

Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Le aporie di costruzione dell'istituto familiare, secondo Costituzione: unità della famiglia versus eguaglianza tra i coniugi e diseguaglianza tra figli naturali e figli legittimi? La correzione o integrazione, per via d'interpretazione, del dettato costituzionale per opera della Carta di Nizza-Strasburgo, alla luce del principio della massimizzazione della tutela. – 2. Le vie percorse allo scopo di rendere maggiormente “inclusiva” l'idea costituzionale di famiglia e l'attesa che venga a formazione una consuetudine culturale che la riconosca e giustifichi, ciò che nondimeno non toglie che alcuni interessi emergenti in seno alle formazioni “parafamiliari” debbano ugualmente essere, da subito e come si conviene, protetti. – 3. Il preminente interesse del minore e le forme continuamente cangianti in cui esso si presenta e si fa apprezzare (esempi tratti dalla più recente giurisprudenza, costituzionale ed ordinaria). – 4. L'eguaglianza come work in progress e la conferma, venuta dalla recente vicenda del cognome della madre aggiunto a quello del padre, del fatto che l'ottimale appagamento degli interessi in campo richiede comunque lo sforzo congiunto del legislatore e dei giudici. – 5. I casi tragici, davanti ai quali il diritto rivela tutti i suoi limiti, i conflitti di volontà che, in questi come in altri casi, possono aversi, la ricerca delle soluzioni di volta in volta maggiormente adeguate ad appagare l'effettivo e preminente interesse del minore, nonché a salvaguardare l'unità della famiglia.

1. Le aporie di costruzione dell'istituto familiare, secondo Costituzione: unità della famiglia versus eguaglianza tra i coniugi e diseguaglianza tra figli naturali e figli legittimi? La correzione o integrazione, per via d'interpretazione, del dettato costituzionale per opera della Carta di Nizza-Strasburgo, alla luce del principio della massimizzazione della tutela

* L'articolo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

La famiglia appare da tempo alla ricerca di una propria identità e complessiva stabilità non raggiunta e – temo – nella presente congiuntura problematicamente raggiungibile.

Negli ordinamenti di democrazia occidentale (tra i quali il nostro), la famiglia sembrava essere, ancora fino all'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra, dotata di capisaldi incrollabili, sui quali si reggeva il modello di una formazione sociale primigenia, di stampo marcatamente patriarcale, in seno alla quale la condizione dei figli nati in costanza di matrimonio era di assoluta soggezione, nel mentre quella dei figli nati fuori del matrimonio era gravemente squilibrata, trovandosi essi sostanzialmente sguarniti di tutela persino in alcuni dei loro elementari bisogni¹.

Le Carte venute alla luce dopo l'immane tragedia del secondo conflitto bellico hanno posto rimedio a questo stato di cose non oltremodo tollerabile. Vi hanno però provveduto in modo non sempre lineare e, comunque, a mezzo di enunciati fatti oggetto – come si sa – di controverse letture, alcune delle quali reciprocamente, frontalmente contrapposte.

Così è stato per la nostra Carta, in relazione alla quale non voglio né posso qui riprendere le numerose questioni sollevate dai disposti degli artt. 29 ss., limitandomi tuttavia a far osservare che il processo di emancipazione della famiglia dall'antico modello patriarcale si è svolto nei banchi della Costituente tra non rimosse ambiguità e complessive incertezze di cui il dettato costituzionale porta il segno. L'intento di liberare la donna dalla condizione di minorità in cui versava nei riguardi del coniuge dell'altro sesso non si discute, rispecchiandosi soprattutto nella formula, gravida di conseguenze ad oggi non in tutto esplorate, della eguaglianza morale, prima ancora che giuridica².

¹ Su questo modello e sui suoi successivi sviluppi, v. P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011.

² La più avvertita dottrina ha da tempo sollecitato a dare l'opportuno rilievo all'enunciato costituzionale (tra gli altri, G. Silvestri, *Brevi note sull'eguaglianza "morale" dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 75 ss.; P. Perlingieri, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, p. 485 ss.; M. Bessone, *Eguaglianza "morale" dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, p. 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, p. 1 ss.; F. Caggia, A. Zoppini, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Foriera di non pochi rischi, anche particolarmente gravi, è però l'affermazione secondo cui l'eguaglianza stessa può trovarsi a dover recedere davanti al bene superiore dell'unità della famiglia. Ferma l'idea, argomentata dalla più sensibile dottrina, secondo cui l'unica "specie" di eguaglianza che potrebbe andare soggetta a limiti è quella giuridica, non mai la morale (ciò che ridonderebbe in una inconcepibile menomazione della dignità della persona costretta a pagarne le conseguenze), si fatica a comprendere – perlomeno non riesce a me di comprendere – perché mai la salvaguardia del bene, prezioso ed indisponibile, dell'unità debba comportare, in talune circostanze o con riferimento a talune fattispecie, il sacrificio dell'eguaglianza. Qualora, infatti, dovesse riscontrarsi una divergenza di vedute tra i coniugi, portatori d'interessi reciprocamente confliggenti, la composizione della stessa – *ferma l'eguaglianza* – non può che aversi in applicazione della "logica" del bilanciamento, che porta, auspicabilmente, a reciproche e fin dove possibili non sperequate concessioni e, talora, anche a far recedere la posizione dell'uno rispetto a quella dell'altro soggetto, in funzione appunto della cura del valore dell'unità, secondo quanto è proprio dei bilanciamenti in genere tra i beni della vita costituzionalmente protetti, persino laddove gli stessi siano provvisti di "copertura" in principi fondamentali della Carta. E però – qui è il punto – un esito che veda un principio occasionalmente recessivo rispetto ad un altro nulla toglie al carattere comunque "fondamentale" dei principi stessi, di *tutti* tali principi, vale a dire alla loro paritaria partecipazione, in partenza, alle operazioni di ponderazione assiologica. Sono infatti i casi della vita o, diciamo pure, le situazioni di fatto a portare a sistemazioni varie dei principi (e, di riflesso, degli interessi dagli stessi riguardati), senza che per ciò essi restino privati della loro eguale, comune attitudine a porsi a fondamento dell'ordinamento.

D'altro canto, com'è stato segnalato dalla più avveduta dottrina e giurisprudenza, l'unità presuppone l'eguaglianza, si fa, consolida e trasmette per il tramite di questa, non già col sacrificio, tanto più se sistematico, delle posizioni sempre della stessa persona, condannata

Olivetti, I, Torino, 2006, spec. p. 611 ss. Più di recente, M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 145 ss.).

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

perciò, col pur involontario avallo della Carta, a recedere davanti alle aspettative dell'altra persona componente la coppia³.

Il vero è che il Costituente si è espresso in modo improprio: non conoscendo il linguaggio dei bilanciamenti secondo valore, venuto a maturazione in un tempo successivo, ha discorso di limiti all'eguaglianza, intendendo tuttavia nella sostanza riferirsi non già al mantenimento di posizioni stabilmente sperequate tra i coniugi – ciò che, a tacer d'altro, avrebbe fatto a pugni col previo riconoscimento della parità morale – bensì ad occasionali (e, anzi, eccezionali) sacrifici imposti agli interessi ora dell'uno ed ora dell'altro coniuge in funzione della salvaguardia del bene complessivo (l'"unità") della famiglia e, perciò, della idoneità di questa a trasmettersi integra nel tempo⁴.

³ Troviamo scritto in una recente pronunzia della Consulta, su cui si tornerà, che "è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo", poiché l'unità "si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità" (sent. n. 286 del 2016, con richiamo a Corte cost. n. 133 del 1970; ha, non molto tempo addietro, fatto il punto sull'orientamento del giudice costituzionale in tema di eguaglianza tra i coniugi F. Biondi, *Quale modello costituzionale*, in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli 2014, p. 20 ss.). Ai principi di eguaglianza e ragionevolezza, tanto *uti singuli* quanto in combinazione col principio di solidarietà, è fatto frequente richiamo nella giurisprudenza, costituzionale e comune, sia in costanza di matrimonio e sia pure a seguito dello scioglimento di questo, secondo quanto ad es. testimonia ora la pur discussa pronunzia della Cassazione (I sez. civ., sent. n. 11504 del 2017, del 10 maggio 2017) in tema di determinazione dell'assegno di divorzio, in base al criterio dell'autosufficienza e non più di quello del tenore di vita (la decisione può vedersi in www.altalex.com, con nota di G. Vassallo; v., inoltre, M.V. De Giorgi, *Due cuori e due capanne: la Cassazione sull'assegno di mantenimento*, in www.lacostituzione.info.it. In argomento, v. B. de Filippis, M. Pisapia, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2017).

⁴ Ciò che, naturalmente, non porta ad ammettere che, attraverso il riferimento all'unità, si è intesa affermare l'indissolubilità del matrimonio, tant'è che la disciplina sul divorzio ha potuto essere pianamente introdotta con legge comune. L'unità, infatti, com'è stato egregiamente dimostrato dalla più accreditata dottrina, non equivale all'"eternità" del vincolo; è, piuttosto, qualità essenziale della famiglia che dura fintantoché dura la famiglia stessa e però – qui è il punto – per la sua parte concorre appunto a farla durare, laddove la disuguaglianza ne mina le fondamenta, pregiudicandone l'attitudine a trasmettersi nel tempo.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

A riprova, poi, del carattere incompiuto del processo di liberazione della famiglia dai lacci che un tempo ne impedivano il dispiegarsi in vista della piena ed eguale realizzazione dei progetti di vita di ciascuna delle persone che la compongono, sta l'ambiguo disposto di cui all'art. 30, III c., cost., secondo cui ai figli nati fuori del matrimonio è assicurata "ogni tutela giuridica e sociale, *compatibile* con i diritti dei membri della famiglia legittima". Ciò che, a stare alla lettera dell'enunciato, può portare non soltanto ad una sperequata condizione tra i figli, a seconda che siano naturali ovvero legittimi, ma anche al sacrificio della posizione degli uni rispetto a quella dei coniugi, con buona pace del principio del preminente interesse dei minori stessi, di cui si dirà meglio a momenti.

