

Rivista N°: 1/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 02/02/2017

AUTORE: Giovanni Maria Flick *

DIRITTO AD AVERE UN GENITORE E/O DIRITTO AD ESSERE UN GENITORE: UNA RIFLESSIONE INTRODUTTIVA **

Sommario: 1. Dallo shangai al domino o viceversa. – 2. Dai valori ai principi, alle leggi, alla interpretazione e alla decisione in concreto. – 3. Pari dignità del minore e valori non negoziabili. – 4. Dalla genitorialità biologica a quella legale. – 5. Diritto dei genitori all'eguaglianza e/o best interest del minore? – 6. Dal best interest in concreto a quello in astratto: si ricomincia da capo?

1. La riflessione sul “diritto alla genitorialità” del minore e sulla eliminazione di ogni residua differenza tra la filiazione legittima e quella naturale – proposta dalla Corte di Cassazione – non può che prendere le mosse dal traguardo raggiunto (per ora!) nella lunga marcia verso la parità: avviata nel 1975 con la riforma del diritto di famiglia; assestata da ultimo con la sua evoluzione attraverso il D. Lgs. 154 del 2013.

Presentando il tema della riflessione, la Cassazione sottolinea preliminarmente e giustamente la rivoluzione copernicana della posizione del figlio: un tempo non lontano quasi un'appendice della famiglia; ora figura centrale di essa. Prima era la famiglia a “costituire” il minore; ora è quest'ultimo a “costituire” la prima, con il suo ruolo e il suo diritto a una «genitorialità piena», corrispondente al suo personale *best interest*. Sin da ora mi sembra necessario sottolineare quel connotato di personalità e quindi di concretezza, che segna il confronto e una ragione di dissenso tra le più recenti interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 44 comma 1 lett. d della L. n. 184 del 1983 sul *Diritto del minore ad una famiglia*.

Al diritto alla genitorialità del minore corrisponde un «dovere alla genitorialità» del padre e della madre: fino a qual punto esso è anche un diritto e non soltanto una aspirazione? Entro quali limiti e come si confronta questo ultimo dovere/diritto con il diritto alla genitorialità

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

** Relazione introduttiva al Convegno “Il minore e il diritto alla genitorialità”, Corte di Cassazione – Roma – 13 dicembre 2016.

del figlio? In parole semplici, il diritto del figlio ad avere un genitore ha la medesima valenza del diritto del potenziale ed aspirante padre o madre ad essere un genitore?

Si pensi ai dibattiti, alle polemiche, alle contrapposizioni che hanno segnato l’emanazione e la applicazione della L. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, nonché le sue reiterate correzioni radicali ad opera della Corte Costituzionale; più ancora ai dibattiti, alle polemiche e soprattutto al silenzio (dopo le discussioni) sull’adozione, nella L. n. 76 del 2016 per la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso; alla richiesta di un nuovo chiarificatore intervento legislativo sulla *step-child adoption*; ai contrasti giurisprudenziali sull’interpretazione del comma 1 (soprattutto sul carattere residuale o meno della lett. d) della legge n. 184 del 1983. Testimoniano tutti con evidenza la complessità dei problemi in discussione; le tensioni e le contrapposizioni ideologiche da cui quei contrasti nascono e in cui sfociano; la difficoltà di trovare non tanto una soluzione, quanto almeno un terreno comune di discussione.

Non sono in grado di partecipare al dibattito (ed alla odierna stimolante occasione di riflessione offerta dalla Corte di Cassazione) con le necessarie cognizioni tecnico-specialistiche (non soltanto giuridiche, ma prima ancora tecniche e sociali); non sono quindi in grado di offrire un contributo significativo a quel dibattito. Posso solo offrire la testimonianza di un operatore del diritto che per un periodo non breve ha sperimentato, come giudice, la difficoltà di applicare le norme costituzionali per individuare – in questo come in altri campi non meno importanti – un equilibrio tra i valori che devono o dovrebbero guidare la nostra convivenza. Sono valori che in concreto risultano troppo spesso in contrasto fra di loro o alla ricerca di una sopraffazione reciproca (per la ben nota “tirannia dei valori”); sempre che si riesca quanto meno a condividere la loro esistenza se non la loro importanza e la necessità di trovare un equilibrio ed un compromesso fra di essi, per quanto precari.

La mia è una testimonianza che comincia da lontano: da un gioco dell’infanzia chiamato *shangai*, ancora di moda. Esso consiste nel buttare alla rinfusa sul tavolo un certo numero di bastoncini, in un mucchio dal quale si deve estrarre un bastoncino alla volta senza muovere i bastoncini vicini. Vince chi ne estrae il maggior numero senza provocare movimenti e scosse. Oggi mi sembra si siano capovolte le regole del gioco: vince chi riesce il più presto possibile a sconvolgere tutto il mucchio muovendo un bastoncino solo.

