



5 LUGLIO 2017

Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale

di Paolo Bonini

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma



Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*

di Paolo Bonini

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Sommario: **1.** La dinamica della produzione del diritto e il caso delle adozioni per i “civil-uniti”. **2.** Il momento parlamentare. L’importanza politica dell’art. 5 del disegno di legge e la sua espunzione. **3.** Il momento giurisdizionale. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, n. 12962, del 26 maggio 2016, depositata il 22 giugno 2016. **3.1.** La funzione nomofilattica della Cassazione e la decisione a Sezione semplice invece che a Sezioni Unite. **3.2.** Le tre alternative della Camera di Consiglio. **3.3.** Il tentativo di rimessione alle Sezioni Unite. **4.** Conclusioni. La funzione giurisdizionale tra interpretazione ed innovazione della volontà legislativa.

1. La dinamica della produzione del diritto e il caso delle adozioni per i “civil-uniti”

La genesi delle norme in tema di *stepchild adoption* offre lo spunto per osservare l’evoluzione del procedimento di produzione del diritto in Italia.

Con la legge n. 76 del 2016 il Parlamento decide di approvare un testo in cui non si prevede la possibilità per la parte stipulante l’unione civile di adottare il figlio dell’altra parte. Questa possibilità è tuttavia prevista nel testo base presentato in Senato all’inizio del dibattito dell’Aula (A.S. n. 2081). L’articolo 5 di questa versione, tuttavia, suscita in Senato un acceso dibattito che testimonia l’assoluta rilevanza della questione sul piano politico.

Tra false partenze e forzature, sia dai banchi della maggioranza che da quelli dell’opposizione, il dibattito parlamentare continua a ruotare intorno all’opportunità di prevedere o meno l’adozione. Improvvisamente, nel corso del dibattito, il Governo interviene proponendo un emendamento integralmente sostitutivo del testo del p.d.l. dibattuto in Senato. La maggioranza voterà il testo in questa versione, contestualmente alla questione di fiducia, decidendo così di espungere l’articolo 5 dalla legge n. 76 del 2016.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Parallelamente nei tribunali si sviluppa un caso che attiene proprio all'adozione in materia. Dal Tribunale di Roma (sent. n. 299 del 2014) passando per la Corte di Appello di Roma (sent. n. 7127 del 2015), arriva alla Corte di Cassazione la vicenda di una donna che chiede di adottare la figlia della sua compagna. Un caso astrattamente ricollegabile nell'ambito di applicazione della disposizione espunta dalla legge n. 76 del 2016. I procedimenti si svolgono alla luce dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184 del 1983, unica disposizione in materia prima del dibattito sulla legge n. 76 del 2016, a cui poter ricollegare la vicenda di fatto.

La Corte si trova a decidere proprio nei giorni in cui il dibattito parlamentare si infiamma intorno alla c.d. *stepchild adoption*. Parlamento e Corte si trovano a rispondere alla domanda di riconoscimento di un diritto quasi parallelamente: la legge è approvata l'11 maggio, promulgata il 20 e pubblicata il 21¹. L'udienza si svolge il 26 maggio e la sentenza è depositata il 22 giugno.

Come per l'appello, anche il giudice di ultimo grado è adito con ricorso del pubblico ministero, in persona del sostituto procuratore generale. Il primo Presidente della Cassazione affida il caso alla Sezione Prima e l'udienza è fissata e trattata il 26 maggio 2016.

È necessario analizzare come si sono svolti i due momenti di produzione del diritto, quello legislativo-parlamentare e quello interpretativo-giurisdizionale, tenendo a mente la funzione rappresentativa del Parlamento e quella risolutiva del giudice, ma anche cercando di capire se l'attività legislativa mediante omissione ha la stessa coerenza per l'interprete di una disposizione positiva. Ciò soprattutto quando l'attività positiva ovvero omissiva attenga ad una materia direttamente conformativa di un principio costituzionale (in questo caso l'art. 2 Cost. e la disciplina di una "formazione sociale" costituzionalmente rilevante).

Inoltre è necessario osservare come la Corte ha deciso, valutando se nel caso di specie sussistano delle aporie metodologiche e quale siano le conseguenze sul rapporto istituzionale con il legislatore.

Al termine dell'analisi del caso sarà possibile trarre delle conclusioni generali sul rapporto tra queste due importanti funzioni costituzionali, e quali siano i confini tra esse.

2. Il momento parlamentare. L'importanza politica dell'art. 5 del disegno di legge e la sua espunzione

La migliore dottrina fin dall'approvazione della legge ha osservato l'*iter* parlamentare, individuando alcune questioni emblematiche di un esame non in linea con le procedure parlamentari². Le medesime

¹ La legge è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.118 del 21 maggio 2016.

² Cfr. L. CIAURRO, *Ddl unioni civili e criticità procedurali: 69 commi da raccontare*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, 1, 103-126. In particolare sono evidenziate come criticità procedurali: la mancata conclusione della sede referente; l'adozione del testo base in Assemblea; la votazione a scrutinio palese della proposta di non passaggio all'esame

questioni saranno ripercorse seguendo l'ordine dei lavori parlamentari, in una sorta di cronaca, ed approfondite nei limiti in cui rilevino rispetto al fine di questa breve analisi. Si noti come la stessa dottrina ritenga che la procedura parlamentare sia scrupolosamente osservata solo per l'adozione di progetti "minori", mentre per le "questioni *de iure condendo* o quando emergono laceranti contrasti tra le forze politiche" emerge una certa duttilità della stessa procedura, le cui regole "diventano frequentemente e disinvoltamente del tutto ondivaghe"³.

Il progetto di legge n. 2081 di iniziativa di alcuni senatori del Gruppo parlamentare *Partito democratico* recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" è comunicato alla presidenza del Senato il 6 ottobre 2015 ed assegnato alla II Commissione permanente Giustizia in sede referente il 7 ottobre 2015⁴. Il testo, in quella versione preliminare, si divide in articoli e commi: qualità di tecnica legislativa che consente di ridurre le difficoltà interpretative.

L'art. 5 della versione del progetto di legge in esame, rubricato "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184", dispone:

"All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: «coniuge» sono inserite le seguenti: «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo le parole: «e dell'altro coniuge» sono aggiunte le seguenti: «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»".

L'art. 44, legge n. 184 del 1983, disciplina i casi di adozione speciale, cioè i casi in cui si può procedere ad adozione quando non ricorrano le condizioni che la legge richiede per determinare giuridicamente la "adottabilità" del minore, ai sensi del Titolo II, Capo II (artt. 8-21) della medesima legge.

Se il progetto di legge fosse stato approvato nella sua forma originaria, l'art. 44 avrebbe dunque disposto quanto segue:

degli articoli; l'emendamento premissivo *omnibus*; il maxi-emendamento interamente sostitutivo; la posizione della questione di fiducia. L'Autore dall'analisi di questa vicenda dipinge un "clima crepuscolare" del Senato, e una "patologica e datata debolezza delle procedure" parlamentari in generale.

³ L. CIAURRO, *ivi*, 103-104.

⁴ La Commissione si è riunita a fini legislativi solo lunedì 12 ottobre 2015 (seduta n. 243). Si è poi riunita mercoledì 18 novembre 2015 (seduta n. 254), in materia di unioni civili, solo perché la senatrice relattrice del progetto di legge domandava delucidazioni al presidente della Commissione sulla partecipazione di un "giurista esperto" per conto della Commissione in un convegno sulle Unioni civili (il presidente spiega che si trattava di notizia falsa). Come riporta il presidente della Commissione Giustizia all'avvio della discussione in Aula del provvedimento, la Commissione ha tuttavia lavorato sul tema dal 2013, con la redazione, discussione, unificazione e disgiunzione di numerosi testi provvisori, fino a martedì 13 ottobre 2015, giorno in cui la Conferenza dei capigruppo indica nell'A.S. 2081 il testo base per l'esame dell'Aula. In sede consultiva, su questo testo, sono coinvolte tra il 2 e il 25 febbraio 2016 le Commissioni: I *Affari costituzionali*, V *Bilancio*, VIII *Lavori pubblici*, X *Industria*, XI *Lavoro*, XII *Sanità* e infine *Questioni regionali*.

“1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:

- a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
- b) dal coniuge *o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso* nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge *o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*⁵;
- c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;
- d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli.

3. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.

4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare”.

Pertanto il primo legislatore intende stabilire con una espressa disposizione che ove due soggetti stabiliscano una unione civile, per uno di loro sarà possibile adottare il figlio dell'altro ai sensi della legge n. 184 del 1983.

Tuttavia, quella versione del progetto di legge subisce rilevanti variazioni nel corso del procedimento legislativo.

Seguendo l'ordine del dibattito in Assemblea, si devono rilevare alcuni punti significativi per trarre valutazioni rispetto all'intervento del Giudice dopo l'approvazione della legge.

Nella seduta n. 567 del 28 gennaio 2016, sono sollevate da alcuni senatori otto questioni pregiudiziali ex art. 93 del Regolamento del Senato⁶ nei confronti di singoli articoli. In particolare il senatore Mauro⁷ illustra la n. 6 proprio sull'articolo 5, il che è una traccia dell'importanza politica dell'argomento su cui il Parlamento intende pronunciarsi attivamente ovvero per omissione⁸.

⁵ Corsivo aggiunto.

⁶ Ai sensi del quale i senatori possono porre la questione pregiudiziale all'esame dell'Assemblea, che decide, votando positivamente, di non esaminare l'oggetto della questione.

⁷ Sen. Giovanni Mauro del Gruppo parlamentare *GAL-Grandi Autonomie e Libertà* (Grande Sud, Popolari per l'Italia, Moderati, Idea, Euro-Exit, M.P.L. - Movimento politico Libertas).

⁸ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 567, giovedì 28 gennaio 2016, 21-23.

Sul punto il parlamentare sostiene che con questa disposizione sarebbero lesi i diritti del minore adottando, così come inquadrati dalla Convenzione di New York, e quindi di godere del padre e della madre. Aggiunge quindi:

Tutte le questioni sono comunque respinte dall'Assemblea nella seduta n. 569 del 2 febbraio, durante la quale, subito dopo le votazioni delle pregiudiziali, interviene la relatrice⁹ del progetto di legge. La parte centrale del suo intervento richiama esplicitamente l'articolo 5, a proposito del quale sostiene: “si sono agitati i fantasmi più spaventosi. Sono settimane che leggiamo sui giornali che, così facendo, si rischia di aprire la strada in Italia all'istituto della gestazione per altri”. Il dibattito politico infatti si focalizza su quelle che saranno di lì a breve due omissioni del legislatore: l'adozione per le coppie “civil-unite” e l'obbligo di fedeltà tra le parti. Secondo la senatrice, “con l'articolo 5 facciamo un primo decisivo passo per la loro tutela [dei bambini], nella concreta situazione in cui si trovano a vivere, sulla base del buonsenso e dell'imperativo costituzionale di eguaglianza e senza togliere diritti a nessuno”¹⁰.

