

LEGISLATORE E GIUDICI NELLA RECENTE EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

GIUSTO PUCCINI\*

**Sommario**

1. Premessa. – 2. Ruolo del legislatore e ruolo dei giudici: la disciplina della procreazione medicalmente assistita. – 3. (*segue*): la disciplina delle unioni civili. – 4. (*segue*): la disciplina delle convivenze di fatto. – 5. Ruolo del legislatore e ruolo dei giudici rispetto alla nuova disciplina della filiazione: l'unificazione dello stato di figlio. – 6. (*segue*): le modalità di acquisizione e di rimozione dello stato di figlio. – 7. (*segue*): ulteriori casi di recepimento puntuale di pronunzie della Corte costituzionale. – 8. (*segue*): i diritti dei figli minori. – 9. Considerazioni conclusive: il ruolo particolarmente incisivo dei giudici nella tutela dei diritti fondamentali. – 10. (*segue*): il ruolo non del tutto marginale del legislatore nella tutela dei diritti fondamentali. – 11. (*segue*): modalità di funzionamento della forma di governo parlamentare e tutela dei diritti fondamentali.

**Abstract**

*The essay aims to reconstruct the role played, respectively, by the legislator and the Italian or European courts with respect to the main legislative interventions carried out in Italy, in the last fifteen years, in the area of family law. From this reconstruction two important general conclusions can be drawn. The first conclusion is that, regarding the protection of fundamental rights, the role of judges is increasingly very incisive but, at the same time, that of legislator cannot be considered purely marginal. The second conclusion is that a functioning of the parliamentary form of government characterized by broad coalition governments can favor the implementation of legislative interventions able to best protect fundamental rights.*

**Suggerimento di citazione**

G. PUCCINI, *Legislatore e giudici nella recente evoluzione del diritto di famiglia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: [giusto.puccini@unifi.it](mailto:giusto.puccini@unifi.it)

### 1. Premessa

I contributi dottrinali relativi ad alcune fra le principali novità intervenute in tempi abbastanza recenti nell'ambito del nostro diritto di famiglia, sia pur latamente inteso, hanno diffusamente ad oggetto il modo di atteggiarsi, in ordine alla tutela dei diritti fondamentali inerenti a tale ambito, del rapporto fra legislatore e giudici (Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni).

Dalla lettura di tali contributi, peraltro, non sembra emergere sul tema in questione un quadro del tutto univoco.

Al riguardo, certo, piuttosto diffuse appaiono le opinioni destinate ad accreditare l'idea secondo cui, nell'ambito in questione, la generale tendenza ad un rovesciamento del rapporto fra legislatore e giudici nella tutela dei diritti, nel senso di una preminenza del ruolo giocato dai secondi rispetto a quello giocato dal primo<sup>1</sup>, si sarebbe manifestata in termini particolarmente accentuati.

Molteplici indicazioni in questo senso, in effetti, sono state ravvisate sia con riguardo a novità inerenti ad aspetti specifici della disciplina del diritto di famiglia, sia con riguardo a novità inerenti invece a veri e propri settori organici propri di tale disciplina.

Riguardo al primo ordine di novità, appunto, non si è certamente mancato di sottolineare il ruolo assolutamente decisivo svolto dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU in ordine al riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini<sup>2</sup>.

E si pensi altresì all'ovvia sottolineatura del ruolo parimenti decisivo svolto dalle medesime Corti, a fronte oltretutto di un'inerzia del legislatore tuttora perdurante, in ordine al riconoscimento del diritto del figlio all'acquisizione anche del cognome della madre, nonché del corrispondente diritto di quest'ultima<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sul tema, rimandiamo in particolare agli scritti raccolti nel volume a cura di A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, ESI, Napoli, 2016.

<sup>2</sup> Cfr. da ultimo, al riguardo, M. ZARRO, *Gli effetti sul diritto civile del dialogo tra Corte EDU e Corte costituzionale con particolare riferimento alle relazioni familiari e di filiazione*, in *Rass di dir. civ.*, 2018, p. 274.

<sup>3</sup> Si è trattato, com'è noto, di un'annosa e complessa vicenda che ha coinvolto sia la Corte costituzionale che la Corte EDU, e che si è conclusa, almeno per ora, con la sentenza della nostra Corte n. 286/2016. In tale pronunzia, appunto, ci si limitati a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme che non consentivano ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli al momento della nascita, anche il cognome della madre: salvo peraltro rinviare ad un "*indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia*" la disciplina dell'attribuzione del cognome in assenza dell'accordo dei genitori ("Considerato in diritto", n. 6). Con riferimento alla vicenda in questione, ed in particolare alla pronunzia della Corte costituzionale testé rammentata, si vedano, fra gli altri, A. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto di arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 485 ss; C. CARICATO, *L'attuale normativa italiana di materia di attribuzione del cognome*, in A. FABBRINI (a cura di), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto*

Riguardo al secondo ordine di novità, d'altro canto, la particolare incisività del ruolo giocato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU, nonché, in certa qual misura, dagli stessi giudici comuni, è stata oggetto di sottolineatura vuoi con riferimento alla disciplina della procreazione medicalmente assistita dettata dalla legge n. 40 del 2004<sup>4</sup>, vuoi con riferimento alla disciplina delle unioni civili dettata dalla legge n. 76 del 2016<sup>5</sup>.

E tuttavia, nella dottrina costituzionalistica, con specifico riferimento alla nuova disciplina della filiazione, introdotta con la legge delega n. 219 del 2012 e con il relativo decreto legislativo delegato n. 354 del 2013, è dato cogliere anche indicazioni di segno diverso, se non addirittura diametralmente opposto, rispetto a quelle testé riportate<sup>6</sup>.

Or dunque, siffatte divergenti indicazioni sembrano senz'altro sollecitare un approfondimento del tema in questione, da effettuarsi attraverso una puntuale ed analitica ricostruzione della dinamica del rapporto fra legislatore e giudici sviluppatasi in materia nel corso dell'ultimo quindicennio.

In tale prospettiva, d'altra parte, potrà riuscire utile concentrare l'attenzione proprio sui tre fondamentali interventi legislativi testé rammentati, facendo riferimento, in ordine a ciascuno di essi, al ruolo rispettivamente svolto dal legislatore e dai giudici sia con riguardo all'*an* della tutela dei diritti di volta in volta oggetto di considerazione, sia con riguardo al *quomodo* della tutela dei medesimi: ovverosia con riguardo, da un lato, alla decisione in sé e per sé di provvedere alla relativa tutela, dall'altro, allo specifico contenuto proprio di quest'ultima.

*civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato e internazionale privato*, Jovene, Napoli, 2017, spec. pp. 16/17; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenza europea) non fa il quadro*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo [www.Forumcostituzionale.it](http://www.Forumcostituzionale.it), 5 gennaio 2017, spec. p. 4; L. TULLIO, *Il cognome del figlio tra pari dignità dei genitori e diritto all'identità del minore*, in *Rass. di dir. civ.*, 2018, spec. pp. 284 ss.

<sup>4</sup> Cfr. al riguardo, in particolare, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 27; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze, 2019, p. 51 ss.

<sup>5</sup> Si vedano, ancora, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 26; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 109 ss.

<sup>6</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del Gruppo di lavoro su Famiglia e filiazione* al Convegno del "Gruppo di Pisa" su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7-8 giugno 2013, pubblicata su F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 593 ss.; A. RUGGERI, *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 *ConsultaOnline*, disponibile all'indirizzo, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 30 maggio 2014, pp. 29-30.

## 2. Ruolo del legislatore e ruolo dei giudici: A) la disciplina della procreazione medicalmente assistita

Prendendo le mosse, nella nostra ricostruzione, dalla legge n. 40/2004, merita innanzitutto osservare che, per quanto concerne l'*an* della relativa emanazione, quest'ultima non sembra in realtà aver costituito il frutto di una qualche forma di impellente ed irresistibile condizionamento ad opera della Corte costituzionale ovvero, men che meno, ad opera di altre Corti.

È vero che in precedenza la Corte, nella sentenza n. 347 del 1998, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 del codice civile, laddove questo consentiva di disconoscimento di paternità del figlio concepito a seguito di inseminazione artificiale eterologa, aveva avuto occasione di constatare l'emersione, in materia, di "*una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali*"<sup>7</sup>.

E tuttavia a tale constatazione, nella circostanza, la Corte non aveva fatto seguire alcuna forma di monito stringente, limitandosi ad affermare che "*l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore*"<sup>8</sup>.

E d'altronde, nel caso di specie, non sembra potersi disconoscere al legislatore il merito di aver *comunque* provveduto a fornire una qualche copertura normativa ad una materia, implicante la tutela di diritti fondamentali, quanto mai controversa e delicata dal punto di vista etico-sociale, e quanto mai complessa non solo dal punto di vista tecnico-scientifico, ma anche da quello dal punto di vista della pluralità degli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti.

Un merito del genere, del resto, sembra trovare una qualche eco nella stessa giurisprudenza della Corte di poco successiva alla sua emanazione.

Si consideri appunto, in proposito, la motivazione della pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato, a suo tempo, l'inammissibilità della richiesta di *referendum* popolare presentata per la totale abrogazione della legge in questione. Laddove, appunto, si inquadra quest'ultima fra le leggi costituzionalmente necessarie, "*in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona*"; sottolineandosi altresì che "*si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa*"<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Così, testualmente, si legge nel n. 3 del "Considerato in diritto".

<sup>8</sup> Così nel n. 4 del "Considerato in diritto".

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 45/2005, n. 5 del "Considerato in diritto".

Diversamente, del tutto incontestabile appare il ruolo quanto mai incisivo concretamente giocato dai giudici in ordine al *quomodo* della disciplina della materia<sup>10</sup>.

Si ricordino appunto, in proposito, quella serie di pronunzie nelle quali la Corte costituzionale ha avuto modo di contestare, con riferimento alle soluzioni adottate dalla normativa della legge n. 40 riguardo ad una serie di aspetti cruciali della materia, il bilanciamento in esse concretamente operato fra la pluralità dei rilevanti interessi costituzionali coinvolti. Donde, a suo avviso, la mancata o, comunque, insufficiente tutela, di taluni diritti fondamentali, fra cui campeggia senza dubbio, accanto al - e prima ancora del - più "tradizionale" diritto alla salute della madre<sup>11</sup>, il "nuovo" diritto "*a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli*", quale espressione, a sua volta, della "*fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi*"<sup>12</sup>.

Di qui dunque, com'è ben noto, lo smantellamento, ad opera di dette pronunzie, di altrettanti fondamentali caposaldi della normativa in questione: il divieto della creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre<sup>13</sup>; il divieto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, in presenza di una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili<sup>14</sup>; l'impossibilità del ricorso a tecniche di PMA, mediante diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili<sup>15</sup>.

Né, d'altro canto, può certamente disconoscersi l'assai rilevante contributo fornito all'opera di smantellamento in questione dalla giurisprudenza della Corte EDU, sia pur circoscritto unicamente al tema del divieto di diagnosi preimpianto<sup>16</sup>. Laddove invece, com'è noto, in tema di divieto di fecondazione

<sup>10</sup> In proposito, si veda da ultimo l'accurata ricostruzione di C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 51 ss.

<sup>11</sup> Si vedano appunto, al riguardo, le sentenze della Corte n. 151/2009 (n. 6 del "Considerato in diritto") e n. 96/2015 (n. 9 del "Considerato in diritto").

<sup>12</sup> Così si esprime, appunto, la Corte nella sentenza n. 162/2014 (n. 6 del "Considerato in diritto")

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 151/2009, laddove, peraltro, viene censurata, con dispositivo di tipo additivo, anche la mancata previsione che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 162/2014.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 96/2015.

<sup>16</sup> Nella parte motiva della sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015, appunto, viene espressamente richiamata a supporto la sentenza emessa dalla Corte EDU il 28.08.2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia*. Per più ampi riferimenti, al riguardo, si rimanda a C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 55 ss.

eterologa, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in netto contrasto con l'orientamento espresso, al riguardo, dalla Grande Camera<sup>17</sup>.

Sempre in tema di diagnosi preimpianto, infine, giova rammentare come, sempre nella direzione da ultimo imboccata anche dalla Corte costituzionale, non abbia mancato di manifestare un singolare "attivismo", in una certa fase, lo stesso giudice comune<sup>18</sup>.

A quanto sopra osservato semmai, fermo restando il giudizio sopra formulato sul ruolo estremamente incisivo giocato dalle Corti in materia, e ai fini tutt'al più di una sua più calibrata ponderazione, merita aggiungere che, a differenza che nei casi ricordati, alcune scelte di fondo effettuate dal legislatore in ordine ai modi di tutela dei diritti implicati nella materia in questione hanno in realtà ricevuto un pieno avallo giurisprudenziale.

Si pensi, appunto, alla previsione del divieto di sperimentazione di ciascun embrione umano: laddove la Corte costituzionale, in esplicita sintonia del resto con la Corte EDU, ha dichiarato l'inammissibilità della relativa questione di legittimità costituzionale, ritenendo che "*la linea di composizione tra gli opposti interessi*" - quello sotteso alla tutela dell'embrione e quello sotteso alle esigenze della ricerca scientifica - rinvenibile in tale previsione, attenga piuttosto "*all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale*"<sup>19</sup>.

E si pensi altresì alla previsione del divieto, penalmente sanzionato, della pratica della maternità surrogata.

Di tale previsione, appunto, la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi, sia pur *incidenter tantum*, nella sentenza n. 272/2017, laddove essa non ha esitato ad affermare che la pratica in questione "*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*"<sup>20</sup>. Di qui dunque, ad avviso della Corte, la necessità di tutelare l'interesse del minore

<sup>17</sup> Si tratta, appunto, della sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011 sul caso *SH c. Austria*: sentenza la quale, appunto, non viene minimamente evocata nella parte motiva della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014.

<sup>18</sup> Si allude, in particolare, al discutibile ruolo giocato dal Tribunale di Roma nel disapplicare direttamente il divieto di diagnosi preimpianto stabilito dalla legge n. 40 a seguito dell'emissione della sentenza della Corte EDU sul caso *Pavan c. Italia* richiamata nella precedente nota 14. Si vedano ancora, al riguardo, le considerazioni di C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., pp. 63-65.

<sup>19</sup> Così, appunto, si esprime la Corte nella sentenza n. 84/2016, nella quale, appunto, viene ampiamente richiamata a sostegno la sentenza della Grande Camera del 27.08.2015 sul caso *Parrillo c. Italia* (cfr. il n. 9 del "Considerato in diritto"). C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., pp. 97-101, laddove si ritiene appunto tale decisione "*particolarmente significativa dal punto di vista dell'interazione fra Corti*".

<sup>20</sup> Così, testualmente, nel n. 4.2 del "Considerato in diritto".

concepito in virtù della pratica in questione, in assenza di un auspicabile intervento del legislatore in materia, attraverso il ricorso non all'azione di riconoscimento di figlio naturale di cui all'art. 263 del codice civile, bensì piuttosto all'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184/1983<sup>21</sup>.

E d'altronde, siffatta sottolineatura del profondo radicamento costituzionale della previsione legislativa in questione sembra aver trovato, di recente, un ulteriore significativo riscontro nell'ambito della stessa giurisdizione domestica di legittimità.

Nella sentenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione n. 12193 del 2019, infatti, nel giudicare sulla questione della riconoscibilità o meno del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla pratica della maternità surrogata ed il genitore c.d. "d'intenzione" munito della cittadinanza italiana, ci si è pronunciati al riguardo in termini negativi.

E ciò, per l'appunto, in virtù della qualificazione del divieto legislativo di una pratica del genere alla stregua di un vero e proprio "*principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana e l'istituto dell'adozione*"<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Cfr., in tal senso, il n. 4.3 del Considerato in diritto". Parla in proposito di sentenza "*sostanzialmente additiva*", ancorché formalmente costruita come interpretativa di rigetto, C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 107. Sottolinea il particolare rilievo di questa netta presa di posizione della Corte in materia di surrogazione di maternità, dopo l'accenno a suo tempo operato nella medesima direzione nella precedente sentenza n. 162/2014, sia pur rilevando il carattere puramente "incidentale" di tale presa di posizione, nonché una sua non piena esaustività dal punto di vista argomentativo, F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, spec. p. 151 e p. 167 ss.