Si tratta di un metodo e di un risultato che non mi convincono. Perciò vorrei provare (se mi è consentita l’espressione) a “giocare” con i valori non a *shangai* ma a *domino*: un altro gioco dell’infanzia – meno di attenzione e di destrezza e più di riflessione – nel quale ogni giocatore deve costruire un percorso senza soluzione di continuità, connettendo le tessere del gioco a sua disposizione attraverso la coincidenza dei numeri che contrassegnano le due parti di ogni tessera.

2. Provo dunque a confrontarmi con i valori seguendo il metodo del *domino* e non quello dello *shangai*. In uno stato pluralista il legislatore – come ha osservato la Corte Costituzionale – deve ovviamente intervenire nelle questioni bioetiche, fra le quali si collocano ampiamente quelle in tema di diritto alla genitorialità rispettivamente per i minori e per i loro genitori.

L'intervento deve aver luogo con un bilanciamento fra i valori, gli interessi e i diritti coinvolti, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza. Questi ultimi, ad esempio, sono di tutta evidenza necessari per affrontare tematiche come quella della procreazione medicalmente assistita, in cui i limiti di ragionevolezza delle scelte legislative sono particolarmente importanti allorchè si tratti di bilanciare la tutela di diritti e di interessi che spesso sono fra loro confliggenti.

Il procedimento riproduttivo – è stato detto – è un crocevia fra libertà e limiti: quali di questi ultimi sono ragionevoli e/o necessari nell'esercizio delle prime? Più che un problema di riconoscere nuove libertà e nuovi diritti connessi alla genitorialità (ad esempio, ad avere figli "sani"), v'è un problema di individuare i limiti e il bilanciamento fra i diritti esistenti.

Non sembra certo percorribile per molteplici ragioni la via di un divieto generale e assoluto di fecondazione eterologa, nel caso di infertilità o sterilità. Le scelte radicali mirano ad imporre una visione valoriale che finisce per essere lesiva del pluralismo e dell'autodeterminazione in cui si esprime la dignità umana.

La tutela legittima e doverosa dell'embrione non può compromettere i diritti di chi è persona. Viceversa, è altresì doverosa la tutela dell'embrione come potenzialità di vita, se pure in termini di ragionevolezza come limite alla discrezionalità nelle scelte legislative per la sua tutela.

D'altronde, da un lato è agevole rifiutare il vuoto di disciplina legislativa e il riconoscimento di uno spazio illimitato di discrezionalità nell'interpretazione da parte del singolo giudice. Ma è altresì agevole, da un altro lato, rifiutare la pretesa di tipizzare preventivamente ogni possibile situazione concreta in questo campo.

Soprattutto, la ricerca di un equilibrio e del dialogo per giungervi in un contesto di laicità e di rispetto reciproco – che è fondamento di metodo del nostro sistema costituzionale – comporta il rifiuto di una aprioristica contrapposizione ideologica. Quest'ultima sembra invece segnare e condizionare sempre di più le discussioni e i confronti in tema di rapporti fra il diritto e la bioetica. Un rapporto equilibrato fra i valori e i principi in cui i primi si esprimono, le leggi in cui essi si traducono in termini generali, la interpretazione di queste ultime al fine della loro applicazione concreta nei singoli casi di specie, richiede una sequenza logica e una ripartizione di competenze ordinate e progressive.

Alla Costituzione spettano l'individuazione dei valori e quindi l'enunciazione dei principi che si affermano e si consolidano nella convivenza. Alla legge ordinaria spetta la traduzione di quei principi nella formulazione di regole generali ed astratte; è compito del legislatore, nel rispetto e nell'attuazione delle scelte politiche, elaborare e rendere precettivo il passaggio dal principio alla regola. Al giudice ordinario spetta l'applicazione della legge adatta a risolvere il caso concreto, attraverso la interpretazione di essa, il suo riferimento al fatto e la previa valutazione della sua non manifesta contrarietà ai principi costituzionali; rimettendo se del caso il relativo sindacato al giudice costituzionale e tenendo conto della normativa e della giurisprudenza europea. Al giudice costituzionale spetta invece verificare e coordinare i limiti per la formulazione e l'equilibrio fra loro di quei principi.

È una sequenza all'apparenza lineare, ma è costellata da varianti, sovrapposizioni, interferenze e influenze reciproche, molteplici e note, che è impossibile riassumere in questa

sede anche sommariamente. Basta pensare ad esempio ai limiti e alle possibili varianti delle decisioni di incostituzionalità (interpretative, autoapplicative di principio, di inammissibilità “vestita” o meno, e così via). Basta pensare al formalismo delle leggi, alla loro evoluzione in chiave contrattualistica, alla loro insufficiente concretezza e difficile comprensibilità, alla loro spesso voluta ambiguità. Basta pensare alle frequenti tracimazioni del potere giudiziario, alla sua suppelletta debordante e alle invasioni di campo, al suo ruolo acquisito di riconoscimento o creazione di nuovi diritti nella evoluzione tumultuosa e incessante delle condizioni culturali, politiche, sociali, economiche e tecnologiche.