Sappiamo che la legge n. 219 del 2012 ha quindi provveduto a disinnesicare la mina vagante nascosta nel terreno costituzionale: la piena parificazione nel trattamento dei figli, rispondente al valore della "pari dignità sociale" e del conseguente divieto di discriminazione in base alla condizione personale e sociale dei figli stessi, ha finalmente dato appagamento ad un bisogno elementare di giustizia diffuso nel corpo sociale, seppur col costo di rimuovere quel "compatibilmente" che, per una rigorosa accezione della rigidità costituzionale, non avrebbe consentito il raggiungimento dell'obiettivo con la via breve della legge ordinaria⁵.

Non è la prima volta e non sarà di certo l'ultima che il dettato costituzionale costituisce oggetto di modifiche frutto di manipolazioni venute alla luce in modo più o meno scoperto per via d'interpretazione (segnatamente, da parte dei giudici) o – come qui – ad opera del legislatore, col benevolo avallo di coloro (in specie, i giudici costituzionali) che dovrebbero piuttosto presiedere alla scrupolosa osservanza del dettato stesso.

C'è però da dire che i disposti degli artt. 29 e 30, sopra richiamati, vanno riletti alla luce di quanto dispongono altre Carte dei

⁵ Ho già anticipato questo pensiero nel mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in Consulta OnLine, 30 maggio 2014, p. 29 ss.; v., inoltre, utilmente, E. Lamarque, *Relazione di sintesi su Famiglia e filiazione*, in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 593 ss. e, della stessa, già, *sub art. 30*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, cit., spec. p. 628 ss. e p. 634 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

diritti, tra le quali particolare rilievo va assegnato alla Carta di Nizza-Strasburgo, se non altro a motivo della forza “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*) di cui essa, al pari di ogni fonte di diritto eurounitaria, è dotata. Tanto più, poi, se si considera che le previsioni di tale Carta possono vantare a loro “copertura” la coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – di cui ai principi di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità). Per ciò che qui più da presso importa, va dunque fatta menzione dei disposti di cui agli artt. 20 e 21 della Carta dell’Unione, laddove si riconosce il principio di eguaglianza ed è fatto divieto di “qualsiasi forma di discriminazione”, senza eccezione alcuna dunque, e, in particolare (per quanto concerne la condizione dei figli), di quella fondata sulla “nascita”⁶. Con riguardo ai coniugi, peraltro, l’art. 23 della Carta medesima⁷ garantisce la parità di uomini e donne “in tutti i campi”, e perciò pure in seno alla comunità familiare⁸.

Qui, per vero, ci si trova davanti ad un bivio, e si tratta di scegliere se imboccare l’una o l’altra via, che, nondimeno, seppur attraverso diversi percorsi, si ricongiungono quindi nella meta, nell’esito teorico-ricostruttivo.

Per l’una, per effetto di una interpretazione “letteralistica” (ancor più che letterale) degli enunciati sopra richiamati, si ammette la loro divergenza di senso e il carattere maggiormente avanzato di quelli aventi origine esterna, idonei a prevalere su quelli della Carta costituzionale grazie alla forza di cui dispongono, nell’assunto che non

⁶ In argomento, ora, A. Morrone, C. Caruso, *sub art. 20*, e C. Favilli, F. Guarriello, *sub art. 21*, entrambi in Aa. Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017, rispettivamente, p. 385 ss. e p. 411 ss.

In termini non dissimili si esprime, com’è noto, l’art. 14 della CEDU, a commento del quale P. Proli, *sub art. 14*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 518 ss., spec. p. 544 ss.

⁷ ... a commento del quale, F. Spitaleri, M.L. Vallauri, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 448 ss.

⁸ È pur vero che gli ambiti materiali di applicazione della Carta sono unicamente quelli rientranti nella competenza dell’Unione, ma – in disparte la vistosa tendenza alla loro espansione – non va trascurato il ruolo che anche altre Carte (a partire dalla CEDU) possono giocare al fine del rinnovamento semantico degli enunciati costituzionali, secondo quanto si dirà meglio a momenti.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

osti alcun principio fondamentale di diritto interno (alcun “controlimite”) all’ingresso ed all’affermazione delle norme eurounitarie⁹.

Per l’altra, si acconsente alla reinterpretazione “eurounitariamente” orientata della Costituzione¹⁰, pervenendosi – come si diceva – al medesimo risultato, allo stesso tempo nondimeno ammettendosi – come pure si faceva notare – la eventualità che interessi emergenti in seno alla famiglia ed occasionalmente tra di loro confliggenti siano ricomposti a mezzo della tecnica usuale del bilanciamento, in vista dell’interesse superiore della famiglia stessa, fondato sulla (e costantemente alimentato dalla) eguaglianza dei coniugi.

A beneficio del secondo corno dell’alternativa può, peraltro, farsi richiamo di una preziosa indicazione di metodo venuta da una nota pronunzia della Corte costituzionale, secondo cui le Carte dei diritti e la Costituzione “si integrano reciprocamente nella interpretazione” (sent. n. 388 del 1999). Come mi è stata data occasione di far notare altrove, la partita che ogni volta si gioca tra le Carte dei diritti (Costituzione compresa) e si rinnova in ragione delle complessive esigenze dei casi prescinde da proprietà formali delle Carte stesse, risultando l’esito del gioco piuttosto da connotati sostanziali (o, meglio, assiologico-sostanziali) e, perciò, a conti fatti, dal modo con cui le *norme* (non le *fonti*) si pongono le une davanti alle altre, combinandosi e variamente influenzandosi a vicenda in ragione delle complessive esigenze dei casi stessi. La forza delle norme, insomma, se così vogliamo seguitare a chiamarla, si coglie ed apprezza al piano *culturale*, prima ancora che a quello *positivo*,

⁹ A mia opinione, questa conclusione è, poi, da tener ferma anche in relazione ad ogni altra Carta dei diritti, quale la CEDU, che, in relazione ad una vicenda data, si dimostri in grado di portare ancora più in alto della stessa Costituzione la salvaguardia dei diritti stessi. Per vero, non dovrebbe essere così, a motivo del carattere “subcostituzionale” riconosciuto dalla Consulta alla CEDU (e – viene da dire – ad ogni altra Carta); e, però, non si dimentichi che la stessa giurisprudenza costituzionale, proprio al piano dei rapporti tra diritto interno e Convenzione, richiede all’operatore (e, perciò, anche a... *se stessa*) di verificare ogni volta dove si situa la più adeguata tutela ai diritti in campo (spec. sent. n. 317 del 2009 e succ., tra le quali, ora, la sent. n. 68 del 2017). Sul punto, si tornerà a breve.

¹⁰ ... così come, naturalmente, orientata a CEDU ed alle altre Carte di origine esterna.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

ciascuna Carta mettendo in campo quanto di più e di meglio in sé racchiude, spendendolo al servizio dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, più ancora, dignità) e, dunque, dei più pressanti bisogni emergenti nei casi stessi.

Non si trascuri, a quest'ultimo riguardo, che la stessa giurisprudenza ha, specie di recente, in modo particolarmente insistito e persino martellante rilevato che occorre sempre tener presente l'intero complesso dei beni o interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema", senza dunque fermarsi ai soli diritti la cui tutela è rivendicata nel corso della singola vicenda processuale¹¹. Non soltanto, perciò, occorre bilanciare l'interesse familiare – com'è usualmente chiamato – con altri interessi parimenti protetti, quale quello alla sicurezza, secondo quanto si vedrà meglio a momenti con esempi, ma anche all'interno del microcosmo familiare vanno costantemente tenuti presenti tutti gli interessi in gioco e, perciò, le posizioni di tutti i soggetti di cui la famiglia si compone: di *tutti e in pari misura*, prestandosi nondimeno una cura particolare agli interessi dei minori, i soggetti maggiormente vulnerabili ed esposti e, proprio per ciò, meritevoli di una speciale protezione.

Il criterio-guida è, dunque, quello della massimizzazione della tutela¹², secondo una "logica" sistemica che punta diritto all'obiettivo

¹¹ *Ex plurimis*, Corte cost. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 del 2017.

¹² Al criterio in parola una nutrita dottrina ha fatto (e fa) richiamo [tra gli altri, G. D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in Aa.Vv., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Napoli 2015, p. 17 ss.; C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 126 ss. e p. 168 ss.; G.M. Salerno, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Napoli, 2015, p. 103 ss.; C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in Consulta OnLine, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. p. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. Spadaro, *Sull'aporía logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, p. 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in Aa.Vv., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta,

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

del minor sacrificio possibile delle posizioni in campo, vale a dire dell'affermazione della famiglia *ut sic*, della sua unità e integrità appunto.

2. Le vie percorse allo scopo di rendere maggiormente "inclusiva" l'idea costituzionale di famiglia e l'attesa che venga a formazione una consuetudine culturale che la riconosca e giustifichi, ciò che nondimeno non toglie che alcuni interessi emergenti in seno alle formazioni "parafamiliari" debbano ugualmente essere, da subito e come si conviene, protetti

Ci si deve, tuttavia, subito chiedere se i riferimenti alle Carte di origine esterna, ancora prima di essere utilizzati con profitto al fine di ridisegnare i rapporti tra i coniugi e di questi con i figli, possano dimostrarsi parimenti utili allo scopo della complessiva riconsiderazione della essenza della famiglia.

