

Incognite del pensiero giuridico contemporaneo.

Identità e tradizioni. Ritorni problematici. Approdi insicuri^(*)

di Umberto Breccia

Sommario: I. Un pensiero in cerca di modelli. 1. Mitologia e pratica della *ratio* giuridica. – 2. Disincanto e strumenti ricognitivi. – II. Identità e tradizioni. 3. Forma del diritto fra congiunzioni e opposizioni. – III. Ritorni problematici. 4. Incertezza. – 5. “Nuove” legalità. Vincolo a legiferare (alcuni profili applicativi non sempre lineari: da 5. 1 a 5. 3). Legalità interordinamentale (5. 4). – 5. 1. *Segue*. Patronimico. Sequenza che culmina in una legge non approvata nella legislatura (trasmissione del cognome ai figli fra la tradizione e i principi del diritto contemporaneo). – 5. 2. *Segue*. Parto anonimo. Sequenza che può culminare in una supplenza della legge “nell’interesse della legge” (fra “principio di diritto” e regola già applicabile ad avviso dei giudici di legittimità a sezioni unite). – 5. 3. *Segue*. Rilievo giuridico delle unioni omosessuali. Sequenze che, in seguito alla proclamazione di vincoli per il legislatore e dopo la censura della Corte europea dei diritti dell’uomo a causa della violazione dell’obbligo a legiferare, culminano in una legge tardiva e subito vivacemente discussa. – 5. 4. *Segue*. Legalità inter-ordinamentale. Conformità al “diritto” (*Law* in un senso non ristretto del termine). – 6. “Altre” pluralità. Invenzioni del lessico giuridico. Oscurità perduranti. Contro-limiti. Interposizioni. Dislivelli multipli. – IV. Confronti nel tempo e nello spazio. 7. Attraversamenti ormai compiuti. – 8. “Porti” da individuare. Inter-legalità (“interregni”).

I. UN PENSIERO IN CERCA DI MODELLI.

1. Mitologia e pratica della *ratio* giuridica.

Quando si torna a pensare ai temi giuridici che sono stati studiati nel tempo di una vita, sono tanti i personaggi che ci vengono incontro.

Spesso, nel rimeditarne l’insegnamento, quasi viene fatto d’immedesimarsi in questo o in quel tratto, come a una sorta d’impronta singolarissima che vorremmo proprio far nostra.

L’imitazione di un “modello”, per quanto sia dettata dall’ammirazione, sarebbe tuttavia inadeguata: si finirebbe, infatti, con il deformare inevitabilmente l’oggetto, insieme con lo sguardo dell’osservatore.

A volte si ha la sensazione di avere individuato, se non altro, una sorta di vocazione dominante che – soprattutto nel giurista a cui queste pagine sono dedicate – ha trovato modo di manifestarsi in una maniera esemplare.

^(*) Queste pagine sono dedicate a Roberto Pardolesi.

In termini quanto mai elementari, si può notare, in primo luogo, che la parola “ratio” ha sempre orientato i tanti “mestieri” di tutti coloro che abbiano avuto a che fare con quell’entità alla quale si suole dare il *nomen* diritto.

Chi, com’è inevitabile, si attenga, in primo luogo, alla traduzione più ovvia di quel lemma, che trascende il tempo e lo spazio, ha subito modo di constatare che, ogni qual volta sia unita alla sfera giuridica, la “ragione”, insieme con le sue derivazioni pur internamente distinte (e basti pensare alla “razionalità” e alla “ragionevolezza”), oppone, almeno nell’uso corrente fra gli addetti ai lavori, una sorta di resistenza pragmatica e di senso comune a tutti i tentativi di decretarne, in termini scientifici o filosofici, la “crisi”, ovvero di accomunarne le sorti terminali a quelle della contemporaneità storica e politica, fino a far coincidere la sua parabola discendente con la fine dei miti dell’età moderna.

2. Disincanto e strumenti ricognitivi.

Fra i giuristi che, con un piglio inconfondibile, già nel lessico inventivo quanto nelle idee, hanno dato un apporto innegabile a un risveglio dal sonno dogmatico, dalla seconda metà del secolo scorso ai giorni nostri, Roberto Pardolesi ha occupato, senza dubbio, un posto di prima fila.

Le brevi considerazioni che mi accingo a fare devono molto, in particolare, a due “polarità” che hanno contrassegnato, con un determinante contributo del giurista a cui queste pagine sono dedicate, i modelli del rinnovamento del pensiero giuridico.

Alla prima polarità, si addice il termine *nomen* “disincanto”.

Uso questo vocabolo in un’accezione parzialmente distinta da quella che trovò nelle celebri pagine di Max Weber (e vocabolo, più precisamente, nel termine “disincantamento”) la sua prima origine.

Nella cultura giuridica, il “disincanto”, al quale qui alludo, deriva dall’esaurirsi dell’uso “magico” e “riduttivo” delle “categorie”; e tende a coincidere con un richiamo perentorio alla “realtà”, quasi che, a sua volta, quest’appello ultimativo non fosse intriso, specialmente in rapporto all’entità “diritto”, di una sua indiscussa e arbitraria mitologia indifferenziata: non priva, dunque, di una nuova e riduttiva magia.

Sullo sfondo della derisione lucida e sferzante di molti giuristi spregiudicati, la sopravvivenza del concettualismo sterile appare, in ogni caso, come l’ultima spiaggia di una pretesa, ormai vuota, di supremazia scientifica, tanto corporativa quanto anacronistica; e ha un’intonazione quasi patetica.

Il nuovo pensiero del diritto non si appaga tuttavia del disincanto.

La “ragione giuridica” conserva, pur sempre, una sua evidenza non eludibile, poiché è agevolmente documentabile tanto in termini lessicali quanto nella dovizia del prolungarsi della ragione nel “ragionamento”.

Si pensi al vincolo positivo della “motivazione” del giudice: che non soltanto dev’essere sufficiente e non contraddittoria ma che soprattutto, proprio in termini di “realismo giuridico”, si è fatta sempre più estesa e articolata nell’applicazione del diritto in Italia.

Il disincanto è sterile se non si unisce, pertanto, all’uso critico del linguaggio giuridico (tanto nell’approccio analitico quanto nell’approccio ermeneutico), nonché allo spettro, ripensato, degli strumenti ricognitivi.

Tale è, dunque, l’altra “polarità” che si unisce al “disincanto”.

Gli attrezzi di lavoro, dal canto loro, mantengono la continuità necessaria con un nucleo concettuale non sopprimibile.

Aumenta, di conseguenza, insieme con il grado di consapevolezza dei problemi giuridici, l’urgenza di affinare gli strumenti dell’analisi (su tutti: la comparazione e la riflessione economica, di cui Roberto Pardolesi è notoriamente un maestro).

Si possono riproporre alcuni frammenti di per sé significativi; oltre all'immagine notissima del "decalogo" con cui i giudici cercarono di governare un conflitto di diritti (per esempio: cronaca giornalistica *versus* riservatezza e onore)⁽¹⁾, si tenga presente quella pagina che si è soffermata sul nesso fra la "denuncia della vacuità dell'impianto teorico unificante e del suo specioso rigore dogmatico" e "un'abdicazione spinta ben oltre il segno di un recupero disincantato dell'effettivo *modus operandi* del diritto": con il rischio che il giurista perda "la sua legittimazione di scienziato sociale"⁽²⁾.

