatto.

<sup>63</sup> Vedile nel sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), e poi commentate in «Nuova giur. civ. comm.», 2014, 750, con nota di C. Campiglio, *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, ed ivi altri riferimenti.

<sup>64</sup> Si tratta dello Human Fertilisation and Embryology Act del 2008, reperibile nella pagina <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

<sup>65</sup> Più esattamente la corte definisce il quesito in tal modo: «il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la direttiva 92/85 debba essere interpretata nel senso che una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata ha diritto al congedo di maternità previsto all'articolo 8 di tale direttiva, e ciò, in particolare, nel caso in cui la madre committente, dopo la nascita, effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino». Il testo della decisione è disponibile nella pagina <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=2&id=3745>.

Ebbene, in questo contesto la Corte di giustizia, pur prendendo in considerazione le diverse possibili figure di maternità (segnatamente quella propria del diritto inglese derivante dal *parental order*)<sup>66</sup>; e pur dilungandosi sulla necessaria protezione delle donne lavoratrici nel frangente della gravidanza e della maternità; tuttavia giunge alla conclusione per la quale il congedo per maternità è sì previsto per favorire le relazioni tra madre e figlio dopo la gravidanza, ma suppone per l'appunto che una gravidanza ci sia stata in capo alla richiedente e che quest'ultima pertanto sia stata incinta e abbia partorito, situazione nella quale la madre committente per definizione non rientra, pur se dopo la nascita del bambino ne assuma la cura e la responsabilità<sup>67</sup>.

La Corte visibilmente rifiuta di riconoscere effetti alla scissione delle fasi riproduttive fra diverse donne; laddove forse la direttiva 92/85, distinguendo espressamente la posizione della lavoratrice *gestante* da quella della *puerpera* e della lavoratrice *in periodo di allattamento* avrebbe potuto consentire di scindere

<sup>66</sup> Come già accennato, infatti, la legge inglese del 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act*, art. 54, in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54>) prevede che un giudice possa, su istanza di parte e in presenza di date condizioni, emettere un provvedimento di conferimento della potestà genitoriale su un bambino («parental order»), affinché quest'ultimo sia considerato, da un punto di vista giuridico figlio dei richiedenti. Questa la parte iniziale del testo della section 54: (1) *On an application made by two people («the applicants»), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if – (a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination, (b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and (c) the conditions in subsections (2) to (8) are satisfied. (2) The applicants must be – (a) husband and wife, (b) civil partners of each other, or (c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.*

<sup>67</sup> Recita testualmente la Corte: «Occorre tuttavia aggiungere che la direttiva 92/85, come si evince in particolare dal suo considerando 1, persegue l'obiettivo di stabilire prescrizioni minime per proteggere sul lavoro le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. Tale direttiva, dunque, non esclude in alcun modo la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute delle madri committenti che abbiano avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, consentendo loro di beneficiare di un congedo di maternità a seguito della nascita di detto figlio. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione che la direttiva 92/85 deve essere interpretata nel senso che *gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'articolo 8 di tale direttiva a una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino* (c.n.).»

quantomeno le posizioni della prima da quella della terza, atteso che anche la madre allattante affidataria stabilisce con il figlio quella stessa relazione oggetto di tutela e garanzia che ha la par-toriente. Sicché, così ragionando, si sarebbe potuta porre anche una questione di non discriminazione fra le due madri e di conseguenza tra i figli nati da maternità surrogata, in contrasto con l'art. 24 della Carta di Nizza sui diritti dei minori<sup>68</sup>.

Non si può nascondere, infatti, indipendentemente ancora una volta dalla valutazione sul piano dell'etica dell'ammissibilità o meno delle pratiche di maternità surrogata, l'impressione che la Corte abbia voluto far uso di un'argomentazione prudenziale tipicamente per fattispecie, quasi formalistica, che si offre ad almeno due osservazioni. La prima concerne il mancato rilievo dell'incoerenza interna dell'ordinamento inglese, il quale, per un verso ammette la maternità surrogata quale posizione e *status* certamente paritari rispetto alla maternità naturale; per altro verso, nulla prevede in materia di protezione sociale della madre committente. Ora, sebbene la Corte non possa né debba risolvere la controversia nazionale<sup>69</sup>, stupisce tuttavia che, nell'enunciare il principio di diritto per cui «gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'articolo 8 di tale direttiva a una lavoratrice ... in qualità di madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata...», non si sia posta il problema di coerenza sopra indicato, né abbia suggerito al giudice nazionale di farlo.