La lunga marcia di formazione e di nascita del diritto e quella di passaggio dal diritto al fatto, che spesso si intrecciano e si condizionano reciprocamente, giustificano una riflessione preliminare probabilmente utile per le riflessioni sul diritto alla genitorialità cui oggi siamo chiamati.

Da un lato il testo costituzionale è aperto a varie possibili interpretazioni; come è stato osservato, più si sale nella gerarchia delle fonti più si amplia la discrezionalità interpretativa del giudice. Si amplia perciò lo spazio in cui la giurisprudenza costituzionale è chiamata ad arbitrare il confronto quando non lo scontro tra valori e diritti fondamentali, che sono in conflitto almeno potenziale fra di loro. Si amplia altresì lo spazio del confronto fra innovazione e tradizione/conservazione ed occorre individuare *aliunde* – ad esempio nel principio di eguaglianza e prima ancora in quello di pari dignità sociale – le ragioni del *self-restraint* che fondano i limiti alla libertà di interpretazione del giudice costituzionale.

Da un altro lato – anche sotto la spinta dei ripetuti inviti della Corte Costituzionale ai giudici che sollevano questioni di costituzionalità, perchè essi ricerchino preliminarmente una interpretazione costituzionalmente conforme della legge che devono applicare – si moltiplicano le occasioni di interpretazione creativa e di riconoscimento di nuovi diritti da parte dei giudici ordinari, a fronte dell’inerzia del legislatore.

Da un altro lato infine è sempre presente il rischio del condizionamento rappresentato dall’evocare come limiti i “valori non negoziabili”: a livello esplicito di valori, ovvero a livello più o meno mascherato di interpretazione delle leggi o di loro interpretazione nella decisione del caso concreto. I “valori non negoziabili” a loro volta evocano la contrapposizione, il radicalismo, il rifiuto aprioristico del dialogo e un paragone spregiativo di quest’ultimo con compromessi di bassa lega. Rappresentano un’arma efficace per minare il dialogo; rischiano di impedire qualsiasi forma di convivenza o di ridurla ad un equilibrio di forza o quanto meno di contrapposizione politica.

3. Per evitare il processo di radicalizzazione che rischia di essere innescato dal richiamo ai “valori non negoziabili” – ancorchè mascherato da intransigenza e da fedeltà ai valori – mi sembrano importanti due punti fermi che traggono dalla lettura della Costituzione e ne costituiscono in certo qual modo la sintesi: la dignità come merito/contenuto e come metodo.

Quanto al merito, la dignità è espressa efficacemente nella pari dignità sociale, affermata dall’articolo 3 della Costituzione e da perseguire ad opera della Repubblica attraverso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto l’eguaglianza e

impediscono il pieno sviluppo della persona umana. La norma deve essere letta congiuntamente all'articolo 2, nella parte in cui richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale in uno con il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili.

L'obiettivo della pari dignità sociale in concreto è proposto a fianco dell'eguaglianza formale davanti alla legge, attraverso la rimozione degli ostacoli di fatto e delle discriminazioni (fra cui segnatamente quelle sessuali, per quanto interessa particolarmente nella riflessione proposta dalla Corte di Cassazione). Quell'obiettivo rappresenta il punto di riferimento essenziale per il percorso dei soggetti "diversi", "più deboli" e/o "in divenire", verso la pienezza della dignità. Quest'ultima spetta a tutti e a ciascuno in termini di eguaglianza come connotato inscindibile della condizione umana, secondo la nota indicazione cristiana e illuminista.

È un obiettivo che richiede l'impegno ai doveri inderogabili della solidarietà, anche al fine di temperare fra loro il diritto di tutti all'eguaglianza con la condizione di diversità di ciascuno. La diversità rappresenta un valore e un connotato essenziale della identità di ciascuno, a condizione di non degenerare in una situazione di discriminazione o di sopraffazione; la solidarietà è una risorsa essenziale per impedire queste ultime.

È appena il caso di sottolineare l'importanza essenziale che il percorso verso l'effettività della pari dignità assume soprattutto per i più deboli, a differenza dell'impostazione più riduttiva seguita dalla giurisprudenza statunitense a proposito della connessione fra dignità, *best interest* e capacità di autodeterminazione. È un percorso essenziale nel rispondere al bisogno di protezione e nella realizzazione del *best interest* del minore rispetto ai diritti di altri, fra cui *in primis* quelli dei genitori effettivi o aspiranti tali.