Torna qui – come si vede – l'annosa questione dell'apertura della famiglia alle coppie di orientamento omosessuale, dovendosi stabilire se al fine della caratterizzazione della famiglia rispetto a formazioni sociali a questa affini sia, o no, da tener fermo il paradigma eterosessuale della coppia. Una questione – come si sa – fatta oggetto di plurimi e divergenti orientamenti, dei quali non è qui possibile dar conto neppure in sunto. Mi limito, al riguardo, solo a richiamare un dato che mi parrebbe inconfutabile nella sua oggettiva consistenza, del quale più avanti esaminerò alcune espressioni in relazione a vicende animatamente discusse, riassumibile in una tendenza che va sempre più crescendo e che, come un fiume in piena, rischia di travolgere gli argini segnati dalla Carta costituzionale, quanto meno per il modo con cui si rispecchiano in talune ricostruzioni dottrinali e – ciò che più importa – nella giurisprudenza costituzionale¹³. In realtà, secondo

Torino, 2016, spec. p. 55 ss.; *ivi* pure C. Salazar, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, p. 217 ss., e L. D'Andrea, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. p. 314 ss.; L. Cappuccio, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 412 ss.].

¹³ Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. n. 138 del 2010. Non è inopportuno qui rammentare che la indicazione in essa data in ordine alla necessaria diversità di sesso dei coniugi non ha mai vacillato; ed è solo certa dottrina e

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

quanto si vedrà meglio con esempi, sono i casi della vita a rendere palese come gli interessi emergenti nel tessuto sociale (e, sopra tutti, appunto quelli dei minori) fatichino in talune circostanze a trovare senza alcuna forzatura accoglienza in seno al modello familiare, la cui

giurisprudenza comune che ne hanno talora dato una deformata rappresentazione. Così, ad es., è stato con la singolare invenzione di un istituto che non c'è e che non può esserci, il matrimonio "a tempo" del transessuale, cui si è fatto luogo in occasione del seguito (a mia opinione, infedele) dato dalla Cassazione, I Sez. civ., n. 8097 del 2015, a Corte cost. n. 170 del 2014, allo scopo sfruttando uno spunto offerto da B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, ripreso, tra gli altri, da P. Bianchi, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, p. 669 ss., spec. p. 671; sul caso Bernaroli e, in genere, sulla condizione dei transessuali, prima però della decisione della Consulta, v., part., A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013. Notazioni fortemente critiche alla decisione della Cassazione adottata a seguito del verdetto della Consulta, possono vedersi in R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, p. 2680 ss.; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014; C. Panzera, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, in www.forumcostituzionale.it, 18 settembre 2015 e, se si vuole, nei miei *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*, 1/2015, 28 aprile 2015, p. 304 ss., e *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, p. 126 ss.; in quest'ultima *Rivista*, altri punti di vista a commento della decisione della Cassazione suddetta. In argomento, v., inoltre, variamente, F. Saitto, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giur. cost.*, 3/2014, p. 2706 ss., spec. p. 2714; C. Salazar, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confronticostituzionali.eu, 27 giugno 2014; A. D'Aloia, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, p. 672; S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10/2014, I, p. 2685 ss.; A. Rapposelli, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 gennaio 2015; C.P. Guarini, *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 1 aprile 2016, e, da ultimo, R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, in corso di stampa per i tipi della ESI, § 6 c).

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

struttura costitutiva elementare poggia sul paradigma suddetto. Una struttura che tuttavia non sempre si dimostra idonea a reggere il peso di tutti gli interessi suddetti, sì da consentire quindi la loro ragionevole e – fin dove possibile – appagante affermazione.

A fronte di questo stato di cose, molte vie sono state battute nell'intento di rendere maggiormente flessibile ed aperto il modello costituzionale: da quella che porta a considerare passibile d'integrazione il modello stesso con previsioni di legge ordinaria¹⁴, all'altra percorsa da quanti invece reputano allo scopo indispensabile il ricorso alle procedure aggravate di cui all'art. 138 della Carta¹⁵, infine all'altra ancora imboccata da coloro che già oggi ne ammettono l'allargamento per via d'interpretazione, assumendosi che l'idea costituzionale di "famiglia" sia intrinsecamente "plurale", sì da potersi adattare anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso¹⁶,

¹⁴ Molti gli autori dichiaratisi favorevoli al possibile allargamento della nozione costituzionale di "famiglia" per questa via, senza che – a loro dire – a ciò osti il punto di diritto fissato dalla sent. n. 138 del 2010 (per tutti, R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, p. 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in Aa.Vv., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu, F. Facury Scaff, Florianópolis 2012, spec. p. 103 ss., e in altri scritti ancora, nonché R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012, p. 258 ss. e G. Ferrando, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Pol. dir.*, 1/2017, p. 49 ss., spec. p. 52 ss.).

¹⁵ Tra gli altri, A. Spadaro, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 345 ss., spec. p. 360 ss. Il mio pensiero sul punto, più volte manifestato, può – se si vuole – vedersi in *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in Aa.Vv., *Discriminação por orientação sexual*, cit., p. 111 ss.

¹⁶ Di quest'idea si è fatta da tempo a con vigore portatrice un'accreditata dottrina, specie civilistica, alimentando un dibattito ad oggi in corso, particolarmente acceso ed internamente articolato (variamente sul punto, di cruciale rilievo, V. Scalisi, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, p. 7 ss., nonché in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 3 ss.; A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, spec. il cap. I; M.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

tanto più appunto ove si invocano a sostegno di siffatta espansione le Carte dei diritti aventi origine esterna (e, segnatamente, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo), per il modo con cui se ne fanno interpreti e garanti le Corti europee, la cui giurisprudenza in tema di “vita familiare” appare maggiormente inclusiva rispetto a quella nazionale (e, specificamente, a quella costituzionale)¹⁷.

Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, p. 1306 ss. e, nella stessa *Rivista*, F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, 6/2016, p. 1447 ss., del quale v., già, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, 2002, I, p. 509 ss.; G. Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, p. 1219 ss., spec. p. 1230 ss.; G. Collura, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, Milano, 2008, p. 825 ss.; C. Mazzù, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Torino, 2009, p. 527 ss.; Aa.Vv., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Torino, 2014, e M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014; Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.; R. Amagliani, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in Aa.Vv., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015, p. 625 ss., spec. p. 639 ss.; M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., p. 142 ss.).

¹⁷ Riferimenti in E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli 2011, spec. all'ult. cap.; A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in Aa.Vv., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Napoli 2011, p. 255 ss., spec. p. 274 ss.; E.C. Raffiotta, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in Aa.Vv., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti, A. Morrone, Torino, 2011, p. 323 ss.; C. Pitea, L. Tomasi, *sub art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 297 ss., spec. p. 329 ss.; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, cit., spec. p. 181 ss.; M. Segni, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e succes.*, 4/2012, p. 252 ss.; V. Scalisi, *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, cit., p. 7 ss.; R. Conti, in molti scritti, tra i quali, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, p. 127 ss.; *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014, spec. alla parte VI (ma *passim*); *Avvicinarsi alla nozione di vita familiare secondo CEDU*, in www.giustiziacivile.com, 3/2016, 15 marzo 2016; *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in Aa.Vv., *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri, D. Rinoldi, V. Petralia, Napoli 2016, p. 75 ss.; *Il giudice e il*

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Non credo tuttavia che il pur opportuno e costante richiamo fatto alla giurisprudenza sovranazionale sia conducente allo scopo della dimostrazione che la nozione costituzionale di famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, debba ormai considerarsi meritevole di complessivo ripensamento per effetto delle suggestioni ed indicazioni provenienti *ab extra*. Ferma infatti restando l'influenza, considerevole e benefica, esercitata da tale giurisprudenza, la quale peraltro – non si dimentichi – è comunque debitrice di quella nazionale, da cui attinge le c.d. “tradizioni costituzionali comuni”, facendone nondimeno oggetto di originale rielaborazione¹⁸, sta di fatto che il complessivo

biodiritto, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., *passim* e, da ultimo, *Coppie e famiglia nella giurisprudenza CEDU*, relaz. all'incontro organizzato dalla Scuola della magistratura, struttura decentrata di Bologna, su *Unione civile e convivenze ad un anno dall'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, alla luce dei decreti attuativi*, 5 giugno 2017, in *paper*; M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, p. 481 ss.; M.M. Winkler, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in Aa.Vv., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma, 2013, p. 75 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013, p. 19 ss.; 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.*, 8-9/2013, p. 1764 ss.; R. Palladino, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, *Human Rights*, 3/2013; F. Mannella, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, p. 2013, p. 49 ss.; Aa.Vv., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, Berlin, 2014; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, cit., spec. p. 182 ss.; L. Lorello, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Torino, 2015, p. 45 ss.; M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 153 ss. e p. 162 ss.; A. Valitutti, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, in Aa.Vv., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, p. 675 ss.; A. Fenoglio, *sub art. 33*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 631 ss.

¹⁸ Per tutti, O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero sia l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, p. 242 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla*

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

indirizzo delle Corti sovranazionali appare essere particolarmente cauto e rispettoso delle “tradizioni” (non comuni...) invalse presso ciascun ordinamento statale, com'è giusto d'altronde che sia in forza dell'esplicito richiamo fatto alle legislazioni nazionali nelle Carte suddette in ordine al diritto alle nozze¹⁹. Sono, infatti, molte le decisioni delle Corti europee in cui troviamo espressamente enunciato il principio secondo cui il matrimonio tra omosessuali non è né imposto né vietato²⁰, allo stesso tempo tuttavia pretendendosi giustamente rispetto per il principio di non discriminazione, specificamente per ciò che attiene all'adozione da parte di persona ovvero di coppia omosessuale, subordinandosi nondimeno l'esercizio del diritto al preminente interesse del minore²¹. Analoga attenzione per le discipline legislative nazionali si ha anche con riferimento ai casi in cui la condizione personale riscontrata in seno alla famiglia o ad una formazione sociale “parafamiliare” acquista rilievo in ambiti esterni (tra i quali, quello del lavoro)²².

Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata, in Aa.Vv., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., p. 91 ss.

¹⁹ Si rammenti quanto al riguardo stabilisce l'art. 9 della Carta dell'Unione: “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”. Similmente, l'art. 12 della CEDU: “A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”. Con specifico riguardo alla giurisprudenza in materia di famiglia della Corte EDU, posta a raffronto di quella dei giudici nazionali, un chiaro quadro di sintesi è negli scritti sopra cit. di R. Conti.

²⁰ Emblematico, al riguardo il noto caso *Schalk e Kopf c. Austria*.

²¹ Tra gli altri, *Fretté c. Francia*, *E.B. c. Francia*, *Gas e Dubois c. Francia*, *X e altri c. Austria*. Si rammenti inoltre il noto caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, con cui è stata dichiarata contraria a CEDU la revoca dell'affido condiviso del figlio, a danno del genitore dichiaratamente omosessuale, esclusivamente in quanto disposta a motivo di questa sua qualità.

²² Ad es., in *Parris c. Trinity College Dublin*, la Corte dell'Unione, I Sez., 24 novembre 2016, in causa C-443/15, rileva non esser causa di alcuna discriminazione fondata sull'orientamento sessuale la legislazione nazionale che riconosca il diritto alla pensione a condizione che l'unione civile risulti contratta prima del compimento dei sessant'anni da parte dell'affiliato, malgrado a quel tempo l'unione civile non fosse ancora normativamente prevista (a commento, v. A. Perelli, *Riconoscimento*

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Non mi è consentito – come dicevo – fare qui oggetto di nuovo esame la messe imponente di pronunzie interessanti questo studio né ripercorrere uno ad uno gli itinerari tracciati dalla nostra dottrina e giurisprudenza in relazione al dettato costituzionale²³, verificando per ciascuno di essi la linearità dei passi compiuti e la loro idoneità a condurre alla meta dell’allargamento dell’area materiale in cui si situa la famiglia, al dichiarato intento di trasformarne la struttura e renderla così maggiormente inclusiva.

Quel che è certo, perlomeno tale a me appare essere, è che in un contesto ad oggi fortemente appannato e confuso, segnato da divergenti orientamenti ed oscillanti opzioni ricostruttive, non è facile (e forse è anzi impossibile) fare in tutto chiarezza. Occorre piuttosto attendere – sembra di poter dire – che maturi una maggiore convergenza, di cui al presente non si ha riscontro, nel tessuto sociale, sì da formarsi – se mai si formerà... – un’autentica *consuetudine culturale* di riconoscimento del carattere “plurale” della famiglia. Come sempre, poi, il diritto dovrà porsi a rimorchio dei più diffusi ed intensamente avvertiti bisogni in seno al corpo sociale, intervenendo per la “razionalizzazione” delle tendenze che se ne fanno interpreti²⁴. La scelta della via giudicata più piana e lineare, se quella legislativa²⁵ ovvero l’altra interpretativa (specie per voce dei giudici), verrà dunque dopo. Quand’anche, tuttavia, dovesse reputarsi che già oggi si diano (e a me francamente non pare che si diano) le condizioni politiche per

delle unioni tra persone dello stesso sesso e pensione di reversibilità, tra eguaglianza e irretroattività, in www.dpceonline.it, 1/2017, 5 aprile 2017, p. 125 ss.).

²³ Nella ormai incontinentabile lett., richiamo qui solo, per tutti, ancora una volta, i contributi di Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, e Aa. Vv., *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, citt.

²⁴ Non si tratta, nondimeno, di una piatta ed incolore acquisizione e traduzione normativa delle più vigorose tendenze ed espressioni della società civile, le quali pur sempre richiedono di essere filtrate, adattate, orientate verso i valori costituzionali nel loro fare “sistema”. Se ne ha una emblematica rappresentazione nell’art. 3 della Carta che, allo stesso tempo e non incoerentemente, sollecita il diritto legislativo a conformarsi al “fatto”, nella varietà delle sue articolazioni interne (situazioni eguali richiedendo eguale trattamento, così come situazioni diverse trattamento parimenti diverso), e però anche ad operare per la trasformazione del “fatto” stesso, *secondo valore*.

²⁵ ... dovendosi, poi, come si è accennato, stabilire se occorra allo scopo far luogo all’adozione di una legge ordinaria ovvero di una costituzionale.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

l'approvazione di una legge di revisione costituzionale a finalità inclusiva, nel senso appena indicato, si tratterebbe di un'operazione comunque forzata, un autentico atto di autoritaria imposizione dall'alto, non dandosi al presente il largo consenso sociale indispensabile a giustificare la venuta alla luce. Gli atti che innovano al dettato costituzionale, per loro indeclinabile vocazione, sono infatti chiamati a far opera di *inclusione sociale*, non già di *divisione*, ove si convenga che nella Carta costituzionale, tanto per il dettato originario quanto per quello che ne prenda il posto, debba riconoscersi, perlomeno in via di principio, l'intera società, nelle sue varie espressioni.

D'altro canto, ove ci si interroghi circa il modo attuale di essere del diritto vivente in tema di famiglia, non può negarsi che esso pure si presenti internamente articolato e, dunque, a conti fatti "plurale". V'è infatti il diritto vivente risultante dalla giurisprudenza costituzionale, che – come si è rammentato – appare fermo nel riconoscimento della necessaria diversità di sesso di coloro che danno vita ad una nuova famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, e v'è il diritto vivente, talvolta coincidente o convergente e talaltra divergente, della giurisprudenza comune: non v'è, comunque, un unico, *verum ius*²⁶.

Un punto è nondimeno da considerare ormai sicuramente acclarato; ed è che anche in seno alle formazioni sociali "parafamiliari" – termine che qui nuovamente riprendo da precedenti riflessioni in cui esso appare riservato a coppie non rispondenti al rigoroso modello di "famiglia" fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale²⁷ – si manifestano bisogni meritevoli di ogni

²⁶ Agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale va, nondimeno, assegnata una particolare valenza in fatto d'interpretazione della Carta: le pronunzie della Consulta non sono, di certo, atti d'interpretazione autentica (tanto più con riguardo alle decisioni di rigetto, almeno a stare all'orientamento ormai invalso che dà modo alla stessa Corte, se del caso, di tornare *re melius perpensa* sui propri passi); sono tuttavia portatrici di interpretazioni – diciamo così – *privilegiate*, la cui carica persuasiva (in relazione al tipo di decisione da ultimo indicato) è innegabile, senza peraltro trascurare i peculiari effetti tipicamente discendenti dalle decisioni di accoglimento e senza comunque dimenticare che ogni tipo di pronunzia è pur sempre dotata dello scudo protettivo formidabile eretto dall'art. 137, ult. c., Cost.

²⁷ Rinvio al riguardo al mio *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, in Consulta OnLine, 2/2016, 16

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

considerazione e tutela, specie laddove siano coinvolti interessi dei minori²⁸.

3. Il preminente interesse del minore e le forme continuamente cangianti in cui esso si presenta e si fa apprezzare (esempi tratti dalla più recente giurisprudenza, costituzionale ed ordinaria)

Le notazioni appena svolte (e, più ancora, quelle che a momenti si faranno) mostrano come non si diano (e non possano darsi) posizioni precostituite, secondo ordini di priorità astrattamente prestabiliti, né nelle proiezioni esterne della famiglia, per il modo cioè con cui l'interesse familiare viene ponderato con interessi esterni alla famiglia, né nelle proiezioni interne della famiglia stessa, con riferimento alla condizione dei suoi componenti, ai loro diritti e ai loro doveri. Piuttosto, come in un ideale caleidoscopio, le immagini si compongono, scompongono e ricompongono senza sosta, senza poter essere fermate una volta per tutte, al pari di ciò che si ha in una fotografia che resta sempre uguale a se stessa. Il punto di sintesi

giugno 2016, p. 251 ss. Cfr., sul punto, ora, i contributi che sono nel fasc. 1/2017 di *Pol. dir.* (tra i quali, part., quello di L. Trucco, *Lo status delle coppie omosessuali unite civilmente: profili costituzionali*, p. 33 ss., spec. p. 43 ss.).

²⁸ Si pensi, ad es., al caso definito da Corte cost. n. 225 del 2016, dove ancora una volta in considerazione dell'interesse del minore, è stato riconosciuto il diritto di quest'ultimo a mantenere rapporti con l'ex compagna della madre biologica, sempre che a giudizio discrezionale del giudice ciò sia di giovamento per il minore stesso. Anche la giurisprudenza europea, peraltro, subordina i contatti persino del genitore naturale coi minori al preminente interesse di questi ultimi. Si rammenti, ad es., quanto deciso da Corte EDU, *P.V. c. Spagna*, 30 novembre 2010, laddove alcune limitazioni al diritto di visita del genitore transessuale sono state imposte non già in forza di una discriminazione legata al sopravvenuto mutamento di sesso bensì a motivo della instabilità emotiva del soggetto, che avrebbe potuto esser causa di turbamento per il figlio in tenera età. In tema, si segnala, da ultimo, Corte EDU, I sez., *Improta c. Italia*, 4 maggio 2017, che ha riconosciuto la lesione del diritto di visita del genitore (e, perciò, dell'art. 8 della Convenzione) che aveva chiesto un ampliamento dei periodi, allo stesso tempo rilevando come il considerevole tempo trascorso tra la presentazione dell'istanza e la pronuncia del giudice nazionale può esser causa di un pregiudizio grave dando luogo a "conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra la bambina e il padre".