<sup>22</sup> Così, testualmente, al par. 13.4 della motivazione. Salva in ogni caso l'ulteriore precisazione, sempre in ossequio alla scelta operata al riguardo dalla legge n. 40, nonché alle indicazioni fornite sul punto dalla Corte costituzionale, che "*la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari (...)*". Sulla pronuncia in oggetto, invero, non sono mancati commenti sostanzialmente adesivi, come quelli di F. DE ANGELIS, *L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita*, in *Giust. civ. comm.*, 2019, p. 475 ss., e di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 737 ss. Più numerosi, peraltro, risultano i commenti decisamente critici, argomentati vuoi con l'insufficiente considerazione e tutela dell'interesse preminente del minore, vuoi con l'inammissibile discriminazione fra coppie omosessuali maschili (come nel caso di specie) e coppie omosessuali femminili ed i rispettivi figli, vuoi con l'impropria utilizzazione dell'istituto dell'adozione nel caso di specie, vuoi, infine, con la mancata necessaria distinzione fra le diverse forme di maternità surrogata. Si vedano appunto, in proposito, M. DOGLIOTTI, *Le sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 653 ss.; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 653 ss.; D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *Corriere giur.*, 2019,

### 3. (*segue*): la disciplina delle unioni civili

A differenza di quanto poc' anzi riscontrato nel caso della legge n. 40 del 2004, in quello della disciplina delle unioni civili introdotta dalla legge n. 76 del 2016 assolutamente determinante, com'è ben noto, è risultato il ruolo delle diverse Corti riguardo all'*an* dell'intervento legislativo in materia: ovverosia riguardo alla decisione di apprestare un'adeguata forma di tutela, a favore delle coppie omosessuali, al "nuovo" diritto fondamentale di "*vivere liberamente un vita di coppia, ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*", evocato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010<sup>23</sup>.

In proposito, in effetti, sembra addirittura superfluo rammentare l'impulso decisivo che, riguardo a tale intervento, avente ad oggetto una tematica anch'essa culturalmente e socialmente quanto mai delicata e divisiva, è sinergicamente scaturito dalla motivazione e dal dispositivo di due pronunzie emesse da altrettante autorità giurisdizionali: ovverosia, in ordine di tempo, in ordine di tempo, la sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014 e la sentenza della Corte EDU del 21 luglio 2015 sul caso *Oliari ed altri c. Italia*<sup>24</sup>. Senza con ciò, peraltro, potersi del tutto trascurare l'ulteriore significativa sollecitazione impressa nella medesima direzione - a mezzo di un dispositivo notoriamente contrassegnato, fra l'altro, da una notevole arditezza - dalla sentenza della 1° sezione civile della Corte di cassazione n. 8097/2015<sup>25</sup>.

Riguardo al *quomodo* dell'intervento legislativo e della tutela da esso apprestata al "nuovo" diritto fondamentale in questione, d'altra parte, è altrettanto noto come esso sia stato condizionato dalla Corte costituzionale in una chiave puramente e semplicemente, ancorché significativamente, *negativa*:

p. 1198 ss.; A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2019, p. 1098 ss.; M. WINKLER, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corriere giur.*, 2019, p. 1215 ss.

<sup>23</sup> Cfr. il n. 8 del "Considerato in diritto". "Sulla vicenda in questione, si veda in particolare la recente attenta ricostruzione di C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 109 ss.

<sup>24</sup> Cfr. ancora, in proposito, C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 127 ss., laddove si parla, appunto, della legge n. 76/2016 in materia di unioni civili come di una legge "*costituzionalmente e convenzionalmente necessaria*". Per una particolare sottolineatura del rilievo delle due pronunce in questione in ordine all'urgenza di un intervento legislativo in materia, si vedano pure, fra gli altri, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., pp. 152-153, p. 165 ss.; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 889; S. PARISI, *Famiglia "di diritto": un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 567 ss.

<sup>25</sup> Riteniamo sufficiente qui rinviare, in proposito, al commento di A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? (a prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *ConsultaOnline*, 2015, n. 1, p. 306 ss., laddove si ritiene di poter riscontrare nella pronunzia in questione - accumulandola peraltro, da questo punto di vista, alla sentenza della Corte costituzionale n. 170/2024 - una vera e propria forzatura delle tecniche decisorie disponibili, ispirata appunto all'"*intento di pungolare il legislatore affinché dia una buona volta luogo alla formazione di una legge che possa appagare le istanze delle unioni omosessuali*" (ibidem, p. 314).



ovverosia nel senso dell'esclusione di una disciplina delle unioni omosessuali identica a quella dettata dal codice civile per il matrimonio delle coppie eterosessuali<sup>26</sup>.

Si è trattato peraltro, com'è evidente, di una condizione destinata a rendere il compito del legislatore in materia quanto mai arduo ed impegnativo: essendo esso chiamato a dettare una disciplina delle unioni omosessuali che, per un verso, si differenziasse da quella del matrimonio non soltanto sotto il profilo della denominazione dell'atto costitutivo del rapporto, ma anche sotto il profilo della disciplina dei *contenuti* di quest'ultimo; e che, per un altro verso, al tempo stesso, non riuscisse comunque eccessivamente (*id est*, irragionevolmente) penalizzante nei confronti del diritto fondamentale delle coppie omosessuali sopra richiamato.

Orbene, alla luce delle contrastanti indicazioni scaturenti dai commenti dottrinali in materia, i modi con i quali il legislatore ha concretamente assolto al compito in questione sembrano effettivamente prestarsi, nel complesso, ad un giudizio piuttosto problematico.

I commenti meno favorevoli nei riguardi della normativa in questione, in effetti, nell'evidenziare l'effettiva presenza in essa di rilevanti aspetti di *sostanziale* diversità rispetto a quanto previsto dalla vigente legislazione in materia matrimoniale, hanno altresì sottolineato l'eccessiva penalizzazione che tale presenza implicherebbe nei confronti delle unioni omosessuali.

Si pensi appunto al riguardo, in specie, alla diffusa stigmatizzazione della mancata previsione, per le unioni civili, dell'obbligo reciproco di fedeltà<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Siffatta posizione della Corte, com'è ben noto, era stata definitivamente chiarita nella sentenza n. 170/2014, a proposito della necessità di una disciplina legislativa del rapporto di coppia fra due persone originariamente di sesso diverso e coniugate, successivamente al cambiamento di sesso di una di esse: laddove, appunto, si chiariva che sarebbe stato "*compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio)*" (n. 5.6 del "Considerato in diritto"). Cfr. appunto fra gli altri, in tal senso, A RUGGERI, *Matrimonio "a tempo"*, cit., p. 311; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 131 ss. Non si ritiene pertanto possibile concordare con quanto affermato in proposito da G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 890: e cioè che, "*se è vero che il nostro legislatore non era tenuto ad introdurre il matrimonio egualitario, è però anche vero che non sussistono ostacoli di ordine costituzionale ad una futura riforma che apra il matrimonio a coppie dello stesso sesso*".

<sup>27</sup> Cfr. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, 3, p. 381; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 886-887; G. BONILINI, *Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, 2017, pp. 767-768; L. OLIVERO, *Unioni civili e presunte licenze di infedeltà*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 1, p. 213 ss.; 1 G. COLLURA, "*Le famiglie degli affetti*" e le nuove genitorialità, in *Rass. di dir. civ.*, 2018, p. 46; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 658; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., pp. 143 e 150. Peraltro, una certa qual tendenza alla "sdrammatizzazione" della mancata previsione in questione si rinviene in G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., pp. 898-899, e in M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 880. A sua volta, C.M. BIANCA, *Articolo 1, comma 1*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017*;

E si pensi altresì alla stigmatizzazione, non meno ricorrente, della mancata esplicita estensione alle coppie omosessuali unite civilmente della possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione, quanto meno nella forma particolare dell'adozione del figlio del *partner* (c.d. *stepchild adoption*).

Siffatta mancata esplicita estensione, anzi, è stata tanto più stigmatizzata, in considerazione della circostanza che il legislatore, mediante il ricorso alla formula “*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*”<sup>28</sup>, ha scopertamente rinunciato a codificare una volta per tutte, in via astratta e generale, detta possibilità, già riconosciuta dalla giurisprudenza comune, in sintonia in sintonia del resto, con gli indirizzi della stessa Corte EDU in materia<sup>29</sup>. Preferendosi invece, più “comodamente”, rimettere la soluzione del problema – eticamente alquanto controverso e politicamente assai spinoso – dell'ammissibilità della particolare forma di adozione in questione alla sua concreta applicazione, caso per caso, da parte del giudice<sup>30</sup>.

Al tempo stesso, tuttavia, non sono affatto mancati commenti decisamente favorevoli nei riguardi della normativa in questione tendenti ora a sottolinearne, comunque, la complessiva adeguatezza, anche a dispetto di talune quanto meno discutibili deviazioni rispetto al regime matrimoniale, quali quelle testé accennate; ora, anzi, a valorizzare proprio la presenza, in essa, di ulteriori specifici aspetti di diversità rispetto alla disciplina del matrimonio.

Per un verso infatti, nei commenti in questione, emerge la tendenza ad evidenziare vuoi la netta prevalenza, nella disciplina delle unioni civili, degli

*d.lgs. n. 7/2017*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 4, ritiene che comunque, in tale mancata previsione, “*non sia riscontrabile un motivo di incostituzionalità*”, argomentando che “*la fedeltà è certamente un connotato della comunione di vita instaurata con l'unione civile, ma la mancata previsione della sua doverosità giuridica ha una rilevante ragione giustificativa nel rispetto della libertà sessuale e personale dell'unito civilmente*”; e che “*trattandosi di una libertà fondamentale della persona la sua maggiore tutela rispetto a quella riconosciuta ai coniugi non presenta carattere discriminatorio*”.

<sup>28</sup> Art. 1, c. 20, l. n. 76/2016.

<sup>29</sup> In effetti, nel senso dell'applicabilità - al fine di riconoscere la genitorialità sociale del *partner same-sex* del genitore sociale - dell'adozione “in casi particolari” di cui all'art. 44, c. 1, lett. d), della l. n. 184/1983, si era recentemente espressa la Corte d'Appello di Roma, sezione minorenni, nella sentenza n. 7127/2015. E, per l'appunto, nel medesimo senso ha avuto modo di esprimersi, a pochi giorni di distanza dalla pubblicazione della l. n. 76/2016, la stessa 1° sezione civile della Corte di cassazione, nella sentenza n. 12962/2016, in virtù di un'interpretazione della disposizione legislativa in questione alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e, specialmente, di quella della Corte EDU in materia (cfr. i nn. 4.2.2 e 4.2.4 della parte motiva). Al riguardo, sarà sufficiente qui rinviare alle considerazioni di I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Riv. AIC*, 2016, 4, p. 4 ss.

<sup>30</sup> In effetti, siffatta opportunistica rinuncia del legislatore a decidere sul punto una volta per tutte, rinviando le relative scelte alla giurisdizione, è stata diffusamente fatta oggetto, in dottrina, di censure assai stringenti: cfr., in particolare, G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit. p. 894; IDEM, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Pol. dir.*, 2017, 1, p. 61; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, p. 101 ss.; G. COLLURA, “*Le famiglie degli affetti*”, cit., p. 48 ss.; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit. p. 146 ss.

aspetti positivi rispetto a quelli negativi<sup>31</sup>, vuoi, talora, anche l'ampiezza della coincidenza della disciplina di tale con quella del matrimonio, e la conseguente notevole estensione dei diritti riconosciuti in capo alle coppie unite civilmente<sup>32</sup>.

Rischiandosi peraltro in quest'ultimo caso, paradossalmente, di mettere in dubbio l'effettiva piena rispondenza della disciplina delle unioni civili all'unica indicazione cogente di ordine contenutistico fornita in materia al legislatore dalla Corte costituzionale, e sopra rammentata: quella, cioè, di dar vita ad una disciplina delle unioni omosessuali non solo nominalmente, ma anche sostanzialmente diversa da quella del matrimonio<sup>33</sup>.

Per un altro verso, altrettanto paradossalmente, si è ritenuto di poter individuare nell'ambito della disciplina in questione taluni specifici profili di differenziazione rispetto alla disciplina del matrimonio talmente apprezzabili, da poter essere considerati, in prospettiva, addirittura meritevoli di estensione a quest'ultima disciplina.

Si consideri appunto al riguardo, in particolare, il diffuso apprezzamento manifestato per la peculiare disciplina del cognome delle coppie omosessuali unite civilmente<sup>34</sup>.

E si consideri altresì l'apprezzamento, talora manifestato, per la mancata previsione dell'istituto della separazione legale, nonché per la connessa opzione a favore di una disciplina dello scioglimento del vincolo più consona, nella sua maggior semplicità, a dettami di modernità recepiti, del resto, nella stessa legislazione matrimoniale di svariati ordinamenti stranieri<sup>35</sup>.

#### **4. (*segue*): la disciplina delle convivenze di fatto**

Diversamente da quanto testé rilevato in ordine alla disciplina delle unioni civili, riguardo alla disciplina delle convivenze di fatto, etero e omosessuali,

<sup>31</sup> Cfr., in particolare, T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., p. 384; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, cit., pp. 879-880; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 889 ss.; IDEM, *Matrimonio e unioni civili*, cit., pp. 49-50, 69; R. PANE, *Comunità familiari tra matrimonio, unione civile e convivenza*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, 2018, 3, p. 787.

<sup>32</sup> Si veda specialmente, in tal senso, M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella legge n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non determinazione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, pp. 909-910; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, cit., p. 879; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., pp. 890-891; R. PANE, *Comunità familiari*, cit., pp. 789-790.

<sup>33</sup> Qualche dubbio al riguardo, in effetti, viene manifestato, più o meno, esplicitamente, da M. ASTONE, *I regimi patrimoniali*, cit. pp. 909-910, e da G. BONILINI, *Convivenza*, cit., p. 768 ss.

<sup>34</sup> Cfr. appunto, in tal senso, M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, cit., p. 880; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 891; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 864; R. PANE, *Comunità familiari*, cit., p. 789.

<sup>35</sup> In tal senso, si vedano M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, cit., p. 880; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 897.

introdotta dalla stessa legge n. 76/2016, non sembra potersi riscontrare, rispetto all'*an* dell'intervento legislativo, alcun ruolo determinante delle Corti.

In ordine alla disciplina di tali convivenze, in effetti, con specifico riferimento al tema dei diritti inerenti ai rapporti fra i conviventi e dei medesimi con i terzi, non sembrano rinvenibili né pronunzie della Corte costituzionale recanti moniti pressanti al legislatore sul tema in questione, né pronunzie della Corte EDU di condanna dello Stato italiano per l'inerzia legislativa manifestata al riguardo.

Tutt'al più, nella giurisprudenza costituzionale, possono cogliersi taluni e semplici rinvii al legislatore in ordine allo specifico tema della tutela dei conviventi *more uxorio*, specialmente nell'ambito del processo penale<sup>36</sup>.

E del resto, a differenza che in quello della disciplina delle unioni civili, si trattava in questo caso di disciplinare un fenomeno, quello appunto delle coppie di fatto, già ormai ampiamente diffuso nella realtà sociale, e al tempo stesso, proprio in virtù della sua intrinseca connotazione di per sé meno "concorrenziale" rispetto all'istituto matrimoniale, anche ampiamente accettato nella coscienza sociale<sup>37</sup>.

Non sembra peraltro del tutto peregrino ipotizzare, semmai, che anche l'intervento legislativo in materia sia stato in qualche modo, almeno *indirettamente*, dalla medesima giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU, da cui aveva tratto impulso quello, contestuale, in materia di unioni civili. sollecitato da quello contestualmente effettuato in materia di unioni civili.

Del tutto verosimilmente infatti il legislatore, una volta imboccata risolutamente la strada indicata da detta giurisprudenza nel senso di un'ampia ed organica disciplina dei rapporti di coppia omosessuali fondati su di un atto costitutivo analogo a quello matrimoniale, non ha potuto fare a meno di percorrere, in parallelo, anche quella di una più succinta ma parimenti organica disciplina di tali rapporti, laddove essi *non* fossero fondati, invece, su di un atto del genere. Salvo ovviamente dover ricomprendere, in quest'ultima disciplina, anche i diritti dei componenti delle coppie eterosessuali non coniugate.

D'altra parte, con riguardo al *quomodo* dell'intervento legislativo in questione, non si può fare a meno di sottolineare come esso venga indiscutibilmente ad inserirsi in un contesto giurisprudenziale da tempo favorevole al riconoscimento di una serie molteplice di diritti in capo ai conviventi *more uxorio*. E ciò, a prescindere dai non meno numerosi diritti che,

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 6/1977 (n. 5 del "Considerato in diritto"), n. 7/1986 (n. 3b del "Considerato in diritto") e n. 281/1994 (n. 4 del "Considerato in diritto").