L'interesse del minore è positivizzato dalla legge civile, penale e processuale. Prima ancora esso è ricavabile dagli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione, con una rilevante modifica nell'interpretazione dei primi due commi di questo articolo, ancorchè siano rimasti formalmente immutati; e con lo svuotamento in pratica degli altri due. Quell'interesse è riconosciuto altresì dai principi convenzionali internazionali e sovranazionali, fra cui segnatamente ed esplicitamente dalla Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea. Esso rappresenta il principio-guida costituzionale che deve condizionare e interpretare tutte le altre affermazioni giuridiche (valori, principi, leggi, sentenze) comunque concernenti la vita, l'identità, la realtà del minore.

Quanto al metodo proposto dalla Costituzione, la dignità si esprime nella laicità intesa nel senso più ampio, alla luce di un orientamento ormai consolidato della Corte Costituzionale. Quest'ultima affronta il tema della laicità – ben oltre alla prospettiva specifica dei rapporti tra Stato, Chiesa, confessioni religiose – in ultima analisi per definire la convivenza ed il dialogo soprattutto costituzionale e politico in termini di rispetto reciproco.

Il principio della laicità dello Stato è uno dei profili della forma di Stato delineata dalla Costituzione. L'orientamento della Corte Costituzionale in tema di libertà di riunione religiosa e di professione della propria fede religiosa; il principio pattizio nei rapporti fra Stato e Chiesa e la sua conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale; il pluralismo confes-

sionale, scolastico e di insegnamento; la disciplina dell'obiezione di coscienza; l'eguale tutela penale del sentimento religioso: sono tutti indici del principio di laicità.

“Meglio convincere che vincere” secondo l'affermazione politico-dottrinale che si rispecchia nella giurisprudenza costituzionale (cfr. in particolare la sentenza n. 117 del 1979, a proposito del giuramento dei testimoni nella formula precedente quella attuale dell'art. 497 c.p.p.). Secondo essa, a salvaguardia della libertà di coscienza, occorre «spronare il credente verso la verità senza ferire in nulla lo scrupolo del non credente»; e l'eventuale appello del legislatore al destinatario della legge «perché si ispiri ai valori che più onora nell'intimo della coscienza e, dunque, a quelli religiosi ed etici» vale «a patto che resti illesa la libertà di coscienza».

Simili affermazioni vanno ben al di là del contesto specifico – ormai da tempo ampiamente superato – in cui vennero formulate: conservano tuttavia una portata particolarmente generale ed attuale, proprio a proposito dei «valori non negoziabili». Ed è sintomatico che quelle affermazioni provengano (come estensore della motivazione della sentenza) da chi (Leopoldo Elia, altresì estensore della motivazione della sentenza n. 11 del 1981) riconosceva che «la riforma del 1967 ha spostato il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato», alla stregua del combinato disposto dagli artt. 2 e 30 primo e secondo comma della Costituzione. «La legge 431 [del 1967 sull'adozione speciale] ha alterato a favore del minore l'equilibrio tra l'interesse di chi si continua attraverso un figlio-erede e l'interesse del minore ad essere allevato ed educato in condizioni più vantaggiose».

4. Il quadro dei valori e dei principi sulla base dei quali sviluppare le riflessioni proposte dalla Corte di Cassazione, prima di essere valutato nel contesto dell'ordinamento nazionale, deve essere considerato innanzitutto nel suo contesto internazionale e sovranazionale di coesistenza con quello costituzionale interno. Occorre a tal fine tenere conto da un lato della cogenza e vincolatività di quel contesto; tener conto da un altro lato dei limiti che esso incontra nella propria vincolatività, alla stregua delle cautele formulate recentemente dalla Corte Costituzionale (cfr. in particolare, a proposito del rapporto fra la Corte nazionale e la Corte CEDU, la sentenza n. 49 del 2015), dopo le prime aperture introdotte dalle sentenze n. 347 e 348 del 2007 e successive.

Il contesto sovranazionale muove dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare, che preclude le ingerenze in essa di un'autorità pubblica, salvo quelle previste per legge a fini di sicurezza, benessere economico, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o morale e dei diritti e libertà altrui); all'art. 9 (diritto al matrimonio e a fondare una famiglia, secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio); all'art. 14 (divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e libertà riconosciuti, fondata in particolare sul sesso).

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2007, di diretta ed esplicita derivazione dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore del 1989, prevede per un verso l'inviolabilità della dignità (art. 1); il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali (art. 9); l'eguaglianza di fronte alla legge (art. 20); il divieto di qual-

siasi forma di discriminazione, soprattutto fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale (art. 21); la parità fra uomini e donne (art. 23).