La seconda osservazione concerne il mancato rilievo – ancora una volta – della discriminazione che il principio affermato può determinare tra i figli. Questo aspetto, infatti, viene esaminato con riguardo alla posizione delle donne, sotto il profilo della discriminazione basata sul sesso, e la Corte lo esclude; omettendosi però qualunque considerazione circa la disparità di trattamento che il rifiuto di congedo produce nei confronti dei nati da maternità surrogata, dal punto di vista del diritto a beneficiare di quella particolare relazione madre-figli che il congedo – nelle parole della Corte: punti 34, 36 – vuole assicurare, specie

<sup>68</sup> Per queste osservazioni, vedi C. Campiglio, *Il diritto dell'Unione europea*, cit., secondo la quale non sarebbe estranea alla *ratio* delle direttive in questione una ripartizione del periodo di congedo fra le due donne, la gestante prima del parto, e la committente dopo. Quantomeno in quegli ordinamenti, come quello dell'UK, che ammettono la surroga della maternità.

<sup>69</sup> Che spettava al giudice rimettente semmai risolvere attraverso un'interpretazione evolutiva della legislazione previdenziale coerente con le novità introdotte dall'Embryology Act.

negli ordinamenti come quello inglese che riconoscono e disciplinano la maternità per sostituzione<sup>70</sup>.

8. In chiusura di questo studio, e nella prospettiva che lo stesso vuole sviluppare, conviene riproporre e sintetizzare qualche riflessione circa la connessione tra i diritti fondamentali delle persone che risultano coinvolte nella realizzazione di un «progetto genitoriale» su commissione e l'esito finale regolato dagli ordinamenti (in questo caso quelli statunitensi) allo scopo di fissare lo *status* genitoriale e lo *status filiationis* dei nati da quel progetto.

In teoria, infatti, ed a partire dal presupposto ipotetico del riconoscimento delle operazioni di procreazione assistita e di maternità surrogata in funzione della soddisfazione di diritti fondamentali, un ordinamento potrebbe adottare – si ripete in teoria – differenti soluzioni in ordine al riconoscimento della maternità. Secondo un primo punto di vista, madre potrebbe pur sempre essere la donna surrogata partoriente, qualora l'ordinamento ricollegasse i presupposti di acquisto del diritto al fatto naturale della gestazione: scelta del tutto «naturale», per l'appunto, e ragione-

<sup>70</sup> Nel nostro ordinamento, la questione del riconoscimento di provvedimenti stranieri attributivi dello status genitoriale alla coppia committente risulta trattata principalmente in due decisioni. La prima concerne un caso di riconoscimento della sentenza straniera che attribuisce lo *status* genitoriale alla madre committente italiana nei confronti di due figli partoriti da una surrogata inglese in un'epoca nella quale la legge italiana non vietava ancora la maternità surrogata. In tal caso, il giudicante valuta il provvedimento inglese di *parental order* non contrario all'ordine pubblico internazionale, e soprattutto elabora l'argomento della paradosalità della situazione che il diniego di riconoscimento verrebbe a creare per i minori, figli di due madri diverse in Italia e nel Regno Unito. Si tratta della nota sentenza della Corte d'appello di Bari, 13 febbraio 2009, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2009, III, 699; ed anche in [http://www.tribmin.reggiocalabria.giustizia.it/doc/varie/maternita\\_surrogata.pdf](http://www.tribmin.reggiocalabria.giustizia.it/doc/varie/maternita_surrogata.pdf), con nota di G.M.P. Surace. La seconda, viceversa, decide in senso contrario, con riguardo ad un caso nel quale nessuno dei due committenti aveva un qualche legame biologico con il minore, il quale era nato in Ucraina ed ivi registrato come figlio della coppia committente, in un periodo nel quale la legge italiana aveva già previsto, come ad oggi prevede, il divieto espresso di maternità surrogata. Nella fattispecie peraltro, i genitori erano stati sottoposti a procedimento penale per il reato di alterazione di stato *ex art.* 567 c.p. Si tratta della nota Cass. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, reperibile in <http://www.sentenze-cassazione.com/sentenze-cassazione-2014/testo-sentenza-fecondazione-eterologa-surrogazione-maternita/>. Aggiornamenti sugli orientamenti recenti della giurisprudenza di merito, sulla scia questa volta dei principi espressi dalla Corte EDU, si trovano nel sito <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa/-/3546->, con riferimento alle decisioni del Trib. Varese, 8 ottobre 2014, che esclude il reato di alterazione di stato (ed altri reati connessi) quando l'atto di nascita dei minori di cui si chiede riconoscimento sia stato validamente formato nel rispetto della legislazione vigente del paese nel quale il bambino è nato; e del Trib. Milano, 15 ottobre 2013 e 8 aprile 2014.