<sup>37</sup> Circa la sempre più ampia diffusione del fenomeno in questione, si veda fra gli altri L. MENCARINI, in C. MANCINA, M. RICCIARDI (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, spec. p. 49 ss.

nel corso degli ultimi decenni, sia pur in modo alquanto frammentario, la legislazione di settore era andata riconoscendo ai conviventi medesimi<sup>38</sup>.

In proposito, peraltro, non particolarmente significativo risultava, almeno per quanto concerne la specifica individuazione dei diritti da riconoscersi ai componenti delle coppie di fatto, il contributo fornito nel corso del tempo sia dalla giurisprudenza delle Corti europee che da quella della Corte costituzionale<sup>39</sup>.

Riguardo a quest'ultima, in particolare, occorre ricordare come essa si sia costantemente ispirata all'idea della sussistenza di una irriducibile diversità, sul piano costituzionale, fra la famiglia fondata sul matrimonio *ex art 29 Cost.* e la convivenza *more uxorio*, riconducibile piuttosto alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. Di qui, dunque, ad avviso della Corte, la non estensibilità ai conviventi *more uxorio*, almeno in linea generale, dei diritti correlati al rapporto di coniugio<sup>40</sup>.

Così, a ben considerare, la Corte aveva avuto modo di riconoscere la rilevanza del rapporto di convivenza *more uxorio* soltanto in materia di successione nei contratti locazione di immobili urbani, ovvero in materia di successione nell'assegnazione degli alloggi di edilizia pubblica residenziale, fondando peraltro tale riconoscimento sulla considerazione della peculiare inerenza della dimensione della convivenza alla problematica abitativa, nonché sul conseguente specifico riferimento al diritto fondamentale all'abitazione proprio del convivente<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Un'analitica ricognizione dei diritti in questione si trova in M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato*, cit., pp. 872-874.

<sup>39</sup> Per quanto concerne gli orientamenti in materia della Corte di giustizia UE e, soprattutto, della Corte EDU, si veda, in particolare, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 161 ss.

<sup>40</sup> Cfr. al riguardo, fra gli altri, S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 148 ss.; S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, ibidem, spec. p. 226 ss.; G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, 2012, p.p. 88-92; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato*, cit., p. 874; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 145 ss. Siffatto costante orientamento della Corte, del resto, aveva trovato un ulteriore recente conferma nelle sentenze n. 86/2009 (n. 2 del "Considerato in diritto") e n. 140/2009 (n. 3 del "Considerato in diritto"), nonché nell'ordinanza n. 7/2010. Nel contributo di S. TROILO, *i progetti di legge*, cit., p. 230 ss., d'altra parte, si sottolinea anche come univoche indicazioni nel senso di una "piena uguaglianza di status e di diritti fra i conviventi e i coniugi" non potessero trarsi né dalla giurisprudenza della Corte EDU inerente all'art. 12 della CEDU, laddove si riconosce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, né dalla lettura dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove i due diritti in questione vengono distintamente ribaditi.

<sup>41</sup> Diritto ritenuto d'altronde dalla Corte tanto più meritevole di tutela nel caso dell'esistenza di prole naturale: cfr. Corte cost., sentenze. n. 404/1988 e n. 559/1989. Si vedano al riguardo, in particolare, M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto: la libera unione*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI (a cura di), *Famiglia italiana*, cit., pp. 43-45; S. ROSSI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 155; S. TROILO, *I progetti di legge*, cit., p. 228; G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione*, cit., pp. 91-92.

Ben altrimenti incisiva sul tema in questione, invece, si era da tempo mostrata la giurisprudenza comune, sia di merito che di legittimità.

Com'è noto, in effetti, tale giurisprudenza, in sensibile difformità rispetto all'orientamento della Corte costituzionale sul tema testé rammentato, aveva avuto modo di riconoscere ai conviventi *more uxorio* una serie di diritti proprio mediante il ricorso all'applicazione ad essi, *in via analogica*, di norme dettate per i coniugi, in considerazione della sostanziale affinità riscontrabile fra i due tipi di unione<sup>42</sup>. Salvo peraltro, in tempi più recenti, percorrersi piuttosto la strada della giustificazione del riconoscimento ai conviventi di diritti analoghi a quelli riconosciuti ai coniugi piuttosto in un'ottica di eventuale autonomia riconducibilità dei primi a situazioni soggettive individuali *direttamente e immediatamente* tutelate dalla Costituzione, ed in specie dall'art. 2 Cost.<sup>43</sup>

Né d'altronde può ignorarsi che, da ultimo, la nostra Corte di cassazione, ispirandosi alle più recenti della Corte costituzionale e della Corte EDU in materia di diritti delle coppie omosessuali, pur disconoscendo ai componenti della coppia omosessuale il diritto a contrarre matrimonio ovvero di ottenere la trascrizione di quello contratto all'estero, aveva tuttavia avuto modo di riconoscere ai medesimi la possibilità di far valere, dinanzi ai giudici comuni, in presenza di "*specifiche situazioni*", il diritto ad un "*trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata*"<sup>44</sup>. Gettandosi dunque le

<sup>42</sup> O, quanto meno, mediante la riconduzione di taluni diritti del convivente a comportamenti dell'altro convivente configurati alla stregua di obbligazioni naturali. Si veda, al riguardo, la puntuale ricognizione di M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 29 ss. In proposito, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 154, sottolinea appunto che "*talvolta i giudici comuni si sono dimostrati, a differenza della Corte costituzionale, meno restii nell'equiparare la famiglia 'tradizionale' alle famiglie di fatto, facendo riferimento a una evoluzione del contesto non soltanto sociale ma anche normativo, nonché di interpretazione dottrinarie e giurisprudenziale*".

<sup>43</sup> Una simile impostazione, in particolare, si trova accolta nella sentenza della Cassazione civile, Sez. III, n. 7128/2013: laddove appunto, nel riconoscere al convivente il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di lesioni subite dall'altro convivente a causa di fatto illecito di un terzo, si è argomentato, riguardo al rilievo da assegnarsi al legame intercorrente fra conviventi, nel senso che "*i riferimenti costituzionali non siano gli artt. 29 e 30 della Costituzione, sì che detto legame debba essere necessariamente strutturato come un rapporto di coniugio, ed a questo debba assomigliare (...), quanto piuttosto l'art 2 Cost., che attribuisce rilevanza costituzionale alla sfera relazionale della persona, in quanto tale*" (n. 4.2 del "Diritto"). E nel medesimo senso, del resto, si è poi espressa anche la successiva sentenza della Cass. pen, Sez. IV, n. 19487/2014, con riguardo al caso di decesso del convivente dovuto a fatto illecito di un terzo. Un ben diverso approccio sistematico invece, sul tema della risarcibilità dei danni per lesioni subite dall'altro convivente per fatto illecito altrui, aveva precedentemente manifestato Cass. civ., Sez. III, n. 8976/2005, laddove di era affermato, fra l'altro, che "*il dato comune che emerge dalla legislazione vigente e dalle pronunce giurisprudenziali è che la convivenza assume rilevanza sociale, etica e giuridica in quanto somiglia al rapporto di coniugio, anche nella continuità nel tempo*", e che, conseguentemente, "*soltanto la prova della assimilabilità della convivenza di fatto a quella stabilita dal legislatore per i coniugi può legittimare la richiesta di analogo tutela giuridica di fronte ai terzi*".

<sup>44</sup> Così si legge, testualmente, al punto n. 4.2 della parte motiva della sentenza della prima Sezione civile della Corte di cassazione n. 4184/2012: sentenza largamente e dichiaratamente ispirata, per

premesse, in tal modo, per il riconoscimento in via giudiziaria ai componenti delle coppie di fatto omosessuali *quanto meno* degli stessi diritti riconosciuti ai componenti delle coppie eterosessuali<sup>45</sup>.

Ebbene, a fronte di un siffatto preesistente quadro giurisprudenziale, la normativa dettata in materia dalla legge in questione sembra in ogni caso rivelare, nel suo complesso, un grado di innovatività non del tutto trascurabile. E ciò peraltro, naturalmente, a prescindere dalle censure mosse talora dalla dottrina civilistica nei confronti di tale normativa sotto il profilo della sua disorganicità ed incompletezza, ovvero sotto quello della grave manchevolezza di taluni suoi passaggi da un punto di vista squisitamente tecnico<sup>46</sup>.

Certo, alla luce della pronunzia della Corte di cassazione poc'anzi rammentata, tale normativa può ritenersi solo parzialmente innovativa laddove, sotto il profilo *soggettivo*, essa provvede a disciplinare i diritti dei componenti delle coppie di fatto non solo con riferimento alle coppie eterosessuali, ma anche, e in termini del tutto identici, con riferimento alle coppie omosessuali. Codificandosi dunque in tal modo, una volta per tutte, ed in modo certo e incontestabile, una soluzione peraltro già in qualche modo prefigurata dalla pronunzia in questione.

D'altra parte, per quanto concerne il profilo *contenutistico* dei diritti contemplati, la normativa in esame appare ovviamente sprovvista di qualunque carica di innovatività nei casi in cui si limita puramente e semplicemente a contemplare diritti già riconosciuti e tutelati dalla giurisprudenza, sia pur con

l'appunto, alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, ed a quella della Corte EDU sul caso Schalk e Kopf c. Austria del 24 giugno 2010. Sul particolare rilievo di tale pronunzia, e dei relativi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale e convenzionale, si vedano I. MASSA PINTO, "Fiat matrimonio! L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare "una consolidata ed ultramillenaria tradizione" (superando anche il giudicato costituzionale)?", in *Riv. AIC*, 2012, 2, p. 2 ss.; C. NARDOCCI, *La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia. A commento di Cassazione civile, 15 marzo 2012, sez I, n. 4184*, in *Riv. AIC*, 2012, 3, p. 5 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 155.

<sup>45</sup> Laddove invece, come sappiamo, la possibilità di riconoscere alle coppie omosessuali un "trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata" sarebbe stato successivamente escluso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014.

<sup>46</sup> Cfr., in tal senso, L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 922; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato*, cit., p. 879; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 931 ss.; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il rapporto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 943 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 862. Ritengono invece la normativa in questione comunque meritevole di un giudizio complessivamente positivo M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato*, cit., p. 880; MAZZARIOL, *Convivenza di fatto e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 2018, p. 143; R. PANE, *Comunità familiari*, cit., pp. 787-788, 793; F. PARENTE, *La "convivenza di fatto": un nuovo modello legale di organizzazione familiare*, in *Dir. successioni e famiglia*, 2018, pp. 817-818.

riguardo, se non esclusivo, quanto meno nettamente prevalente, ai componenti delle coppie di fatto eterosessuali.

È questo, appunto, il caso della previsione legislativa della risarcibilità del danno, nell'ipotesi di decesso del convivente derivante da fatto illecito di un terzo, a favore del convivente superstite, in base ai medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite<sup>47</sup>.

Né del resto mancano casi in cui la normativa in esame manifesta addirittura una valenza *regressiva* nella tutela dei diritti dei conviventi di fatto rispetto ai preesistenti approdi giurisprudenziali in materia.

Talora, infatti, si omette l'esplicito riconoscimento ai conviventi di diritti che pur la pregressa giurisprudenza aveva avuto modo di riconoscere.

Ci si riferisce, appunto, alla mancata espressa previsione legislativa, nei casi di decesso del convivente testé ricordati, della risarcibilità non solo dei danni di natura patrimoniale, ma anche di quelli di natura *non patrimoniale*<sup>48</sup>.

E ci riferisce altresì alla mancata previsione della risarcibilità del danno - sia patrimoniale che non - a favore del convivente, anche nell'ulteriore diversa ipotesi di *lesioni* subite dall'altro convivente per fatto illecito del terzo<sup>49</sup>.

E tuttavia, la legge in esame non manca di manifestare, al tempo stesso, anche una valenza innovativa particolarmente accentuata contemplando, in molteplici casi, diritti alquanto significativi dei conviventi di fatto non previamente riconosciuti dalla giurisprudenza, e neppure oggetto, al tempo stesso, di un qualche precedente specifico intervento legislativo<sup>50</sup>.

Fra le disposizioni in questione, spicca sicuramente quella secondo cui, in caso di cessazione della convivenza, il convivente che versi in stato di bisogno

<sup>47</sup> Art. 1, c. 49, l. n. 76/2016. Cfr., al riguardo, M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 37 ss. Fra le più recenti pronunzie in tal senso della giurisdizione domestica di legittimità, si veda, ancora, Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 19487/2014, già citata nella precedente nota 43.

<sup>48</sup> Cfr., in particolare, M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., pp. 38-39, nonché, con riferimento critico a tale omissione riscontrabile nella normativa della l. n. 76, L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., p. 941.

<sup>49</sup> Cfr. ancora M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., pp. 39-40, e L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., p. 941, il quale sottolinea criticamente, appunto, siffatta omissione riscontrabile nella normativa in questione. Fra le pronunzie giurisdizionali più recenti in tal senso, d'altronde, si vedano ancora una volta Cass., Sez. un. civ., n. 7128/2013, e Cass. pen., Sez. IV, n. 19487/2014, già citate nella precedente nota 43.

<sup>50</sup> E' il caso, appunto, della previsione dell'art. 1, c. 38, l. n. 76/2016, secondo cui i conviventi di fatto "hanno gli stessi diritti previsti dall'ordinamento penitenziario", ovvero sia dalla l. n. 354/1975 e successive modificazioni: laddove da un lato, all'art. 14 *quater*, agli stessi detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14 *bis*, viene riconosciuto il diritto di intrattenere colloqui anche "con il convivente", e, dall'altro lato, all'art. 30, si prevede la possibilità di concedere al detenuto il permesso di visita anche nei confronti di un convivente infermo, nel caso di imminente pericolo di vita di quest'ultimo.



e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, ha il diritto di ricevere dall'altro gli alimenti<sup>51</sup>.

Ma un'ulteriore indiscutibile e significativa novità è rappresentata dalla previsione della spettanza al convivente di fatto, che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente, di una partecipazione, commisurata al lavoro prestato, agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda anche in ordine all'avviamento<sup>52</sup>.

Parimenti sganciata sia dalla pregressa giurisprudenza, che dalla pregressa legislazione statale, appare altresì la previsione, invero piuttosto inedita, del potere del convivente di designazione dell'altro quale proprio rappresentante, con poteri pieni o limitati, sia in caso di malattia comportante incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute, sia in caso di morte, per quanto riguarda la donazione degli organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie<sup>53</sup>.

Ancora: un'innegabile – quanto meno *potenziale* – valenza innovativa può riscontrarsi anche nella previsione secondo cui, nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, i conviventi di fatto possono godere di tale titolo o causa di preferenza a parità di condizioni<sup>54</sup>. Trattandosi peraltro di una previsione la quale, a ben guardare, viene ad estendere alla fase della formazione delle graduatorie per l'assegnazione degli alloggi in questione il medesimo principio ispiratore della sentenza a suo tempo emessa dalla Corte costituzionale con riguardo all'ipotesi della successione nell'assegnazione di tali alloggi ovvero a quella della voltura della relativa convenzione a seguito della cessazione della convivenza<sup>55</sup>. E trattandosi altresì di una novità la cui

<sup>51</sup> Parla al riguardo di innovazione addirittura "eversiva" S. POLIDORI, *Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, 2018, 1, p. 522. Analogamente, L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., p. 938, ritiene la norma in questione come "di gran lunga la più importante dell'intera disciplina della convivenza di fatto", costituendone la "principale novità", e considera d'altronde, al tempo stesso, del tutto opportuna la mancata previsione dell'obbligo di mantenimento.

<sup>52</sup> Art. 1, c. 46, l. n. 76/2016. Sulla pregressa giurisprudenza in materia, cfr. in particolare M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., pp. 32-33. Esprime peraltro qualche perplessità, da un punto di vista propriamente tecnico, circa la formulazione della disposizione in questione, L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., pp. 937-938.

<sup>53</sup> Art. 1, cc. 40 e 41, l. n. 76/2016. Sottolinea favorevolmente l'"impatto sistematico" della previsione in questione F. PARENTE, *La "convivenza di fatto"*, cit., pp. 810/811. La ritiene invece alquanto approssimativa, dal punto di vista tecnico, L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., pp. 934-936.

<sup>54</sup> Art. 1, c. 45, l. n. 76/2016. Si vedano, in proposito, le considerazioni di L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., pp. 941-942.