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

assiologica viene dunque fissato unicamente per le esigenze del singolo caso; e il “metaprincipio” che presiede alla combinazione dei principi evocati in campo dal caso stesso è – come si diceva – quello della ricerca del massimo utile a beneficio della famiglia, *unitariamente considerata*; interesse che ha nondimeno nella prioritaria attenzione per la condizione dei figli, specie se minori e particolarmente bisognosi di cure, il perno attorno al quale ruota e dal quale stabilmente si tiene, rende palese ed apprezza.

Il preminente interesse del minore ha, peraltro, molti volti, cangianti in ragione dei casi: la loro messa a fuoco è, perciò, ogni volta demandata alla mano dell’operatore (e, segnatamente, del giudice) che può farvi luogo unicamente in concreto, *in vivo*, al di là di ogni qualificazione dell’interesse stesso fatta *in vitro*, che risulterebbe fatalmente viziata da ingenuo e sterile astrattismo.

Sull’interesse in discorso molto è stato scritto, perlopiù muovendo dall’assunto che esso costituisca una sorta di *a priori* nelle vicende di diritto di famiglia. Ancora di recente, ha costituito oggetto di critico ripensamento da parte di una sensibile dottrina²⁹, che ha fatto notare come non se ne faccia parola nella Carta, perlomeno in modo esplicito e con generale valenza.

Tre cose non vanno, tuttavia, al riguardo perse di vista.

²⁹ V., part., E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016. In argomento, tra gli scritti più recenti, v. almeno L. Giacomelli, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, e S. Romboli, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell’interesse superiore del minore*, entrambi in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, p. 467 ss. e p. 505 ss.; A. Arena, *A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in Consulta OnLine, 2/2016, 6 giugno 2016, p. 241 ss.; B. Randazzo, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 5 marzo 2017, che paventa il rischio che la formula si riveli *bonne à tout faire*. Infine, G. Vannoni, *L’interesse del minore ad un’educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in Consulta OnLine, 2/2017, 8 maggio 2017, p. 298 ss. e, con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte dell’Unione, L. Ratti, *sub art. 24*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 474 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

La prima è che la Corte non prende in considerazione il minore, al pari di altri soggetti, una volta per tutte, in via generale-astratta; piuttosto, ne fa oggetto di previsioni “contestualizzate”, offrendo una speciale tutela alla sua posizione nelle istituzioni sociali in cui è inserito (la famiglia, la scuola, il lavoro, ecc.)³⁰; e l’intera disciplina delle istituzioni stesse appare, pertanto, costruita attorno al perno fisso del *favor* per il minore, da cui trae ispirazione, alimento, orientamento, puntando decisa alla salvaguardia delle sue aspettative (si pensi, per tutte, alla condizione della lavoratrice, particolarmente protetta proprio in quanto madre³¹).

La seconda è che le (supposte) lacune del dettato costituzionale richiedono, una volta di più, di essere colmate attingendo ad altri documenti essi pure materialmente costituzionali, quali sono le Carte dei diritti di origine esterna. Significativo è quanto al riguardo stabilisce l’art. 24, par. 2, della Carta di Nizza-Strasburgo, laddove è espressamente enunciato il principio secondo cui “in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”³². Un enunciato che fa corpo con gli enunciati restanti della Costituzione, dovendosi pertanto ormai considerare parte integrante di questa.

La terza è che può dirsi essersi ormai formata un’autentica consuetudine interpretativa o, se si vuole, integrativa della Costituzione che dà voce all’interesse in parola in seno a pratiche giuridiche diffuse e consolidate (specie tra i giudici), a mezzo delle quali – come si sa – il diritto vigente si converte in vivente. Possiamo, ovviamente, discutere a riguardo di taluni modi di intendere l’interesse in discorso, dove cioè esso si situi e come riconoscerlo e farlo valere, ma non possiamo – a me pare – rimettere in discussione l’esistenza in sé e per sé dello stesso, la sua attitudine ad attraversare plurimi campi materiali di esperienza, a porsi a fondamento delle discipline che li riguardano, a segnare l’esito di casi anche

³⁰ Una puntuale analisi è in G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore*, Padova, 2015.

³¹ Riassuntivamente, ora, P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 519 ss.

³² V., nuovamente, il commento di L. Ratti, sopra cit.

Antonio Ruggeri
*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

particolarmente aggrovigliati che a getto continuo vengono nei campi stessi ad emersione.

Alcuni esempi, tratti da vicende che hanno fatto molto discutere, tornano utili a dimostrazione di quest'assunto.

Si consideri il diritto al ricongiungimento. La giurisprudenza costituzionale ha fatto notare che occorre distinguere tra situazioni molto diverse tra loro, particolarmente a seconda che esso riguardi il figlio minore ovvero maggiore d'età, nel qual ultimo caso l'interesse familiare può trovarsi costretto a soggiacere a bilanciamento con altri interessi bisognosi di prioritaria considerazione, quale quello alla sicurezza³³; e, però, nel caso che il figlio maggiorenne non sia in grado di poter provvedere alle proprie esigenze per motivi di salute, la sua condizione appare essere di maggior peso sulla bilancia costituzionale³⁴.

La riprova della estrema varietà dei casi al riguardo prospettabili è testimoniata da questo passo tratto dalla sent. n. 202 del 2013, nel quale il giudice delle leggi si fa cura di elencare uno ad uno i fattori di cui occorre tenere conto al fine di ponderare adeguatamente i beni della vita in gioco: “la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in

³³ V., part., ordd. n. 368 del 2006 e 335 del 2007. Nutrita la produzione dottrinale in cui si rende testimonianza del crescente rilievo dato alla sicurezza in sede di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti (riferimenti, da ultimo e per tutti, nei contributi che sono in www.democraziaesicurezza.it, 1/2017, e *ivi*, part., L. Lorello, *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, 22 aprile 2017).

³⁴ Ord. n. 361 del 2007.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

caso di espulsione; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite"³⁵.

È poi nota la sofferta vicenda che ha visto finalmente la Consulta riequilibrare la condizione del figlio rispetto a quella della madre, con specifico riguardo al caso che il primo reclamò protezione per il suo diritto a conoscere le proprie origini biologiche. Un esito, quello raggiunto da Corte cost. n. 278 del 2013, fortemente condizionato – come si sa – dall'orientamento manifestato dalla Corte EDU in *Godell*³⁶; ed un riequilibrio – qui è il punto – che non rimane nondimeno stabilito una volta per tutte, la sua salvaguardia restando piuttosto demandata al giudice nei singoli casi, all'interno della cornice descritta a mezzo dell'additiva di principio contenuta nella pronuncia della Consulta sopra richiamata. Dovrà dunque essere il giudice di volta in volta ad individuare il percorso idoneo a bilanciare con profitto gli interessi in gioco e, preliminarmente, a verificare se perdura l'interesse all'anonimato della madre, non potendosi ovviamente escludere in partenza che entrambi i soggetti in campo possano nutrire il medesimo desiderio alla reciproca conoscenza.

Si spiega in questa luce una recente decisione della Cassazione³⁷ che ha giudicato essere prevalente l'interesse alla conoscenza del figlio

³⁵ Punto 5 del *cons. in dir.*, dov'è un esplicito richiamo a Corte EDU, 7 aprile 2009, ric. n. 1860/07, *Cherif ed altri c. Italia*. In argomento, può inoltre vedersi Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, e 24 febbraio 2009, n. 246/07, *Ben Khemais c. Italia*. Un caso che ha fatto molto discutere, in cui la Corte europea ha dato la prevalenza all'interesse alla sicurezza rispetto a quello familiare è *Öcalan c. Turchia* (n° 2), 18 marzo 2014, ricc. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07.

Dal suo canto, la giurisprudenza eurounitaria, rifacendosi a *Zambrano*, ha, ancora da ultimo [nel caso *Chavez-Vilchez* e altri (C-133/15)], insistito sul bisogno di salvaguardare il preminente interesse del minore nelle questioni relative al diritto di soggiorno del genitore extracomunitario, facendo ricadere sul giudice nazionale l'onere di tener conto di plurimi fattori, tra i quali "l'età del bambino, il suo sviluppo fisico, la natura dei suoi legami emotivi con entrambe i genitori, nonché i rischi che la separazione da questi potrebbe comportare per l'equilibrio generale del soggetto" (riassume il caso C. Di Maio, *Da chi "dipende" l'interesse del minore? La CGUE definisce (ancora) la portata della "clausola Zambrano"*, in www.diritticomparati.it, 8 giugno 2017).

³⁶ Riferimenti in L. Cassetti, S. Vannuccini, *La ricerca delle proprie origini e il diritto all'identità personale*, in Aa.Vv., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 625 ss.

³⁷ Cass., I sez. civ., sent. n. 15024 del 2016.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

nei riguardi di quello della madre, nel caso che quest'ultima fosse nel frattempo defunta.

Non indugio ora sulla vicenda, dopo averne detto altrove, la cui conclusione comunque non mi soddisfa o, per dir meglio, non considero generalizzabile, dal momento che i casi – come si viene dicendo – non sono affatto tutti eguali tra di loro. Ad es., non è la stessa cosa che la madre si sia, o no, formata una nuova famiglia, i cui componenti, specie se tra di essi vi sono figli minori e tanto più se ignari del passato della donna, potrebbero subire un grave pregiudizio dal velo squarciato su di esso.

Si spiega in questa luce la tendenza della Consulta a rifuggire, opportunamente, dagli automatismi legislativi, fatti oggetto di operazioni correttive, a finalità di temperamento, per effetto delle quali i giudici vengono ad essere sollecitati ad impegnarsi nella ricerca della soluzione maggiormente adeguata alle esigenze dei singoli casi³⁸.