Per un altro verso essa prevede esplicitamente all'art. 24 il diritto del minore alla protezione e alle cure necessarie per il suo benessere, nonché ad esprimere liberamente la propria opinione; il dovere di considerare preminente l'interesse superiore del minore (il *best interest* secondo la concezione europea) in tutti gli atti pubblici e privati ad esso relativi; il diritto del minore a intrattenere relazioni e contatti con i due genitori, salvo il contrasto con il suo interesse.

Nel cercare di coordinare fra loro valori che possano divergere o confliggere (da un lato il diritto al matrimonio e alla famiglia, fondato sull'uguaglianza e sul divieto di discriminazione sessuale per gli aspiranti coniugi, nonché il diritto conseguente ad essere genitori; da un altro lato il diritto del minore ad avere genitori adeguati, fondato sul suo *best interest*) non mi sembra si possa sottovalutare *in toto* la riserva di legge nazionale, presente sia nella CEDU che nella Carta di Nizza a proposito del diritto a contrarre matrimonio e a fondare una famiglia. Né riesco a comprendere come tale riserva possa venire azzerata dalla contestuale affermazione del diritto di eguaglianza e del divieto di discriminazione sessuale.

Infatti questi ultimi profili di diritto e di divieto non possono eliminare in sé la differenza biologica tra la possibilità e l'impossibilità della coppia di generare, proprie rispettivamente di quella eterosessuale e di quella omosessuale. Possono invece – e devono, almeno in certe situazioni – richiedere la eliminazione delle conseguenze di tale differenza attraverso una genitorialità legale e/o attraverso una maternità surrogata, in specifici contesti ed a specifiche condizioni.

Questi ultimi contesti a loro volta possono variamente discendere dai legami e dalle molteplici situazioni della coppia in sé; ovvero dal rapporto che essa abbia già instaurato con il minore. Ovvero possono nascere dalla precostituzione delle condizioni di quel rapporto: ad esempio attraverso quello che forse troppo semplicisticamente viene definito turismo procreativo, mediante la ricerca – per solidarietà o a pagamento – di paesi in cui la genitorialità legale e la maternità surrogata siano consentite alla coppia che si trovi in determinate condizioni, non riconosciute e non riconoscibili né legittimabili, allo stato, dal nostro ordinamento.

Il percorso seguito prevalentemente nel dibattito su queste tematiche mi sembra essersi radicalizzato soprattutto nello scontro tra eguaglianza o diseguaglianza degli aspiranti genitori, considerando l'interesse del minore quasi un accessorio. Da un lato si sono svalutate la differenza e la carenza di potenzialità generativa della coppia (in astratto e in generale più che nel caso concreto), sostituendola con la genitorialità legale di un'adozione "allargata" senza limiti o con il frazionamento e/o con la surrogazione nelle diverse fasi della maternità (concepimento, gestazione e nascita, vita successiva). Dal lato opposto si è invece enfatizzata quella differenza, attraverso la legittimazione e la moltiplicazione di limiti e divieti all'adozione; il disconoscimento (attraverso il rifiuto di trascrizione) di quella realizzata *alien-de*; il divieto della maternità surrogata nelle sue diverse alternative, unificate fra loro senza distinzioni: da quella di solidarietà a quella di sfruttamento o di vera e propria organizzazione imprenditoriale reclamizzata.

A me sembra più ragionevole non muovere dalla premessa dell'eguaglianza o diseguaglianza nell'essere genitori: una premessa legata esplicitamente alla potenzialità generativa della coppia e implicitamente – ma non meno marcatamente – alla identità e all'orientamento sessuale. Bensì muovere al contrario dal diritto e dal bisogno del minore, nel caso concreto e nella valutazione della sua condizione specifica, di realizzare il *best interest* attraverso l'individuazione, il riconoscimento e la legittimazione del genitore legale per lui più adatto e migliore, nelle condizioni in cui si trova allo stato e nel momento in cui viene valutata la sua situazione.

5. L'inversione tra il parametro dell'eguaglianza fra genitori e quella del *best interest* del minore riassume efficacemente il lungo percorso per il riconoscimento della dignità di quest'ultimo. È un percorso che muove dall'inversione del rapporto fra il minore e la famiglia, introdotta con la legge sull'adozione speciale a coronamento della riforma del diritto di famiglia; è fotografato efficacemente dalla sentenza costituzionale n. 11 del 1981. È un percorso coltivato costantemente dalla normativa convenzionale e dalla relativa giurisprudenza, sino all'affermazione esplicita della Carta di Nizza sulla prevalenza del *best interest* del minore.

Quell'inversione consente di individuare in via preliminare nel *best interest* del minore un terreno comune di confronto (almeno all'apparenza, con l'eccezione di talune recenti interpretazioni discordanti di esso nella giurisprudenza più recente); anziché un possibile campo di scontro fra le posizioni di eguaglianza o diseguaglianza di soggetti potenzialmente contrapposti per la differenza in tema di capacità riproduttiva fra le coppie formate da essi.