Anche il presidente della Commissione Giustizia¹¹ interviene su due questioni, tra cui ancora l'articolo 5. L'intervento è interessante in quanto focalizza un altro aspetto controverso. Si parla in quei giorni di esplicitare nella legge una disposizione che stabilisca il potere del giudice di decidere caso per caso se abilitare l'adozione o meno da parte dei civil-uniti. Il senatore Palma, infatti, sostiene che l'art. 44, lettera a) della legge n. 184 del 1983 copra tutti i casi in cui un bambino sopravviva alla morte del genitore biologico, con l'adozione da parte di chi ha avuto una consuetudine di vita perdurante nel tempo. Anche il senatore Palma quindi, prende in esame esplicitamente l'art. 5 del pdl e l'art. 44 della legge n. 184 del 1984. Inoltre dice espressamente: “Evitiamo quindi di fare emendamenti che chiamino in causa la decisione del giudice (...) decide sempre il giudice nelle adozioni, non c'è bisogno che (...) lo [si] scriva in un emendamento. E il giudice deciderà sempre facendo attenzione all'interesse del minore; non esistono procedure automatiche”¹².

“in Italia è già prevista l'adozione del figliastro per le coppie eterosessuali sposate da almeno tre anni e che abbiano vissuto *more uxorio* per almeno tre anni. L'articolo 5 del disegno di legge in esame, nell'estendere l'istituto dell'adozione non legittimante, permessa al coniuge dall'articolo 44, lettera b), della legge n. 184 del 1983, anche alla parte dell'unione civile, contravviene all'articolo 31 della Costituzione, secondo il quale la Repubblica protegge l'infanzia «favorendo gli istituti necessari a tale scopo». La nostra Costituzione è assolutamente precisa su questo tema”. Riferendosi poi al rinvio che l'art. 117 Cost. opera al rispetto del diritto internazionale, sottolinea come l'Italia abbia recepito la Convenzione di New York con legge n. 176 del 1991. Specifica che gli articoli della Convenzione prevedono il rispetto dell'interesse superiore del minore (articolo 2), il diritto del minore al legame con i propri genitori (articoli 7 e 8) e, in caso di adozione, la verifica del rapporto del minore con il padre e la madre (articolo 21).

⁹ Sen. Monica Cirinnà del Gruppo parlamentare *Partito democratico*.

¹⁰ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 569, martedì 2 febbraio 2016, 22.

¹¹ Sen. Nitto Francesco Palma del Gruppo parlamentare *Forza Italia-Il Popolo della Libertà*.

¹² Il sen. Palma spiega che il limite dell'art. 5 è la sua attitudine a comprendere in un'unica disposizione situazioni non omogenee. Si riporta uno stralcio del ragionamento, sempre per testimoniare la rilevanza politica dell'articolo 5. “Qual è il difetto dell'articolo 5, almeno dal mio punto di vista? Una generalizzazione di situazioni molto diverse tra di loro, con un'unicità di disciplina. Il figlio del partner avuto da un precedente matrimonio o da una precedente storia è un'ipotesi; il figlio del partner avuto con la fecondazione eterologa è un'altra ipotesi; il figlio avuto con la maternità surrogata è un'altra ipotesi ancora. Queste tre ipotesi si differenziano sostanzialmente per un concetto di non poco conto: le prime due nascono da un presupposto legittimo e legale; la terza nasce da un presupposto illegittimo e illegale, contrario alle normative di ordine pubblico di questo

Anche l'intervento del senatore Mazzoni¹³ prende in considerazione l'articolo 5, ragionando sulla positività della disposizione per attribuire il bambino ad un genitore piuttosto che a nessuno¹⁴. Il ragionamento si ferma ad una delle tre ipotesi rammentate dal sen. Palma. Tuttavia l'intervento sull'articolo 5 si conclude con una osservazione rilevante per questa analisi, che offre lo spunto per estendere il ragionamento all'antefatto legislativo. Il sen. Mazzoni afferma: "Del resto molti tribunali italiani (si veda anche la sentenza del tribunale dei minorenni di Roma del 30 luglio 2014) hanno già riconosciuto l'estensione della responsabilità genitoriale sul figlio del *partner*"¹⁵. Prima della legge n. 76 del 2016, i Tribunali decidono sulla base della legge n. 184 del 1983. Non è un mistero che la tensione evolutiva del diritto spingesse nella direzione di ampliare lo spettro di quella normativa a colpi di interpretazione. Difatti mancava una legislazione in materia, nonostante diversi auspici (sentenze monito della Corte costituzionale; sentenze delle Corti europee) ad intervenire. Di questo si terrà conto analizzando il momento giurisdizionale che, al contrario, sarà chiamato a confrontarsi con la nuova normativa scaturente dalla legge in cui tuttavia la disposizione relativa alle adozioni sarà volutamente omessa.

Tornando all'esame del dibattito parlamentare, si registrano altri interventi ancora sull'articolo 5 ma forse di interesse più politico che giuridico. Tra questi merita un cenno, ai fini di questa analisi, quello della senatrice Rizzotti¹⁶, la quale anche dà conto della rilevanza del tema per il dibattito politico generale. "C'è poi un'altra questione, su cui si è molto dibattuto in questi giorni: quella dell'adozione del figliastro, la *stepchild adoption*. Proprio perché al riguardo il dibattito è in corso ormai da settimane, segno che si tratta di un argomento delicato e denso di incognite, mi limiterò ad un paio di considerazioni (...). E quindi mi chiedo, onorevole relatrice, perché non stralciare almeno la parte relativa alle adozioni per seguirla e approfondirla in un disegno di legge specifico (...)?"

Il giorno seguente, alla seduta n. 570, la senatrice Filippin interviene esclusivamente sul tema, proprio perché considerato più rilevante sul piano politico e valoriale: "Io parlerò solo dell'articolo 5"¹⁷. Anche i

Paese". Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 569, martedì 2 febbraio 2016, 25-27.

¹³ Sen. Giovanni Mazzoni del Gruppo parlamentare *Alleanza Liberalpopolare-Autonomie (AL-A)*

¹⁴ "Torniamo all'articolo 5 sulla *stepchild adoption*. Le corti europee hanno da tempo stabilito che, una volta che uno Stato dell'Unione approva una legge sulle unioni civili, ogni disparità di trattamento tra le unioni civili e il matrimonio, in particolare per quanto riguarda le adozioni, costituirebbe una violazione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. A mio parere la domanda da porsi è: se muore il padre o la madre biologica di un figlio all'interno di una coppia omosessuale, il bambino deve restare figlio di nessuno o è meglio che abbia un genitore, ancorché non biologico? La risposta non può che andare nella seconda direzione".

¹⁵ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 569, martedì 2 febbraio 2016, 39.

¹⁶ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 569, martedì 2 febbraio 2016, 50.

¹⁷ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 570, mercoledì 3 febbraio 2016, 13; sen. Rosanna Filippin del Gruppo parlamentare *Partito democratico*. Si riporta uno stralcio dell'intervento: "Nella prima stesura del disegno di legge Cirinnà c'era un esplicito riferimento all'articolo 147 del codice civile

successivi interventi si concentrano sul punto¹⁸. Uno di questi comprova ancora una volta la rilevanza della questione: “No all’articolo 5, oggetto del più ampio dibattito non solo in quest’Aula, ma soprattutto nel Paese”¹⁹.

Rileva, per questa analisi, quello del senatore Carraro: “Preferirei che si enunciasse il principio per cui non è vietata a priori l’adozione alle coppie omosessuali, che ciò si dimandi al giudice e che dunque la questione delle adozioni venga risolta non in questo disegno di legge, attraverso l’articolo 5, ma con un provvedimento specifico sulle adozioni”²⁰. Nel corso della seduta n. 571 l’articolo 5 resta al centro del

che, per chi non lo conosce, disciplina i doveri verso i figli. È stato tolto. C’era il riferimento all’articolo 148 sul concorso dei genitori negli oneri economici. È stato tolto. Si prevedeva che, nel certificato che attesta l’unione civile - al pari del certificato di matrimonio - fossero riportati i dati anagrafici di eventuali figli minori dell’unione civile. È stato tolto anche questo. C’è l’esplicita esclusione della adozione. I cittadini omosessuali non possono accedere all’adozione legittimante prevista dalla legge n. 184 del 1983. (...) [Il] legislatore ebbe la lungimiranza di prevedere l’istituto dell’adozione speciale, alla quale tutti possono accedere, persino le persone sole. E vi scandalizzerò: possono accedervi persino gli omosessuali, purché i bambini non possano essere adottati dalle cosiddette famiglie naturali o tradizionali, cioè dalle coppie ritualmente e serenamente sposate”.

¹⁸ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 570, mercoledì 3 febbraio 2016, 20; sen. Piero Aiello del Gruppo parlamentare *Area Popolare (Ncd-Centristi per l’Italia)*: “Non ci si può esimere dal sottolineare come l’articolo 5 del disegno di legge nell’estendere l’adozione non legittimante permessa al coniuge dall’articolo 44, lettera b) della legge n. 184 del 1983, contravvenga all’articolo 31 della Costituzione secondo il quale la Repubblica protegge l’infanzia favorendo gli istituti necessari a tale scopo e all’articolo 117 della Costituzione, secondo il quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Cfr. *ivi*, 28, anche il sen. Giuseppe Luigi Salvatore Cuccia, del Gruppo parlamentare *Partito democratico*: “Flick, Mirabelli e De Siervo sono tre eminenti costituzionalisti, tutti Presidenti emeriti della Consulta, che hanno manifestato le loro perplessità sul contenuto dell’articolo 5. Secondo la loro autorevole opinione, non vi sarebbe necessità di alcuna previsione normativa esplicita, posto che l’attuale legge sulle adozioni sarebbe sufficiente a dare risposta alla preoccupazione del genitore naturale per le sorti del figlio attraverso l’istituto dell’adozione speciale, che già altre volte è stata riconosciuta. I tre giuristi citati, seppure con sfumature diverse, affermano che l’articolo 5, lungi dall’assicurare tutela al minore, persegue piuttosto gli interessi degli adulti e la loro aspirazione ad utilizzare la maternità surrogata per poi estendere la genitorialità al partner, aprendo quindi la strada all’illegalità, in considerazione dei divieti posti dalla legge n. 40 già citata”. Cfr. *ivi*, 35, la sen. Patrizia Bisinella del Gruppo parlamentare *Misto (Fare!)*: “Ora, questa legge va definita, secondo noi, in modo da non incentivare la produzione di figli separata dalla affettività naturale attraverso la *stepchild adoption* o forme equivalenti. Abbiamo presentato emendamenti al disegno di legge a firma congiunta con i colleghi di Area Popolare ed anche una questione pregiudiziale di costituzionalità e una questione sospensiva di due mesi. Quest’ultima, in particolare, ci spiace sia stata respinta dall’Aula, proprio perché chiedevamo il ritorno in Commissione del provvedimento perché si potesse riflettere ancora sulla possibilità di stralciare gli articoli 3 e 5 del testo, che introducono la pratica dell’utero in affitto e l’adozione omosessuale”.