Così, ad es., è stata sanzionata la perdita automatica della potestà genitoriale senza che sia valutato in concreto l'interesse preminente del minore³⁹. Da ultimo, la Consulta ha rilevato la mancata previsione nell'art. 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, l. n. 354 del 1975, della possibilità che la madre, condannata per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* della stessa legge, espia la pena senza essere distaccata dalla prole⁴⁰. Si è inoltre stabilito che il divieto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva a carico dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 e per gli altri reati espressamente indicati ponga “nei confronti dei minori un rigido automatismo, fondato su una presunzione di pericolosità legata al titolo del reato commesso, che

³⁸ Una sensibile dottrina ha di recente messo in luce come, grazie alle operazioni in parola, si renda possibile un riequilibrio di ordine istituzionale, segnatamente al piano dei rapporti tra legislatore e giudici (v., dunque, A. Pugiotto, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, intervento alla tavola rotonda su *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, svoltasi il 15 dicembre 2016 a Pisa in ricordo di A. Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa, in *paper*).

³⁹ V. Corte cost. n. 31 del 2012, di annullamento dell'art. 569 c.p. Una speciale menzione merita il caso di perdita della (ex potestà, ora) responsabilità genitoriale conseguente all'educazione malavitosa impartita ai minori (v., a commento di alcuni provvedimenti del Tribunale di Reggio Calabria, lo scritto dietro richiamato di G. Vannoni).

⁴⁰ Sent. n. 76 del 2017, ed *ivi* richiamo della sent. n. 239 del 2014.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

esclude la valutazione del caso concreto, al punto da impedire, come è avvenuto nei giudizi a quibus (in cui era stato spontaneamente intrapreso un percorso di recupero sociale), la realizzazione della specifica funzione rieducativa perseguita con le misure alternative alla detenzione, alle quali la sospensione è funzionale”⁴¹.

Si sono avute, nondimeno, vicende che hanno fatto molto discutere ed altre sono tuttora in corso, i cui esiti appaiono al presente imprevedibili.

Faccio, come di consueto, unicamente alcuni esempi da cui con particolare evidenza risulta lo *stress* al quale può trovarsi sottoposto l’interesse del minore.

Particolarmente sofferto e francamente sconcertante è stato il caso recente⁴² che ha visto la figlia naturale di genitori in tarda età dichiarata adottabile a seguito di una denuncia per abbandono di minore, rivelatasi poi infondata. Essendo tuttavia nel frattempo trascorsi alcuni anni, il giudice ha disposto che la minore non fosse sottratta al nuovo nucleo familiare in cui nel frattempo era stata inserita per affido. Una vicenda emblematica del carattere “tirannico” – com’è stato detto proprio con riguardo a tale vicenda⁴³ – che può esibire in talune congiunture l’interesse del minore, fino a determinare la produzione di effetti paradossali, la cui esistenza dà, una volta di più, conferma della bontà dell’antico adagio *summum ius summa iniuria*. Si tratta allora di studiare le misure più adeguate allo scopo di prevenire il formarsi di situazioni altrimenti irreversibili ovvero reversibili solo in modo lacerante e con un costo per l’insieme dei beni o interessi costituzionali comunque insopportabile⁴⁴.

⁴¹ Sent. n. 90 del 2017.

⁴² ... di cui riferiscono A. Ruggeri, C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in Consulta OnLine, 1/2017, 27 marzo 2017, p. 146; R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., § 8 e), e, ora, S. Agosta, *L’attuale divergenza tra diritto vivente e diritto vigente sulla maternità surrogata (ed i possibili modi di comporla in un’ottica costituzionalmente orientata)*, relaz. al Convegno su *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Messina 26-27 maggio 2017, in *paper*.

⁴³ ... in entrambi gli scritti da ultimo cit., ma da diverso angolo visuale e con esiti ricostruttivi parimenti diversi.

⁴⁴ Cruciale e talora decisivo rilievo acquista al riguardo il tempo entro cui matura l’accertamento processuale, il suo eccessivo, irragionevole, protrarsi essendo

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Similmente, con riferimento ad alcune esperienze di maternità surrogata, accompagnata da alterazione di *status*, laddove si è da molti ritenuto che il *favor minoris* debba comunque prevalere sul *favor veritatis*⁴⁵. Una soluzione, questa, che – stante il divieto al riguardo ancora oggi esistente – potrebbe imporsi proprio al fine di risparmiare al minore concepito all'estero le indicibili sofferenze cui andrebbe soggetto se separato – specie a distanza di anni – dalla famiglia che lo accudisce. La qual cosa consiglia di temperare, ancora una volta, la disciplina oggi vigente, dando modo di far ricorso alle pratiche di surrogazione in parola e circoscrivendone tuttavia le manifestazioni entro la cerchia familiare, al fine di parare il rischio, altrimenti incombente, della mercificazione del corpo della donna che porta avanti la gravidanza, con conseguente mortificazione della sua dignità, malgrado il consenso dalla stessa prestato all'adozione delle pratiche stesse⁴⁶. Fintantoché, però, il divieto non venga rimosso – se non dal

di per sé causa di un *vulnus* costituzionale talora irreparabile. Se n'è avuta, peraltro, ancora di recente conferma anche dalla giurisprudenza europea nel caso *Improta*, cui si è poc'anzi fatto cenno: il tempo può, dunque, esser causa di lesione sia della Costituzione che della Convenzione.

⁴⁵ Riferimenti di dottrina di vario segno, ora, in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 2017, p. 136 ss., cui *adde*, oltre agli scritti di A. Ruggeri, C. Salazar e S. Agosta, sopra cit., G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici*. La maternità surrogata, in *Consulta OnLine*, 2/2017, 1 giugno 2017, p. 325 ss. Segnalo che è ad oggi pendente una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, avente ad oggetto l'art. 263 c.c. È poi nota, in materia, la pronunzia della Corte EDU, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017, rispettosa del divieto di surrogazione di maternità stabilito dalla legge italiana (sugli orientamenti della giurisprudenza europea, v., ora, A. Martone, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in Aa.Vv., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 717 ss., e M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 18 aprile 2017).

⁴⁶ ... consenso, ad ogni buon conto, pur sempre revocabile (maggiori ragguagli su come dovrebbe essere rivista la disciplina della materia nello scritto, sopra cit., di A. Ruggeri, C. Salazar; cfr., in argomento, S. Agosta, *L'attuale divergenza tra diritto vivente e diritto vigente sulla maternità surrogata*, cit.; risolutamente contraria anche ad una pur circoscritta apertura a favore della pratica

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

legislatore, dalla Consulta con additiva di principio –, in presenza di un'acclarata alterazione di *status*, non potrà che essere, come sempre, il giudice, apprezzate le circostanze (e, specificamente, valutata la durata della permanenza del minore in seno alla famiglia e i vincoli affettivi in essa costituitisi), a stabilire se, al fine di dare appagamento nel migliore dei modi al suo interesse, convenga o no che il minore sia sottratto alla famiglia stessa.

Questo ragionamento non dovrebbe, perlomeno di norma, valere con riguardo ai casi, ormai non sporadici, di trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero da cui risulta che il minore è figlio di una coppia composta da persone dello stesso sesso⁴⁷, dal momento che il più delle volte la richiesta di trascrizione ha luogo a ridosso della nascita stessa e – come si è veduto – va comunque tenuto conto della durata temporale della permanenza del minore presso coloro che se ne prendono cura, così come del consolidamento o meno di legami affettivi con gli stessi.

Diversi sono, ovviamente, i casi, sempre più numerosi, di affidamento di minori a coppie omosessuali, tanto più giustificati laddove a siffatta soluzione si faccia luogo con riguardo a minori che abbiano perduto i genitori o non possano comunque essere da questi accuditi e si dimostri essere conveniente affidarli a familiari di orientamento omosessuale con cui abbiano rapporti solidi e particolarmente gratificanti.

4. *L'eguaglianza come work in progress e la conferma, venuta dalla recente vicenda del cognome della madre aggiunto a quello del*

in parola, invece, G. Luccioli, nello scritto per ultimo cit., e L. D'Avack, *Maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2017, p. 139 ss.).

⁴⁷ Tra le altre pronunzie, v. Cass., I sez. civ., sent. n. 19599 del 2016; Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017; Trib. Minorenni di Firenze, 8 marzo 2017. In dottrina, in aggiunta agli scritti di R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., § 10 ff, e B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 144 ss., v. G. Luccioli, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in www.giudicedonna.it, 4/2016; A. Schillaci, *"Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, in www.articolo29.it, 13 marzo 2017, e M.M. Winkler, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione "perimetrata" di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in www.diritticomparati.it, 23 marzo 2017.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

padre, del fatto che l'ottimale appagamento degli interessi in campo richiede comunque lo sforzo congiunto del legislatore e dei giudici

Si danno, ovviamente, non poche circostanze in cui la soluzione ottimale, seppur vagheggiata dal giudice, non può essere da quest'ultimo a pieno raggiunta, con le sole risorse di cui dispone e nei limiti entro i quali l'esercizio della sua funzione è comunque obbligato a stare.