vole per l'inconfutabile e oggettiva rilevanza delle circostanze «gestazione» e «parto», che da sempre sono presupposto dello *status* di madre (e vedi l'art. 269, terzo comma, del nostro codice).

Ma una volta ammessa la scissione delle fasi riproduttive, la fecondazione e la gestazione, su due soggetti diversi, la prevalenza della fase gestazionale in quanto «naturale» non ha più una giustificazione assoluta, ma si colloca piuttosto sullo stesso piano del diritto della madre committente (non importa se anche fornitrice di materiale genetico), non potendo la (espressamente dichiarata) liceità del patto procreativo trovare altra giustificazione logica diversa dal riconoscimento del diritto di essere madre anche alla committente. *De iure condendo*, infatti, una volta cancellato il monopolio naturale della maternità quale esito della gestazione e del parto, e soprattutto, una volta riconosciuto il diritto di essere madre sulla base della formulazione di un progetto genitoriale «assistito» che non include il parto né la gestazione, sarebbe contraddittorio riservare poi l'acquisto dello *status* genitoriale ancora e soltanto nei confronti della madre surrogata, privando la madre committente del «risultato» al quale il progetto genitoriale ammesso all'assistenza di per sé mira, che è lo *status* di madre.

Ma tutto questo, sul piano della tecnica giuridica, consegue alla scelta fondamentale di un ordinamento di riconoscere ad un'aspirazione umana la forma del diritto, ed a quest'ultimo la forza del diritto fondamentale, con il che il riconoscimento dello *status* genitoriale si pone come conseguenza per molti aspetti inevitabile.

La biotecnologia offre l'opportunità di scindere le fasi della riproduzione, una volta inseparabili, rendendole disponibili ad un negoziato fra i relativi attori e portatori di interessi; la legittimazione giuridica delle conseguenti pratiche di procreazione «assistita», anche attraverso la partecipazione di una pluralità di donne, toglie alla madre naturale l'esclusiva dello *status* genitoriale e lo rende disponibile – con il suo consenso, o anche senza se così un ordinamento prevedesse – anche alla madre committente.

Questa è la forza dirompente del diritto fondamentale, e questo il suo effetto: la rottura degli schemi di attribuzione, nella specie della corrispondenza senza residui tra maternità naturale e maternità giuridica (schema non rotto dalla figura dell'adozione, alternativa che invece rispetta e presuppone quella naturale).

Ciò posto, dunque, non deve stupire – indipendentemente da valutazioni di carattere etico che non sono oggetto delle presenti riflessioni – la scelta degli ordinamenti degli Stati americani presso i quali le coppie dei signori Mennesson e Labassee – protagonisti dei casi appena esaminati – si recarono per poter «diventare genitori». Una volta trasferita l'attuazione del progetto genitoriale nella sfera della disponibilità dei privati, seppur con l'assistenza dei soggetti preposti a tal fine dalla legge, l'attribuzione dello *status* di genitori alla coppia committente è la conseguenza logica del ricorso alla surrogazione di maternità. Se di «sostituzione» nelle funzioni gestazionali si tratta, allora è logico che gli effetti della sostituzione si producano nella sfera del soggetto nell'interesse e nel nome del quale la gestazione è stata condotta, e che intende assumersi la responsabilità genitoriale: dunque la «vera» madre – dotata del relativo *status* – sarà la committente e il «vero» padre con relativo *status* sarà l'uomo (ma a questo punto il partner, indipendentemente dal sesso) che ha condiviso con lei il progetto, mentre il nato è a tutti gli effetti figlio di entrambi.