¹⁹ Cfr. *ivi*, 47, sen. Salvatore Torrisi del Gruppo parlamentare *Area Popolare (Ncd-Centristi per l’Italia)*, il quale continua: “È questo il nodo cruciale del disegno di legge, su cui tutti siamo chiamati a rispondere con coscienza e lungimiranza. L’articolo 5, attraverso una modifica dell’articolo 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, interviene in materia di adozione in casi particolari. Parliamo, cari colleghi, della cosiddetta *stepchild adoption*, importando dall’Inghilterra un istituto lì già normato. La proposta di legge in esame consente alla persona parte di un’unione civile di fare richiesta di adozione del figlio minore, anche adottivo, del *partner*. Ma non solo. A mio giudizio, questa previsione apre la strada, cari colleghi, a pratiche che non possono essere tollerate da nessuna coscienza: l’utero in affitto”.

²⁰ Cfr. *ivi*, 42.

dibattito²¹. Così anche per la seduta n. 572²² e la n. 574, che conclude la discussione generale sul progetto di legge, con la proposizione degli ultimi, autorevoli²³, interventi²⁴.

Come accennato, nella seduta n. 575 si vota la richiesta di non procedere all'esame dei singoli articoli del progetto di legge, proposta dal sen. Calderoli. L'eventuale approvazione della richiesta comporterebbe l'archiviazione del dibattito sul progetto di legge ed il divieto di ripresentarlo in Commissione per sei mesi.

Sulla votazione è avanzata una richiesta di procedere a scrutinio segreto. Il Regolamento del Senato (art. 113, co. 4) prevede questa possibilità quando le deliberazioni su cui si vota "attengono ai rapporti civili ed etico-sociali di cui agli articoli 13-32, secondo comma, della Costituzione". Il presidente Grasso respinge la richiesta sulla modalità di voto, affermando che l'intero progetto di legge non attiene a quel genere di rapporti, bensì rientra nell'ambito dell'art. 2 Cost., dunque del principio fondamentale personalista²⁵.

²¹ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 571, mercoledì 3 febbraio 2016, 37; il sen. Francesco Bruni del Gruppo parlamentare *Conservatori e Riformisti*, argomenta: "la mia e la vostra attenzione deve soffermarsi su un altro nodo cruciale affrontato dal disegno di legge in esame, relativo alla *stepchild adoption*. L'estensione della genitorialità alle coppie omosessuali, così come concepita nel provvedimento, non ha di mira il caposaldo di tutto il sistema delle adozioni, cioè tutelare l'interesse del minore. È inutile nascondere che, tramite questo sistema, si consente l'adozione del figlio, anche adottivo, che una delle due persone aveva, ma è altrettanto vero che in tal modo si apre la strada all'adozione del figlio che l'altro *partner* in qualche modo - e sottolineo, in qualche modo - si è o si potrebbe procurare". Cfr. *ivi*, 40; anche il sen. Francesco Scoma del Gruppo parlamentare *Forza Italia-Il Popolo della Libertà*, con il suo intervento permette di cogliere la rilevanza della questione: "Un altro punto molto dibattuto riguarda la possibilità dell'adozione del figlio del partner, la cosiddetta *stepchild adoption*".

²² Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 572, giovedì 4 febbraio 2016, 11; il sen. Gianluca Susta del Gruppo parlamentare *Partito democratico*: "Ma tutte queste osservazioni critiche che, se prese in considerazione, avrebbero portato a un testo migliore e più largamente condivisibile anche all'interno della stessa maggioranza di Governo, non sono così dirimenti come invece lo è la questione della *stepchild adoption*". Tra gli altri, cfr. *ivi*, 16-18, la sen. Venera Padua del Gruppo parlamentare *Partito democratico*; *ivi*, 40-42, l'intervento della sen. Valeria Fedeli del Gruppo parlamentare *Partito democratico*.

²³ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 575, martedì 9 febbraio 2016, 16; la sen. Anna Finocchiaro, del Gruppo parlamentare *Partito democratico*: "Non torno sulla questione dell'introduzione dello strumento delle unioni civili, perché mi pare ovvio che non sia più questo l'oggetto sul quale concentrarci. Affronterò invece la questione dell'articolo 5 del disegno di legge e cioè dell'estensione dell'ambito di applicazione di quella adozione in casi particolari prevista dall'articolo 44, lettera b), della legge n. 184 del 1983 sulle adozioni".

²⁴ Cfr. *ivi*, 25, sen. Maurizio Buccarella del Gruppo parlamentare *Movimento 5 stelle*: "Quindi, passo al cuore della discussione, ovvero all'articolo 5 del disegno di legge in esame, che evidentemente contiene l'argomento su cui si sono scatenate le polemiche, molto spesso strumentali".

²⁵ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 575, mercoledì 10 febbraio 2016, 9; pres. Pietro Grasso: "La votazione a scrutinio segreto non può essere concessa, non solo ricorrendo ad un giudizio di prevalenza sul contenuto complessivo del testo, ma soprattutto per il fatto che la disciplina delle formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'individuo - e tra queste rientrano senz'altro le famiglie non fondate sul matrimonio - trova il proprio fondamento costituzionale nell'articolo 2, che non è ricompreso tra le disposizioni tassative per le quali il voto segreto può essere concesso".

Questo dato deve essere registrato perché contribuisce a collocare il dibattito parlamentare sulla legge n. 76 del 2016 in uno spazio assiologico chiaro e di massimo rilievo costituzionale: i principi fondamentali. Ciò vuol dire che l'attività successiva del giudice, di interpretazione delle disposizioni che attengono a questi principi, deve muoversi nell'ambito della direzione segnata dal Parlamento, altrimenti rischia di uscire dal momento di interpretazione ed entrare nel momento di posizione della disposizione. Momento che la Costituzione preclude alla giurisdizione ed attribuisce al legislatore (art. 70).

La richiesta è comunque respinta²⁶. Infatti la maggioranza vota coesa per procedere all'esame degli articoli, tra cui l'articolo 5. Articolo che, si evince dalla discussione generale appena riportata, è in questa fase osteggiato dall'opposizione non compatta; pertanto, salvo emendamenti, si avvia all'approvazione a maggioranza così come per il resto della legge.

L'11 febbraio comincia l'esame dei singoli articoli, durante la seduta n. 576. Tuttavia emerge un'altra questione procedurale che interessa l'articolo 5 e la sua natura nell'ambito di questo breve ragionamento sui due momenti di creazione del diritto.

Serpeggia in Aula il timore che l'esame degli emendamenti non avvenga ordinatamente insieme con ciascun articolo a cui gli emendamenti si riferiscono; bensì si proceda all'esame degli emendamenti tutti insieme a prescindere dall'articolo a cui si riferiscono e successivamente all'esame degli articoli. Ciò danneggerebbe particolarmente proprio il dibattito intorno all'articolo 5, come sostiene il sen. Palma: "Se è senz'altro vero che la Commissione giustizia è stata interessata per lungo tempo dal tema delle unioni civili, è altresì vero che il disegno di legge che oggi discutiamo, e che è stato oggetto solo di una relazione in Commissione giustizia, differisce per questioni di non poco conto rispetto al provvedimento precedente: un esempio tra tutti è l'articolo 5 del testo in esame"²⁷.

La *querelle* senatoriale nasce dall'esito della Conferenza dei Capigruppo svoltasi il giorno prima del quale il presidente Grasso dà comunicazione in aula aggiornando i lavori della seduta²⁸.

²⁶ *Presenti* 298; *Votanti* 297; *Maggioranza* 149; *Favorevoli* 101; *Contrari* 195; *Astenuti* 1.

²⁷ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 576, giovedì 10 febbraio 2016, 8.

²⁸ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 575, mercoledì 10 febbraio 2016, 29: "La Conferenza dei Capigruppo ha approvato il nuovo calendario dei lavori dell'Assemblea fino al 25 febbraio. La seduta antimeridiana di domani [la n. 576, n.d.a.] sarà dedicata all'illustrazione degli emendamenti al disegno di legge sulle unioni civili, con le modalità previste dal nono comma dell'articolo 100 del Regolamento, il quale stabilisce che su tutti gli emendamenti presentati ad uno stesso articolo si svolge un'unica discussione nel corso della quale ciascun senatore può intervenire una sola volta anche se proponente di più emendamenti.

Le votazioni sugli emendamenti avranno inizio la prossima settimana a partire dalla seduta pomeridiana di martedì 16 febbraio. Nelle giornate di mercoledì 17 e di giovedì 18 l'Assemblea terrà sedute uniche con possibili sospensioni a discrezione della Presidenza".

L'art. 100, co. 9 del Regolamento del Senato stabilisce: "Su tutti gli emendamenti presentati ad uno stesso articolo si svolge un'unica discussione, che ha inizio con l'illustrazione da parte dei presentatori e nel corso della quale ciascun Senatore può intervenire una sola volta, anche se sia proponente di emendamenti. Esaurita la discussione, il relatore e il rappresentante del Governo si pronunciano sugli emendamenti presentati. Qualora siano presentati emendamenti nel corso della seduta o quando se ne manifesti l'opportunità per l'ordine della

Pertanto l'Aula procede all'illustrazione degli emendamenti all'articolo 1 per poi proseguire, stando alla lettura della presidenza e della maggioranza, all'esame degli emendamenti degli altri articoli.

La successiva seduta riprende la discussione degli emendamenti all'articolo 1 affrontando un'altra questione procedurale che desta scalpore: l'approvazione di un emendamento premissivo, proposto dal sen. Marcucci del Partito democratico²⁹. La questione non è rilevante ai fini di questa indagine, pertanto non sarà analizzata, ma è interessante notare come maggioranza ed opposizione abbiano discusso in una dinamica parlamentare avvinta da forzature reciproche e continue frenate procedurali.

Il giorno dopo, la discussione riprende dalle procedure e comunque riemerge l'importanza dell'articolo 5 anche rispetto a questi temi. Il sen. Calderoli, protestando contro l'emendamento Marcucci, dopo un lungo intervento termina richiamando proprio tale rilevanza: "Signor Presidente, stiamo parlando di una cosa importante. Qui non siamo davanti alle coppie di fatto, alle unioni *gay*; davanti a quello io avrei votato no, sarei stato contrario, ma non avrei fatto più di tanta caciara. Negli articoli 3 e 5 c'è di mezzo qualcos'altro: ci sono di mezzo i bambini, che non c'entrano niente con queste cose"³⁰.