<sup>55</sup> Ci si riferisce alla sentenza n. 559/1989, con la quale era stata a suo tempo dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Piemonte in materia, nella parte in cui non

effettiva incidenza, comunque, appare condizionata – trattandosi di materia rientrante nell’ambito della potestà legislativa regionale di tipo residuale - all’esito positivo per lo Stato di un probabile contenzioso con le Regioni sul tema in oggetto<sup>56</sup>.

Ed infine, una qualche portata innovativa è stata condivisibilmente riconosciuta anche alla previsione secondo cui in caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari<sup>57</sup>.

D’altro canto, una certa qual dose di innovatività, con riguardo alla normativa in questione, sembra potersi rinvenire anche in quella serie di casi in cui essa, pur contemplando diritti dei conviventi già riconosciuti dalla giurisprudenza, ha provveduto tuttavia a puntualizzarne il contenuto, ovvero le condizioni o le modalità di esercizio, in modo tale da ampliarne o, all’inverso, da ridurne sensibilmente le dimensioni rispetto a quelle ricavabili dalla giurisprudenza medesima.

Così, talora, è dato riscontrare il potenziamento ad opera del legislatore di un diritto, pur desumibile in sé e per sé dalla giurisprudenza, in virtù di una sua peculiare configurazione dal punto di vista contenutistico.

Questo sembrerebbe, appunto, il caso dell’istituto del contratto di convivenza, previsto dal legislatore per la disciplina da parte dei conviventi di fatto dei rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune.

Ebbene, non può farsi a meno di rilevare che la peculiare disciplina legislativa di un simile strumento negoziale implica fra l’altro la sua utilizzazione – negata invece dalla giurisprudenza - per la disciplina di un oggetto particolarmente rilevante, quale l’introduzione fra i conviventi del regime patrimoniale della comunione dei beni previsto dal codice civile per le coppie coniugate<sup>58</sup>.

prevedeva “la cessazione della stabile convivenza come causa di successione nell’assegnazione ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole”.

<sup>56</sup> Riguardo alla norma in questione, sottolinea appunto che, “se resisterà ai probabili ricorsi delle regioni alla corte costituzionale, la sua portata sarà davvero innovativa”, L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., p. 942.

<sup>57</sup> Art. 1, c. 39, l. n. 76/2016. Sottolinea il carattere innovativo della previsione in questione, a dispetto della sua precedente reperibilità nei regolamenti ospedalieri, nonché, in parte, nel Codice per la protezione dei dati personali, R. MAZZARIOL, *Convivenza di fatto*, cit., p. 142 e relativa nota 26. Ritene invece tale previsione mal formulata e sostanzialmente inutile L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., pp. 933-934.

<sup>58</sup> Art. 1, c. 53, lett. c), l. n. 76/2016. Secondo la pregressa giurisprudenza, invece, l’accordo delle parti sarebbe eventualmente valso a “costituire un rapporto di comunione ordinaria e non legale, come tale privo delle conseguenze esterne tipiche di quest’ultima, quali l’opponibilità ex lege della proprietà comune nei confronti dei terzi e l’annullabilità degli atti compiuti senza il necessario dell’altro ex art. 184 cod. civ.”: così M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., pp. 31-32. Una valutazione alquanto

Talora, invece, il potenziamento di un diritto, di per sé già riconosciuto dalla giurisprudenza, risulta operato dalla normativa in esame tanto mediante l'allargamento dei presupposti per il suo esercizio fissati dalla giurisprudenza medesima, quanto mediante la contestuale eliminazione di una specifica condizione per il suo l'esercizio posta in via giurisprudenziale.

Si allude appunto, al riguardo, alla previsione della facoltà del convivente di fatto di succedere quale conduttore nel contratto di locazione stipulato dall'altro convivente in caso di morte di quest'ultimo, ovvero di recesso del medesimo dal contratto di locazione<sup>59</sup>.

Ora, è vero che già da tempo la Corte costituzionale aveva avuto modo di riconoscere, con pronunzia di tipo additivo, il diritto del convivente a succedere nel contratto di locazione di un immobile urbano stipulato dall'altro convivente sia nell'ipotesi di morte di quest'ultimo, che in quella di cessazione della convivenza da parte del medesimo<sup>60</sup>. E ciò, peraltro, condizionando il riconoscimento del diritto in questione, nella seconda ipotesi, all'effettiva presenza di prole naturale<sup>61</sup>.

E tuttavia, rispetto a siffatte soluzioni giurisprudenziali, la normativa in esame, per un verso, sembra dilatare i presupposti per l'esercizio del diritto in questione, affiancando al caso di morte del convivente conduttore quello del recesso del medesimo del contratto di locazione, presumibilmente più onnicomprensivo rispetto a quello della cessazione della convivenza; per un altro verso al tempo stesso, in questo secondo caso, non ribadisce più la condizione dell'effettiva presenza di figli della coppia.

Talora infine, all'inverso, si assiste alla previsione, da parte del legislatore, di modalità di esercizio di un diritto, pur già riconosciuto in sé e per sé dalla giurisprudenza, così come di casi di divieto dell'esercizio del medesimo, palesemente destinati a ridimensionarne l'effettiva portata.

Si pensi, in proposito, alla previsione del diritto del convivente di fatto superstite, in caso di morte del convivente proprietario della casa di comune residenza, di continuare ad abitare nella casa medesima<sup>62</sup>.

Nel codificare il diritto in questione, infatti, il legislatore ha altresì provveduto a precisarne le modalità di esercizio dal punto di vista temporale,

positiva circa la disciplina del contratto di convivenza introdotta dalla l. n. 76 si trova in R. MAZZARIOL, *Convivenza di fatto*, cit., pp. 143. Si esprime invece assai negativamente, al riguardo, G. OBERTO, *La convivenza di fatto*, cit., p. 945 ss. Lamentano comunque la mancata disciplina dei rapporti patrimoniali fra i conviventi della convivenza, in assenza di un contratto destinato a regolarli, L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., p. 932; G. OBERTO, *La convivenza di fatto*, cit., p. 945.

<sup>59</sup> Art. 1, c. 44, l. n. 76/2016.

<sup>60</sup> Si vedano appunto al riguardo, in particolare, la sentenza n. 404/1988 e l'ordinanza n. 7/2010, già citate nella precedente n. 40, nonché l'ordinanza n. 204/2003.

<sup>61</sup> Cfr., ancora, le pronunzie ricordate nella nota precedente.

<sup>62</sup> Art. 1, c. 42, l. n. 76/2016. Si vedano, in proposito, M. BONOMI, S. GHEZZI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 45; L. LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., p. 939-941

mediante la previsione di una serie di limiti minimi e massimi alla durata della permanenza del convivente superstite nella casa comune<sup>63</sup>.

Al tempo stesso, d'altro canto, si è previsto che il diritto in questione venga meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza, o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto<sup>64</sup>.

### **5. Ruolo del legislatore e ruolo dei giudici rispetto alla nuova disciplina della filiazione: l'unificazione dello stato di figlio**

Ed infine, analogamente a quanto poc'anzi rilevato in ordine alla disciplina delle convivenze di fatto, lo svolgimento di un qualche ruolo particolarmente significativo da parte dei giudici non sembra potersi riscontrare neppure con riguardo all'*an* della riforma della disciplina della filiazione introdotta nel 2012/2013, ivi incluse la serie di disposizioni in essa recepite dalla di poco antecedente legge n. 54/2006 in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.

Giova del resto osservare, in proposito, che le principali novità introdotte tale riforma - a cominciare da quelle più qualificanti, costituite dal riconoscimento della centralità dell'interesse del figlio, ed in particolare di quello minore, nonché dall'unificazione dello stato di figlio<sup>65</sup> - risultavano ormai indiscutibilmente rispondenti a sentimenti ed orientamenti culturali ormai da tempo largamente diffusi nella coscienza sociale<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Laddove, appunto, si stabilisce che, nel caso in questione, il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per due anni o per un periodo pari alla convivenza, se superiore a due anni, e comunque non oltre i cinque anni. Stabilendosi altresì che, ove nella stessa casa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella medesima per un periodo non inferiore a tre anni.

<sup>64</sup> Art. 1, c. 43, l. n. 76/2016.

<sup>65</sup> Unificazione sancita dalla legge delega n. 219/2012, laddove, all'art. 1, c. 7, si introduceva un nuovo testo dell'art. 315 del codice civile, stabilendosi che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", e, al successivo, c. 11 si stabiliva che "nel codice civile le parole 'figli legittimi' e 'figli naturali', ovunque ricorrono, sono sostituite dalla seguente: 'figli'". Ad avviso di P. SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n.154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, pp. 443-444, appunto, la riforma in questione costituirebbe essenzialmente il frutto di "un'evoluzione (...) dominata da due fondamentali valori ordinanti: la primazia dell'interesse del figlio (...) e l'uguaglianza di trattamento di tutti i figli".

<sup>66</sup> A proposito dell'unificazione dello stato di figlio, si vedano in particolare le notazioni di E. LAMARQUE, *Relazione*, cit., pp. 595-596, laddove tale soluzione viene rappresentata come il portato di "trasformazioni che hanno modificato per la prima volta nella storia dell'umanità lo stesso significato del diventare genitore e dell'essere figlio", ovvero di una "rivoluzione antropologica" secondo la quale, costituendo ormai generalmente la filiazione il frutto di una scelta consapevole e deliberata dei genitori, "oggi è il figlio che fa la famiglia, e non viceversa". A sua volta, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., p. 30, sottolinea come "il nuovo regime paritario fosse generalmente gradito e ansiosamente atteso". A proposito poi della particolare attenzione della riforma nei riguardi dei diritti dei figli minori, si rimanda a quanto rilevato dalla stessa Corte costituzionale sul tema in questione

Per quanto concerne poi il ruolo svolto dalla giurisdizione in ordine alla determinazione del *quomodo* della disciplina in questione, esso si presta ad essere diversamente inquadrato e valutato a seconda dei diversi ordini di novità in essa contenute.

Un primo ordine di novità attiene, appunto, all'unificazione dello stato di figlio, ed alla più significativa implicazione *sostanziale* di tale unificazione, ovvero una nuova disciplina delle successioni ispirata al principio dell'assoluta parità di trattamento fra figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori di esso<sup>67</sup>. Donde, appunto, non solo l'abrogazione del terzo comma dell'art. 537 cod. civ, avente ad oggetto il particolare istituto della "commutazione"<sup>68</sup>, ma anche, più in generale, la modifica del testo dell'art. 565 cod. civ., concernente le "*Categorie dei successibili*", mediante la soppressione delle parole "*legittimi e naturali*", riferite ai "*discendenti*", e della parola "*legittimi*" relativa agli "*ascendenti*"<sup>69</sup>.

Orbene, del tutto ininfluyente è risultata in proposito la giurisprudenza della Corte costituzionale. Una giurisprudenza, anzi, costantemente ispirata all'idea secondo la quale il dettato dell'art. 30 della Costituzione, ed in specie quello del relativo terzo comma, non imponessero affatto una simile integrale equiparazione fra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori del matrimonio<sup>70</sup>.

Altrettanto innegabile, invece, appare la rispondenza di un siffatto ordine di novità ad una giurisprudenza della Corte EDU tendente invece, da lungo tempo, a ritenere qualunque diversità di trattamento sul punto lesiva tanto del diritto al rispetto della propria vita familiare sancito dall'art. 8 della relativa Convenzione, quanto al divieto di discriminazioni fondate sulla nascita sancito

nell'ordinanza n. 528/2000: e cioè che "*comunque oggi vi è un'accresciuta sensibilità alla problematica del minore*".

<sup>67</sup> All'art. 2, c. 1, lett. l), della l. n. 219/2019, appunto, in sede di formulazione dei principi e dei criteri direttivi della relativa delega, si stabiliva quello dell'"*adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio*".

<sup>68</sup> Abrogazione sancita all'art. 71, d.lgs. n. 354/2013. Si trattava, com'è ben noto, dell'istituto secondo il quale, in sede di successione legittima, i figli legittimi avrebbero potuto soddisfare in denaro o in beni immobili la porzione spettante ai figli naturali che non si oppossero, e, nel caso di opposizione da parte di questi ultimi, avrebbe deciso il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali. Si veda in particolare, al riguardo, G. BONILINI, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 517 ss.

<sup>69</sup> Cfr. l'art. 75, d.lgs. n. 354/2013. Si veda fra gli altri, in proposito, V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 497 ss.

<sup>70</sup> Cfr. al riguardo E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Utet, Torino, 2006, cit., p. 636; E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, cit., pp. 314-315. E del resto, un simile orientamento della Corte era stato ribadito anche di recente nella sentenza n. 335/2009 laddove, con specifico riferimento all'istituto della "commutazione", si affermava che un simile scelta del legislatore potesse considerarsi alla stregua di un'"*opzione costituzionalmente non obbligata né vietata*" (n. 2.4 del "Considerato in diritto").

al successivo art 14<sup>71</sup>. Diritto e divieto oltretutto di recente testualmente ribaditi, com'è ben noto, in una ancor più ampia e solida prospettiva di tutela multilivello, dagli artt. 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>72</sup>.

Occorre peraltro sottolineare al riguardo che, in ordine a tale prospettiva di uniformità di trattamento delle due diverse categorie di figli, neppure tale giurisprudenza è risultata mai particolarmente stringente nei riguardi delle legislazioni degli Stati aderenti alla Convenzione EDU, mostrandosi al contrario alquanto rispettosa delle tradizioni nazionali in materia<sup>73</sup>.

#### **6. (*segue*): le modalità di acquisizione e di rimozione dello stato di figlio**

Un secondo ordine di novità, quantitativamente ben più corposo, attiene essenzialmente alla disciplina delle modalità di acquisizione ovvero di rimozione dello stato di figlio<sup>74</sup>.

Ebbene, riguardo a tale ordine di novità, al contrario di quanto testé rilevato riguardo a quello precedente, sembra potersi registrare l'avvenuto svolgimento di un ruolo quanto mai incisivo ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale.

La normativa codicistica in materia, intanto, è stata ampiamente modificata in ossequio ad un principio ripetutamente e risolutamente affermato dalla nostra Corte riguardo alla disciplina in questione, quello del *favor veritatis*: il principio implicante cioè la necessità di adottare in materia soluzioni il più possibile ispirate alla finalità dell'affermazione della verità biologica relativa alla filiazione<sup>75</sup>.

Si tratta appunto di un principio che la Corte aveva avuto modo di enunciare, in una prima fase, facendo essenzialmente riferimento all'evoluzione, sul tema in questione, sia degli orientamenti legislativi, sia, in parallelo, della coscienza collettiva<sup>76</sup>; in una seconda fase, invece, facendo

<sup>71</sup> Si vedano in particolare, al riguardo, E. LAMARQUE, *Art. 30*, cit., pp. 638-639; E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, cit., p. 296 ss., 305 ss.; A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., p. 29; G. CHIAPPETTA, *Famiglia e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, ESI, Napoli, 2011, p. 31 ss.

<sup>72</sup> Cfr. fra gli altri, in proposito, E. LAMARQUE, *Art. 30*, cit., p. 639; S. PATTI, *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, CEDAM, Padova, 2007, p. 168 ss.; G. CHIAPPETTA, *Famiglia e minori*, cit., p. 66 ss.

<sup>73</sup> Cfr. sul punto, in particolare, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., p. 29

<sup>74</sup> Si vedano al riguardo, in particolare, M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 454 ss.; M. DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: luci ed ombre*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 480 ss.

<sup>75</sup> Cfr., fra gli altri, G. CHIAPPETTA, *Famiglia e minori*, cit., p. 339 ss.

<sup>76</sup> Si vedano, in particolare, le sentenze n. 134/1985 (nn. 3, 4 e 9 del "Considerato in diritto", e n. 625/1987 (n. 5 del "Considerato in diritto").

essenzialmente riferimento al “nuovo” diritto all’identità personale protetta dall’art. 2 Cost.<sup>77</sup>

Così, fra l’altro, al principio in questione appaiono evidentemente informate tanto la liberalizzazione dei mezzi di prova ai fini dell’accertamento della filiazione fuori del matrimonio, in mancanza dell’atto di nascita e del possesso di stato<sup>78</sup>, quanto, l’eliminazione della serie di condizioni alquanto restrittive precedentemente previste per l’esercizio dell’azione di disconoscimento della paternità<sup>79</sup>.