Soprattutto, quell'inversione rende ragione del percorso costituzionale seguito nella reinterpretazione (*rectius* ricostruzione) dell'articolo 30 della Costituzione attraverso il riferimento del suo primo e secondo comma agli articoli 2 e 3 ed ai principi personalistico, di dignità e di solidarietà. In particolare è un'inversione che segna il valore della sequenza fra i doveri e i diritti (in cui i primi precedono anche testualmente i secondi) dei genitori nei confronti dei figli; che sottolinea l'invulnerabilità dei diritti di questi ultimi; che afferma la prevalenza della genitorialità – anzi, della bigenitorialità piena – rispetto alla valorizzazione della famiglia legittima.

Per contro si attenuano e si svalorizzano le prospettive riduttive espresse nel terzo e nel quarto comma dell'articolo 30, con il richiamo alla compatibilità (quasi un sinonimo di tolleranza e di sopportazione) della tutela dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quella della famiglia legittima; e con la difesa di essa da una temuta invadenza di questi ultimi nella ricerca della propria identità genitoriale e familiare.

Il primato del *best interest* sembra poter rappresentare un criterio valido in astratto ed in concreto – in generale e nei singoli casi specifici – per i diversi e connessi passaggi della sequenza che si sviluppa fra i valori, i principi e il loro equilibrio, le leggi e la loro elaborazione, le decisioni dei casi concreti in base all'applicazione di tali leggi; nel rispetto delle specifiche competenze di cui sono investiti il giudice costituzionale, il legislatore, il giudice ordinario. Inoltre, forse soprattutto, il riferimento come linea guida al concreto *best interest* del singolo minore consente meglio di prendere le distanze dalla tentazione di rifugiarsi nei “valori non negoziabili” nelle diverse fasi.

È una via – questa della concretezza – già sperimentata positivamente (a me sembra) dalla Corte Costituzionale negli interventi a correzione delle affermazioni di principio della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita. La Corte ha prima (sentenza n. 151 del 2009) rimosso il limite della ammissibilità di un unico impianto di ovuli; ha poi (sentenza n. 162 del 2014) eliminato il divieto di fecondazione eterologa; ha infine (sentenza n. 96 del 2015) eliminato il divieto di accedere alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

La progressiva eliminazione di tali divieti è espressione di un'analisi e di una valutazione specifica su singoli aspetti di un problema che non può essere riassunto in un giudizio di valore unitario e monolitico. Secondo la Corte, la discrezionalità del legislatore non può spingersi sino al punto di ignorare le acquisizioni scientifiche; la libertà di autodeterminazione nella sfera privata e familiare esprime il principio di un progetto di vita e non apre necessariamente la via all'eugenetica. Infine la Corte ritiene irragionevole un divieto indiscriminato di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita nell'ipotesi di una coppia affetta da patologie trasmissibili, rispetto alle quali sarebbe più traumatica l'interruzione della gravidanza.

L'indicazione della Corte Costituzionale è significativa anche sotto un altro profilo: la cautela con cui è opportuno per il legislatore affrontare le tematiche che evocano possibili "valori non negoziabili". Soprattutto in materie ed in scelte che coinvolgono la bioetica, si tratta di scegliere ove possibile soluzioni che privilegino l'intervento sul metodo più di quello sul merito e sul contenuto. Si tratta di ricercare una procedimentazione che assicuri una sorta di dialogo, quasi un contraddittorio tra le varie posizioni potenzialmente in conflitto fra di loro: e ciò per evitare di rifugiarsi in soluzioni radicali e aprioristiche che in certo qual modo ed a prima vista sembrano facilitare le scelte.

Un ultimo rilievo, a proposito dell'impegno della Corte Costituzionale in quest'ambito. Per un verso essa ha coltivato una "spinta puerocentrica": ha limitato il potere genitoriale; ha ampliato progressivamente la sfera dei diritti inalienabili dei minori nei diversi campi, patrimoniali ed extrapatrimoniali; ha riconosciuto l'estensione del principio di eguaglianza nel contesto familiare, fra i figli nati entro e fuori del matrimonio e fra i coniugi. La Corte ha inoltre contribuito – soprattutto da ultimo – allo sviluppo delle potenzialità presenti nell'articolo 2 della Costituzione, concentrando in esso e collegandovi tutte le istanze nascenti dalle nuove concezioni della famiglia e della coppia, e dai nuovi costumi etici e morali espressi dalla società.

Quasi a corrispettivo di ciò, la Corte Costituzionale ha invece tenuto ferma l'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione e il modello di matrimonio e di famiglia che ne deriva, fondati sulla differenza di sesso tra i coniugi. Ha ritenuto di non avere legittimazione per compiere una interpretazione da essa ritenuta creativa, richiesta da più parti autorevolmente in nome dell'eguaglianza fra i coniugi, del divieto di discriminazione sessuale, del diritto all'amore, dell'identità di ciascuno.