Il dibattito si aggiorna, in seguito a determinazione dell'Assemblea dei Capigruppo come convocata dal presidente Grasso, e riprende mercoledì 24 febbraio alla seduta n. 581.

Questo è un momento decisivo per la sorte dell'articolo 5.

Il ministro per i rapporti con il Parlamento pone la questione di fiducia sull'emendamento (governativo) n. 1.10000 che si "accinge a presentare"³¹ interamente sostitutivo del testo del progetto di legge (di iniziativa parlamentare). Il nuovo testo tuttavia non include la disposizione precedentemente prevista dall'art. 5. La c.d. "adozione del figliastro" o *stepchild adoption* per i civil-uniti è cancellata dal progetto.

Il giorno seguente l'assemblea del Senato approva l'emendamento e così il testo definitivo, trasmettendo all'altro ramo del Parlamento³². Al Senato, fino all'approvazione, sono stati presentati 169

discussione, il Presidente può disporre che la discussione sia suddivisa in rapporto ai diversi emendamenti o alle diverse parti dell'articolo".

²⁹ L'emendamento è il n. 01.6000. Generalmente confuso con il c.d. canguro, che invece è una procedura discrezionale della presidenza del Senato, la quale decida di sottoporre al voto parti comuni di più emendamenti, con la conseguenza che ove il voto sia contrario, questo si estenderà alle parti connesse in altri emendamenti, con l'effetto pratico di respingere contestualmente più emendamenti simili. L'emendamento c.d. Marcucci, invece, è un emendamento "premissivo", che riassume il contenuto del provvedimento premettendo due commi descrittivi all'articolo 1 del progetto di legge; pertanto se approvato, impedisce che si votino gli altri emendamenti di merito presentati per le successive questioni di merito, che diventano improponibili in quanto le questioni di merito risultano già esaurite con l'approvazione dell'articolo emendato.

³⁰ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 579, mercoledì 17 febbraio 2016, 13.

³¹ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 581, mercoledì 24 febbraio 2016, 113.

³² Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 582, mercoledì 25 febbraio 2016. Presieduta da Pietro Grasso, votazione per appello nominale della questione di fiducia sull'emendamento n. 1.10000 del Governo, interamente sostitutivo degli articoli del pdl S.2081: *Presenti* 245, *Votanti* 244, *Astenuti* 0; *Favorevoli* 173, *Contrari* 71.

emendamenti nei confronti del solo articolo 5. Alcuni attengono alla soppressione pura e semplice dell'articolo. Altri lo sostituiscono con un contenuto diverso teso a reprimere, anche con sanzioni pecuniarie, la pratica della c.d. maternità surrogata. Risultano tutti preclusi o ritirati.

La Camera dei Deputati avvia l'esame in Commissione nel marzo 2016. In Aula, nella seduta del 10 maggio, il ministro per i rapporti con il Parlamento pone la questione di fiducia³³. Il giorno seguente la Camera approva definitivamente il testo³⁴.

3. Il momento giurisdizionale. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, n. 12962, del 26 maggio 2016, depositata il 22 giugno 2016.

La questione che sembra più rilevante in termini di Diritto costituzionale non è il merito della decisione, bensì due diversi piani di metodo. Il primo sulle modalità con cui si arriva a sentenza, rispetto alle dinamiche interne alla Corte. Il secondo sulla rilevanza della legislazione per omissione e sull'opportunità di arrivare a sentenza in quel momento e in quel modo.

Questo caso può permettere così di cogliere l'interazione tra le dinamiche istituzionali degli organi del potere giurisdizionale e gli organi del potere legislativo.

3.1 La funzione nomofilattica della Cassazione e la decisione a Sezione semplice invece che a Sezioni Unite

Prima di esaminare la dinamica del caso di specie è necessario richiamare brevemente alcuni elementi del funzionamento della Suprema Corte.

Come noto la Corte di Cassazione svolge una duplice funzione nel sistema giurisdizionale. Da un lato è giudice del caso concreto, terza ed ultima istanza che può stabilire l'esito di una controversia individuale. Dall'altro è organo che assicura "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni"³⁵ (...)³⁶.

³³ Cfr. Camera dei Deputati, Resoconto sommario e stenografico, Assemblea, seduta n. 621, martedì 10 maggio 2016, 35.

³⁴ Seduta n.622 dell'11 maggio 2016, presieduta da Laura Boldrini: *Presenti* 522, *Votanti* 423, *Astenuti* 99, *Maggioranza* 212; *Favorevoli* 372, *Contrari* 51. Anche l'impatto della questione di fiducia sull'*iter* parlamentare non rientra nell'ambito di questo lavoro

³⁵ La disposizione esprime la concezione c.d. formalistica della interpretazione giurisdizionale. Tale infatti non può che essere l'attività del giudice nel paradigma teorico dello Stato di diritto, in cui la disposizione stessa prende forma. Questa dottrina ritiene che sia possibile (e dunque doveroso in capo alla Corte) individuare una portata obiettiva della disposizione e dunque dichiararla come "esatta". La dottrina processualistica dibatte sul tema da sempre, in quanto sul punto si registra una inevitabile scissione tra il piano teorico e quello pratico. Per realizzare l'uniformità interpretativa auspicata tra gli altri soprattutto da Calamandrei (sul pensiero del giurista fiorentino, oltre alle Sue proprie opere, v. tra gli altri A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, I, Torino 2005, 289 ss.) si dovrebbero presupporre una rigida gerarchia organizzativa della magistratura e una forte coesione dei magistrati. Tale idillio è messo in crisi dai principi costituzionali o da una lettura degli stessi in tema

Questa fondamentale attribuzione rileva sul piano costituzionale in quanto assicura in tutto il territorio nazionale l'armonia dell'interpretazione delle disposizioni legislative.

Per assicurare lo scopo, il codice di procedura civile³⁷ prevede anche il caso che il Procuratore generale della Cassazione chieda alla Corte di pronunciarsi su una controversia ormai non più impugnabile per preclusione o decadenza, al fine dell'enunciazione di un "principio di diritto nell'interesse della legge" (art. 363 c.p.c.). È interessante notare che il meccanismo consente alla Corte di pronunciarsi su una questione "chiusa" dal giudicato, pertanto non a fini impugnatori. La nuova decisione non incide minimamente sulle situazioni giuridiche soggettive sottese al fatto deciso dalla sentenza di cui sostanzialmente si sta chiedendo lo "overruling"³⁸. La Corte, al contrario, con questo meccanismo, è chiamata ad enunciare il principio di diritto a cui il giudice di appello avrebbe dovuto attenersi. Prima del 2006³⁹, si trattava di un vero e proprio ricorso teso a cassare la sentenza perché contenente una violazione di norme di diritto, volto a sostituirla con altra a cui è attribuito il valore di corretto "precedente", seppure non vincolante⁴⁰. Autorevole, ma minoritaria, dottrina, riconduceva storicamente l'istituto nell'ambito della "funzione di giurisdizione consultiva", valorizzando la pretesa dello Stato alla

di eguaglianza della magistratura; eguaglianza che non renderebbe sufficientemente affidabile il giudizio di appello: cfr. G. VERDE, *In difesa dello ius litigatoris (sulla Cassazione com'è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 6-7, il quale sostiene: "per garantire la funzione nomofilattica «pura», occorre assicurare la garanzia dell'appello, tanto vero che chi ha a cuore tale funzione insiste sulla necessità di costituzionalizzare il principio del doppio grado (...) [I]l problema, a mio avviso, non sta soltanto nel garantire sempre un secondo grado di giudizio di merito a tutela dei diritti soggettivi; sta anche e soprattutto nel garantire un secondo grado di giudizio che l'utente senta come più affidabile del primo e non come uno strumento predisposto a fini interni (e cioè per impedire che il giudice di primo grado abbia una discrezionalità assoluta e incontrollabile nel decidere il merito)". L'incidenza di questi fattori sull'attività del Supremo Giudice importerebbero uno sbilanciamento a favore dello *ius litigatoris* e a discapito della più importante funzione nomofilattica "*ius constitutionis*".

³⁶ Art. 65, co. 1 del r.d. del 30 gennaio 1942, n. 12, che così prosegue: "...regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge".

³⁷ R.d. del 28 ottobre 1940, n. 1443.

³⁸ Per quanto attiene al caso di specie, peraltro, 20 parlamentari hanno inoltrato in data 30 marzo 2016 al Procuratore Generale della Corte di Cassazione, dott. Pasquale Paolo Maria Ciccolo, un'istanza di attivazione ai sensi dell'art. 363 c.p.c. L'Ufficio adito risponde negativamente il giorno 8 aprile 2016 (cfr. PROCURATORE GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Prot. n. 8072/S.Prot.*), affermando di essersi attivato nel dicembre 2015 per monitorare la giurisprudenza al fine di "individuare le possibilità di intervento dell'ufficio sia per una sollecita fissazione di procedimenti pendenti, sia ai sensi del richiamato art. 363 c.p.c.". Tuttavia, spiega il Procuratore Generale, questa seconda ipotesi è stata superata dalla presentazione di due ricorsi (tra cui quello di cui si esaminano gli esiti) alla Corte. Le attese decisioni in merito avrebbero reso superflua l'attivazione del Procuratore.

³⁹ L'articolo è stato parzialmente riscritto dall'art. 4 del d.lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40. Mentre prima si trattava di un giudizio non impugnatorio ma sostanzialmente avviato con ricorso avverso sentenza, ora si tratta di una richiesta del PG per l'enunciazione del principio, rispetto a quanto stabilito in un "provvedimento" che risulta non allineato al principio di diritto medesimo. La notazione è importante perché estende la portata dell'istituto e lo sottrae alla logica delle impugnazioni. Da ciò la legittimazione a compulsare la Corte solo in capo al Procuratore Generale in linea con la funzione dell'intero istituto (cfr. C. CONSOLO, F.P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, I-II, 3^a ed., Milano, 2007, 2899; E. FAZZALARI, *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998, 602).

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, 1920, 126.

corretta interpretazione ed applicazione del diritto da parte della giurisdizione⁴¹. La dottrina maggioritaria esclude tale natura in quanto: la nuova sentenza è sprovvista di valore vincolante, quindi non assicura lo scopo delineato; inoltre l'istituto è stato utilizzato rarissime volte. In ogni caso si è evidenziato come questo strumento realizzi comunque una funzione separata rispetto a quella giurisdizionale in senso stretto⁴². Su questo punto la maggioranza e la minoranza dottrinale si avvicinano molto. Infatti la già citata dottrina minoritaria sostiene che in questo particolare caso la Cassazione svolgerebbe una funzione “quasi integrativa” di quella del legislatore⁴³.