Ancora, al medesimo principio, inequivocabilmente, si ispira la previsione dell’imprescrittibilità, per il figlio, sia dell’azione di disconoscimento della paternità<sup>80</sup>, sia dell’azione di reclamo dello stato di figlio<sup>81</sup>.

In taluni casi, peraltro, il grado di condizionamento della giurisprudenza della Corte costituzionale risulta sensibilmente meno elevato, in altri, invece, ancor più elevato, rispetto a quello testè evidenziato.

Un grado condizionamento sensibilmente meno elevato, ad esempio, si può riscontrare laddove la stessa Corte costituzionale aveva a suo tempo espressamente rinviato la soluzione da adottarsi alle scelte discrezionali del legislatore.

Si pensi, appunto, alla nuova disciplina dell’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

Al riguardo, in effetti, la Corte si era pronunziata nel senso dell’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 cod. civ., in ordine alla previsione, in esso contenuta, dell’imprescrittibilità

<sup>77</sup> Si vedano, in particolare, le sentenze n. 112/1997 (n. 3 del “Considerato in diritto”), n. 216/1997 (n. 3 del “Considerato in diritto”), n. 170/1999 (n. 4 del “Considerato in diritto”), n. 50/2006 (n. 4 del “Considerato in diritto”) e 266/2006 (n. 6.3 del “Considerato in diritto”), nonché l’ordinanza n. 379/2008.

<sup>78</sup> Si veda appunto, al riguardo, il nuovo testo dell’art. 241 cod. civ., introdotto dall’art. 16, d.lgs. n. 354/2013, secondo il quale “*quando mancano l’atto di nascita e il possesso di stato, la prova della filiazione può darsi con ogni mezzo*”. Laddove, invece, nel testo precedente, si prevedeva che la prova in questione potesse darsi esclusivamente col mezzo di testimoni.

<sup>79</sup> Al riguardo, in primo luogo, all’art. 106 del d.lgs. n. 354/2013, viene abrogato l’art. 235 cod. civ. laddove dette condizioni venivano appunto contemplate. In secondo luogo, si introduce nel codice civile un art. 243 *bis*, nel quale non vengono poste condizioni di sorta, e, al secondo comma, si stabilisce puramente e semplicemente che “*chi esercita l’azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio ed il presunto padre*”. Merita peraltro aggiungere che, in precedenza, la Corte costituzionale aveva avuto modo di occuparsi direttamente del tema in questione, dichiarando – nella sentenza n. 266/2006 - l’illegittimità costituzionale di detto art. 235, nella parte in cui, ai fini dell’azione di disconoscimento della paternità, subordinava l’esame delle prove tecniche, da cui risulta che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell’adulterio della moglie.

<sup>80</sup> Così si prescrive, appunto, al comma 5 del nuovo testo dell’art. 264 cod.civ. introdotto dall’art. 18 del d.lgs. n. 354/2013.

<sup>81</sup> Si veda appunto, in proposito, il secondo comma del nuovo testo dell’art. 249 cod. civ. introdotto dall’art. 21 del d.lgs. n. 354/2013.

dell'azione in questione, esercitabile da chiunque avesse interesse. E ciò, ritenendosi appunto che, sul tema, si prospettasse uno spettro di possibili interventi così ampio, da far concludere che “*il potere di stabilire la natura, la durata e la modulazione del termine per la proposizione dell'impugnazione (...) spetta al legislatore, al quale solo è consentito di operare, anche in ragione dell'evolversi della coscienza collettiva, il necessario bilanciamento del rapporto tra tutela della appartenenza familiare e tutela dell'identità individuale*”<sup>82</sup>.

Ebbene, il legislatore delegato del 2013, nell'introdurre il nuovo testo dell'art. 263, ha provveduto a dettare un regime della prescrizione dell'azione in questione - pur sempre promuovibile da chiunque vi abbia interesse - diversificato in relazione alle varie categorie dei legittimati a promuoverla.

Da un lato infatti, in ossequio al principio del *favor veritatis*, si è confermata l'imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio<sup>83</sup>.

Dall'altro lato invece, in ossequio all'idea di evitare prolungamenti eccessivi di situazioni di incertezza dipendenti dagli altri legittimati all'azione, si sono stabiliti per questi ultimi termini di prescrizione ben più ridotti, riducendosi peraltro - *ragionevolmente* - in modo particolarmente accentuato quello gravante sullo stesso autore del riconoscimento<sup>84</sup>.

All'inverso, un grado di condizionamento della giurisprudenza della Corte ancor più elevato si può ovviamente registrare laddove invece, nella normativa in esame, si provvede a dare puntualmente seguito, con riferimento ad una *specificata* fattispecie, ad una pronuncia della Corte parimenti ispirata al principio del *favor veritatis*.

Si tratta, appunto, della sentenza n. 494/2002, con la quale ci si era pronunciati negativamente in ordine ad una serie limitazioni poste dal codice civile al riconoscimento dei figli incestuosi<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Così si legge testualmente nella motivazione dell'ordinanza della Corte n. 7/2012, con la quale si era dichiarata, appunto, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. Tale ordinanza, d'altronde, faceva seguito a due risalenti pronunzie di inammissibilità della medesima questione, analogamente motivate, la sentenza n. 134/1985 (n. 13 del “Considerato in diritto”) e la sentenza n. 158/1991 (n. 3 del “Considerato in diritto”).

<sup>83</sup> Così si prescrive, appunto, al secondo comma del nuovo art. 263 cod. civ.

<sup>84</sup> Al terzo comma del nuovo art. 263, infatti, si stabilisce che l'impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno, che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Aggiungendosi peraltro che, se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza. E precisandosi altresì che l'azione deve essere comunque proposta nel termine di cinque anni decorrenti dal giorno dell'annotazione del riconoscimento. Al successivo quarto comma, poi, si stabilisce che l'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita.

<sup>85</sup> Con tale sentenza, più esattamente, era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del vecchio art. 278, c. 1, cod. civ. (articolo poi sostituito dall'art. 35 del d.l.gs. n. 254/2013), nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei



Ebbene, sulla scia di tale pronunzia, la riforma in esame ha rimosso tutte le limitazioni precedentemente previste in materia, contemplando soltanto la necessità al riguardo dell'autorizzazione giudiziale<sup>86</sup>.

Altrettanto ovviamente, poi, il grado di incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale sui contenuti della normativa in esame viene ad accentuarsi al massimo, laddove in tale normativa si provvede, puramente e semplicemente, alla riformulazione di talune disposizioni in rigorosa conformità a *puntuali* indicazioni scaturenti da pronunzie della Corte.

Non può certamente sfuggire, infatti, come la sopra ricordata nuova disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità rispecchi talora fedelmente – com'è del resto ovvio – il dispositivo di talune pronunce della Corte costituzionale con le quali, in chiave *additiva*, era stata a suo tempo dichiarata l'incostituzionalità della disciplina dei termini per la proposizione dell'azione.

Si consideri appunto, al riguardo, la previsione secondo cui l'azione di disconoscimento della paternità da parte della madre deve essere proposta entro sei mesi dalla nascita del figlio ovvero, secondo quanto prescritto nella sentenza della Corte n. 170/1999, dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza del marito al tempo del concepimento<sup>87</sup>.

Si consideri altresì la previsione secondo cui il termine di un anno per il disconoscimento del figlio previsto per il marito decorre, anziché dalla nascita del figlio, dal giorno invece in cui – in fondamentale sintonia con la pronunzia della Corte poc'anzi rammentata – dal giorno in cui egli ha avuto conoscenza della propria impotenza ovvero – in stretta aderenza a quanto prescritto dalla Corte nella sentenza n. 134/1985 – dal giorno in cui egli ha avuto conoscenza dell'adulterio della moglie<sup>88</sup>.

E si consideri, infine, la riformulazione della disciplina dell'eventuale sospensione del termine previsto per l'esercizio dell'azione *de qua*: laddove appunto, in fedele corrispondenza con quanto pronunziato in via additiva nella sentenza n. 322/2011, si prevede che tale sospensione operi non soltanto per la parte interessata a promuovere l'azione che si trova in stato di interdizione per infermità di mente, ma anche per quella che versa in condizioni di abituale

casi in cui, a norma del vecchio art. 251, c. 1, cod. civ., (articolo poi sostituito dall'art. 1, c. 3, della l. n. 219/2012) il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato.

<sup>86</sup> Si veda appunto, in proposito, il testo dell'art. 1, c. 3, l. n. 219/2012 e dell'art. 35, d.lgs. n. 354/2013, già citati nella nota precedente. Cfr. in particolare, al riguardo, M. DOGLIOTTI, *La nuova filiazione*, cit., pp. 490-491.

<sup>87</sup> Così, appunto, si prescrive al comma 1 del nuovo testo dell'art. 244 cod. civ., introdotto dall'art. 18, d.lgs. n. 354/2013.

<sup>88</sup> Così si dispone, appunto, al comma 2 del nuovo testo dell'art. 244 cod. civ., introdotto dall'art. 18, d.lgs. n. 354/2013.

grave infermità di mente, che la rendano incapace di provvedere ai propri interessi<sup>89</sup>.

### **7. (*segue*): ulteriori casi di recepimento puntuale di pronunzie della Corte costituzionale**

Incontestabilmente, d'altronde, in analogia con quanto testé osservato con particolare riferimento all'azione di disconoscimento di paternità, il grado di incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale sui contenuti della riforma in esame si appalesa quanto mai elevato relativamente ad un terzo ordine di novità.

Ci si riferisce, appunto, a quella ulteriore serie di disposizioni che, pur avendo ad oggetto profili della materia fra loro diversi, appaiono tuttavia accumulate, per l'appunto, proprio dall'identica finalità di trasporre nella normativa del codice civile quanto precisamente indicato in singole pronunzie della Corte costituzionale, salva tutt'al più qualche eventuale limitata integrazione in linea con la *ratio* ispiratrice di queste ultime.

Si consideri in particolare, al riguardo, la normativa dettata in tema di assunzione del cognome da parte del figlio nato fuori del matrimonio, ovverosia su di un tema sul quale la Corte aveva avuto modo a suo tempo di pronunziarsi con una sentenza additiva saldamente imperniata sull'affermazione del diritto al nome quale "*principale segno identificativo della persona*" e, come tale, anch'esso tutelato dall'art. 2 Cost.<sup>90</sup>

Così, per quanto concerne la disciplina dell'assunzione del cognome da parte del figlio nato fuori del matrimonio in caso di accertamento o riconoscimento della filiazione successivi all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale di stato civile, si provvede a riprodurre fedelmente il dispositivo della sentenza in questione, salvo peraltro integrarlo in un'ottica di ulteriore valorizzazione del diritto al nome da essa affermato.

Si dispone infatti che in tal caso, ove il cognome originario "*sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale*", il figlio possa mantenerlo, non solo – secondo quanto prescritto in detta sentenza - aggiungendolo o antepoendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi, ma – ad integrazione di quanto prescritto nella medesima sentenza - anche "*sostituendolo*" a tali cognomi<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Così si stabilisce, appunto, nel nuovo testo dell'art. 245 cod. civ., introdotto dall'art. 19, d.lgs. n. 354/2013, salvo soltanto precisare che la sospensione è destinata ad operare "*sino a che duri lo stato di interdizione o durino le condizioni di abituale grave infermità di mente*".

<sup>90</sup> Corte cost, sent. n. 296/1997 (n. 2.1 del "Considerato in diritto").

<sup>91</sup> Si vedano appunto, in proposito, le modifiche al testo dell'art. 262 cod. civ. introdotte dall'art. 27, d. lgs. n. 354/2013.

Ancora: si consideri la riformulazione dell'art. 480 del codice civile, mediante la previsione secondo cui, in caso di accertamento giudiziale della filiazione avvenuta fuori del matrimonio, il termine prescrizione per l'accettazione dell'eredità decorre, per il figlio riconosciuto, dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta la filiazione stessa<sup>92</sup>. Previsione che, per l'appunto, non fa altro che adattare fedelmente il testo della disposizione alle indicazioni scaturenti, in proposito, dalla sentenza interpretativa di rigetto n. 191/1983.

Da ultimo, si consideri la modifica apportata alla disciplina della revocazione della donazione per sopravvenienza di figli, attraverso l'eliminazione della previsione secondo cui, in caso di sopravvenienza di figli nati fuori del matrimonio, la donazione avrebbe potuto essere revocata solo se il riconoscimento del figlio fosse intervenuto entro due dalla donazione. Modifica integralmente rispondente, appunto, a quanto deciso dalla Corte con la sentenza di accoglimento parziale n. 250/2000, e tale, dunque, da non prestarsi neppure, a stretto rigore, ad essere qualificata alla stregua di una vera e propria *novità*<sup>93</sup>.

#### **8. (segue): i diritti dei figli minori**

Infine, un significativo grado di incidenza della giurisdizione sui contenuti della riforma in esame, ancorché complessivamente meno elevato rispetto quello emerso nei due precedenti paragrafi, e segnatamente nel secondo di essi, con riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, sembrerebbe potersi riscontrare anche in un quarto ed ultimo ordine di novità racchiuse nella normativa in esame: ovverosia quelle miranti ad una più intensa tutela dei diritti dei figli minori di età.

Vengono intanto in gioco, al riguardo, le disposizioni della legge in questione, innovative rispetto alla normativa antecedente, nelle quali si impone al giudice di provvedere, in procedimenti giudiziari riguardanti un figlio minore, tenendo conto, in termini più o meno esclusivi, dell'*interesse del minore medesimo in sé e per sé considerato*.

Un simile imposizione, appunto, si riscontra nelle disposizioni concernenti i provvedimenti giurisdizionali relativi all'eventuale affidamento dei figli ad un solo genitore, nonché all'assegnazione della casa familiare, da adottarsi nell'ambito dei procedimenti relativi ai vari tipi di patologia del rapporto coniugale, così come in quelli concernenti i figli nati fuori dal matrimonio<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Cfr. art. 69, d.lgs. n. 354/2013.

<sup>93</sup> Cfr. art. 88, d.lgs. n. 354/2013.

<sup>94</sup> Ovverosia nei vari tipi di procedimenti menzionati nel testo dell'art. 337-*bis*, cod. civ. introdotto dall'art 55, d.lgs. n. 354/2013. Nel successivo art. 337-*quater*, c. 1, cod. civ. appunto, si stabilisce che, nell'ambito di tali procedimenti, il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori

Così come vengono in gioco, al tempo stesso, le numerose e rilevanti novità introdotte dalla riforma in vista della tutela di diritti del figlio minore inerenti piuttosto a *profili specifici e qualificati* del relativo interesse.

Si consideri in specie, al riguardo, la previsione del “nuovo” diritto del figlio di *“crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti”*<sup>95</sup>; diritto al quale, d'altronde, fa da contrappunto quello ulteriore riconosciuto agli ascendenti – al primo strettamente correlato e sostanzialmente speculare - di *“mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni”*<sup>96</sup>.

E si consideri altresì la previsione, in luogo della tradizionale potestà genitoriale, della c.d. *“responsabilità genitoriale”*, da esercitarsi da parte dei genitori *“di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio”*, ed implicante altresì l'obbligo, per essi, di stabilire *“di comune accordo (...) la residenza abituale del minore”*<sup>97</sup>.

Ancora: si consideri il riconoscimento del “nuovo” diritto del figlio minore alla c.d. *bigenitorialità*<sup>98</sup>. Riconoscimento correlato, appunto, alla previsione del diritto del medesimo di *“mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”*<sup>99</sup>. E correlato, altresì, all'ulteriore connessa e, del resto, ben nota previsione secondo cui, nei procedimenti relativi alla *“crisi familiare”* ovvero in quelli concernenti i figli nati fuori dal

qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia *“contrario all'interesse del minore”*. Analogamente, nell'art. 337-*sexies*, cod. civ., si stabilisce che il godimento della casa familiare è attribuito *“tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli”*.

<sup>95</sup> Così, appunto, si stabilisce nel testo dell'art. 315-*bis*, c. 2, cod. civ., introdotto dall'art. 1, c. 8, l. n. 219/2012. Cfr. al riguardo, in particolare, V. CARBONE, *Il d.lgs. n. 354/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 451; F. TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 533.

<sup>96</sup> Così si dispone, appunto, nel testo dell'art. 317-*bis*, c. 1, cod. civ. Cfr. in proposito F. DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 354/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, spec. p. 539-541.