Non si deve mai dimenticare, inoltre, che l'apporto alla conoscenza dell'*economic analysis of law* si è sempre unito all'utilissima divulgazione di un patrimonio di conoscenze che altrimenti sarebbero rimaste in gran parte estranee alla formazione dei giuristi⁽³⁾.

Un intento primario continua a manifestarsi nel tenace tentativo di liberarsi dalle chiusure arbitrarie, così da scongiurare le conseguenze meno compatibili con un'efficace critica della "ragione giuridica".

Una "riabilitazione" delle ragioni del diritto, quand'anche abbia una sua legittimazione "retorica" in un'accezione stretta, neppure sembra del tutto riducibile, pertanto, a una sfera genericamente ermeneutica, la quale pretenda di autolegittimarsi senza vincoli positivi di sorta.

II. IDENTITÀ E TRADIZIONI.

3. Forma del diritto fra congiunzioni e opposizioni.

A questo punto, è inevitabile chiedersi, tuttavia, su quali "vincoli positivi" sia dato fermare la nostra attenzione, in via esemplificativa, in un'età giuridica come quella odierna.

Quest'ultima, infatti, sempre più spesso è descritta, com'è ormai risaputo, nei termini di un'epoca contraddistinta dalla perdita dell'idea stessa di "sistema"; con la conseguenza del rischio di una vanificazione di quella resistenza alla distruzione che, a differenza di una mitologia generica della "ragione", la *ratio* o le *rationes* del diritto tramandano pur sempre; e, per giunta, sulla base di una prassi ben documentata.

Si profila addirittura la tendenza a prendere atto di una sorta di svuotamento di quei significati che pure sono testualmente presupposti, nella Costituzione e nel codice civile: lì dove si parla, per l'appunto, di "ordinamenti giuridici" (per esempio: artt. 7, 10, 11 Cost.; art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale; artt. 1173, 1322, comma 2, c. c.); e lì dove si unisce la qualifica della "sovranità" a un singolo ordinamento "indipendente" e autonomo" (art. 7 Cost.).

L'insidia delle declamazioni, ovviamente, non risparmia anche i "vincoli positivi", ma, già all'atto dell'includere in una ricognizione indicativa il peculiare "ordinamento" dell'Unione Europea, s'impone almeno un minimo approfondimento, che alluda al vivo dei problemi applicativi e non abdichi del tutto al confronto con talune "formule" che, a prima vista, parrebbero normativamente deboli a causa di una loro palese genericità.

Due sono le nozioni che, per quanto siano notissime, si prestano qui a una riflessione non troppo superficiale: il nesso della "ragione giuridica" con l'idea d' "identità" e con l'idea di "tradizione"; la sua

(1) Si allude, qui, a R. Pardolesi, in sede di commento a Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2711 ss.

(2) R. Pardolesi, *Conclusioni*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, pp. 331-349; in particolare, p. 332.

(3) R. Pardolesi, B. Tassone, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999.

determinazione ulteriore in termini costituzionali, i quali, a loro volta, sono riferiti sia a singoli Stati sia ai paradigmi che li accomunano.

I corrispondenti vincoli positivi derivano, notoriamente, dalle decisioni della Corte di giustizia europea del Lussemburgo e sono stati tradotti in altrettanti enunciati testuali: non hanno bisogno, pertanto, di alcuna dimostrazione ulteriore.

L'art. 4, n. 2, del Trattato sull'Unione europea proclama, infatti, che l'Unione rispetta l' "identità nazionale" insita nella struttura fondamentale, politica e "costituzionale" degli Stati membri.

L'art. 6, n. 3, del medesimo Trattato, afferma, inoltre, che i diritti fondamentali risultanti dalle "tradizioni costituzionali degli Stati membri" fanno parte del diritto dell'Unione "in quanto principi generali".

"Identità" e "tradizioni" hanno lo statuto, dunque, dei principi generali; e, quando siano di rango costituzionale, sono innalzati al medesimo grado di garanzia che è proprio dei diritti costituzionali fondamentali.

Non è tanto sul "se" ma sul "modo" che "identità" e "tradizioni" si configurano, pertanto, alla stregua di altrettanti paradigmi dei quali si deve tener conto all'atto di un approfondimento delle analisi sullo stato del diritto contemporaneo.

Ogni ricerca presuppone, pur sempre, che la forma del diritto possa essere ricostruita in una linea che si ponga in una relazione significativa con una sfera diversamente qualificata (per esempio: biologica, linguistica, scientifica, narrativa, economica, sociale, etica, politica; e via dicendo), secondo nessi, variabili, di congiunzione ("diritto e" . . .) oppure di opposizione ("diritto o . . .").

Solamente se le relazioni significative (quali hanno trovato un'ambientazione proverbiale nelle *Law Schools* nordamericane, soprattutto in virtù dei celebri sintagmi: *Law and Economics*; *Law and Literature*) abbiano un esito totalmente indistinto, si dovrà prendere atto di una dissoluzione di ogni senso, non solamente mitologico, di quella *ratio* peculiarmente pragmatica che, come si è premesso fin dall'esordio, si è soliti qualificare (per l'appunto: in termini d' "identità" e di "tradizioni") con ricorso al *nomen* "diritto".

III. RITORNI PROBLEMATICI.

L'aspetto più problematico, e al tempo stesso più coinvolgente, di una sapienza giuridica, la quale accetti la sfida di un'attualità molteplice che sembra ormai priva di un criterio unificante, si manifesta nell'odierno riproporsi, in termini negativi ovvero in termini nuovi, di taluni principi che hanno contrassegnato, fra luci e ombre, alcuni momenti cruciali della moderna tradizione giuridica occidentale.

Allo scopo di ridurre al minimo le digressioni, accennerò soltanto – qui di seguito – alle nozioni di: "certezza" (e al suo capovolgarsi nell' "incertezza": come si vedrà al n. 4); "legalità" (e al suo manifestarsi in forme "nuove": n. 5, secondo le articolazioni esemplificative di cui ai nn. 5. 1, 5. 2, 5. 3; 5. 4); "pluralità" (e all'esigenza di un orizzonte inconfondibile, quale presupposto di sfondo per l'invenzione di un lessico giuridico che si è subito esposto a destini applicativi spesso controversi: contro-limiti; interposizioni; dislivelli multipli: n. 6).

Le pagine finali si confrontano con un "ritorno" di analisi complessive che – in una maniera aperta e spesso radicalmente contrapposta – non esitano a esprimere una valutazione d'insieme, sia pure in termini che antepongono il prefisso "neo" a un sostantivo della tradizione (giusnaturalismo, costituzionalismo, liberalismo).

La visione conclusiva, sullo sfondo di una ricognizione storica primaria, ravvisa nella mancanza di sicurezza sull' "approdo" il tratto peculiare del diritto contemporaneo, a contrasto con i tempi in cui alla percezione di un passaggio si univa la previsione ottimistica di un punto d'arrivo: quasi si trattasse dell'attraversamento di un guado (IV, nn. 7 – 8).

4. Incertezza.

Ben conosciute sono: sia l'opinione secondo cui l'istanza della "certezza", nel suo nesso con la prevedibilità e con la calcolabilità⁽⁴⁾, ha una soglia minima in difetto della quale l'idea stessa di "diritto" svanisce⁽⁵⁾; sia l'opinione di un costitutivo grado di parziale indeterminazione del diritto dal quale dipende inevitabilmente il profilo mitico o illusorio di una prevedibilità assoluta⁽⁶⁾.