Il mezzo ordinario per garantire l'uniforme interpretazione della legge è quello previsto dall'art. 374 c.p.c., che determina i casi in cui la Corte si pronuncia a Sezioni Unite. La Cassazione si struttura in Sezioni specializzate per materia formate da quattro consiglieri ed un presidente. Le Sezioni Unite costituiscono un'articolazione della Corte⁴⁴, composta da otto consiglieri ed un presidente.

I casi per cui è possibile che la Corte si pronuncia a Sezioni Unite sono due.

Il primo attiene alla competenza funzionale della Corte, quale giudice sulla giurisdizione.

Il secondo è quando il Primo presidente della Corte di cassazione provochi l'adunanza delle Sezioni Unite per decidere sui ricorsi che presentano una questione di principio già decisa in senso difforme dalle Sezioni semplici, ovvero i ricorsi che “presentano una questione di massima di particolare importanza”. Proprio in queste ultime due situazioni si realizzano le funzioni nomofilattiche attribuite alla Corte: assicurare l'uniformità della giurisprudenza eliminando i contrasti che possono sorgere tra le sezioni; assicurare l'esatta interpretazione della legge in questioni di particolare importanza, tali da richiedere che la Corte si pronuncia in modo unitario nella sua “articolazione” più autorevole⁴⁵.

La dottrina ritiene che quando l'assegnazione alle Sezioni Unite avvenga su impulso del Primo presidente, in quanto espressione del suo potere discrezionale, ha effetto vincolante per il Collegio; quando invece si tratta di assegnazione per adempiere alla competenza funzionale in materia di giurisdizione, la Corte può verificare la propria competenza⁴⁶.

Sicuramente il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite all'esito della assegnazione ha la medesima efficacia pratica di quello enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c., salvo che per le parti, le quali chiaramente sono direttamente coinvolte dalla pronuncia che interviene sul caso concreto che a loro interessa. Ma ragionando nella prospettiva del diritto oggettivo, non avendo il legislatore dell'ultima

⁴¹ Cfr. N. JAEGER, *Nozioni, caratteri autorità della giurisdizione consultiva*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1957, 981.

⁴² Cfr. tra gli altri C. CONSOLO, F.P. LUISO, *cit.*, 2900; F. MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, 3^a ed., Padova, 2003, 124; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, 2001, 495.

⁴³ N. JAEGER, *cit.*, 978 ss. e 999. Cfr. anche C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 20^a ed., Torino, 2009, 509, n. 16 e 16a.

⁴⁴ Cfr. sent. Cass. n. 440 del 2000.

⁴⁵ M. TARUFFO in L. P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, 3^a ed., Bologna, 2005, 662.

⁴⁶ A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, 15^a ed., Milano, 2005, 297.



riforma in materia chiuso il cerchio con la previsione del precedente vincolante, anche la decisione delle Sezioni Unite, molto autorevole, ha efficacia esclusivamente persuasiva.

In questa cornice giuridica, si può analizzare nel metodo, la sentenza n. 12962/2016.

L'udienza in cui si tratta e decide la causa si tiene il 26 maggio innanzi alla Camera di Consiglio della Prima Sezione civile della Cassazione⁴⁷. La giudice relatrice ed estensore è la dott.ssa Maria Acierno, presiede il dott. Salvatore Di Palma.

La legge è stata approvata l'11 maggio e pubblicata il 21 maggio. Tuttavia entra in vigore il 5 giugno.

Dunque, in punta di diritto, la legge non è applicabile dal giudice, in quanto ancora non perfettamente efficace e comunque priva di una disciplina transitoria in grado di stabilire sulla sua vigenza rispetto ai rapporti passati, quale quello di specie; ne si dà atto anche nella sentenza⁴⁸.

Ciò che ha lasciato alcuni primi commentatori della sentenza perplessi⁴⁹, tuttavia, è il fatto stesso che il giudice più autorevole abbia deciso in un senso palesemente contrario a quanto stabilito dal Parlamento quindici giorni prima dell'udienza.

Come si è detto, infatti, il Parlamento ha riconosciuto l'importanza assiologica della legge sulle unioni civili, collocandola nell'ambito dell'attuazione dell'art. 2 Cost. Come noto, l'art. 2 Cost. in combinato disposto con gli artt. 70 e ss. Cost., investe il legislatore ordinario del potere-dovere di riconoscere quali rapporti e quali situazioni giuridiche soggettive siano meritevoli di tutela costituzionale. Qui sta la differenza tra le "formazioni sociali" e la "famiglia" ad esempio; quest'ultima, formazione individuata dai costituenti con determinati connotati, le altre come realtà atipiche, □□□□ che il legislatore individua e riconosce attribuendo loro un corpo (normativo) per storicizzare la tutela personalista e pluralista.

Il giudice, su questo piano, resta un passo indietro e segue le scelte del circuito politico-rappresentativo. Dunque se è vero che la legge non risulta perfetta il 26 maggio e le scelte del legislatore (anche omissive) sono fuori dal raggio di decisione del giudice, sul piano assiologico dei valori e dei veri e propri principi, la scelta compiuta dal legislatore è segnata con la definitiva approvazione del testo. E questa scelta è pubblica, sia in senso politico che in senso giuridico con la pubblicazione in Gazzetta.

Il fatto che la Prima Sezione abbia deciso di decidere e soprattutto in quel momento (si parlava nell'introduzione di *an* e *quomodo* del momento giurisdizionale), in senso difforme dal Parlamento,

⁴⁷ Composta da: dott. Salvatore Di Palma, dott.ssa Maria Cristina Giancola, dott. Pietro Campanile, dott.ssa Maria Acierno, dott. Antonio Pietro Lamorgese.

⁴⁸ Cfr. il punto 4.2.5. della sentenza: "Si rileva, infine, che la legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), entrata in vigore il 5 giugno 2016, non si applica, *ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio".

⁴⁹ Cfr. V. CIANCIOLO, *La giurisprudenza fa legge e la stepchild adoption è vigente in Italia*, in *Questioni dir. famiglia*, 2016, 3, 4.

potrebbe segnalare una rotta di collisione tra due poteri dello Stato, in distonia col principio di leale collaborazione e di buon andamento.

3.2 Le tre alternative della Camera di Consiglio

Il collegio giudicante per evitare di decidere in senso difforme rispetto al Parlamento ha tre alternative. Una di merito: interpretare in senso restrittivo l'art. 44 della legge n. 184 del 1983, come peraltro parte dei Tribunali per i minori⁵⁰ suggeriscono. Questione che in questa analisi non rileva e che pertanto non sarà affrontata.

Altre due di metodo, ovvero, si potrebbe anche dire, di ambito istituzionale.

La prima: differire l'udienza. Più che un'alternativa piena, un *escamotage* che avrebbe consentito il raffreddamento della questione, allontanando le enormi tensioni che il dibattito politico e sociale accumula nei giorni dell'approvazione della legge. Questa alternativa non convince del tutto. La sostanza non sarebbe cambiata molto a distanza di qualche settimana, né si sarebbe evitato lo scontro tra "poteri"; inoltre, anche incontrando la piena efficacia della nuova legge, questa sarebbe stata non applicabile. Tuttavia, avrebbe potuto forse influire come argomento interpretativo la *voluntas legis* di espungere l'adozione per i civil-uniti dalla legge.

La seconda: adire le Sezioni Unite. Così operando si sarebbero conseguiti due risultati apprezzabili. Da una parte la Corte avrebbe "aspettato" la piena efficacia della legge. Come già notato, con il possibile effetto pratico di poter ricostruire l'omissione legislativa in termini ermeneutici, alla luce della quale interpretare l'art. 44 della legge n. 184 del 1983⁵¹. Dall'altra, si sarebbe potuto enunciare l'indirizzo ermeneutico chiaro alla luce del quale interpretare i successivi casi analoghi, secondo il meccanismo nomofilattico richiamato in precedenza.

In questo caso, ammesso che la Corte fosse arrivata alla medesima conclusione della Sezione Prima, la decisione sarebbe stata ammantata di tutti i crismi giuridici per decidere la materia, di particolare valore sul piano giuridico (principio fondamentale ex art. 2 Cost.) e politico (valori e dibattito parlamentare), senza collidere con le attribuzioni del Parlamento. Infatti, benché le Sezioni Unite siano un'autorità superiore rispetto alle singole sezioni, con una forza potenzialmente lesiva superiore in un'ottica di conflitto, esse sono anche l'apparato deputato dalla legge all'interpretazione uniforme del diritto.

⁵⁰ Trib. min. Torino 11 settembre 2015, n. 258, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 205 ss., con nota di A. NOCCO, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983*. Cit. in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere giuridico*, 10, 2016, 1217.

⁵¹ Come anche un altro antico brocardo insegna: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Questo principio ermeneutico, paradossalmente, non rilevarebbe per dare adito ad una interpretazione letterale della legge n. 76 del 2016, bensì, proprio per valutare le scelte del legislatore che la *voluto* l'omissione dell'articolo 5, e ha *voluto non* scriverlo nel testo definitivo.

Pertanto, ove ci fossero dei conflitti così importanti come quello del caso di specie, rientrerebbero comunque nella dinamica istituzionale voluta dal legislatore stesso, e pertanto, sarebbero legittimi.

A questo punto si può verificare se, nel caso di specie, quest'ultima alternativa di metodo sia stata quanto meno tentata.

3.3. Il tentativo di rimessione alle Sezioni Unite

La Cassazione può arrivare ad una decisione a Sezioni Unite seguendo il procedimento di cui all'art. 376 c.p.c. Il primo presidente della Cassazione se ritiene che il ricorso non sia degno di essere deciso a Sezioni Unite, lo assegna ad una sezione *ad hoc* istituita nel 2006 per decidere se il ricorso è manifestamente infondato ovvero inammissibile (la c.d. sezione filtro). Se il ricorso è giudicabile, gli atti tornano al primo presidente che li assegna alla sezione semplice competente.

Se si tratta di una questione attinente alla competenza funzionale, ovvero di questione di massima di particolare importanza ovvero se sulla questione esista un contrasto tra decisioni delle sezioni semplici, il primo presidente assegna alle Sezioni Unite il ricorso (comma 1).

Anche le parti possono chiedere che il ricorso assegnato alla sezione semplice sia deciso dalle Sezioni Unite. Con una istanza proposta al primo presidente (comma 2).

Il comma 3 dell'art. 376 c.p.c. dispone infine che “all’udienza della sezione semplice, la rimessione può essere disposta soltanto su richiesta del pubblico ministero o d’ufficio, con ordinanza inserita nel processo verbale”.