<sup>97</sup> Così si prevede nel nuovo testo dell'art. 316, c. 1, cod. civ., introdotto dall'art. 39, d.lgs. n. 354/2013. Si tratta, appunto, dell'introduzione di una nuova disciplina dei rapporti fra genitori e figli tendente evidentemente a mettere in primo i diritti dei figli nei confronti dei genitori e, correlativamente, a privilegiare l'aspetto della doverosità dei compiti di educazione e di mantenimento spettanti ai secondi nei confronti dei primi. Cfr. in particolare, sul tema in questione, E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica di figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 466 ss.; V. CARBONE, *Il d.lgs. n. 354/2013*, cit., pp. 448, 453; P. SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n. 354/2013*, cit., pp. 445-446; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2015, p. 49 ss.

<sup>98</sup> Cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 471 ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., p. 85 ss.

<sup>99</sup> Così si legge nel testo dell'art. 337-*ter*, c. 1, cod. civ., introdotto dall'art. 55, d.lgs. n. 354/2013.

matrimonio, il giudice è tenuto a valutare prioritariamente la possibilità di un affidamento condiviso dei figli<sup>100</sup>.

E si consideri, infine, la previsione del “nuovo” diritto del minore all’*ascolto da parte del giudice*: diritto sancito, a favore del minore ultradodicesimo o anche di età inferiore, ove capace di discernimento, non soltanto in via generale, in relazione a tutti quanti “*i procedimenti in cui debbano essere adottati provvedimenti che lo riguardano*”<sup>101</sup>, ma anche in relazione a taluni specifici procedimenti giurisdizionali coinvolgenti minori di età<sup>102</sup>.

Orbene, sembra del tutto pacifico osservare che la serie di novità introdotte o, comunque, confermate, dalla riforma legislativa in questione con riguardo alla tutela dei diritti dei figli minori, abbiano trovato la loro più compiuta fonte di ispirazione, oltre che un non trascurabile motivo di impulso, in talune specifiche convenzioni internazionali a cui il nostro Paese aveva avuto occasione di aderire nell’ultima fase del secolo scorso: ovverosia, innanzitutto la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, recepita nel nostro ordinamento tramite la legge n. 176/1991, e poi, più limitatamente, la successiva Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, recepita a sua volta tramite la legge n. 77/2003<sup>103</sup>. Senza con ciò potersi tralasciare, naturalmente, le ulteriori significative sollecitazioni ricevute, nella

<sup>100</sup> Cfr. il testo dell’art. 337-ter, c. 2, cod. civ., introdotto dall’art. 55, d.lgs n. 354/2013. Si veda in particolare, al riguardo, G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., pp. 85-86.

<sup>101</sup> Art. 336 bis, c. 1, cod. civ., introdotto dall’art. 53, d.lgs. n. 354/2013. Peraltro, vale la pena rammentare quanto ulteriormente previsto, al riguardo, nel testo di tale disposizione: “*Se l’ascolto è in contrasto con l’interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all’adempimento dandone atto con provvedimento motivato*”. Riguardo al diritto in questione si vedano, in particolare, F. DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 354/2013*, p. 536 ss.; F. TOMMASEO, *I profili processuali*, cit, p. 530 ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., p. 329 ss.; G. CORAPI, *La tutela dell’interesse superiore del minore*, in *Dir. delle successioni e di famiglia*, 2017, 3, pp. 797-799. Riguardo poi al profilo *negativo* del diritto in questione, costituito appunto dal diritto non essere ascoltato, testé riscontrato nella normativa in esame, si veda in specie G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2010, 4, p. 1807 ss.

<sup>102</sup> Tale ascolto, ad esempio, viene espressamente previsto sia in ordine all’assunzione del cognome del padre del figlio nato fuori del matrimonio (art. 262, c. 3, cod. civ., così come modificato dall’art. 27, d.lgs. n. 354/2013), sia in ordine ai provvedimenti giurisdizionali relativi all’affidamento dei figli nei procedimenti relativi alla “crisi familiare” (art. 337-octies, c.1. cod. civ., introdotto dall’art. 55, d.lgs. n. 354/2013).

<sup>103</sup> Riguardo alla Convenzione di New York, si vedano le considerazioni di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 41 ss., pp. 61/62, laddove, in particolare, si sottolinea il superamento, almeno parziale, ad opera di tale Convenzione, della tradizionale concezione anglo-americana del principio dei *best interests of the child*, tradizione di per sé alquanto restia – a differenza di quella continentale europea sul tema - a considerare i minori di età, in quanto tali, titolari di diritti in senso pieno. Ad entrambe le convenzioni internazionali in questione fa riferimento, fra gli altri, G. CORAPI, *La tutela*, cit., pp. 778-779, il quale, con riferimento alla riforma legislativa del 2012/2013 in esame, sottolinea appunto come “*decisivo, ai fini del rafforzamento degli strumenti di tutela dei minori*”, sia stato “*l’apporto del diritto sovranazionale*” e, in particolare, del “*diritto convenzionale*”.

medesima direzione, dal diritto dell'Unione europea, sia originario che derivato<sup>104</sup>.

Riesce in effetti piuttosto agevole reperire, nel testo di dette Convenzioni, e specialmente in quella di New York, il riferimento – essenzialmente operato mediante la formulazione di altrettante *norme di principio* - all'intera gamma di diritti del minore ai quali appresta tutela la riforma legislativa in esame, e che si sono poc'anzi passati in rassegna.

A proposito della Convenzione di New York, appunto, si rammenti la ben nota affermazione, *in via generale*, della necessità di una considerazione preminente dell'interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni pubbliche che lo riguardano<sup>105</sup>.

E si rammenti anche l'altrettanto nota previsione di una serie di *specifici* diritti del fanciullo medesimo, quali quello a preservare la propria identità, ivi comprese le sue relazioni familiari<sup>106</sup>, e quello di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, con la connessa possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato<sup>107</sup>.

Ancora: si rammenti la previsione del diritto del fanciullo, separato da entrambi di genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi<sup>108</sup>, e quella della responsabilità comune di entrambi i genitori per quanto concerne l'educazione del fanciullo e il provvedere al suo sviluppo<sup>109</sup>.

Né d'altronde può trascurarsi che, nel testo della Convenzione in oggetto, risulta altresì espressamente contemplato il - del resto ovvio - impegno degli Stati parti ad "*adottare tutti i provvedimenti legislativi (...) necessari per attuare i diritti riconosciuti*" dalla Convenzione medesima.

Nella citata Convenzione di Strasburgo, poi, si trovano specificamente contemplati i diritti dei minori nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali che lo riguardano fra cui, oltre a quello di essere informato e di esprimere la propria opinione, anche quello di richiedere la designazione di un rappresentante speciale<sup>110</sup>.

Per quanto concerne il diritto originario dell'Unione europea, d'altro canto, viene – com'è ovvio - primariamente in gioco la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: laddove, all'art. 24, oltre a stabilirsi in generale la necessaria

<sup>104</sup> Cfr. ancora, in proposito, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 114 ss.; G. CORAPI, *La tutela*, cit., pp. 779-780.

<sup>105</sup> Cfr. l'art. 3, c. 1, della Convenzione.

<sup>106</sup> Cfr. l'art. 8, c. 1, della Convenzione.

<sup>107</sup> Cfr. l'art. 12 della Convenzione.

<sup>108</sup> Cfr. l'art. 9, c. 3, della Convenzione.

<sup>109</sup> Cfr. l'art. 18, c. 1, della Convenzione.

<sup>110</sup> Cfr., in particolare, gli artt. 3, 4 e 5 della Convenzione.

considerazione, in tutti gli atti relativi ai minori, della preminenza dell'interesse superiore dei medesimi, vengono altresì sanciti, in particolare, l'obbligo di prendere in considerazione l'opinione dei minori sulle questioni che li riguardano, nonché dei medesimi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con i due genitori<sup>111</sup>.

Per quanto concerne poi il diritto derivato comunitario/eurounitario, poi, merita di essere ricordata l'enunciazione del principio del superiore interesse del minore nel regolamento *Bruxelles II* del 2003<sup>112</sup>.

E tuttavia, sembra parimenti incontestabile, al tempo stesso, che la prospettiva di una tutela privilegiata dei diritti fondamentali del figlio minore di età, concretizzata dalla riforma in esame, abbia tratto ampi e solidi motivi di ulteriore rafforzamento anche dalla giurisprudenza delle varie Corti dei diritti, sia europee che domestica.

Tali diritti, infatti, avevano formato oggetto di ripetuti riconoscimenti non solo, in una certa misura, nella giurisprudenza della Corte EDU e in quella della Corte di giustizia UE, ma anche e soprattutto in quella della Corte costituzionale e della nostra giurisprudenza di legittimità.

Nella giurisprudenza delle due Corti europee, in effetti, avevano trovato uno spazio non trascurabile sia il riferimento al principio dei *best interests of the child*, sia quello al correlativo diritto del minore a far sentire la sua voce nei procedimenti che lo riguardano, sia, infine, quello al diritto del minore medesimo alla bigenitorialità. E ciò, sia pur prestandosi la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di giustizia UE suscettibili di essere censurate, rispettivamente, per un uso eccessivamente disinvolto o, all'inverso, eccessivamente prudente, dei richiami ai *best interests of the child*.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> Si veda specialmente, al riguardo, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., pp. 120-123: laddove, peraltro, pur riconoscendosi che l'art. 24 della Carta "si colloca per intero all'interno della concezione europea continentale dei diritti dei minori", si sottolinea tuttavia che esso "saccheggia a piene mani" il testo della Convenzione di New York del 1989, "largamente debitore anche della concezione anglo-americana", tendendo a "tradurre grossolanamente nel linguaggio europeo dei diritti alcuni elementi testuali tipici dell'altra concezione".

<sup>112</sup> Cfr., ancora, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 114.

<sup>113</sup> Riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU, si vedano, in particolare, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 90 ss.; J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Questione giustizia, Speciale aprile 2019*, disponibile all'indirizzo [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), speciale 2019-1, p. 413 ss. In proposito, appunto, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., pp. 89, 92, 105, 108, dopo aver premesso che "le coordinate culturali in cui si inquadra la Cedu sono di tipo europeo-occidentale, perché i minori vi compaiono indubbiamente in qualità di titolari di diritti fondamentali azionabili", manifesta peraltro più di un dubbio circa coerente una piena e coerente attuazione di siffatta prospettiva nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU: rilevando che, sul tema in questione, in tale giurisprudenza "regna una notevole incertezza", che appare legittimo "il sospetto" che in essa, riguardo al principio dei *best interests of the child*, "l'uso del principio sia essenzialmente retorico", e che, infine, dalla lettura delle relative pronunce, "l'impressione che si ricava (...) è davvero che davanti a quella Corte l'esame delle peculiarità della situazione del singolo minore di età sia sempre strutturalmente carente". Qualche perplessità

A sua volta, la nostra Corte costituzionale aveva avuto modo di sottolineare, con riguardo ai procedimenti in materia di acquisizione e di rimozione dello stato di figlio, l'esigenza primaria della protezione dell'interesse dei figli minori<sup>114</sup>, nonché l'intrinseca attitudine dello stesso *favor veritatis* al pieno soddisfacimento del diritto del figlio minore alla propria alla propria identità (*favor minoris*)<sup>115</sup>.

Così come non erano mancate pronunzie della Corte tendenti a riconoscere taluni diritti dei figli minori strettamente connessi con il "*principio di responsabilità genitoriale*"<sup>116</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte, infine, si era altresì assistito all'affermazione del diritto del minore ad essere ascoltato nei procedimenti

d'altronde, riguardo alla pienezza della tutela concretamente fornita ai diritti dei minori nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, esprime anche J. LONG, *Il principio*, cit., p. 416 ss. Riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, poi, si veda ancora E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 136 ss., laddove, appunto, si rileva in generale che le "*non numerose pronunce della Corte (...) che richiamano il principio dei bests interests (...) si segnalano per la moderazione con cui se ne servono*".

<sup>114</sup> Così, in particolare nella sentenza della Corte n. 341/1990 era stata dichiarata l'ill. cost. dell'art. 274, c. 1, cod. civ., nella parte in cui, trattandosi di minore infrasedicenne, non prevedeva che l'azione promossa dal genitore esercente la potestà fosse ammessa solo quando fosse ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio. L'intero articolo in questione, peraltro, è stato in seguito dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 50/2006.

Successivamente, poi, nella sentenza interpretativa di rigetto n. 429/1991, era stata dichiarata l'infondatezza della questione di l.c. dell'art. 244, u.c., cod. civ., nella parte in cui, nel disciplinare l'azione di disconoscimento della paternità, non considerava l'interesse del minore nel prevedere l'istanza del pubblico ministero nel caso di minore infrasedicenne: e ciò, in quanto tale disposizione legislativa non avrebbe potuto interpretarsi se non nel senso della necessaria considerazione di tale interesse da parte del giudice ("Considerato in diritto", n. 3).

<sup>115</sup> Così, nella sentenza n. 112/1997, era stata dichiarata l'infondatezza della questione di l.c. dell'art. 263, cod. civ., nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore potesse essere accolta soltanto quando fosse ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso. E ciò, argomentandosi appunto che "*non si può contrapporre al favor veritatis il favor minoris, dal momento che la falsità del riconoscimento lede il diritto del minore alla propria identità*" ("Considerato in diritto", n. 3). Argomento, quest'ultimo, ribadito dalla Corte anche nella di molto successiva ordinanza n. 7/2012.

<sup>116</sup> Si veda, al riguardo, la sentenza interpretativa di rigetto n. 394/2005, con la quale era stata dichiarata l'infondatezza della questione di l.c. di una serie di disposizioni del codice civile, nella parte in cui non consentivano la trascrizione del titolo di riconoscimento del diritto di abitazione del genitore affidatario del figlio naturale, che non fosse titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato. E ciò, argomentandosi appunto che "*a tal fine, non è necessaria una norma esplicita, dal momento che la regola iuris è immanente al sistema e si ricava in via interpretativa applicando il principio della responsabilità genitoriale*" ("Considerato in diritto", n. 3).

Analogamente, nella successiva sentenza interpretativa di rigetto n. 308/2008, era stata dichiarata l'infondatezza della questione di l.c. dell'allora art. 155-*quater*, c. 1. cod. civ., laddove si prevedeva che il diritto all'assegnazione della casa familiare venisse meno nel caso che l'assegnatario convivesse *more uxorio* o contraesse nuovo matrimonio. E ciò, in base all'argomento che tale disposizione andasse interpretata, alla luce del principio della responsabilità genitoriale, nel senso che la decadenza del diritto in questione fosse comunque "*subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore*" ("Considerato in diritto", n. 3).



giurisdizionali che lo riguardano, così come del suo diritto ad essere parte in tali procedimenti<sup>117</sup>.

Tale giurisprudenza d'altronde, com'è del resto ovvio, ancora una volta è risultata tanto più incisiva nei casi in cui le relative indicazioni hanno trovato un puntuale riscontro nella riforma legislativa del 2012/2013.

Si pensi in particolare, al riguardo, alla già citata sentenza n. 494/2002 emessa in tema di riconoscimento dei figli incestuosi, e motivata con riferimento non soltanto al *favor veritatis*, ma anche – sia pur soltanto fugacemente e indirettamente – al *favor minoris*<sup>118</sup>: sentenza, come sappiamo, oggetto di coerente “traduzione” sul piano normativo da parte della riforma in esame.

Giova peraltro sottolineare particolarmente a questo punto che, tanto nella giurisprudenza della Corte EDU quanto, specialmente, in quella della Corte costituzionale, si era avuto modo, soprattutto nelle pronunzie più recenti, di richiamare, in maniera più o meno esplicita e puntuale, le Convenzioni internazionali sopra richiamate, valorizzandone notevolmente il rilievo *sistematico*.

Così, nella giurisprudenza della Corte EDU, la necessità della tutela dei diritti del minore, seppur costantemente agganciata alla previsione del diritto alla vita privata e/o familiare di cui all'art. 8 della Convenzione, era stata tuttavia anche desunta, non di rado, da un'interpretazione di tale previsione effettuata alla luce della norme del diritto internazionale concernenti la protezione dei diritti umani, fra cui, in specie, quelle dettate dalla convenzione di New York più volte sopra ricordata<sup>119</sup>.

Per quanto concerne poi la giurisprudenza della Corte costituzionale, è vero che, nella maggior parte delle pronunzie in questione, e specialmente in quelle più risalenti, si tendeva ad argomentare l'affermazione di diritti del figlio minore individuandone esclusivamente uno specifico fondamento costituzionale.