A questo sfondo tradizionale di consapevolezza tendenzialmente condivise si è affiancato, nell'attualità, un "ritorno" tematico che ha il suo fulcro nell'affermarsi e nel diffondersi di una indeterminazione la quale non deriva soltanto da una dinamica interna a ciascun sistema giuridico ma dipende altresì, in una maniera che si sottrae in gran parte a un controllo univoco, dall'interazione reciproca di ordini normativi frammentati e spesso non omogenei; cosicché si diffonde l'immagine di una tessitura, spesso dialettica, a "rete", nonché di una presenza di grovigli che comportano regole di compatibilità e regole di collisione e che non sempre sono sciolti in una maniera adeguata.

Deve subito avvertirsi che non si allude, in una tale linea di riflessione, a un fenomeno che è dato constatare soltanto in termini fattuali, ma a un assetto che si è affermato, in primo luogo, in termini di fonti giuridiche testualmente o giurisprudenzialmente consacrate. Queste ultime ormai, come nel caso dell'Unione europea, si confrontano all'interno di contesti istituzionali ben più ardui da coordinare, se siano posti a confronto con la complicazione intrinseca che grava sulle tradizionali modalità di determinazione del diritto all'interno di un singolo Stato.

I fattori ai quali è spesso imputato il grado di più forte imprevedibilità del diritto sono spesso ravvisati, in un nesso molto stretto con il contenuto delle fonti, nella proliferazione delle disposizioni di principio e nell'espansione, spesso in seguito a una sorta di auto-attribuzione ulteriore, della discrezionalità giudiziale.

Non bisogna confondere, tuttavia, la critica dell'eccedenza applicativa, quale si manifesta sul piano delle conseguenze, con l'effettività dell'orizzonte normativo, che già è palese in un quadro di cui si tende a prendere atto. Le fonti giuridiche, in senso lato, si affermano secondo modalità di normazione che per loro essenza incrementano tanto l'area delle disposizioni a vasto raggio interpretativo quanto l'area degli interventi ricostruttivi, nel momento stesso in cui sottopongono i giudizi a paradigmi testuali o a canoni non scritti.

Gli esempi sono a tal punto noti da giustificare un riferimento sintetico e solamente incidentale: facoltà ovvero obbligo di sollevare questioni interpretative nei confronti di un giudice in tal senso competente; rispetto di un criterio di conformità rispetto a un settore giuridico che costituisca un parametro istituzionale di riferimento: costituzionale; europeo; transnazionale; internazionale (e di corrispondente "ordine pubblico"); tale da desumersi, comunque, in seguito all'interazione fra il pro-

(4) Per una lettura – che unisce i vantaggi della lucidità critica all'utilità di una sintesi informativa aggiornata – si rinvia a C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

(5) N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss.

(6) Il problema non sta nel "se" di un qualche grado d'incertezza, bensì, nel "quanto" di una sua tollerabilità, in considerazione del contesto: G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, pp. 10 e 75. Per "qualche parola di chiusura sulla (in) certezza": C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., pp. 232 – 239.

liferare di organizzazioni e di rivendicazioni contro-istituzionali le quali pretendano di autoregolarsi in uno spazio giuridico mondiale.

L'aspirazione a un minimo di certezza, ritorna dunque; ma ritorna come problema che, già nel secolo ventesimo, aveva preso a darsi una nuova identità, con palesi accentuazioni nel secolo in corso.

Chi si avventura nello studio del diritto contemporaneo ne ha – e comunque deve averne – una sempre più piena consapevolezza.

A quest'istanza hanno dato un contributo notevole, e criticamente rinnovato, alcuni studi non troppo lontani nel tempo⁽⁷⁾.

5. “Nuove” legalità. Vincolo a legiferare (alcuni profili applicativi non sempre lineari: da 5. 1 a 5. 3). Legalità interordinamentale (5. 4).

A stretto contatto con l'argomento della certezza e dell'incertezza sta il ritorno problematico al “principio di legalità”.

Anche in questo caso, il “ritorno” ha un'identità nuova sia rispetto all'affermazione storica e ideale del primato della legge nel sistema moderno delle fonti del diritto sia rispetto alle tradizioni che si sono consolidate intorno ai celebri sintagmi: “Stato di diritto”; “*Rule of law*”.

Quanto al primato della legge, è risaputo che il monopolio della legge statale nella produzione del diritto è il tratto distintivo e indiscusso di una “discontinuità” che ha una sua precisa ambientazione nel tempo e nello spazio⁽⁸⁾.

Il profilo problematico attuale non sta tanto nel “ritorno” indifferenziato a quel primato e a quel monopolio quanto in un ripensamento del pur necessario ruolo attuale della fonte legale, che è quanto dire dei gravi effetti: dell'inerzia (lì dove il legislatore non provveda come pure dovrebbe); dell'intervento abnorme (lì dove il legislatore si avventuri sulla via della goffa sanatoria di un'illegalità oppure sulla via dell'elusione dei tradizionali ma declinanti principi della generalità e dell'astrattezza delle norme); dell'eccesso sgrammaticato (lì dove il legislatore provveda, ma lo faccia malamente: in termini quantitativi o qualitativi, così da mettere in scacco proprio quelle istanze di più alta prevedibilità che alla legge sono, quasi proverbialmente attribuite, ancorché molto spesso in maniera illusoria)⁽⁹⁾.

Sappiamo che secondo il “paradigma legislativo”, che contraddistingue, fin dalle origini, la tradizione giuridica moderna in Occidente, “la legge è la fonte suprema dell'ordinamento e non può quindi parlarsi di vincoli o obblighi di legiferare”⁽¹⁰⁾

Com'è non meno noto, nel sistema costituzionale il principio di legalità, d'altro canto, comporta, oltre al rispetto della Costituzione (e, dunque, a un dovere legislativo così di “non violazione” come di “attuazione”), l'osservanza dei “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (art. 117, comma 1, Cost.).

(7) Rinvio, per necessità, ai riferimenti essenziali che sono richiamati e discussi da C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., p. 14 ss. e p. 232 ss. Una piena fiducia nei confronti del diritto, nella sua storicità, come “salvataggio di questo nostro difficile e fertile tempo di transizione”, si trae dalle pagine di P. Grossi, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, (III), in *Ritorno al diritto*, Roma – Bari, 2016, pp. 51 – 95, in particolare, p. 95.

(8) Agevolmente intuibile è, qui soprattutto, la necessità di limitarsi a un riferimento generale. Un ampio orizzonte critico e informativo già si trae, per esempio, da M. Vogliotti, voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2013, pp. 371 – 435.

(9) La ragione della “schizofrenia legislativa” e della omissione legislativa è una conseguenza dell’“odierna settorializzazione della politica”. L'attività lobbistica – già molto evidente nelle commissioni parlamentari per l'economia e per la sanità – è priva di un “indirizzo politico generale” anche nella commissione per la giustizia, nella quale sono soprattutto presenti i giuristi: C. Salvi, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, pp. 1811 – 1824; in particolare, p. 1812.

(10) L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma – Bari, 2013, p. 37.

Sono molteplici, di conseguenza, i contesti in cui il nesso fra le decisioni di alcune Corti molto autorevoli e l'intervento "vincolato" del legislatore si è posto con modalità che si prestano a individuare alcuni schemi esemplari.