Quell'interpretazione risolverebbe a monte, in linea di principio e in termini di automatismo, i problemi di adozione e i suoi limiti, cui è dedicata la riflessione della Corte di Cassazione. Tuttavia ne aprirebbe molti altri, con i loro condizionamenti e pregiudizi di ordine etico

e giuridico; con i loro riflessi di ordine politico; con le loro alternative di dipendenza della legge ordinaria dalla Costituzione o viceversa, come qualcuno sostiene.

Proprio per questo non mi sembrano problemi suscettibili di risolversi soltanto attraverso tecnicismi interpretativi o riferimenti di carattere comparatistico, o soluzioni politiche di autorità. Né ho la presunzione di voler proporre una soluzione, che oltretutto – per tutte le considerazioni che precedono – non mi sembra necessariamente vincolata ad una scelta fondata sul presupposto dell'eguaglianza fra coniugi sotto questo specifico aspetto, anziché sul presupposto del *best interest* del minore.

6. Un ultimo rilievo è opportuno per la riflessione odierna. È un rilievo che – se non chiarito e superato tempestivamente – rischia di mettere in crisi il risultato che allo stato conclude la sequenza dianzi più volte richiamata: l'interpretazione dell'art. 44 lett. d della legge n. 184 del 1983 sull'adozione, apparentemente accettabile, proposta dal Tribunale per i minorenni di Roma in data 30 giugno 2014; confermata dalla Corte d'Appello in data 23 dicembre 2015 e dalla Corte di Cassazione in data 22 giugno 2016.

Si tratta di una soluzione in grado – almeno nella percezione comune – di risolvere il problema più urgente e discusso dell'adozione: quello della c.d. *step-child adoption*; di consolidare in tal modo l'ordine e la stabilità della sequenza dianzi prospettata tra valori, principi, leggi e loro interpretazione nei casi concreti. La soluzione potrebbe tuttavia entrare in crisi per il contrasto interpretativo che rischia di emergere nel momento terminale di quella sequenza.

La vicenda di specie riguardava la richiesta di una ricorrente di adottare la figlia della sua compagna, nata all'estero da procreazione medicalmente assistita in base ad un comune progetto di vita e vivente dalla nascita in un contesto familiare. Il Tribunale ha accolto la richiesta perché a suo avviso l'art. 44 primo comma lettera d della legge n. 184 del 1983, interpretato estensivamente, non prevede un divieto di adozione per persone singole, né limitazioni nascenti dall'orientamento sessuale.

Ad avviso del Tribunale, quella forma di adozione persegue un *favor* di consolidamento del rapporto fra il minore e chi già se ne prende cura, con l'interesse del minore come unico limite; richiede l'impossibilità di affidamento di diritto, non invece quella di fatto del minore ed il suo conseguente stato di abbandono. Infine quell'adozione consente il riconoscimento di una relazione di tipo genitoriale nonostante l'assenza di un rapporto matrimoniale e l'identità di sesso con il *partner*.

La motivazione della sentenza di conferma della Cassazione, alla stregua dell'evoluzione normativa e della valutazione complessiva dell'art. 44 citato, condivide l'interpretazione estensiva di quest'ultimo, proposta dal Tribunale. La Cassazione sottolinea che la situazione di abbandono non è condizione necessaria per l'adozione in casi particolari e non è un limite normativo all'applicazione della norma. Né quest'ultima – ad avviso della Corte di legittimità – indica requisiti riferibili all'adottante e all'adottato, salva la constatata impossibilità di affidamento preadottivo per ragioni anche di diritto e non solo di fatto.

La Cassazione rileva inoltre la coerenza di questa impostazione con quella della Corte Costituzionale (sentenza n. 383 del 1999), secondo cui l'art. 44 è clausola residuale per i

casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione legittimante. La norma è tuttora retta dalla assenza di condizioni previste dal preesistente art. 7 della legge; è espressione della volontà del legislatore di favorire il consolidamento dei rapporti fra chi già si prende cura del minore e quest'ultimo, in coerenza con il principio di realizzazione effettiva dei suoi interessi.

L'orientamento della Cassazione è in linea altresì con il più recente orientamento legislativo (cfr. da ultimo la legge n. 173 del 2015) sul «diritto alla continuità affettiva dei bambini in affidamento familiare» e con quello della giurisprudenza della CEDU sulla conservazione dei rapporti affettivi consolidati nel nucleo familiare o in quello omologabile ad esso.