Non vi è dubbio che l’istanza della parte privata (peraltro da presentarsi sotto forma di ricorso) abbia valore di mero sollecito di poteri discrezionali⁵².

Resta da chiedersi quale sia la corretta interpretazione del terzo comma, atteso che la legge intende separare il caso della “istanza” di parte dalla “richiesta” del Pm. Se, cioè, quando il Pm richieda in udienza la rimessione, la Sezione semplice debba disporla, ovvero possa riservarsi di decidere, denegando la richiesta puramente e semplicemente.

Questo punto è cruciale per osservare la correttezza metodologica della dinamica processuale del caso di specie.

⁵² Il Centro Elettronico di Documentazione della Corte di Cassazione riporta così un passaggio della sentenza in esame, riassumendo quanto la sentenza afferma al punto 2: “L’istanza di rimessione del ricorso alle sezioni unite, formulata ai sensi dell’art. 376, comma 2, c.p.c. e dell’art. 139 disp. att. c.p.c., rappresenta una mera sollecitazione all’esercizio di un potere discrezionale, il quale non solo non è soggetto ad un obbligo di motivazione, ma neppure deve necessariamente manifestarsi in uno specifico esame e rigetto di detta istanza. (Rigetta, App. Roma, 23/12/2015) - CED Cassazione, 2016”.

Tuttavia, e questo è un errore che potrebbe avere conseguenze sulla ricostruzione della dinamica processuale di cui si tratta, nella sentenza, al punto 2.



La Procura Generale della Cassazione, prima con istanza del 2 maggio 2016, in seguito con intervento in udienza il 16 maggio, richiede al Primo presidente di rimettere alle Sezioni Unite il ricorso pendente innanzi alla prima sezione. Secondo la sostituta procuratrice generale, dott.ssa Francesca Ceroni, sul tema delle adozioni “si tratta di una questione della massima importanza, su cui tutta l’Italia si interroga e su cui indagano filosofi e psicologi, su cui il Parlamento sta riflettendo avendo stracciato la *stepchild adoption* dalla legge n. 76 del 2016. In questi casi l’ordinamento affida la decisione alle Sezioni Unite, vertice deputato a porre le colonne fondamentali”⁵³.

Tuttavia la sentenza n. 12962 afferma: “quanto alla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale, il Collegio osserva che (...) l’istanza di parte volta all’assegnazione del ricorso alle sezioni unite, formulata ai sensi dell’art. 376 cod. proc. civ. (nella specie, ai sensi del terzo comma dello stesso art. 376) e dell’art. 139 disp. att. cod. proc. civ., costituisce mera sollecitazione all’esercizio di un potere discrezionale, che non solo non è soggetto ad un dovere di motivazione, ma non deve neppure manifestarsi in uno specifico esame di rigetto di detta istanza”⁵⁴.

Per la Prima Sezione non ci sono dubbi: l’istanza di parte (comma 2) coincide con la richiesta del Pm (comma 3). La differenza dunque starebbe solo nel momento in cui può essere compulsato il potere discrezionale di rimessione: fino a 10 giorni prima dell’udienza per la parte privata; anche in udienza per il Pm.

Per spiegare la dinamica sulla vicenda concreta in commento, soccorre quanto scritto dal Segretario generale della Cassazione in risposta ad una richiesta di chiarimento inoltrata da alcuni senatori della Repubblica.

Egli afferma quanto segue: “Quanto all’esito dell’istanza di rimessione degli stessi ricorsi alle Sezioni Unite ai sensi dell’art. 374, c. 2, c.p.c., avanzata dal Procuratore Generale per iscritto e reiterata oralmente dal suo Sostituto, comunico che l’istanza stessa era pervenuta al Primo Presidente della Corte di cassazione dopo l’assegnazione dei ricorsi in questione alla Sezione ordinaria. Pertanto, il Presidente Aggiunto, delegato all’organizzazione del lavoro delle Sezioni Unite civili, ricevuta l’istanza, *in ossequio ad una consolidata prassi*, ha riservato al Collegio giudicante ogni determinazione circa la rimessione. Lo stesso Collegio, nella sua autonomia decisionale, ha ritenuto di non dover rimettere la questione alle Sezioni unite”⁵⁵.

⁵³ Così si legge in ANSA, Roma 26 maggio, 13.26, Y12-SV/BRO, richiamata anche in una lettera su carta intestata del Senato della Repubblica inoltrata al Primo Presidente ed al Procuratore generale della Cassazione da quattro senatori il 16 giugno 2016.

⁵⁴ Cfr. punto 2 della sentenza.

⁵⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEGRETARIATO GENERALE, Prot. 22/06/2016.0013840.U, “*Ricorsi in materia di adozione iscritti al ruolo della Prima Sezione civile del 26 maggio 2016*”, Roma, 22 giugno 2016, 1.

In virtù di tale prassi, almeno stando alle ricostruzioni della Prima commissione del Consiglio superiore della magistratura⁵⁶, si “limita la discrezionalità del Capo dell’Ufficio qualora sia stata già assegnata la trattazione di un processo ad un determinato collegio”; pertanto le ragioni della mancata rimessione “fanno perno sul rispetto del principio del “giudice naturale”, potenzialmente pregiudicato da una decisione che avrebbe configurato una sorta di impropria e gerarchica sottrazione del procedimento al collegio ed ai singoli giudici cui era stata già assegnato”⁵⁷.

Potrebbe destare infatti qualche perplessità il fatto che la giustificazione della mancata assegnazione alle Sezioni Unite, invece che fondarsi sulla legge, riposi su un dato di fatto che in ogni caso lasci la rimessione al medesimo collegio e non alla ponderazione, come la legge prescrive, del Primo presidente (o dal Presidente aggiunto).

Ricostruita così la vicenda, i fatti possono riassumersi in questi termini: in un caso in cui è coinvolta l’attuazione (auspicata dalla giurisprudenza costituzionale) dell’art. 2 Cost., secondo le recentissime scelte dell’organo costituzionale a ciò deputato (il Parlamento), il collegio giudicante della Prima sezione ha deciso discrezionalmente di denegare la rimessione del ricorso alle Sezioni unite, richiesta dal sostituto Procuratore generale al Primo presidente della Corte di Cassazione; in virtù di una prassi, esercitando nei fatti la discrezionalità normativamente attribuita al Primo presidente.

4. Conclusioni. La funzione giurisdizionale tra interpretazione ed innovazione della volontà legislativa

Il caso brevemente ricostruito ci riporta così alla questione della legislazione per omissione, destinata probabilmente ad accentuarsi su temi particolarmente sensibili⁵⁸ e tale da implicare quasi necessariamente un particolare coinvolgimento della giurisdizione.

Il caso pone anche il tema del rapporto tra legislazione e giurisdizione in generale, tema che potrebbe essere osservato da diverse prospettive: la tenuta di un sistema delle fonti del diritto che esclude la giurisprudenza comune; i termini e gli strumenti con cui l’ordinamento risponde alla domanda di tutela dei diritti; i caratteri dell’interpretazione giurisdizionale; l’applicabilità diretta della Costituzione da parte

⁵⁶ La Commissione è stata incaricata dal CSM di decidere in merito ad un esposto presentato da 35 senatori della Repubblica sulla vicenda in esame.

⁵⁷ Cfr. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, Protocollo P21383/2016, Roma 10/11/2016, *Pratica num. 518/RE/2016*. Nel merito di quanto stabilito dal CSM, si potrebbe osservare che l’art. 25, comma 1, Cost. esprime il principio del giudice naturale precostituito per legge al fine di garantire al cittadino di sapere quale giudice lo giudicherà. Riflesso di questa garanzia è l’organizzazione della giustizia *per legem e sub lege*. Tale principio, peraltro, potrebbe anche essere letto per suggerire anche la cogenza degli artt. 374 e 376 c.p.c. rispetto alla mera prassi.

⁵⁸ Nel caso qui richiamato, per altro, la prima sezione motiva il diniego di rimessione alle Sezioni Unite come segue: “Deve, peraltro, ritenersi che non tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità sono per ciò solo qualificabili come «di massima di particolare importanza» nell’accezione di cui all’art. 374, secondo comma, cod. proc. civ.”.

del giudice comune senza la *interpositio legislatoris* in ogni caso. Temi classici che si intrecciano e destinati a caratterizzare ancora la riflessione giuridica in un'epoca in cui non si sono trovate sufficienti risposte al problema della posizione istituzionale e dogmatica della giurisdizione nel processo di creazione del diritto.

Molte delle ambiguità della funzione dei giudici originano dal substrato keleseniano che informa gli ordinamenti europei, sui cui torneremo più avanti. Certamente il “diritto è sempre anche giurisprudenziale”, indicando non il complesso di disposizioni legislative, ma il complesso di norme che l'interpretazione riesce a ricavare da esse⁵⁹. Tuttavia l'attività creatrice del giudice resta schermata dall'interpretazione e dalla funzione di concretizzare la volontà astratta e generale del legislatore. In questo senso il giudice resta produttore mediato di diritto. Dall'epoca delle codificazioni e dello Stato di diritto, con il passaggio dunque dal “diritto” alla “legge”, egli resta “operatore di una macchina progettata da altri, dal legislatore”⁶⁰. Per quanto sia vero osservare che la funzione giurisdizionale non possa essere ridotta all'operazione che specifica il generale ed astratto in speciale e concreto, è altrettanto fermo che essa è inevitabilmente influenzata dall'organizzazione del potere giudiziario, dalla forma in cui si può esercitare. Il giudice è infatti attivato per via processuale e questo fatto determina alcune imprescindibili conseguenze rispetto alla sua funzione in generale ed al suo rapporto con il legislatore. Nella produzione del diritto, mentre il legislatore è primo e libero di attivarsi nell'interesse di tutti e proprio in loro rappresentanza, il giudice è secondo e sempre sollecitato da un singolo individuo (o comunque da singoli, particolari interessi). Ciò si osserva al di là di più concrete valutazioni su quale sia lo strumento più efficace tra legge e sentenze per sviluppare o sistematizzare interi ambiti lasciati vuoti dal legislatore (nel diritto amministrativo, ad esempio, il legislatore da più di un decennio segue o rincorre gli approdi giurisdizionali, basti pensare all'intera procedura amministrativa, o agli istituti di liberalizzazione o semplificazione; altrettanto è vero anche nel diritto civile, in tema di responsabilità extracontrattuale e risarcimento del danno, ad esempio).