Così, tanto “*l'esigenza di protezione dell'interesse dei minori*”, quanto il “*principio della responsabilità genitoriale*”, venivano essenzialmente ricondotti al dettato dell'art. 30 della Costituzione, ed in specie a quello del suo primo comma<sup>120</sup>.

Analogamente, il diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica (*favor veritatis*) veniva esclusivamente

<sup>117</sup> Si vedano, in proposito, le due sentenze interpretative di rigetto n. 1/2002 (“Considerato in diritto”, n. 8) e n. 83/2011 (“Considerato in diritto”, n. 5).

<sup>118</sup> “Considerato in diritto”, n. 6.1.

<sup>119</sup> Cfr. al riguardo, in particolare, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., pp. 91-92; J. LONG, *Il principio dei best interests*, cit., p. 414.

<sup>120</sup> Si vedano appunto, in proposito le due sentenze n. 395/2005 e n. 308/2008 menzionate nella recedente nota 116, nei rispettivi punti del “Considerato in diritto” ivi indicati.

ricollegato al “*diritto del minore alla propria identità*”, fondato sull’art. 2 della Costituzione<sup>121</sup>.

E tuttavia, in altre pronunzie, specialmente fra quelle più recenti, non si era mancato di utilizzare le prescrizioni risultanti dalle Convenzioni internazionali in questione ora, addirittura, quali parametro giustificativo, insieme a quello di natura più squisitamente costituzionale, di una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative contestate; ora invece, quanto meno, quale fondamentale punto di riferimento ai fini di un’interpretazione correttamente orientata di tali disposizioni.

Così, nella medesima pronunzia in tema di riconoscimento dei figli adulterini poc’anzi ricordata, la Corte si era premurata altresì di sottolineare che “*l’identità personale*”, di cui il diritto al riconoscimento di un proprio *status filiationis* è appunto “*elemento costitutivo*”, è “*protetta*” oltre che dall’art. 2 Cost., anche “*dagli artt. 7 e 8 della (...) Convenzione sui diritti del fanciullo*”<sup>122</sup>.

Successivamente, d’altro canto, non ci si era peritati di riconoscere che la prescrizione di cui all’art. 12 della Convenzione di New York sul diritto all’ascolto del minore, “*ormai entrata nell’ordinamento*”, avrebbe dovuto ritenersi “*idonea ad integrare*”, in via *interpretativa*, la disciplina codicistica del procedimento camerale ablativo o modificativo della potestà genitoriale, “*nel senso di configurare il minore come ‘parte’ del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale*”<sup>123</sup>.

Ed infine, analogamente, in ordine alla disciplina del giudizio di opposizione al riconoscimento di figlio naturale, si era giunti ad affermare che il riconoscimento al minore della qualità di parte in tale giudizio, avrebbe senz’altro potuto ricavarsi, sempre in via interpretativa, anche da quanto prescritto dalla Convenzione di New York nonché da quella successiva di Strasburgo del 1996: sia, in generale, circa la necessaria preminente considerazione dell’interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni ad esso relative, ivi comprese quelle dei tribunali; sia, in particolare, con riferimento al diritto all’ascolto del minore nelle procedure giudiziarie che lo riguardano, nonché al diritto del medesimo di partecipare a tali procedure<sup>124</sup>.

A siffatta opera giurisprudenziale di esplicito richiamo e di concreta valorizzazione delle prescrizioni convenzionali in questione, del resto, non era risultata affatto estranea neppure la nostra stessa giurisdizione di legittimità.

<sup>121</sup> Si veda al riguardo la sentenza n. 112/1997 citata nella precedente nota 115, al punto del “Considerato in diritto” ivi indicato.

<sup>122</sup> Corte cost., sent. n. 492/2002, n. 6.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>123</sup> Così si legge, appunto, nella sentenza della Corte n. 1/2002 citata nella precedente nota 117, al punto del “Considerato in diritto” ivi indicato.

<sup>124</sup> Si veda in tal senso la sentenza n. 83/2011, già citata nella precedente nota 117, nei punti nn. 4 e 5 del “Considerato in diritto”.

In particolare, in tema di diritto all'ascolto dei minori nelle procedure che li riguardano, la Corte di cassazione, con riferimento ai casi di mancata espressa previsione di tale ascolto nella disciplina legislativa di procedimenti giudiziari concernenti minori, in una prima fase aveva avuto modo, con riferimento a quanto prescritto in via generale dalla Convenzione di New York, di ritenere tale ascolto “*di regola necessario*”, e, in una fase successiva, con riferimento a quanto più specificamente sancito in materia dalla Convenzione di Strasburgo, aveva ritenuto l'audizione del minore “*comunque obbligatoria*”<sup>125</sup>.

### **9. Considerazioni conclusive: il ruolo particolarmente incisivo dei giudici nella tutela dei diritti fondamentali**

Dalle risultanze dell'indagine effettuata, dunque, sembrerebbero potersi trarre taluni fondamentali ordini di conclusioni di portata *generale*.

Una simile portata, d'altronde, sembra potersi legittimamente ricavare da una serie di tratti peculiari propri dell'oggetto stesso di tale indagine, che paiono per l'appunto idonei a conferire a tali risultanze un valore in qualche modo *paradigmatico*.

Intendiamo riferirci, innanzitutto, al particolare rilievo del diritto di famiglia quale terreno privilegiato di coltura e di sviluppo di diritti fondamentali<sup>126</sup>.

Ci riferiamo, inoltre, al particolare rilievo rivestito, dal punto di vista politico-sociale, oltre che da quello giuridico-istituzionale, dalle tematiche oggetto dei diversi interventi legislativi presi in considerazione, nonché, al tempo stesso, alla varietà di tali tematiche.

Orbene, ciò chiarito, un primo ordine di conclusioni si ricollega alla particolare dinamica dei rapporti fra legislatore e giudici riscontrata appunto, nell'arco del periodo di tempo preso in considerazione, con riferimento alla materia in questione.

<sup>125</sup> Siffatta evoluzione giurisprudenziale si trova puntualmente ricostruita nella motivazione della sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione n. 22238/2009. Circa il ruolo svolto dalla nostra giurisdizione di legittimità sul tema in questione, ed i costanti riferimenti in essa operati al diritto convenzionale in materia, si vedano, in particolare, F. DANOVI, *Il d.lgs. n. 354/2913*, cit., p. 536 ss.; F. TOMMASEO, *I profili processuali*, cit., p. 530/531; R. LOMBARDI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno*, in *Famiglia*, disponibile all'indirizzo [www.rivistafamiglia.it](http://www.rivistafamiglia.it), 30 maggio 2019, pp. 7-9.

<sup>126</sup> Una simile intrinseca attitudine paradigmatica del diritto di famiglia, in tema di tutela dei diritti fondamentali, è stata sottolineata, con particolare riferimento al versante della tutela multilivello dei medesimi, da A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., p. 2: “*Pochi altri ambiti materiali di esperienza possono, forse, competere alla pari col 'diritto di famiglia' (...) nell'offrire numerose e particolarmente istruttive indicazioni a riguardo delle più salienti tendenze delle relazioni tra Corti europee e Corti costituzionali e, allo stesso tempo (e ancora più a fondo), del modo di essere, in struttura e funzioni, tanto della Carta costituzionale quanto delle altre carte dei diritti*”.

Da tale riscontro dunque, in primo luogo, parrebbe trarre piena ed inequivocabile conferma la tesi, del resto largamente condivisa, circa l'effettivo svolgimento ormai da tempo da parte dei giudici di un ruolo particolarmente incisivo nella tutela dei diritti fondamentali<sup>127</sup>.

Sembra in effetti difficilmente contestabile che, nel periodo considerato, la giurisdizione - nelle sue molteplici espressioni - abbia avuto modo di incidere in modo assai rilevante su tutte riforme intervenute in materia, ora sul versante dell'*an* dell'intervento legislativo, ora sul versante del *quomodo* dell'intervento, ora, infine, su entrambi i versanti.

Per quanto concerne in specie la Corte costituzionale, si rammenti la particolare incisività del ruolo da essa giocato, sotto il profilo dell'*an* dell'intervento legislativo, in ordine all'introduzione della disciplina delle unioni civili.

Indiscutibilmente assai rilevante d'altro canto, ancorché in forme e misure di volta in volta diverse, si è rivelato il contributo fornito dalla Corte sul versante del *quomodo* degli interventi legislativi considerati.

Laddove appunto, in particolare, nel caso della disciplina della procreazione medicalmente assistita, si è essenzialmente trattato dell'eliminazione, ad opera della Corte medesima, di una serie di punti assai qualificanti della recente disciplina legislativa di un particolare ambito materiale *precedentemente sprovvisto di qualunque disciplina legislativa*.

Diversamente invece, nell'ambito specifico della filiazione, si è assistito all'esteso recepimento, nei contenuti della relativa *nuova* disciplina legislativa, di orientamenti di fondo ovvero, addirittura, di indicazioni puntuali, ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto la disciplina legislativa *preesistente*.

Ancora diversamente infine, nel caso della - anch'essa inedita - disciplina delle unioni civili, l'influenza della Corte ha avuto modo di esplicarsi non tanto nel senso di condizionarne *positivamente* i contenuti, quanto piuttosto nel senso di *precludere* a tale disciplina l'assunzione di talune fondamentali connotazioni di ordine contenutistico.

Né, d'altronde, può del tutto trascurarsi la sia pur parziale incidenza rivestita dalla giurisprudenza della Corte rispetto ai contenuti della stessa nuova disciplina delle convivenze. Laddove, per un verso, i sia pur limitati diritti da essa riconosciuti ai conviventi *more uxorio* sono stati, da tale disciplina, più o meno pedissequamente codificati; per un altro verso, la stessa giurisprudenza sui diritti delle coppie omosessuali ha, quanto meno

<sup>127</sup> Ci limitiamo qui a rinviare ancora una volta, sul tema, ai vari contributi raccolti nel volume a cura di A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI, *Il rapporto tra giudice e legislatore*, cit.

indirettamente, sollecitato l'introduzione di una disciplina delle convivenze paritariamente riferita anche a tali coppie.

E tutto ciò, si noti, in virtù e nel quadro di un'azione della Corte tendente, da un lato, ad un'estesa affermazione, in materia di diritto di famiglia, di “nuovi” diritti essenzialmente enucleati attraverso il consueto riferimento alla fattispecie aperta di cui all'art. 2 Cost.<sup>128</sup>; dall'altro lato, ad un ampio ricorso, in materia, al suo variegato e ben noto repertorio decisionale, dalle sentenze monito a quelle additive, di principio e non, da quelle di accoglimento parziale a quelle interpretative di rigetto, fino a quelle “miste”, ovvero al tempo stesso di rigetto e di accoglimento<sup>129</sup>.

Alquanto incisivo, al tempo stesso, è risultato altresì il ruolo condizionante svolto in materia da parte dalla giurisprudenza Corte EDU.

Sul versante dell'*an* degli interventi legislativi, intanto, anch'essa ha decisamente concorso con la Corte costituzionale a sollecitare il varo della disciplina delle unioni omosessuali.

Sul versante del *quomodo* degli interventi legislativi, poi, si è avuto modo di ricordare il rilevante contributo fornito da tale giurisprudenza, sempre in concorso con quella della nostra Corte, all'opera di vistosa, ancorché parziale, demolizione della disciplina della procreazione medicalmente assistita.

Al tempo stesso, si è potuto altresì registrare la considerevole influenza esercitata anche dalla giurisprudenza EDU in materia di diritti delle coppie omosessuali in ordine all'introduzione di una disciplina legislativa delle convivenze di fatto indifferentemente riferita alle coppie eterosessuali ed a quelle omosessuali.

Né, infine può trascurarsi l'incidenza delle pronunzie della Corte EDU sui contenuti della nuova disciplina legislativa della filiazione: e ciò sia, soprattutto, riguardo alla significativa novità dell'unificazione dello stato di figlio, sia, in una certa qual misura, anche con riguardo alla parte della disciplina segnatamente rivolta alla tutela dei diritti dei figli minori.

<sup>128</sup> Cfr. al riguardo, in particolare, quanto osservato da A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in *Federalismi.it*, 2013, 1, p. 9, circa il “ruolo di centrale rilievo” svolto dai giudici, ed in particolare da parte della Corte costituzionale, “nel processo in corso volto al riconoscimento di nuovi diritti ed al complessivo allargamento della sfera in cui essi si situano e richiedono di essere fatti valere”. Peraltro, a proposito della ricostruzione dell'art. 2 Cost come norma “a fattispecie aperta”, si vedano i rilievi critici di P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 180 ss.

<sup>129</sup> A tale ricca e variegata tipologia d'altronde, naturalmente, non possono non aggiungersi le numerose pronunce di inammissibilità. Sul tema in questione, con particolare riguardo al collegamento della tipologia in questione con la particolare dinamica dei rapporti fra Corte costituzionale e giudici comuni, si rinvia a E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. p. 109 ss.

Dovendosi semmai sottolineare, in proposito, che siffatto ruolo della Corte EDU ha comunque avuto modo di esplicarsi, recentemente, entro un quadro di rapporti con la nostra Corte costituzionale tipicamente contrassegnato da un atteggiamento di quest'ultima tutt'altro che incline ad un pedissequo recepimento degli orientamenti della prima<sup>130</sup>; e, comunque, tendente generalmente a privilegiare, in sede di pronuncia di incostituzionalità, il riferimento al parametro costituzionale interno diretto rispetto a quello interno mediato da quello convenzionale<sup>131</sup>.

D'altro canto, come si è potuto constatare, non ha mancato di far valere significativamente il proprio apporto e la propria influenza, in ordine alla legislazione qui considerata, la stessa giurisprudenza dei giudici comuni, di merito e di legittimità<sup>132</sup>. E ciò, per il tramite di pronunzie sempre più ampiamente fondate sul diretto ed immediato riferimento a principi costituzionali, così come su riferimenti altrettanto diretti e immediati alla Convenzione EDU del 1950 ed alla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo

In particolare, per quanto riguarda l'*an* dell'intervento legislativo, si è avuto modo di rammentare l'impulso – almeno in parte - fornito all'intervento in

<sup>130</sup> A proposito dell'atteggiarsi del rapporto fra le due Corti non solo in chiave collaborativa ma anche, non di rado, in chiave notevolmente dialettica se non addirittura oppositiva, si vedano in particolare M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisprudenziali*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 234-235.; E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea*, cit. pp. 148-149; A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, in *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 3 novembre 2016, p. 387 ss. Sottolinea peraltro la necessità di “una maggiore collaborazione tra le Corti costituzionali e quelle sovranazionali, pur nella distinzione dei rispettivi ruoli e identità”, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 386. Sulla peculiarità e problematicità delle dinamiche proprie dei rapporti in questione nell'ambito specifico del diritto di famiglia, si rinvia senz'altro a A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., p. 1 ss.; M. ZARRO, *Gli effetti sul diritto civile*, cit., p. 256 ss.; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 151 ss.

<sup>131</sup> Si veda, al riguardo, la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 in tema di divieto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, laddove, appunto, si dichiara l'avvenuto assorbimento dei “*motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU*” (“Considerato in diritto”, n. 14). Ed altrettanto, del resto, la Corte farà nella ben nota sentenza n. 286/2016 in tema di cognome materno (“Considerato in diritto”, n. 4.1), già richiamata nella precedente per la quale, anche sotto tale particolare profilo, si rinvia ancora a E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo*, cit., pp. 3-4.

<sup>132</sup> In generale, sul tema in questione, si veda fra gli altri, P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore*, cit., pp. 18-20. P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune, in Federalismi, it.*, 2011, 5, p. 14, ritiene d'altronde di poter affermare che “*il campo del diritto civile è quello che ha sperimentato il maggiore tasso di creatività del giudice comune in materia i garanzia diretta dei diritti fondamentali*”.

materia di unioni civili dalla stessa giurisdizione di legittimità, con una pronunzia oltretutto alquanto ardita dal punto di vista della tecnica decisoria.

Per quanto riguarda poi il *quomodo* dell'intervento, in effetti, si è potuto osservare come la giurisprudenza dei giudici comuni, a cominciare da quella della Corte di cassazione, sia risultata non poco rilevante in ordine ai contenuti propri della disciplina legislativa delle convivenze di fatto.

Tale rilevanza, in effetti, è emersa non solo sotto il profilo dell'indistinto riferimento di tale disciplina – sollecitato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU poc'anzi richiamata - sia alle coppie eterosessuali che a quelle omosessuali, ma anche sotto quello della codificazione da parte della medesima di una serie di diritti già riconosciuti dagli stessi giudici comuni alle coppie di fatto (soprattutto) eterosessuali.