Ad un orientamento diametralmente opposto si ispira invece il Tribunale per i minorenni di Milano (sentenza in data 13 settembre 2016), che ha respinto la domanda “incrociata” di adozione di due conviventi dello stesso sesso in relazione alla figlia biologica di ciascuna di esse. Secondo il Tribunale non esiste un “diritto alla adozione” né nelle convenzioni internazionali, né nella giurisprudenza europea. L'adozione presuppone lo stato di abbandono del minore per la mancanza di genitori adeguati e l'impossibilità di fatto (non soltanto quella di diritto) all'affidamento preadottivo.

Secondo il giudice di merito, solo in casi particolari (come quello del coniuge rispetto al figlio biologico dell'altro coniuge) la legge n. 184 del 1983 ammette l'adozione da parte di soggetti legati al minore da vincoli di parentela e di affetto. Né quella legge è stata modificata dalla c.d. Legge Cirinnà sul regolamento delle unioni civili e la disciplina della convivenza tra persone dello stesso sesso, nonostante un ampio dibattito a conclusione del quale sono stati esclusi dal testo definitivo gli emendamenti in tema di *step-child adoption*.

Ad avviso del Tribunale di Milano il riferimento soltanto al «supremo interesse del minore» e il richiamo all'evoluzione giurisprudenziale nazionale ed europea – in tema di rilevanza dei rapporti affettivi concretamente esistenti tra il richiedente l'adozione e il minore – si risolvono in una inammissibile interpretazione creativa. Quest'ultima in realtà elude e vanifica tutto l'impianto normativo e le garanzie da esso previste per l'adozione del minore.

Il contrasto fra le due alternative interpretative sottolinea la cautela necessaria nell'affidare al giudice la valutazione del caso concreto, per evitare il rischio di sostituire più o meno consapevolmente i valori dell'interprete a quelli desumibili dall'interpretazione.

Occorre evitare il rischio del paternalismo; quello della retorica sul bambino e sul principio del *best interest*; quello della polivalenza di quest'ultimo – come si è autorevolmente sottolineato – per tutte le stagioni e per tutte le occasioni, per legittimare altre, nuove e più suggestive forme di tirannia dei valori. Ma occorre anche evitare la tentazione di salvaguardare più il sistema e la “categoria” in generale del minore nel suo apparato garantista ed astratto, che non il singolo minore in concreto. Occorre evitare di guardare al contrario soltanto nell'ottica particolare dell'interesse contingente di quest'ultimo o dell'interesse degli aspiranti genitori non sempre convergente con esso; occorre resistere alle pressioni di opinione pubblica e/o politica e/o sociale sulla vicenda.

Non è possibile l'approfondimento e un'opzione motivata per l'una o per l'altra soluzione in questa sede e in questo momento. V'è però certamente da augurarsi il ripristino e la convalida della sequenza tra valori, principi, leggi, loro applicazione nel concreto; senza che

le difficoltà e le incertezze dell'interpretazione mettano in crisi tutta la sequenza fin dalla sua origine.

Per quanto mi concerne – alla luce del percorso dottrinale e giurisprudenziale e prima ancora di quella culturale e sociale del diritto di famiglia; ma soprattutto alla luce della evoluzione e della riscoperta del valore della dignità nel sistema costituzionale – v'è da augurarsi che non si debba ritornare agli automatismi, alla rigidità e alla solo apparente certezza della legge; che non si debba rinunciare alla valutazione, alla saggezza, all'equilibrio e alla responsabilità del giudice nella valutazione e nella decisione del caso concreto. In ultima analisi credo che alla tirannia della legge, della sua “maestà” e della sua ambiguità sia preferibile quella del giudice e della sua umanità, nonostante la sua incertezza; in fondo, v'è sempre il rischio che la legge rispetto al caso concreto si risolva nel consentire troppo o al contrario nel vietare troppo.

V'è comunque da augurarsi che il primo passo del chiarimento (in termini di nomofilachia e di una auspicabile decisione della Cassazione a sezioni unite su questo punto) avvenga il più rapidamente e chiaramente possibile; e che ciò non renda necessario un ulteriore percorso a ritroso, attraverso interventi sulla legge e poi sui principi (ciascuno per la parte di sua competenza), al fine di ricostruire per altra via il risultato che si è faticosamente raggiunto.

Avuto riguardo alla sede e alla natura del presente contributo, ci si limita a rinviare – per indicazioni anche bibliografiche – agli esaurienti e recenti lavori in materia, di V. Ferrari, *La Corte Costituzionale e la famiglia. Innovazione e tradizione*, Relazione al Convegno per i sessanta anni della Corte Costituzionale (bozza), Roma – 19 maggio 2016; E. Lamarque, *Famiglia e filiazione*, Relazione di sintesi in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di Giuffrè e Nicotra, Napoli, 2014; ID., *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Sia consentito anche il rinvio a G.M. Flick, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015.