Sia pure a titolo solamente indicativo, possono rammentarsi, fra le tante, almeno queste sequenze.

- Il legislatore tenta di legittimare *ex post* le conseguenze di un diritto giurisprudenziale che sia stato censurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per un conflitto con le istanze primarie del principio di legalità.

Notissima – a tal punto da aver assunto un significato perfino emblematico – è la cronaca delle sorti della figura giudiziale dell'"occupazione appropriativa", quale preteso modo atipico di acquisto a titolo originario della proprietà da parte di una Pubblica Amministrazione (che, pur senza rispettare la legge, abbia "occupato" l'altrui proprietà privata e l'abbia irreversibilmente trasformata per tramite di un'opera pubblica)⁽¹¹⁾.

- Il legislatore è "inadempiente" rispetto a un vincolo le cui linee essenziali sono state tracciate, in una maniera concorde, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione.

Si pensi alla soppressione del patronimico e alla modalità della regolamentazione del cognome. In questo caso, il ritardo non sembra neppure attribuibile a un forte contrasto, strettamente politico e di partito, fra i rappresentanti del corpo elettorale⁽¹²⁾.

- A tale riguardo, devono ora tenersi presenti la forza e i presupposti di una sorta di "supplenza" giudiziale della legge.

Si tratta di una prerogativa che alle sezioni unite della cassazione civile è stata conferita – si noti – proprio "nell'interesse della legge", quando la questione è di particolare importanza; e, dunque, proprio in vista di un'affermazione effettiva del "principio di legalità", senza conseguenze sul provvedimento del giudice di merito (art. 363 c. p. c.). Un'applicazione si è avuta, nel 2017, nel "caso del parto anonimo"⁽¹³⁾.

- Il legislatore è "adempiente" rispetto a un vincolo imposto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alla base di questo risultato, possono esservi "consolidazioni" giurisprudenziali di contenuto palese.

Si sa, per esempio, che la famosa "legge Pinto" (l. 24 marzo 2001, n. 89) presuppose l'orientamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul "diritto alla ragionevole durata del processo" e sulla conseguente riparazione nelle tante ipotesi in cui un tale diritto fu leso – e continua, purtroppo, a essere leso – dallo Stato italiano⁽¹⁴⁾.

In una maniera ancor più pressante – anche proceduralmente – il vincolo del legislatore si può altresì manifestare, allorché l'"adeguamento" abbia a suo supporto una pronuncia normativa

(11) Documentata – e arricchita da esaurienti argomentazioni critiche – è, fra i testi meno lontani nel tempo, la ricostruzione che si legge in C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., pp. 34 – 42.

(12) Si rinvia al n. 5. 1.

(13) Si rinvia al n. 5. 2. Significativa è, inoltre – con riguardo alla disposizione del terzo comma del medesimo art. 363 c. p. c. – l'ormai celebre decisione, del medesimo anno, in materia di *danni punitivi anonimi*: Cass. sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 1399 – 1404 (si consultino anche, in quel medesimo fascicolo della rivista i saggi di A. Gambaro, M. Grondona, P.G. Monateri e G. Ponzanelli).

(14) Fra gli scritti meno lontani negli anni e per un'essenziale documentazione: M. Negri, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo non ancora definitivamente concluso. La parola passa alla Consulta*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 1285 ss.; F. Patini (a cura di), *La giurisprudenza sull'abuso del processo. La parola torna alla Consulta*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 1285 ss. Le disposizioni di riferimento, com'è noto, sono, oltre alla *legge Pinto* (l. 24 marzo 2001, n. 89) e alle successive modificazioni, l'art. 96 c. p. c. e, soprattutto, l'art. 111, comma 2, Cost., nonché l'art. 6, comma 1, della Carta europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sull'esigenza di non sacrificare gli altri principi del "giusto processo" e, in particolare, il diritto a un giudizio nel rispetto del diritto di difesa e del diritto del contraddittorio: Cass., sez. un., 12 marzo 2014, n. 5700, in *Foro it.*, I, p. 1798 ss.

che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo definisca quale "sentenza pilota", a tal punto da imporre addirittura un breve lasso di tempo allo Stato-legislatore inadempiente⁽¹⁵⁾.

- Il legislatore, sebbene sia stato sollecitato ufficialmente dai giudici costituzionali, tarda a lungo nel portare a compimento i pur dovuti "lavori in corso", e subisce, nel frattempo, la censura della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Si pensi, com'è agevole intuire, alla legislazione sulle unioni civili e sulle convivenze⁽¹⁶⁾.

- Al legislatore è rivolto dai giudici costituzionali un invito a provvedere, poiché non si delinea una presa di posizione univoca già nel quadro delle direttive sistematiche fondamentali.

Ogni scelta è pertanto affidata ai rappresentanti del corpo elettorale.

Costoro, tuttavia, sono palesemente divisi.

Basti rimeditare, qui, il problema dello "statuto" giuridico degli embrioni⁽¹⁷⁾.

- Vi sono casi, infine, in cui il provvedimento da prendere non può essere determinato in virtù di una predeterminazione giudiziale per ragioni che siano immanenti al suo contenuto complesso oppure per il fatto, del resto agevolmente intuibile, che la conflittualità sia a tal punto grave, a causa della radicalità degli interessi in conflitto, da non poter essere composta in un altro modo, sia pure con riferimento all'interpretazione "secondo ragione" dei giudici costituzionali.

Si rammentino, sul punto, le cronache sulle acciaierie ILVA di Taranto e sui diritti inviolabili alla salute e al lavoro che vi furono drammaticamente coinvolti⁽¹⁸⁾.

I riferimenti che seguono sono ridotti, a loro volta, al minimo, anche per il fatto che in sé e per sé considerati sono stati subito divulgati e discussi.

Si allude, in particolare, ai casi che sono stati già richiamati, rispettivamente, nei termini del: patronimico (n. 5. 1); parto anonimo (5. 2); rilievo giuridico dell'unione omosessuale (5. 3).

5.1. *Segue. Patronimico. Sequenza che culmina in una legge non approvata nella legislatura (trasmissione del cognome ai figli fra la tradizione e i principi del diritto contemporaneo).*

Marito e moglie, di comune accordo, decidono di trasmettere ai figli anche il cognome materno.

L'ufficiale dello stato civile può attribuire al figlio anche il cognome materno su richiesta dei coniugi che si siano accordati in tal senso, sebbene non si dubiti che sia perdurante la vigenza della regola del patronimico (artt. 237, 262 e 299 c. c., nel nesso con l'ordinamento dello stato civile e con il suo regolamento di revisione e di semplificazione: n. 1238 del 1939 e n. 396 del 2000)?

(15) Corte EDU 8 gennaio 2013, *caso Torreggiani c. Italia*, consultabile *on line*; ivi, la nota di F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*.

(16) Si rinvia al n. 5. 3. Notissima – ma diversa nella sua cronistoria – è la tormentata diatriba parlamentare sulle cosiddette "dichiarazioni anticipate di trattamento" (il cui testo era stato approvato nel 2017 da uno dei rami del Parlamento ma doveva ancora essere approvato dall'altro ramo a settembre del medesimo anno; l'approvazione si ebbe soltanto con l. 14 dicembre 2017, n. 2801). I principali episodi sono stati a lungo discussi anche da un'opinione pubblica non professionale. Basti pensare al "*caso Englaro*": C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., pp. 30 – 34 (e, *ivi*, una sintesi accurata). Sul "*caso Welby*": Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Corr. del merito*, 2007, p. 461. In seguito: Trib. Cagliari, decr., 16 luglio 2016, *Delitala G., Tut.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 521 – 524; C. PARDINI, *Scelta di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 513 – 521; in particolare, p. 513). La nuova legge – che è entrata in vigore nel gennaio del 2018 – ha avuto una prima applicazione, e una vasta risonanza nei mezzi d'informazione di massa, all'inizio del mese di febbraio del medesimo anno.