Se questo appare – non solo *de iure condendo* – il procedimento logico originato dalla «individualizzazione» del diritto di essere genitori, e reso possibile dalla scissione delle fasi riproduttive, il problema si sposta adesso sul piano del riconoscimento degli *status* genitoriali così derivati da parte degli ordinamenti che – pur conoscendo il diritto al progetto genitoriale – non ammettono tuttavia le pratiche della procreazione assistita nella forma radicale della surroga di maternità. Ed è qui che si manifesta in concreto per un verso la forza di incidenza dei diritti fondamentali sugli ordinamenti nazionali, per altro verso la forza di resistenza di questi ultimi nell'opporre valori o scelte legislative idonee a paralizzare le pretese cui i diritti fondamentali darebbero legittimazione. Ed è qui – ancora – la singolarità della struttura assunta dai diritti fondamentali negli ordinamenti transnazionali e multilivello come quelli realizzati nel contesto dell'Unione Europea, o più in generale nell'ambito dei quali interviene, in Europa, la Corte EDU.

Una singolarità che – in ragione dei limiti che assistono i rapporti tra fonti europee e fonti nazionali e della conseguente imperfetta comunicazioni tra le une e le altre – si manifesta attraverso una costruzione «relativizzata» del contenuto e della reclamabilità dei diritti, o di alcuni di essi, ovvero attraverso una

misura della sanzione per la loro violazione che non è in alcun modo in grado di dare effettività al *claim* del titolare del *right*.

Protagoniste di questo singolare processo sono le Corti, ma non nel senso ovvio dato dalla circostanza per la quale c'è sempre – e non può non esserci – un giudice che stabilisce il contenuto effettivo di un diritto –, ma nel senso dato dal fatto che l'interpretazione dei diritti fondamentali nel contesto europeo è nel concreto consegnata ad un oligopolio di magistrature che rispondono ciascuna ad una propria «regola» e che non comunicano l'una con le altre, se non attraverso meccanismi per così dire di *soft law* attivati dalla diffusione dei processi culturali da un formante all'altro.

In tal senso l'imperfetto cammino dei diritti fondamentali o di alcuni di essi è frutto dell'azione della pluralità degli ordinamenti che a diverso titolo e con diversa efficacia li riconoscono. Mentre la Corte EDU attiva i propri meccanismi di garanzia nelle forme rese ad essa possibili in base a quanto disposto nel titolo II della Convenzione<sup>71</sup>; e la Corte di Giustizia amministra i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza nei limiti di cui all'art. 51 al titolo VII della medesima; le Corti costituzionali dei singoli Stati, in sintonia o meno con le Corti interne, ristabiliscono in misura continuamente variabile la frontiera degli ordinamenti loro consegnati, elevando od abbassando barriere all'ingresso di quei diritti che – nell'esercizio del margine di apprezzamento riservato agli Stati – appaiono più o meno incompatibili o compatibili con i valori e con la legislazione nazionali e con il cammino che la disciplina interna intraprende nel processo di adeguamento al diritto europeo.

Ed è per questo che la titolarità e il contenuto dei diritti fondamentali, specie quando irrompono nella materia oggetto del nostro esame e interferente con gli *status* della persona, si presentano a geometria variabile, in relazione alla combinazione di argomenti attivata volta per volta dagli ordinamenti che la persona incontra nella sua libera circolazione da uno Stato all'altro dell'Unione Europea o del territorio europeo. Ed è ancora per questo che l'operare combinato della giurisprudenza delle Corti può spezzare quell'unicità della persona e dei suoi *status* che l'esperienza giuridica degli ordinamenti nazionali garantiva comunque per «certa», una volta che lo *status* fosse acquisito.

<sup>71</sup> E degli artt. 41, in particolare, e 46, che complessivamente privano la Convenzione di efficacia diretta e vincolante negli Stati firmatari della Convenzione, assegnando al reclamante tutt'al più un'equa soddisfazione.