Si consideri, ad es., il noto caso dell'aggiunta del cognome della madre alla prole, di cui alla sent. n. 286 del 2016⁴⁸. La giustificazione adottata dal giudice costituzionale a sostegno della decisione fa, sì, leva sul principio di eguaglianza tra i coniugi⁴⁹ ma fa altresì riferimento al bisogno di salvaguardare l'identità personale della prole. Il passo avanti fatto rispetto alla situazione preesistente è di sicuro notevole e particolarmente apprezzabile, come hanno fatto notare i molti commenti venuti alla luce a seguito della decisione. La Corte tuttavia si trova costretta a riconoscere che la soluzione da essa somministrata non è pienamente appagante in ogni caso: ad es., non lo è, laddove vi sia contrasto tra i coniugi, nel qual caso perdura la disciplina vigente (che poi, non è inopportuno ancora una volta rilevare, in realtà non

⁴⁸ Il caso è diverso da quello risolto dalla Corte EDU in *Cusan e Fazzo c. Italia*, laddove si faceva questione della possibilità di scegliere l'un cognome in alternativa all'altro. Non v'è dubbio, tuttavia, che la pronuncia della Corte europea abbia lasciato il segno sulla decisione della Consulta, che vi ha fatto esplicito richiamo [indicazioni sulla giurisprudenza europea in materia in E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017; G. Pignataro, *Il cognome materno*, in Aa. Vv., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 657 ss. e, ora, C. Ingenito, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 2/2017, 31 maggio 2017; con riferimento, poi, alla giurisprudenza sulla CEDAW, v., ora, A. Fabbricotti, *La rilevanza della Convenzione delle Nazioni Unite contro la discriminazione verso le donne (CEDAW) nella giurisprudenza degli Stati contraenti. Un commento a margine della recente pronuncia della Consulta in tema di trasmissione del cognome ai figli*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 17 maggio 2017]. Sul diritto al nome, v., infine, G. Viggiani, *Nomen omen. Il diritto al nome tra Stato e persona in Italia*, Milano, 2016.

⁴⁹ Notazioni critiche sul punto in S. Scagliarini, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 19 maggio 2017.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

c'è, non dandosi alcuna previsione legislativa che espressamente assegni ai figli il cognome del padre). Una disciplina che, nondimeno, dovrà essere fatta oggetto di adeguata modifica, volta a ripristinare appieno l'equilibrio complessivo delle posizioni in campo e, con esso, salvaguardata a modo l'unità della famiglia⁵⁰.

La vicenda del cognome dei figli, al pari di molte altre sopra richiamate, è particolarmente istruttiva sotto più aspetti; per ciò che qui maggiormente preme rilevare, una volta di più avvalorata l'idea secondo cui non può, ad ogni buon conto, farsi a meno dell'intervento del legislatore al fine di aversi un congruo appagamento degli interessi in gioco: è solo, infatti, entro la cornice segnata da una disciplina legislativa essenziale, *per principia*, che possono stabilirsi gli assetti familiari di volta in volta maggiormente adeguati ai casi, in obbedienza del "metaprincipio" della miglior tutela di tutti i principi (e degli interessi che agli stessi fanno capo) in gioco; ciò che, a conti fatti, può aversi unicamente per mano dei giudici. Laddove, di contro, faccia difetto la disciplina legislativa – come ad oggi si ha in molti campi materiali e con riguardo a molti diritti, specie "nuovi" o "nuovissimi" – il giudice resterebbe privo del necessario orientamento nelle sue operazioni di ponderazione assiologica, lasciato solo con se stesso ed

⁵⁰ Come si è tuttavia fatto notare in altra sede (v., volendo, il mio *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 18 maggio 2017, § 3), non è facile immaginare quale possa essere una soluzione alternativa a quella oggi vigente che contemperi in modo equilibrato le aspettative dei componenti la coppia. E, poiché non appare conveniente affidarsi a meccanismi casuali, quale il sorteggio, o ad altre soluzioni, comunque per l'uno o per l'altro verso improponibili (chiaramente bizzarra l'idea che il minore abbia a periodi alterni ora solo l'uno ed ora l'altro cognome ed ora ancora entrambi...), il rimedio migliore potrebbe essere quello di prevenire l'insorgere del problema, sollecitando coloro che si accingono a contrarre matrimonio a risolvere previamente la questione ed a dichiarare esplicitamente la loro preferenza, esattamente così come si fa col regime dei beni (favorevole ad una opzione fatta prima della celebrazione del matrimonio anche G. Ballarani, *Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato*, 21 febbraio 2017). In alternativa a questa soluzione, che nondimeno presenta il vantaggio di dare rilievo alla volontà dei coniugi, rendendo flessibile il sistema di assegnazione del cognome, non rimane – a quanto pare – che la soluzione "secca" del doppio cognome, quale si ha – com'è noto – presso altri ordinamenti (l'ha, tra gli altri, caldeggiata già prima della pronuncia della Consulta M. Trimarchi, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in www.juscivile.it, 1/2013, p. 34 ss.).

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

obbligato a portare sulle sue spalle un fardello enorme, gravato cioè di responsabilità (moralì prima ancora che giuridiche) alle quali non è, con ogni probabilità, in grado di far fronte. Non a caso, d'altronde, nei campi non coltivati dalla mano del legislatore, il giudice si è trovato molte volte (ad es., in occasione della vicenda Englaro) costretto a fare applicazione diretta dei principi costituzionali⁵¹, muovendosi tuttavia su un terreno scivoloso e gravido di rischi per plurimi beni costituzionali, a partire da quello della certezza del diritto, la quale poi naturalmente ridonda e si converte in certezza dei diritti costituzionali, con la conseguenza che l'incisione della prima si trasmetterebbe immediatamente a carico della seconda⁵².

L'intervento del legislatore giova, peraltro, non soltanto alla ricerca di un accettabile assetto degli interessi in gioco ma anche al fine del riequilibrio istituzionale, specificamente per ciò che attiene alla posizione del legislatore stesso e di quella dei giudici: un terreno, questo, sul quale, a motivo delle complessive carenze della normazione, si riscontrano perduranti e gravi alterazioni del modello costituzionale. La "supplenza" – come si è soliti chiamarla – cui i giudici sono frequentemente chiamati non giova all'ordinato, lineare esercizio della giurisdizione: è insomma – come è stato detto, sia pure in altro contesto, da un Presidente della Corte⁵³ – "non richiesta e non gradita". Ma l'intervento del legislatore ha da essere comunque

⁵¹ In tema, dalla prospettiva del diritto civile ma con interessanti svolgimenti teorici anche per gli studi di diritto costituzionale, di recente, G. D'Amico, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in Aa.Vv., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso D'Amico., Milano, 2017, p. 49 ss.

⁵² Che la certezza del diritto abbia teorico e pratico senso unicamente in quanto si traduca e interamente risolva nel vivo dell'esperienza in certezza dei diritti si è tentato di argomentare altrove (ad es., nel mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, oltretutto quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.rivistaaic.it, 2/2011, 28 giugno 2011, e in altri scritti).

⁵³ G. Zagrebelsky, nella Conferenza stampa dell'aprile 2004, in relazione alla gestione della transizione dal vecchio al nuovo Titolo V, che avrebbe richiesto norme di attuazione la cui produzione non avrebbe potuto aversi ad opera della Corte.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

misurato, rispondente a ragionevolezza⁵⁴: spingendosi, infatti, troppo oltre, in innaturali dettagli, il legislatore farebbe luogo ad un irrigidimento di disciplina fatalmente obbligato a recedere o sotto i colpi della scure della Consulta, mirati a rendere flessibile un dettato positivo composto da prescrizioni eccessivamente minute, o – ciò che è peggio – per effetto di interpretazioni dei giudici comuni connotate da un tasso assai elevato e francamente insopportabile di creatività, dunque ad opera di pronunzie sostanzialmente manipolative.

Il legislatore, nondimeno, non può portarsi oltre la delimitazione dell'area entro cui i giudici (*tutti* i giudici, costituzionali e non) possono volgersi alla ricerca della soluzione di volta in volta considerata la più appagante, vale a dire quella maggiormente idonea a far pagare il minor costo ai beni della vita costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”. Allo stesso tempo, spetta pur sempre alla legge, a mezzo delle sue previsioni di principio, dare un orientamento ai giudici, sì da agevolare la ricerca in parola, nondimeno assai di frequente particolarmente disagevole e non poco sofferta, specie laddove gli interessi in campo e reciprocamente confliggenti si presentino tutti meritevoli in pari misura di attenzione e la soluzione, dunque, per l'uno o per l'altro verso, comporti un costo per la Costituzione, nel suo fare “sistema” in ragione delle peculiari esigenze del caso.

⁵⁴ Frequente è in dottrina la sollecitazione per l'adozione di discipline legislative “miti” o “leggere” [tra gli altri, con specifico riferimento alle esperienze d'inizio-vita, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, p. 524; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, spec. p. 38 ss., ma *passim*; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. Casonato, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. Conti, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, p. 168. Infine, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4].

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

5. *I casi tragici, davanti ai quali il diritto rivela tutti i suoi limiti, i conflitti di volontà che, in questi come in altri casi, possono aversi, la ricerca delle soluzioni di volta in volta maggiormente adeguate ad appagare l'effettivo e preminente interesse del minore, nonché a salvaguardare l'unità della famiglia*

Il punto cruciale delle non poche questioni che la pratica a getto continuo (e spesso in forme nuove) propone riguarda – come si è veduto – l'identificazione del preminente interesse del minore e dell'interesse unitario della famiglia (e delle stesse formazioni “parafamiliari”).

La vicenda, dietro richiamata, del minore sottratto ai genitori naturali, ingiustamente accusati di averlo abbandonato, e non più riportato nella famiglia di origine, al pari di altre vicende dietro succintamente descritte, dimostra quanto possa essere arduo e sofferto il riconoscimento sia dell'uno che dell'altro interesse, specie laddove si consolidino situazioni (e correlativi vincoli affettivi) problematicamente rimuovibili.

Le maggiori incertezze, nondimeno, si pongono in relazione ai casi, ad oggi molto discussi, che vedono coinvolti i minori affetti da gravi malattie invalidanti; e ci si deve allora chiedere chi abbia titolo, se il minore stesso (sempre che ne abbia le capacità) o chi ne porta la responsabilità genitoriale, di decidere circa la gestione delle malattie stesse, fino al punto di stabilire se porre, o no, fine ai trattamenti sanitari in corso.