La domanda di riconoscimento di un diritto⁶¹ arriva ad esiti radicalmente diversi se presentata in Parlamento ovvero in Tribunale. Il giudice è vincolato dal *petitum* e il ricorrente è tale in quanto ha un interesse individuale ad agire, altrimenti la propria istanza sarebbe priva di interesse e da rigettare. Le norme processuali descrivono un sistema volto a soddisfare pretese, domande, questioni individuali. Se la disposizione legislativa manca il giudice può ricavarla anche con un'interpretazione della Costituzione. Alcuni sostengono che il giudice possa anche riconoscere un “diritto nuovo”, interpretando il testo vigente di una disposizione legislativa, anche “tutte le volte in cui la pretesa abbia

⁵⁹ Cfr. tra gli altri N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 153 e la bibliografia *ivi* citata.

⁶⁰ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, Torino, 2006, 178.

⁶¹ Così R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 17.

in sé un sufficiente consenso sociale”⁶². Ma questa funzione del giudice, in realtà, trova un canale istituzionale coerente con la funzione legislativa: la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di legittimità della disposizione “vecchia” (ovvero data) che non consente la creazione del diritto “nuovo”. Il sistema si ricompone dinnanzi al giudice delle leggi. Alcuni profili problematici restano nell’istituto della interpretazione conforme, su cui la dottrina da tempo discute.

Paradossalmente in tutti i casi in cui i Tribunali estendano la portata di una disposizione la cui *ratio* o il cui testo non sia intrinsecamente connesso al caso, ma lo diventi in virtù di un “consenso sociale”, e così riconosca un “diritto nuovo”, essa determina una giurisprudenza su cui nessuna autorità potrà svolgere alcun tipo di *judicial review*. In questo senso il giudice, come co-creatore di diritto, ha un vantaggio rispetto al legislatore: si pone al riparo dal giudizio di costituzionalità e quindi verificabilità. Certamente le differenze sono abissali: la sentenza non ha valore generale, non ha quel “valore di legge” che tuttavia la dottrina da tempo considera uno “pseudoconcetto”⁶³; non essendoci l’istituto dello *stare decisis*, il precedente non ha valore formalmente vincolante⁶⁴. Tuttavia ha un enorme valore persuasivo per i giudici, per i giuristi e per ogni interprete (oltre che per il dibattito generale e per tutti i mediatori di informazioni), soprattutto in materie etico-sociali politicamente molto discusse.

Il contrasto tra i due momenti di produzione giuridica non si compone neanche osservando i caratteri propri dell’interpretazione giurisdizionale⁶⁵. Il riferimento è a quelle concezioni che distinguono l’interpretazione come mera applicazione del diritto dato e come applicazione del diritto che richiede operazioni ulteriori di c.d. interpretazione innovativa da parte del giudice. Nella prima accezione, il giudice traduce in comando concreto la norma generale ed astratta; nella seconda, si ritiene necessaria un’azione per spiegare la volontà del legislatore insufficientemente formata o dichiarata⁶⁶. Il ragionamento inevitabilmente implicherebbe di ripercorrere il dibattito sulla dicotomia interpretazione letterale ed interpretazione creativa, che a sua volta conduce al grande tema della presunta completezza dell’ordinamento e degli strumenti ermeneutici per assicurarla. Questi elementi restano tuttavia sullo

⁶² Cfr. R. BIN, *Processi*, cit., 18.

⁶³ F. MODUGNO, *Legge*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 891.

⁶⁴ Su ogni singolo punto la dottrina discute costantemente in un dibattito continuo; sul tema si rinvia, almeno, a D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Napoli, 2008, la quale a pp. 99 ss. mette in evidenza “la molteplicità di sfere normative e assiologiche con cui il giudice deve confrontarsi nella sua opera ermeneutica e di applicazione del diritto” che aprono problemi in ordine alla “rilevanza crescente del potere giudiziario nel contesto delle democrazie contemporanee” e conseguentemente della “legittimazione democratica del giudice”.

⁶⁵ Altro tema molto vasto, i cui profili problematici rispetto al Diritto costituzionale sono stati recentemente messi in rilievo da M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino, 2016.

⁶⁶ Per questi classici percorsi ricostruttivi, classici appunto perché ora come allora attuali, cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 42 ss; R. GUASTINI, *La giurisprudenza come politica del diritto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 49.

sfondo, rinviandosi ad altre più autorevoli sedi per il loro approfondimento⁶⁷. Entrambe le nozioni di interpretazione (testuale o ricostruttiva della *ratio legis*), comunque, muovono dalla volontà del legislatore espressa nel testo della legge. La dottrina⁶⁸ evidenzia come il paradigma teorico della separazione dei poteri non sia sempre coerentemente applicato o verificabile nelle reali dinamiche tra organi e funzioni costituzionali, specialmente per quanto riguarda la funzione normativa (in senso generale) o giusgenerativa⁶⁹ che coinvolge obliquamente legislatori e giudici in un rapporto sempre più complesso. Infatti è stato sottolineato come “sempre più” si assista ad un vero e proprio “esercizio sussidiario di funzioni” anomalo ed abnorme⁷⁰. Ecco perché i più profondi contrasti si pongono in caso di c.d. lacuna legislativa. Lacuna che tuttavia non è omissione. Questa ambiguità può essere affrontata solo in seguito ad una breve digressione sul fondamento teorico dell’interpretazione e del sistema delle fonti.

Non vi è dubbio che i giudici di merito e di legittimità abbiano la funzione di applicare (interpretandola) la legge e la Costituzione (quest’ultima almeno e con le dovute cautele nei casi di disposizioni a contenuto precettivo e nei limiti problematici dell’interpretazione conforme). Sicuramente il giudice è autonomo nell’esercizio della propria funzione nei limiti che il diritto oggettivo pone nell’attribuirgli la propria funzione. Tuttavia questi limiti cedono in alcuni casi, o meglio, può sembrare che la giurisdizione sia “insofferente a mantenersi appieno rispettosa delle regole che ne governano l’esercizio”⁷¹.

Per quanto riguarda il rapporto tra giudice e Costituzione, è stato osservato che non sempre, in tema di diritti fondamentali (*Drittwirkung*)⁷², il giudice possa attendere l’intervento del legislatore a specificazione del disposto costituzionale; riconoscendosi, pertanto, una funzione in senso lato *ultra interpretativa* del giudice al fine di *dare* il diritto in una controversia in cui sarebbe possibile concederlo solo ove il legislatore intervenga. Questa dottrina cita come esempio proprio l’art. 2 Cost., applicato dai giudici in combinato disposto con l’art. 2043 cod. civ. per il riconoscimento del risarcimento del danno c.d. non patrimoniale nelle sue forme più avanzate, a compensazione della lesione dell’intera sfera di personalità del danneggiato. Tuttavia, la stessa autrice riporta questo caso avvertendo che si tratti comunque della

⁶⁷ Cfr. tra gli altri F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 115-155, in particolare il paragrafo a p. 119 e ss. intitolato “Il primato della *iurisdictio* sulla *legislatio*”.

⁶⁸ Cfr. tra gli altri A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, 3/2015, specialmente pp. 772-773.

⁶⁹ Per usare la terminologia di R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 11 ss.

⁷⁰ Cfr. A. RUGGERI, *cit.*, 773.

⁷¹ Cfr. A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, 358.

⁷² Cfr. F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell’applicazione diretta del testo costituzionale*, in *federalismi.it*, 24/2010, 16.

“diretta applicabilità al caso di una norma costituzionale di principio, *integrata comunque nel suo contenuto*, da una norma di rango legislativo, per il riconoscimento di un diritto”⁷³.

Ammettendo comunque la possibilità dell'applicazione diretta/integrata della Costituzione da parte del giudice, il caso limite potrebbe essere rappresentato dalla situazione in cui il giudice sostituisca un legislatore inerte, colpevole e negligente in quanto incurante della necessità di specificare il dettato costituzionale in una disposizione legislativa da applicare⁷⁴. È in questo che l'omissione si differenzia dall'inerzia. In questo ultimo caso, il legislatore non si attiva. Quando omette una disciplina, dandone atto in un lungo dibattito parlamentare, si attiva e sceglie di non intervenire su uno specifico diritto, scegliendo di non “creare” una o più situazioni giuridiche soggettive. Si potrebbe allora distinguere tra i due fenomeni ed ammettere che almeno nel caso dell'omissione legislativa i criteri ermeneutici dettati proprio per compensare le lacune legislativi trovino un confine insuperabile.

Il problema centrale è, infatti, un problema di spazio, di confini entro cui gli operatori possono esercitare le proprie funzioni. La dottrina non a caso ragiona sul tema che considera una grande “*impasse* in cui si trova la teoria del diritto”, ovvero sulla discrezionalità del giudice nell'applicazione delle legge. Operazione che ruota intorno alle valutazioni dell'interprete che a volte “sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore”⁷⁵. In fondo questa *impasse* dipende dal retaggio culturale che continua ad informare i nostri sistemi giuridici. Come noto, in un sistema kelseniano (e dunque nella gran parte dei sistemi europei), l'unica fonte del diritto che è anche prodotto della volontà politica della maggioranza parlamentare è la legge ordinaria dello Stato, autorizzata dalla Costituzione a recare norme di portata generale ed astratta, traduzione giuridica dell'interesse generale della società. Il substrato kelseniano giustifica il sistema delle fonti del diritto sulla base della gerarchia, che è il mezzo con cui l'indirizzo politico grada e limita la discrezionalità del giudice nell'applicare o interpretare. Pertanto si accetta l'azione creativa dell'interprete perché la sua discrezionalità è limitata dalla legge a sua volta specificativa o esplicativa della Costituzione. Questo impianto convince finché tiene il sistema gerarchico delle fonti del diritto. Tuttavia più autori hanno da tempo chiarito il progressivo slittamento dal sistema gerarchico al sistema a competenze, almeno nell'esperienza italiana⁷⁶. Questa osservazione apre uno spazio apprezzabile di

⁷³ F. MANNELLA, cit., 17, corsivo aggiunto.

⁷⁴ Chiaramente “colpevole” in senso lato. In tema di unioni civili, ad esempio, il legislatore è intervenuto in seguito a diverse sentenze della Corte costituzionale che indicavano il vuoto normativo ed esortavano il legislatore a disciplinare il fenomeno. Tuttavia, come noto, il legislatore è assolutamente sovrano e libero di disciplinare, non disciplinare, disciplinare esplicitamente o per omissione. Almeno negli ambiti di sovranità lasciati al di fuori della relazione con il diritto euro-unitario.

⁷⁵ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, 7.