(17) F.D. Busnelli, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 393 ss. Il rinvio è a: Corte EDU, *Grande Chambre*, 27 agosto 2015, *caso Pavullo c. Italia* (non viola l'art. 8 CEDU "il divieto di sperimentazione sugli embrioni"); Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84 (questione inammissibile di legittimità costituzionale). In precedenza: Corte EDU, 28 agosto 2012, *caso Costa e Pavan c. Italia*.

(18) Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, 2, 1, p. 44 ss.; Corte cost., ord., 13 febbraio 2013, n. 16, in *Foro it.*, 2013, p. 725 ss.

Questa disciplina è stata considerata incostituzionale, poiché: viola il diritto all'identità personale del minore; comporta – anche per il fatto che non è giustificata dalla salvaguardia dell'unità familiare – un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi⁽¹⁹⁾.

Molteplici sono, tuttavia, i “profili applicativi incerti ai quali soltanto il legislatore, proseguendo sul medesimo binario assiologico, potrà dare una sicura risposta”⁽²⁰⁾.

Inspiegabilmente, alla fine della legislatura – ossia: nel dicembre del 2017 – ancora la legge non era stata, tuttavia, approvata.

5.2. Segue. Parto anonimo. Sequenza che può culminare in una supplenza della legge “nell’interesse della legge” (fra “principio di diritto” e regola già applicabile ad avviso dei giudici di legittimità a sezioni unite).

Si pensi, ora, alla serie che tragga alimento dalla decisione di una Corte non nazionale e che tende a completarsi, per tramite di una presa di posizione della Corte costituzionale italiana e dei giudici della Cassazione a sezioni unite, ancor prima che il legislatore – il quale in tal senso già sia vincolato dal giudizio delle Corti suddette – abbia provveduto a dare “concretezza” al principio di diritto e alla sua traduzione giurisprudenziale in regola (sezioni unite “nell’interesse della legge”: art 363, comma 1, c. p. c.)

A titolo d'esempio, si rammenti la questione della ricerca di un equilibrio fra due diritti: il diritto della madre a non essere nominata dopo il parto; il diritto del figlio a conoscere la sua origine genetica e a chiedere alla madre se persista nella decisione di non essere nominata (si tratta dell'ormai celebre “caso del parto anonimo”).

I giudici della Cassazione italiana a sezioni unite – in seguito alla richiesta del Procuratore generale e ai sensi dell'art. 363, comma 1, c. p. c. – hanno enunciato, a tal riguardo, un principio di diritto nell' interesse della legge e hanno proclamato che un tale principio – che qui di seguito è riprodotto per esteso – è applicabile anche in difetto “della disciplina procedimentale attuativa”⁽²¹⁾.

Questo è, dunque, il testo in questione.

“In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013⁽²²⁾, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, d'interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità”.

(19) Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 818 – 823.

(20) C. Favilli, “*Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 823 – 830, nota a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, *ivi*, loc. cit.

(21) Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Corr. giur.*, 2017, p. 618 ss., con nota di M. N. Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini*.

(22) Corte cost. n. 278 del 2013 ha dichiarato l'“illegittimità costituzionale della l. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7 (*Diritto del minore ad una famiglia*), come sostituito dal D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 177, comma 2 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*), nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi del D. p. r. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma della L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 2, comma 12*), su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione”.

Ai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo si deve la formulazione originaria dei principi diretti a contemperare il diritto della madre a non essere nominata e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, nonché, di conseguenza, il diritto del figlio a interpellare la madre per sapere se intenda revocare la sua decisione di restare anonima, fermo restando il rispetto della riservatezza, della dignità nonché del diritto della madre a non essere nominata⁽²³⁾.

Anche in questo caso, al "sistema giuridico domestico" è assegnato un percorso obbligato che ha: come pilastri basilari di partenza, il riferimento a una disposizione costituzionalmente conforme, secondo la Consulta e nel rispetto dei limiti predeterminati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; come punto di arrivo, dovuto e auspicabile, una determinazione legislativa puntuale.

Si tratta soltanto di accertare se quel momento finale sia determinabile già nella sede giudiziale di merito, in forza della convergenza dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Consulta, ovvero se non sia dato comunque prescindere dall'intervento del legislatore⁽²⁴⁾.

I giudici della Cassazione italiana a sezioni unite hanno motivato la decisione accolta, essenzialmente sulla base di un rinvio alle argomentazioni della Corte Europea e della Corte costituzionale.

Essi hanno proclamato, inoltre, che il principio enunciato sulla questione di particolare importanza può tradursi in una regola direttamente applicabile "nell'interesse della legge" anche in difetto dell'intervento legislativo, poiché hanno reputato che le finalità garantistiche previste (massima riservatezza; dignità della madre) possano essere conseguite già in sede giudiziale, senza l'intermediazione di una regolamentazione procedurale ulteriore.

Al termine finale della sequenza qui c'è, per diritto positivo (art. 363, n. 1, c. p. c.) e per la convergenza di un vincolo costituzionale e di un vincolo convenzionale (art. 117, comma 1, Cost.), l'attribuzione testuale ai giudici di legittimità a sezioni unite di una funzione legislativa sussidiaria.

Non si tratta, dunque, della fattuale imposizione di una prassi giurisprudenziale che si sia consolidata pur nel difetto di una sufficiente cornice interpretativa (secondo le opinioni che si limitano a prendere realisticamente atto della notevole diffusione di un "diritto giurisprudenziale" anche al di fuori del quadro legale delle fonti del diritto vigente).

La sequenza presuppone il riconoscimento normativo, in base al diritto positivo, di una legalità complessa.

Quest'ultima tende, infatti, sia a definire in maniera puntuale le linee-guida delle Corti già in tal senso concordi sia ad equiparare al legislatore, nei limiti in cui ciò sia possibile, i giudici di legittimità a sezioni unite.

A loro volta, costoro, in presenza di questioni di particolare importanza, possono essere investiti, proprio nell'interesse di una legalità effettiva e sulla base di una valutazione demandata in ultima analisi ai giudici stessi, di una funzione di supplenza legislativa finale.

(23) Corte EDU, 25 settembre 2012, *caso Godelli c. Italia*.

(24) "Il Tribunale per i minorenni di Trieste; il Tribunale per i minorenni per il Piemonte e la Valle d'Aosta; la Corte d'appello di Catania, sezione della famiglia, della persona e dei minori) [. . .], in forza dei principi enunciati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (nella sentenza 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*) e per effetto della sentenza d'illegittimità costituzionale n. 278 del 2013, ammettono la *possibilità d'interpello riservato anche senza legge*". Altri giudici di merito reputano che sia *necessario l'intervento del legislatore*. Cfr. ancora, sul punto, Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *loc. cit.*

5.3. *Segue. Rilievo giuridico delle unioni omosessuali. Sequenze che, in seguito alla proclamazione di vincoli per il legislatore e dopo la censura della Corte europea dei diritti dell'uomo a causa della violazione dell'obbligo a legiferare, culminano in una legge tardiva e subito vivacemente discussa.*

Gli artt. 2 e 4, l. 14 aprile 1982, n. 164, prevedevano, com'è noto, che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi producesse lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, ma omettevano di regolare l'ipotesi in cui i medesimi avessero chiesto di mantenere in vita un rapporto di coppia che fosse giuridicamente regolato, sia pure con un'altra forma di convivenza registrata, la quale tutelasse adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima.