Ancora: ai giudici comuni non può non riconoscersi il concreto assolvimento di una funzione in qualche modo *anticipatrice* nei confronti della stessa disciplina legislativa dei diritti dei figli minori introdotta nel 2012/2013, specie con riguardo alla tutela del diritto del minore all'ascolto.

Così come, d'altronde, non può tralasciarsi l'incidenza, più o meno rilevante, delle pronunzie dei giudici comuni, registrata in ordine a singoli aspetti puntuali ma, al tempo stesso, particolarmente significativi, della normativa introdotta da taluni degli interventi legislativi presi in esame.

Si rammenti appunto, in proposito, il contributo da esso fornito, in concorso con la Corte EDU, in chiave di anticipazione e di sollecitazione di una delle pronunzie demolitorie della disciplina della PMA emesse dalla Corte costituzionale.

E si rammenti altresì, al tempo stesso, il singolare ruolo giocato dal giudice comune, del resto implicitamente riconosciuto e strumentalmente "utilizzato" dallo stesso legislatore, rispetto ad una delle questioni più delicate – dal legislatore medesimo affrontata e non risolta – inerenti alla disciplina delle unioni civili, quale quella relativa all'adozione del figlio del *partner*.

Né d'altronde, conclusivamente, sembra potersi del tutto ignorare il contributo almeno parzialmente fornito dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla creazione di un *humus* giurisprudenziale multilivello complessivamente assai favorevole al rafforzamento della tutela dei diritti dei figli minori riscontrato nella nuova disciplina legislativa della filiazione.

#### **10. (*segue*): il ruolo non del tutto marginale del legislatore nella tutela dei diritti fondamentali**

E tuttavia, le stesse risultanze dell'indagine svolta nel corso del presente lavoro sembrerebbero tali da suggerire anche un secondo distinto ordine di conclusioni di portata altrettanto generale.

Esse, invero, parrebbero mettere seriamente in guardia, al tempo stesso, da un'eccessiva svalutazione del ruolo effettivamente giocato dal legislatore, *in generale*, in ordine alla tutela dei diritti fondamentali: una svalutazione tale, cioè, da accreditare una radicale marginalizzazione del ruolo medesimo se non, addirittura, una sua totale vanificazione.

Ben diversamente infatti, nella materia qui considerata, una decisiva incidenza del ruolo in questione ha avuto modo di manifestarsi più volte in ordine all'*an* dell'intervento legislativo.

E ciò, si noti, non solo con riguardo ad interventi volti ad introdurre, nella disciplina del diritto di famiglia, novità ampiamente sintonizzate con l'evoluzione della coscienza sociale: come, appunto, nel caso della disciplina delle convivenze di fatto, ed in quello della nuova disciplina della filiazione.

L'iniziativa del legislatore infatti, come si è potuto a suo tempo constatare, ha avuto modo di manifestarsi significativamente anche in ordine all'introduzione *ex novo* della disciplina della procreazione medicalmente assistita: ovverosia della disciplina di un tema estremamente controverso dal punto di vista etico e culturale.

Il ruolo svolto dal legislatore in ordine alla tutela dei diritti fondamentali implicati dalla materia in questione, d'altronde, non sembrerebbe meritevole di essere oltremodo svalutato neppure con riguardo al *quomodo* degli interventi legislativi qui considerati.

In proposito, infatti, si è avuto modo di constatare che il contenuto di tali interventi è stato, sia pur in diversa misura, soltanto *parzialmente* condizionato o vanificato da interventi effettuati, rispettivamente, *ex ante* ovvero *ex post*, dalla giurisdizione

Così, la stessa disciplina legislativa della PMA, pur esprimendo su di una serie di profili particolarmente rilevanti della materia scelte successivamente bocciate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nonché talora, anche da quella della Corte EDU, tuttavia, su taluni altri profili non meno rilevanti, ha avuto modo di esprimerne altre che hanno anzi trovato successivamente, in tale giurisprudenza, così come talora, anche in quella della Corte di cassazione, un solido avallo.

La disciplina legislativa delle unioni civili, a sua volta, ha subito ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale, dal punto di vista contenutistico, un condizionamento *ex ante* di ordine meramente *negativo*.

Il legislatore, d'altro canto, ha provveduto ad utilizzare l'ampio spazio di manovra ad esso in tal guisa riservato adottando soluzioni suscettibili, sul piano scientifico, non solo di valutazioni complessivamente negative, ma anche, all'inverso, di valutazioni complessivamente positive, fino al punto di riconoscersi talora, in alcune di esse, perfino la presenza di tratti di vera e propria originalità.



Nella disciplina legislativa delle convivenze di fatto, d'altra parte, il legislatore non si è limitato puramente e semplicemente a recepire gli *imput* di derivazione giurisprudenziale relativi agli aspetti *soggettivi* o *contenutistici* dei diritti implicati da tali convivenze, finendo anzi addirittura, sia pur in pochi casi, per omettere la codificazione di taluni dei diritti in questione.

In tale disciplina, infatti, si è altresì provveduto sia a codificare una serie di diritti tutt'altro che irrilevanti non previamente riconosciuti dalla giurisdizione, sia a modulare, ora in senso espansivo, ora in senso restrittivo, l'esercizio di diritti pur già riconosciuti da quest'ultima.

Per quanto concerne infine i contenuti della nuova disciplina legislativa della filiazione, il ruolo del legislatore è risultato, in effetti, quanto mai incisivo laddove si è prevista l'unificazione dello stato di figlio.

Un simile previsione, infatti non risultava affatto imposta né dalla giurisprudenza della Corte EDU né, tanto meno, da quella della Corte costituzionale, e si è anzi seriamente prestata, al contrario, ad essere addirittura considerata alla stregua di una vera e propria forzatura del dettato costituzionale in materia<sup>133</sup>.

Né d'altronde può del tutto tralasciarsi il sia pur circoscritto spazio di manovra lasciato dalla Corte costituzionale al legislatore, e da questo coerentemente utilizzato, laddove si è trattato di precisare taluni aspetti della disciplina dell'acquisizione e della rimozione dello stato di figlio in sintonia con mere indicazioni di principio della Corte, ovvero, addirittura, in assenza di qualunque indicazione da parte di quest'ultima.

Ma, a ben considerare, un ruolo non propriamente trascurabile del legislatore, ancorché svolto in *tempi* ed in una *veste* diversi da quelli nei quali esso ha recentemente provveduto al riguardo, lo si è potuto intravedere anche a proposito della disciplina dei diritti dei figli minori.

Le novità introdotte da tale disciplina infatti, come si è potuto constatare, sembrano rispecchiare, prima ancora ed oltre che le indicazioni fornite al riguardo dalla Corte costituzionale, dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia UE, anche e soprattutto i principi *a suo tempo* sanciti in materia da convenzioni internazionali, e di poco successivamente introdotti nel nostro ordinamento, per l'appunto, per il tramite di atti di natura propriamente *legislativa*. Principi, del resto, più volte espressamente e significativamente richiamati dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU.

<sup>133</sup> Cfr., in tal senso, E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi*, cit., p. 593, la quale, riferendosi a quanto previsto dall'art. 30 Cost., pone appunto, in chiave essenzialmente retorica, il seguente interrogativo: "la legislazione odierna costituisce davvero l'attuazione di quella previsione costituzionale, come molti sostengono, o invece ne rappresenta il definitivo superamento?". A sua volta, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., pp.29-30, rileva come la piena uguaglianza di condizione dei figli "sembri (...) esclusa dall'art. 30 della Costituzione che (...) ha costituito oggetto da parte del legislatore non già di una lettura evolutiva bensì di una vera e propria violazione".

E ciò, naturalmente, sia pur dovendosi giocoforza considerare la ridotta carica di innovatività, dal punto di vista *sostanziale*, propriamente insita nelle leggi recanti il puro e semplice ordine di esecuzione di convenzioni internazionali.

### **11 (segue): modalità di funzionamento della forma di governo parlamentare e tutela dei diritti fondamentali**

Peraltro, quanto poc'anzi rammentato a proposito del ruolo specificamente giocato dal legislatore in ordine alla disciplina della PMA e in ordine a quella della filiazione, sembra fornire lo spunto per la formulazione di un ulteriore terzo ordine di conclusioni, pur esse di portata generale, ancorché di carattere eminentemente ipotetico e di natura non strettamente giuridico-costituzionale.

Tale ordine di conclusioni, appunto, parrebbe sollecitato dall'ulteriore constatazione dell'assai *diverso contesto politico-parlamentare*, nell'ambito del quale i due interventi legislativi in questione sono stati rispettivamente varati.

Occorre infatti rammentare, in proposito, che la legge n. 40/2004 è stata approvata con il consenso della (sola) maggioranza parlamentare sostenitrice del Governo Berlusconi *bis*, insediatosi a seguito della vittoria conseguita alle elezioni politiche del 2001, sotto la vigenza ed in virtù di un sistema elettorale di tipo prevalentemente maggioritario, da una coalizione di centrodestra capeggiata dallo stesso Berlusconi<sup>134</sup>.

Ben diversamente, la riforma della filiazione del 2012/2013 ha visto definitivamente la luce in una fase della nostra vita politico-istituzionale essenzialmente contrassegnata da una logica di "larga coalizione".

Non sembra pertanto del tutto azzardato supporre che *anche* l'operare di una logica del genere possa avere quanto meno assecondato la circostanza che, durante il Governo presieduto da Mario Monti, la legge delega n. 219/2012 sia stata approvata in via definitiva con una larghissima maggioranza alla Camera, e, al Senato, addirittura all'unanimità<sup>135</sup>. Assistendosi così, in certo qual modo,

<sup>134</sup> Si era trattato, appunto, delle elezioni politiche tenutesi 13 maggio 2001 sulla base dei sistemi elettorali, fra loro largamente simili, introdotti, per il Senato, dalla l. n. 276/1993 e, per la Camera, dalla l. n. 277/1993 (c.d. "Mattarellum"). Il Governo Berlusconi *bis*, durato in carica dall'11 giugno 2001 al 23 aprile 2005 era sostenuto da una coalizione di forze politiche fra loro sufficientemente omogenee, le principali delle quali erano costituite da Forza Italia, Alleanza Nazionale, Lega Nord e CCD-CDU. La legge in questione venne prima approvata in via definitiva dal Senato nella seduta dell'11 dicembre 2003, con una votazione nella quale risultarono, su 267 presenti, 169 voti favorevoli, 92 voti contrari e 5 astenuti (cfr. Atti Parlamentari XIV Legislatura, Disegni di legge, Atto Senato n. 1514, seduta n. 506 dell'11.12.2003, in *Senato.it*). Essa poi venne definitivamente approvata dalla Camera con una votazione nella quale risultarono, su 502 presenti, 277 voti favorevoli, 222 contrari e 3 astenuti (cfr. Atti parlamentari XIV Legislatura, Disegni di legge, Atto Camera n. 47-B, seduta 10 febbraio 2004, in *Senato.it*).

<sup>135</sup> Il Governo presieduto da Mario Monti, durato in carica dal 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013, si rese essenzialmente sull'all'appoggio esterno di una maggioranza parlamentare formata

ad una sorta di riedizione delle dinamiche parlamentari che, nel corso degli Anni Settanta del secolo passato, avevano contrassegnato il varo di grandi leggi di riforma, fra cui, appunto, anche quella del diritto di famiglia<sup>136</sup>. Riforma quest'ultima del resto, com'è ben noto, pur essa ampiamente condivisa nella coscienza sociale, e pur essa sollecitata dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale.

Né d'altronde può sottacersi che il successivo decreto legislativo n. 154/2013, a sua volta, sia stato approvato senza difficoltà o incertezze di sorta da un Governo, presieduto da Enrico Letta, anch'esso sorretto da un'ampia coalizione di tipo "trasversale"<sup>137</sup>.

Ebbene, tutto ciò sembrerebbe suggerire la sussistenza di una qualche significativa correlazione fra le *effettive* modalità di tutela dei diritti fondamentali apprestate dal legislatore, e le *effettive* modalità di funzionamento della forma di governo parlamentare.

E del resto, un valido spunto in questa direzione sembrerebbe fornito da quella dottrina politologica e sociologica, che ha ritenuto di poter stabilire una significativa correlazione fra tipi di democrazia e di sistemi elettorali, da un lato, e grado di protezione dei diritti *sociali*, dall'altro: laddove, appunto, si è ritenuto di poter riscontrare una maggior attitudine a favorire tale protezione nelle democrazie "consensuali" e nei connessi sistemi elettorali di tipo

da una serie assai ampia di forze politiche fra loro alquanto eterogenee, le più consistenti delle quali erano costituite, appunto, dal Popolo della Libertà, dal Partito Democratico e dall'Unione di Centro (UdC). La legge in questione venne approvata in via definitiva dal Senato nella seduta del 16 maggio 2012, con una votazione nella quale risultarono appunto, su 258 presenti e 256 votanti, 256 voti favorevoli e nessun voto contrario (cfr. Atti Parlamentari XVI Legislatura, Disegni di legge, Atto Senato n. 2805, seduta n. 724 del 16.05.2012, in *Senato.it*). Successivamente, essa venne approvata in via definitiva anche dalla Camera nella seduta del 27 novembre 2012, con una votazione nella quale risultarono, su 455 presenti, 366 voti favorevoli, 31 contrari e 58 astenuti (cfr. Atti Parlamentari XVI Legislatura, Disegni di legge, Atto Camera n. 2519-3184-3247-3516-3915-4007-4054-B, seduta n. 724 del 16.05.2012, in *Senato.it*).

<sup>136</sup> Cfr. specialmente, al riguardo, M. FIORAVANTI, *Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale*, in M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 405 ss., laddove gli anni Settanta del secolo scorso vengono appunto considerati, nel quadro della nostra storia costituzionale repubblicana, l'ultimo periodo nel quale, in sintonia con il disegno originario dei Costituenti, l'attuazione dei principi e dei diritti costituzionali risultava essenzialmente demandata al legislatore; e laddove proprio alla fine dei medesimi anni Settanta si colloca il momento dell'avvio di una fase del tutto nuova ed inedita, nella quale tale attuazione verrà sempre più monopolizzata dalla giurisdizione. Sulla visione propria del Costituente. Al riguardo, in senso analogo, si veda altresì P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione*, cit., pp. 6-7.

<sup>137</sup> Il Governo Letta, durato in carica dal 28 aprile 2013 al 22 febbraio 2014, era anch'esso sorretto da un'ampia coalizione fra forze politiche fra loro alquanto eterogenee, fra cui, in particolare, il Partito Democratico, il Popolo della Libertà, l'Udc e Scelta Civica. E ciò, com'è ben noto, a seguito dello svolgimento, sulla base della legge elettorale n. 270/2005, delle elezioni politiche del 24 e 25 marzo del 2013, dalle quali non erano emerse maggioranze politicamente omogenee in entrambi i rami del Parlamento.

proporzionale, rispetto alle democrazie “maggioritarie” ed ai relativi sistemi elettorali<sup>138</sup>.

Viene dunque da chiedersi, a questo punto, se una simile correlazione non possa validamente ipotizzarsi con riferimento alla tutela legislativa di ogni sorta di diritti fondamentali.

In effetti, dalla considerazione dei due particolari casi qui in esame sembrerebbe potersi evincere che un concreto funzionamento della forma di governo parlamentare in una chiave essenzialmente maggioritaria tenderebbe sì, intrinsecamente, ad assecondare interventi legislativi volti alla tutela di diritti fondamentali pur inerenti ad ambiti materiali contrassegnati da un elevato grado di conflittualità dal punto di vista etico e culturale.

Un simile contesto tuttavia, al tempo stesso, parrebbe invece di per sé inidoneo ad assicurare un grado di tutela legislativa pienamente soddisfacente dei diritti medesimi.

Ben diversamente, un concreto funzionamento della forma governo parlamentare in una chiave essenzialmente “parlamentaristica”, oltre a non ostacolare affatto di per sé, naturalmente, interventi del legislatore volti alla tutela di diritti fondamentali in ambiti materiali eticamente e culturalmente non conflittuali, parrebbe altresì particolarmente idoneo ad assicurare a tali diritti un grado di tutela legislativa pienamente soddisfacente.

<sup>138</sup> Cfr., in proposito, C. TRIGILIA, *Crescita economica e coesione sociale nelle democrazie avanzate. Un divorzio inevitabile?*, FUP, Firenze, 2017, p. 33 ss.