Si noti, in primo luogo, come le esperienze di fine-vita non possano considerarsi fino in fondo speculari a quelle d'inizio-vita⁵⁵. Il minore non ha scelto di venire alla luce; secondo certa giurisprudenza, avrebbe potuto decidere di non nascere ovvero di nascere unicamente se sano⁵⁶, così come non ha scelto il sesso toccatogli in sorte⁵⁷.

⁵⁵ Un esame congiunto di tutte tali esperienze, accompagnato da un'accurata descrizione sia dei punti di contatto che di quelli di diversificazione, è in S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, del quale v., ora, anche *sub art. 2*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 36 ss.

⁵⁶ Riferimenti in G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., p. 137 ss., e, ora, in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 583 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

In realtà, come si è fatto notare altrove⁵⁷, ogni diritto presuppone la vita: immaginare l'esistenza di un diritto alla non vita o anche alla non salute⁵⁹ costituisce, perciò, un autentico ossimoro teorico-costituzionale; altra cosa, ovviamente, è che si possano (e debbano) risarcire i danni patiti dai genitori e, segnatamente, dalla madre, che, correttamente informata per tempo dai sanitari, avrebbe potuto optare per l'interruzione della gravidanza.

Torna quindi, inquietante, la domanda: può decidere il minore di porre termine alle cure cui è sottoposto? Può dirsi, cioè, rientrando tra i suoi progetti di vita anche quello di porre fine alla vita stessa? E ancora: in cosa si differenzia il caso ora trattato da quello stesso riguardante persone maggiorenni?

La più avvertita dottrina⁶⁰ ha, con opportuni rilievi, mostrato come possano – una volta di più – darsi casi molto diversi tra di loro, ciascuno dei quali pertanto meritevole di un differenziato trattamento, sì da non potersi fare a meno, in ultima istanza, della prudente e responsabile valutazione del giudice, investito di una scelta comunque estremamente impegnativa e lacerante.

In un quadro siffatto, è altresì da mettere in conto l'eventualità che, ove il minore sia, per età e condizioni di salute, in grado di essere ascoltato, la sua volontà possa nondimeno trovarsi a dover recedere davanti a quella contraria dei genitori e/o dei medici, e viceversa. Mentre, infatti, con riguardo agli adulti si tratta solo di stabilire se e

⁵⁷ Delle delicate questioni che si pongono in relazione alle scelte di mutamento di sesso dei minori tratta lo scritto sopra cit. di G. Matucci, spec. p. 258 ss.

⁵⁸ ... nel mio *Dignità versus vita?*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 29 marzo 2011.

⁵⁹ Trovo singolare che molti autori riconducano il diritto all'autodeterminazione, pur laddove le scelte in cui esso si concreti si dimostrino palesemente avverse alla salvaguardia della salute e della stessa vita, all'art. 32 della Carta, laddove – non si dimentichi – la salute è qualificata, a un tempo ed inscindibilmente, “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività” (notazioni fortemente critiche nei riguardi di quest'indirizzo teorico sono in G. Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; si è, da ultimo, tornati a discutere sulla vessata questione in occasione del Convegno su *Nuove tecnologie e diritti umani*, cit.).

⁶⁰ V., part., R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., § 11, ed *ivi* altri riferimenti.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

quale peso assegnare all'autodeterminazione del soggetto, sempre che abbia modo di manifestarsi⁶¹, qui la questione si fa tremendamente più complessa, la volontà del minore potendosi trovare in conflitto con quella dei genitori, come pure essere reciprocamente incompatibili quelle di ciascuno di essi.

Una volta di più, il *best interest of the child* è la stella polare che guida il giudice nella ricerca della soluzione idonea a comportare il minore costo per l'insieme delle aspettative in campo. In questo sofferto percorso, un ruolo di centrale rilievo è da riconoscere – qui come altrove – agli esperti, cui compete fornire le necessarie informazioni circa lo stato della malattia, la sua prevedibile evoluzione, il sussidio che potrebbe venire dal progresso scientifico⁶².

⁶¹ Il rilievo della volontà dell'interessato appare comunque essere non sempre determinante, secondo quanto è ora confermato dal progetto di legge Brignone ed altri (Cam., n. 3599), approvato in prima lettura dalla Camera il 20 aprile 2017, laddove è scritto che “il medico è tenuto al rispetto delle DAT le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”.

⁶² Sui controversi rapporti tra scienza, etica e diritto, tra i molti altri, v. A. Spadaro, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in Aa.Vv., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, p. 575 ss.; S. Pajno, *Giudizi morali e pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 481 ss.; A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2014, spec. p. 155 ss.; E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015; A. Santosuosso, G. Pinotti, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2017, p. 53 ss.; G. Sorrenti, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 2/2017, 8 maggio 2017. Con specifico riguardo al ruolo, di centrale e crescente rilievo, di tecnici e scienziati, tra gli altri, G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, p. 411 ss.; S. Agosta, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; S. Penasa, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre 2015; Aa.Vv., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Bari 2016; L. Chieffi, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, 7/2017, 5

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Quest'ultimo aspetto, in particolare, merita una speciale attenzione, il principio di precauzione imponendo di non spegnere una vita umana laddove dovesse darsi una pur fievole speranza di possibile ripresa.

Non è possibile qui intrattenersi oltre sul punto. La questione appena accennata, nondimeno, ulteriormente avvalora quanto si è dietro venuti dicendo, vale a dire che, in seno alla famiglia, le posizioni detenute dai soggetti che la compongono vengono a mutare di continuo, portando all'affermazione ora dell'una ed ora dell'altra volontà e, talora, persino alla non affermazione di alcuna di esse.

In un contesto siffatto, non ha senso alcuno evocare in campo il principio di eguaglianza, interrogandosi in particolare se (e in che misura) possa dirsi "eguale" la condizione dei figli a quella dei genitori ovvero quella di questi ultimi *inter se*. Un problema, questo, che si ripropone anche in situazioni non drammatiche, laddove si tratti cioè di assumere decisioni riguardanti i minori in ambito scolastico o di lavoro o in qualsiasi altro campo di esperienza sociale. Fermo restando infatti il principio secondo cui l'educazione della prole richiede di essere orientata alla valorizzazione delle inclinazioni naturali della stessa, qualsivoglia decisione adottata in presenza di manifestazioni di volontà divergenti può, di tutta evidenza, dimostrarsi improduttiva di effetti in via di principio discriminatori laddove risulti assunta a seguito di un processo che veda comunque attivo partecipante alla decisione stessa il minore (o chi lo rappresenta) e risulti idonea a dare appagamento al suo effettivo e preminente interesse.

Concludendo. La tecnica del bilanciamento accompagna gli svolgimenti concreti della vita familiare, coi suoi esiti mirando a fissare di volta in volta il punto di sintesi maggiormente elevato, in ragione dei casi, tra le aspettative nutrite da ciascun componente il nucleo familiare (o "parafamiliare"), talvolta tuttavia discostandosi dalle stesse onde poter appagare al meglio l'interesse dei minori e, a un tempo, salvaguardare l'unità della formazione sociale cui essi

aprile 2017. Infine, quanto al peso della scienza, rispettivamente, nella giurisprudenza costituzionale e in quella eurounitaria, v., nell'ordine, A. Iannuzzi, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Milano, 9-10 giugno 2017, in www.gruppodipisa.it, e F. Munari, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2017, p. 129 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

appartengono. L'unità infatti – come si è tentato di mostrare – non è un dato, un *esse*, che rimane immoto e sempre uguale a se stesso; è, piuttosto, un *feri*, la risultante di operazioni di ponderazione assiologica varie in ragione dei casi: è, perciò, un bene che si fa e rinnova di continuo, trasmettendosi nel tempo e così assicurando la trasmissione della formazione sociale alla quale fa capo, col fatto stesso del conseguimento di sintesi assiologiche pregevoli, per il cui tramite riceve soddisfazione l'interesse (unitario, appunto) della famiglia. Un interesse che, nondimeno, richiede di essere apprezzato nella sua oggettiva consistenza, per il modo con cui si rende visibile e mette a punto nei singoli casi, facendosi cogliere nella sua essenza in prospettiva assiologicamente orientata.

Abstract: Lo scritto rileva come il superamento del modello patriarcale di famiglia abbia avuto luogo in seno alla Costituente tra non rimosse ambiguità e complessive incertezze, testimoniate tanto dalla formula secondo cui l'eguaglianza, morale e giuridica, dei coniugi può andare soggetta al limite dell'unità della famiglia (formula – si fa notare – frutto di una svista involontaria) quanto dalla formula che riconosce ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela “compatibile” coi diritti della famiglia legittima (espressione fatta oggetto di una *interpretatio abrogans*).

Con riferimento alla nozione costituzionale di “famiglia” ci si sofferma sui tentativi variamente fatti al fine di renderla maggiormente “inclusiva”, sì da potersi riferire altresì alle coppie composte da persone dello stesso sesso; obiettivo questo – si rileva – che può essere centrato unicamente dopo che sia venuta a formazione una *consuetudine culturale* diffusa in seno al corpo sociale e favorevole a siffatta estensione.

Si passano quindi in rassegna alcuni casi, di cui si è avuto riscontro sia presso la giurisprudenza nazionale che quella europea, nei quali è fatta applicazione del principio del preminente interesse del minore, mostrando la varietà delle forme in cui lo stesso si presenta e si fa apprezzare, specie con riguardo ai c.d. casi tragici, concernenti le esperienze di fine-vita, laddove risulta assai impegnativo e sofferto l'accertamento dell'interesse stesso, il cui

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

effettivo appagamento può alle volte comportare il sacrificio della volontà del minore ovvero dei suoi familiari.

Keywords: famiglia, unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, preminente interesse dei minori

Antonio Ruggeri, Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina, antonio.ruggeri@unime.it