Quest'istanza dava pertanto rilievo, a quell'epoca, a una lacuna che era compito del legislatore colmare, con le modalità normative che fossero pertinenti e adeguate.

Il nostro ordinamento, infatti, non contemplava in alcuna forma le unioni omosessuali che notoriamente, in altri sistemi giuridici, erano state invece regolate, talvolta anche nel quadro del matrimonio.

Un "divorzio imposto", quale era stato introdotto dalle disposizioni della legge n. 164 del 1982, ignorava del tutto, d'altro canto, la precedente vita di coppia, nonché la comune decisione di prostrarla. A una tale scelta condivisa palesemente conseguiva, peraltro, un'incompatibilità con il "modello del matrimonio", la cui prosecuzione era impedita dal venir meno del requisito dell'eterosessualità, che tuttora è presupposto come essenziale nel diritto italiano e nell'interpretazione accolta dai giudici costituzionali (art. 29 Cost.).

Per non contraddire il dogma dell'inesistenza giuridica di un matrimonio omosessuale, sembrava che l'unica via praticabile passasse per la negazione di qualsiasi riconoscimento del diritto alla comune volontà della coppia nel restare unita.

Secondo i giudici costituzionali tuttavia, l'inconcepibilità, in un tale contesto nazionale, di una protrazione del matrimonio, non era sufficiente, sul piano giuridico, a cancellare "un progresso vissuto", nel cui quadro erano maturati "reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale", non erano, "per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili".

L'ampio riconoscimento costituzionale delle "formazioni sociali", tipiche o atipiche (art. 2 Cost.), era in grado di legittimare, inoltre, una qualche modalità di tutela che non discriminasse le coppie omosessuali.

I giudici precisarono, al tempo stesso, di non potersi auto-attribuire una potestà normativa che era loro costituzionalmente preclusa.

Non era possibile, infatti, una "*reductio ad legitimitatem* della normativa censurata mediante una pronuncia manipolativa", che sostituisse il divorzio automatico con un divorzio a domanda, perché ciò avrebbe reso "possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso".

Questo fu, dunque, un caso emblematico in cui i giudici della Consulta proclamarono che il legislatore, proprio per il fatto che era vincolato al rispetto della Costituzione anche nel senso di una decisione pienamente attuativa (art. 117, comma 1, Cost.), non potesse trincerarsi dietro una discrezionalità politica la quale fosse subordinata soltanto al rispetto della procedura parlamentare, ma fosse "tenuto a introdurre con la massima sollecitudine una forma alternativa, e diversa dal matrimonio", che consentisse ai due coniugi "di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminatezza, per il profilo dell'attuale *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti"⁽²⁵⁾.

(25) Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, p. 2675 ss.

La decisione della Corte costituzionale, nell'attesa del doveroso compimento "costruttivo" della sequenza che in tal modo fu avviata nella competente sede legislativa, produceva comunque un primo atto "distruttivo", poiché escludeva nella sostanza che fosse costituzionalmente legittima, qualora i coniugi di comune accordo avessero intenzione di protrarre la vita di coppia, la procedura automatica dell'annotazione, posta a margine dell'atto di matrimonio, della cessazione degli effetti civili del matrimonio stesso a seguito della rettificazione di attribuzione di sesso a uno dei coniugi (artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982).

A questo punto, la responsabilità di dare attuazione, nei limiti del possibile, a un successivo atto anche "costruttivo" passava ai giudici della Cassazione civile.

Con un'ardita operazione, di contenuto pre-legislativo (tale, dunque, da anticipare, ma necessariamente in un'altra prospettiva, quanto competeva al legislatore che si conformasse alle linee-guida dei giudici costituzionali), fu accolto un ricorso contro l'annotazione suddetta. Si decise di continuare a riconoscere i diritti e i doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto, fino a quando il legislatore non consentisse "[. . .] di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata" che ne tutelasse adeguatamente diritti ed obblighi.

Gli effetti del matrimonio furono in tal modo garantiti, sia pure *sub condicione*, anche a due persone dello stesso sesso, con un conseguente abbandono della famosa teoria, a cui si è in precedenza accennato, di un'"inesistenza" giuridica dell'istituto in questione⁽²⁶⁾.

Certo è che l'inadempimento dello Stato italiano, con riguardo alla potestà legislativa e per quel che concerneva, in particolare, l'"obbligazione positiva di assicurare uno specifico quadro legale che riconosca e tuteli l'unione omosessuale", era già stato accertato, in precedenza, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale aveva accolto il ricorso di tre coppie omosessuali italiane, anche "alla luce delle corti nazionali, che sono rimaste inascoltate"⁽²⁷⁾.

Nella sua completezza la sequenza, alle origini era integrata, in definitiva, dalla convergenza delle decisioni della Corte costituzionale, della Cassazione civile e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché (con riferimento a quest'ultima) dall'imputazione allo Stato italiano della violazione dell'obbligo di dettare una regolamentazione di riconoscimento e di tutela delle coppie omosessuali (salva l'opzione, che competeva al legislatore nazionale, diretta a introdurre, a differenza di quel che era avvenuto in altri Stati europei, un modello di unione civile diverso dal matrimonio).

Questo è un caso in relazione al quale, com'è ormai risaputo, la sequenza si è finalmente conclusa, sia pure in una maniera tardiva, nonché per molti aspetti opinabile e mal formulata, nella sede legislativa, in seguito all'approvazione dell'art. 1, commi 1 – 66, l. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze)⁽²⁸⁾.

(26) Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1048 ss., con nota di S. PATTI.

(27) Corte EDU, 21 luglio 2015, caso *Oliari c. Italia*, ricorso n. 36030/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 918 ss. La Corte europea dei diritti dell'uomo da alcuni anni aveva notoriamente consacrato un'ampia nozione di famiglia (art. 8 CEDU): Corte EDU, 24 giugno 2010, caso *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1137 ss.; Corte EDU, 16 luglio 2014, caso *Hamalainen c. Finlandia*.

(28) F. Azzarri, voce *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, pp. 997 – 1028; A. Gorassini, *Convivenze di fatto e c. d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 254 ss.; L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 934 ss. Cfr. Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 649 s., con nota di T. A. Auletta, *ivi*, 2015, I, p. 654 ss.; in *Corriere giur.*, 2015, p. 909 ss., con nota di G. Ferrando. I giudici di legittimità affermano di essere vincolati a un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata con la conseguenza di dover garantire alle unioni omosessuali un'adeguata tutela "equiparabile a quella matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determini una lesione di diritti fondamentali".

5.4. *Segue. Legalità inter-ordinamentale. Conformità al “diritto” (Law) in un senso non ristretto del termine.*

Le “sequenze”, a cui si è accennato, com'è agevole intuire, a puro titolo indicativo, assegnano alla fonte legale un ruolo senza dubbio inconsueto.

La “legalità” assume soprattutto, inoltre, un volto nuovo, quando sia studiata in un contesto inter-ordinamentale.

Si deve tener sempre presente, per esempio, quella notissima giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui si è proclamato che il “diritto”, ivi compreso il diritto penale (art. 7¹ della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali), ha fonte nella giurisprudenza “unitamente alla legge”.

Si tratta, infatti, di un significato palesemente molto ampio, che corrisponde, in una maniera non meno evidente, alla comune traduzione del vocabolo, di lingua inglese, “Law” (*Common Law; Rule of Law*).

Da quest'accezione del “diritto” promana il “ruolo ‘integrativo’ che, nel quadro della Convenzione europea, le decisioni giurisprudenziali hanno assunto all'atto della configurazione delle “tradizionali garanzie penalistiche”.

Queste ultime sono state estese, infatti, anche al “formante giurisprudenziale”.

Un primo confronto, pur sommario, con l'ordinamento domestico sembra confermare, d'altro canto, che la nozione di “diritto” tenda a essere identificata con il paradigma costituzionale della centralità della legge parlamentare in quanto tale (art. 101, comma 2, Cost.); e, in tal senso, il nostro sistema si pone in una linea di continuità con la tradizione illuministica continentale, non senza una peculiare accentuazione, lì dove si tratti dei comparti presidiati dalle aree riservate alla legge e con un conseguente speciale risalto del principio di legalità penale e dei relativi corollari (art. 25, comma 2, Cost.).

Una “dimensione inter-ordinamentale” – che sia comprensiva, come tale, delle prese di posizione di principio dell'ordinamento interno e dell'ordinamento convenzionale con il quale l'ordinamento interno pur sempre si coordina – non poteva non avere, di conseguenza, quei riflessi sistematici di grande rilievo che sono ben presto assurti a una forte notorietà.

Basti pensare all'affermazione, anche nell'ordinamento interno, di un principio implicito di rango costituzionale (si allude qui, in particolare, al “principio della retroattività della legge più favorevole”), nel confronto con un principio implicito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 7), nonché con un principio esplicito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 49)⁽²⁹⁾.

Se si coniugano “i contenuti ‘autoctoni’ con quelli ‘convenzionali’, è possibile sperimentare “soluzioni di sintesi” che [. . .] siano in grado di realizzare un approfondimento dei livelli di garanzia per il destinatario del precetto penale”⁽³⁰⁾.

(29) F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. De Francesco, A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche*, Atti del Convegno di Pisa (8 – 9 maggio 2015), Milano, 2017, pp. 13- 27; in particolare, p. 18 ss., p. 22.

(30) T. Padovani, *Diritto penale*¹¹, Milano, 2017, p. 53.

6. “Altre” pluralità. Invenzioni del lessico giuridico. Oscurità perduranti. Contro-limiti. Interposizioni. Dislivelli multipli.

Questa minima ricognizione dei “luoghi” del diritto che ritornano in forme diverse si conclude qui, doverosamente, con un breve accenno proprio al tema della “pluralità” odierna e al rilievo peculiare che hanno assunto le tensioni fra l’affermazione di una supremazia con aspirazioni unificanti, la difesa di un nucleo “identitario” assolutamente intangibile, quali che siano le auto-limitazioni di sovranità e i loro fondamenti costituzionali, il riconoscimento di vincoli che si collocano al di sopra della legge ma sono pur sempre subordinati alla Costituzione.

A differenza di quel che può notarsi in relazione al binomio “certezza – incertezza” e al binomio “diritto – legge”, si deve prendere atto, in particolare, del tentativo di costruire un lessico giuridico non consueto, sebbene le zone di oscurità continuino a essere evidenti.

Si sa che, per descrivere la difesa di un nucleo “identitario” assolutamente intangibile, è ormai corrente il termine “contro-limiti”, quale argine alle autolimitazioni di sovranità.

In un primo tempo, parve trattarsi di un’ipotesi del tutto teorica.

I fatti si sono incaricati di provare il contrario, ma non è questa, comunque, la sede più adeguata ai fini di un pur minimo approfondimento.

Considerazioni analoghe possono farsi per il termine “norme interposte”, la cui origine – al pari dei “contro-limiti” – ha un avallo innegabile nelle decisioni dei giudici costituzionali.

La descrizione che, nell’insieme, più ha avuto successo nel tradurre l’antica idea della pluralità degli ordinamenti, nelle interrelazioni che animano lo spazio giuridico contemporaneo, ha posto l’accento sulla molteplicità dei “livelli” e sulla metafora della rete normativa.

La sensazione è che i “livelli” comportino “dislivelli” non sempre facilmente governabili.

Sebbene non sia stata mai del tutto annientata l’aspirazione a trasformare la diversità in una risorsa utile (al fine di garantire il massimo grado della tutela dei diritti universalmente riconosciuti come “fondamentali”), questa è la sfida più grave per il pensiero giuridico contemporaneo⁽³¹⁾.

IV. CONFRONTI NEL TEMPO E NELLO SPAZIO.

7. Attraversamenti ormai compiuti.

Per poco che si ripercorrono le fasi più note nella storia della tradizione occidentale continentale viene fatto subito di osservare che sono ormai remoti i tempi in cui si anticipò un passaggio storico (quasi l’“attraversamento” di un guado) che in effetti giunse a destinazione. Le celebri pagine di Jhering (sul passaggio, “attraverso” il diritto romano, a un diritto statale che regolasse gli interessi in conflitto)⁽³²⁾, di Saleilles e di Génay (sul passaggio, “attraverso” il *code civil*, a un diritto che non ignorasse del tutto, con il mutamento degli assetti economici, le prime rivendicazioni sociali)⁽³³⁾, di Eugen Ehrlich sulle

(31) Per un’attenta ricostruzione della peculiarità della dimensione contemporanea delle giuridicità e dell’esigenza di una “maggiore precisione semantica” rispetto a quella resa possibile dall’uso del concetto di “pluralismo”, in presenza di “ordinamenti autonomi che ripetono da se stessi e non da altri il loro potere normativo, manifestando altresì un correlato potere – o una pretesa – di interferenza negli altri ordinamenti”, con esiti d’instabilità e di conflittualità: C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., p. 195 (nonché, nelle pagine successive, una casistica esaurientemente discussa, alla luce delle ricostruzioni più aggiornate).

(32) R. v. Jhering, *Unsere Aufgabe*, in *Jherings Jahrbücher der Dogmatikdesbürgerlichen Rechts*, I, 1857, p. 52, criticò notoriamente la tendenza a inchinarsi a un culto delle mummie (*Mumien-Cultus*); e invitò le nuove generazioni dei giuristi a non fermarsi al diritto romano, che pure era stato un momento di transito necessario (“*durch das Römische Recht über das Römische Recht hinaus*”).

(33) Notevole fu l’eco della storica frase di Jhering anche nella cultura giuridica francese agli albori del secolo Ventesimo. L’“attraversamento” che fu allora segnalato si riferì a un diverso guado non aggirabile: il *code civil*. “Audelà *du code civil*, mais par le *code*

plurime manifestazioni di un “diritto vivente” e socialmente diffuso⁽³⁴⁾, dei giuristi che furono attivi ai tempi della prima Costituzione lunga di Weimar e, soprattutto, di quelli che, dopo il secondo conflitto mondiale, ambientarono il codice civile in un nuovo quadro costituzionale né ebbero gravi dubbi sul fatto che la sponda, al di là del guado, presentasse punti di approdo sicuri⁽³⁵⁾; ebbene, tutte quelle notissime “immagini” nulla avessero di visionario o d’ingenuamente profetico: tutte trovarono una pur minima conferma.

8. “Porti” da individuare. Inter-legalità (“interregni”).

Il giurista che ha il ruolo, qui, di protagonista non esiterebbe a dirci che, al giorno d’oggi, non ci sono porti (o – seppure ci siano – sono, al contrario, avvolti nelle nebbie)⁽³⁶⁾.

Che la provocazione dei tempi sia a tal punto invadente da indurci pur sempre a trovare, nel guado tempestoso, una chiave valutativa a senso unico è, nondimeno, un fatto che non può stupire.

E ben si comprende la coesistenza di giudizi radicalmente divergenti.

Alcuni, come si è premesso, antepongono il segno del “nuovo” a un nobile termine antico (neo-incertezza, neo-legalità, neo-pluralismo: come si è premesso, in breve⁽³⁷⁾; ma, inoltre: neo-giusnaturalismo⁽³⁸⁾; neo-costituzionalismo⁽³⁹⁾; neo-liberalismo⁽⁴⁰⁾); oppure denunciano il primato di un’ideologia riduttiva e a senso unico⁽⁴¹⁾.

Altri, soprattutto, prendono atto (anche in tal caso, con accenti comprensibilmente opposti) dell’affermazione inesorabile di un “diritto giurisprudenziale” sempre più privo di efficaci controlli (“incalcolabile”)⁽⁴²⁾.

civil”: così si espresse, com’è noto, Saleilles nel presentare i celebri volumi dell’allievo F. Géný (*Méthode d’interprétation et sources en droit positif 1899*, I – II, 2^a ed., Paris, 1919).

(34) Vi è chi ha ricordato che all’immagine del transito fu sensibile, già nei primi anni del secolo ventesimo, Eugen Ehrlich, nel contesto della sua celebre opera sul “diritto vivente” (*Daslebende Recht der Völker in der Bukowina*, in *Recht und Wirtschaft*, 1912, pp. 273 – 279, 322 – 324); R. Seinecke, *Das Recht der Recht spluralismus*, Tübingen, 2015.

(35) R. Nicolò, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 240 – 250; R. Nicolò, voce *Diritto civile*, X, Milano, 1964, pp. 904 – 923. “Può parlarsi, per la seconda metà del secolo scorso, non della fine, ma di una differente costruzione della modernità del diritto: di un diritto neomoderno, se si vuole”: C. Salvi, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, cit., p. 1813.

(36) Per un singolare confronto odierno fra le diverse epoche del pensiero giuridico: G. Teubner, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili* (a cura e con traduzione di R. Prandini), Roma, 2005. Si veda anche, in breve, P. Donati, *Il farsi del civile come norma sociale. Presentazione*, ivi, Roma, 2013. Un quadro essenziale, ma già esauriente, ha tracciato C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., pp. 197 – 232.

(37) Rispettivamente: n. 4 (fra certezza e incertezza); n. 5 (“nuove” legalità); n. 6 (“altre” pluralità).

(38) In una linea radicalmente critica: C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 202 – 203.

(39) Netto è il dissenso che esprime, insieme con alcune informazioni essenziali, L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., p. 13 ss. (e, in particolare, nota 11). Sulle “virtualità multiple” della Costituzione: A. Barbera, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 263 – 358. Con riguardo alla “banalizzazione” dei valori costituzionali: C. Salvi, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, cit., p. 1814. In termini ulteriormente diversi, che non è possibile approfondire in questo contesto, si pone la distinzione fra le costituzioni politiche e le “costituzioni civili” (quale profilo peculiare della giuridicità odierna in uno spazio mondiale): G. Teubner, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, loc. cit.

(40) Sul neo-liberalismo si è formata una letteratura molto vasta e di varia ispirazione. Mi limito a un minimo di riferimenti con finalità strettamente indicative, già ai fini di un primo confronto di opinioni, da cui si può risalire a documentazioni anteriori: L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010; P. Sirena, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le “libertà fondamentali” dell’Unione europea e il diritto privato*, con Introduzione di A. Zoppini, *Studies in Law and Social Sciences*, 2, Roma, 2016, pp. 121 – 141; C. Salvi, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, loc. cit.; A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell’economia del debito*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 124.

(41) L’attualità di una cultura giuridica e politica la quale rifiuti di ridurre i sistemi universali di garanzie dei diritti alla sfera unica dei diritti di libertà è affermata da una vasta letteratura. Per tutti: S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Milano, 2012. Nella stessa linea, fra le prese di posizione più note e più chiare: oltre a C. Salvi, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, loc. cit., L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma. Bari, 2016, p. 247.

(42) Un documentato confronto già si trae dalle pagine, ricche di ulteriori e aggiornati approfondimenti, di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 e di N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

A ben vedere, comunque, lo stato del diritto contemporaneo richiama alla mente – insieme con un'altra famosa immagine (l'“interregno” di cui parlò, com'è noto, Antonio Gramsci⁽⁴³⁾) – l'idea di una “inter-legalità”: che è da sperimentare in quanto risorsa, pur nell'esaurirsi del miraggio del progresso della storia; e, comunque, non è da subire alla stregua di uno scacco definitivo⁽⁴⁴⁾.

Certo è che quest'assetto non uniforme e non statico (ma che tale è per linee non consuete, la cui determinazione è affidata anche a una consapevolezza sociale e politica delle domande di “diritto” che attendono risposte difficili) esige dai giuristi in formazione un massimo di finezza critica e di responsabilità ricostruttiva: un compito latamente culturale e politico, dunque, fra i più pesanti, poiché va reso accessibile a un uditorio che non sia costretto a subire in via esclusiva il gergo criptico e arido degli specialisti⁽⁴⁵⁾.

Eppure, si tratta di un impegno che (al pari di quello di cui ci ha offerto una testimonianza esemplare, nella sua vita di studio, Roberto Pardolesi) è animato dalla forza che, fra tutte, è forse la più attraente: il pressante invito a continuare quelle ricerche che (pur nella piena consapevolezza di un'identità e di una tradizione) si sono sempre avvalse del più aperto e del più innovativo repertorio degli strumenti d'indagine⁽⁴⁶⁾.

(43) “Il vecchio muore e il nuovo non può nascere”: A. Gramsci, *Quaderni del carcere* (a cura di V. Gerratana), 2ª ed., Torino, 1975, *Quad.* 3, *Misc.* (scritto nel 1930), § 34.

(44) Se la dottrina si limita a “teorizzare la caotica complessità della fenomenologia postmoderna come una sorta di nuovo sistema”, vi è il rischio che sia abbandonato, in tal modo, “ogni spirito critico, e, prima ancora, il tentativo di comprendere la logica d'insieme della fenomenologia giuridica contemporanea”: C. SALVI, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, cit., p. 1824 (e, ivi, l'affermazione secondo cui “c'è materia per progettare un 'altro' diritto”).

(45) Un utile approfondimento complessivo si deve a C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, loc. cit.

(46) Con un titolo ironico, di per sé, eloquente, è stato dato un forte risalto al rischio che anche la ricerca giuridica ormai si accinga a precipitare nel vortice del “post”: R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, cc. 113 – 123 (consultazione *on line*, www1.unipa.it).