⁷⁶ Il fenomeno della c.d. crisi della legge esprime il progressivo affiancamento nel livello primario di numerose fonti interne (il contratto e nuovi tipi di contratti, le leggi delle Regioni, i referendum, alcuni regolamenti

autonomia del giudice comune, se non ancora in termini di completa e autentica normazione, almeno per quanto riguarda la portata “politica” delle proprie decisioni, cioè la capacità di direzionare con le proprie sentenze lo sviluppo del diritto verso valori e principi diversi da quelli scelti dal legislatore. Difatti, in una prospettiva di politica del diritto, cioè rispetto alla direzione che il diritto deve prendere in relazione ai valori ed ai veri e propri principi giuridici dell’ordinamento, è nel momento parlamentare che si sostanzia la volontà del sovrano rappresentato dalle fonti giuridiche. Il giudice non può spostare l’asse verso una diversa direzione, può verificare la coerenza della stessa nel singolo caso concreto⁷⁷.

Alla luce di queste dinamiche, la relazione costituzione-disposizione-norma si svolge al meglio in presenza di una disposizione chiara, e in ogni caso tiene anche quando la disposizione, persino oscura e confusa, comunque esista.

Quando il legislatore ometta di disporre su un tema⁷⁸ e quindi il primo momento parlamentare e legislativo consista in una “non disposizione”, si è osservata la tendenza del giudice a svolgere un ruolo innaturale di co-decisione politica, quasi una “supplenza” dell’attività di indirizzo politico.

istituzionali, sentenze della Corte costituzionale con tutti i limiti e le giustificazioni del caso) ed esterne (diritto derivato dell’Ue e dunque direttive, regolamenti e sentenze CGUE); nonché alcuni fattori intrinseci di polverizzazione della legge ordinaria in molteplici tipi e categorie che ne indeboliscono la coerenza generale (leggi di esecuzione, leggi provvedimento, leggi interpretative, leggi attuative, leggi di approvazione, ecc.), le carenze dal punto di vista delle tecniche normative (rinvii generici, fissi o mobili scoordinati, linguaggio specifico e tecnico, errori) e quantità che determina un progressivo affastellamento sempre più complicato da “spiegare” con l’interpretazione.

Sul tema, si rinvia almeno ai classici F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1931, 167 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e società*, 1989, 413 ss.; D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Dir. e pratica trib.*, 1992, 327 ss.; F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, vol. II: Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2001; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, 7-60. Per ulteriori riferimenti si v. anche S. CIPOLLINA, *La reiterazione dei decreti-legge fra equilibri istituzionali e crisi della legge (Nota a Corte cost., 24 ottobre 1996, n. 360, Leonardi)*, in *Riv. dir. fin.*, 1996, 36 ss.; S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. e società*, 1983, 723; R. MENEGHELI, *Breve spunto di riflessione critica su un aspetto particolare dell’attuale crisi della legge*, in *Dir. e società*, 1990, 217 ss.; M. LUMBERTO, *Il negozio giuridico come fonte del diritto: alcune osservazioni sulla crisi della legge*, in *Sociologia dir.*, 2000, 89 ss.; S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo. Contributo allo studio della crisi della forma di stato in Italia*, Milano, 2012.

⁷⁷ Si nota che il rapporto tra giudice e legislatore non si sbilancia a favore di una maggiore autonomia del primo neanche nei sistemi anglosassoni come quello statunitense, ad esempio. La deferenza del giudice alla volontà politica/assiologica del legislatore è assicurata non solo dal sistema del precedente, ma anche da una più rigida concezione del principio di separazione dei poteri, secondo il quale la sovranità del popolo trova nel legislativo l’unico ed assoluto rappresentante. Non è un caso che le dottrine sull’interpretazione del diritto legislativo e costituzionale ruotino intorno all’intento del legislatore, intento originale o attuale. Si pensi al c.d. testualismo e all’originalismo, metodi o dottrine, volti a sterilizzare l’autonomia ricostruttiva del giudice, secondo una concezione classica e più ordinata del rapporto tra poteri dello Stato.

⁷⁸ È noto che il concetto di omissione rilevante in punto di diritto non è la mera inerzia, ovvero mancanza di azione, bensì una azione negativa. La dottrina e la giurisprudenza hanno illuminato con secoli di dibattito il tema nel Diritto penale. Si pensi ai ragionamenti di Feuerbach sulla rilevanza delle “astensioni”, unica “obbligazione originaria del cittadino” (cfr. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1805, 24-25); alla funzione dell’omissione come “strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione” (cfr. G. NEPPI MODENA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma*

Quando il legislatore pone una disposizione chiara che si inserisce perfettamente nel proprio contesto giuridico, per il giudice vale l'antico brocardo "*in claris non fit interpretatio*". La norma immediatamente contenuta nella disposizione è perfettamente identica al testo della disposizione stessa. Dunque momento di interpretazione giurisdizionale si risolve in una mera *dictio* della norma che è già posta in tutto e per tutto dal legislatore⁷⁹.

Diventa importante osservare, allora, come il giudice partecipi alla creazione del diritto: in presenza di una omissione legislativa, non è più un soggetto di un momento separato di interpretazione, bensì come fulcro di una seconda fase di un unico esteso procedimento politico-legislativo. Fase in cui, sul piano assiologico, il giudice ha la libertà (ovvero occupa uno spazio solo apparentemente lasciato libero dalla omissione) di specificare, verificare o anche deviare, dal tracciato posto dal legislatore⁸⁰.

Si è visto che l'intero progetto di legge è stato riconosciuto dal Senato come rientrante "nell'ambito di applicazione dell'articolo 2 della Costituzione" in armonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto, dunque nel quadro del principio personalista e pluralista, giuridicamente cogente e recante valori di massimo respiro⁸¹. Pertanto la materia è di tale respiro costituzionale da non poter ammettere altri soggetti diversi dal legislatore nell'attività di declinazione normativa del principio costituzionale. In altri termini, in coerenza con la teoria del sistema delle fonti e senza un suo esplicito superamento, la decisione espressa ovvero omissiva del legislatore sembra essere l'unica fonte in grado di dare corpo normativo alla disposizione costituzionale. In tali coordinate (principio costituzionale da

del codice penale, in *Democrazia e diritto*, 1977, 682 ss.): l'omissione è quella parte negativa del concetto di azione-relazione tra il soggetto e il fatto come descritti nella fattispecie astratta. A simili conclusioni si è giunti in Diritto amministrativo, in tema di omissione della Pubblica amministrazione nell'adempimento del dovere di provvedere: si tratta dei tipi di silenzio amministrativo, punto centrale nel dibattito recente e contemporaneo sull'evoluzione della azione o attività amministrativa.

⁷⁹ Cfr. R. BIN, *cit.*, 11: Nel caso in esame, tuttavia, emerge il grande limite della tradizionale teoria delle fonti kelseniana rispetto agli sviluppi degli ordinamenti europei; il problema della funzione giurisdizionale tra applicazione diretta della Costituzione e rispetto della volontà del legislatore, emerge con dirompenza. Con la costituzione, come noto, il giudice si trova ad applicare direttamente norme (costituzionali) senza fattispecie, che richiedono una tutela assoluta (si pensi alle libertà costituzionali). In questi casi limitare la discrezionalità del giudice si giustifica a fatica, emergendo come funzione concorrente a quella legislativa. Tuttavia in altre materie, quando è necessaria l'intermediazione del legislatore per dare corpo a quei principi costituzionali (ad esempio si pensi ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali di cui le unioni civili sono espressione), la "libertà" o discrezionalità del giudice dovrebbe cementarsi, riassumendo tutti i crismi della funzione kelseniana "ancillare" al legislatore.

⁸⁰ Cfr. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino, 2015, 233 ss., che ricostruisce il problema dell'interpretazione rispetto alla funzione propria del legislatore in termini di eccesso di potere giurisdizionale.

⁸¹ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Resoconto stenografico*, Assemblea, seduta n. 575, mercoledì 10 febbraio 2016, 7: la notazione è rilevante in quando pone il progetto di legge nell'ambito dei principi fondamentali e non dei "meri" rapporti civili protetti dalla Costituzione. Lo stesso presidente Grasso esplicita questo inquadramento nel rigettare la richiesta di votare a scrutinio segreto ex art. 113, co. 4 del Regolamento del Senato, escludendo la materia dall'ambito di applicazione degli artt. 13-32, comma 2 (in particolare art. 29), Cost. Infatti l'art 113, co. 4 del Regolamento del Senato abilita il voto segreto in materie che "attengono ai rapporti civili ed etico-sociali" di cui ai citati articoli.

attuarsi con legge), il giudice deve attenersi scrupolosamente alla propria funzione: ricostruire tramite il testo della legge, avvalendosi anche del dibattito parlamentare e degli altri strumenti di *legislative history*, la *voulntas legis*, ciò che il Parlamento ha deciso e ritenuto di normare. E conseguentemente applicarlo.

Non essendo l'omissione una mera inerzia, ma la piena volontà di una "non-disposizione" (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), l'interprete è chiamato a tenerne conto secondo modalità ed equilibri che dovranno essere riconosciuti e declinati anche al di là degli schemi tradizionali.

Per quanto riguarda il metodo, lo stesso Primo presidente della Corte di Cassazione Giovanni Canzio a proposito del caso esaminato sottolinea come "non sia la via preferibile" "demandare in via esclusiva alla giurisprudenza la soluzione di questioni che involgono scelte impegnative dal punto di vista etico-sociale", bensì "sarebbe da privilegiare il percorso ermeneutico disegnato sulla base di una chiara ed esplicita volontà legislativa"⁸².

Ove essa manchi, l'interprete, per non assumere quel ruolo protagonista tipico del legislatore in materie etico-sociali, potrebbe dare rilievo all'omissione legislativa e sviluppare il proprio ruolo su due piani: nel merito, riallineando la propria scelta ai principi così come declinati dal legislatore in modo attivo ovvero omissivo⁸³; oppure nel metodo. Non vi è dubbio che nel merito esista ed esisterà sempre la contrapposizione già richiamata tra l'interpretazione dei testi legislativi letterale e l'interpretazione estensiva, fino all'estremo di quella c.d. "creativa".

Ai fini della decisione del giudice, l'importanza dell'omissione legislativa può essere rilevata accedendo ad entrambe le prospettive. In senso letterale è chiaro che ove la disposizione non esista non sarà applicabile, mentre la disposizione simile sarà applicata, ma restrittivamente (nel nostro caso l'art. 44). Nella prospettiva dell'interpretazione più libera, invece, se non si ha difficoltà ad attribuire significati estensivi a prescindere o comunque "oltre" il testo della disposizione, altresì potrebbe essere rilevata la *ratio legis* in riferimento alla volontà di non disporre sul tema. In entrambi i casi, infatti, si tratta di elaborazione logico-teorica a partire da un testo che non esplicita la norma che l'interprete intende dedurre ed applicare.

Nel metodo, il giudice, quando svolge quella funzione "quasi integrativa" di quella del legislatore, si pone infatti in connessione con il legislatore. Se questo è vero, allora il sistema costituzionale dovrebbe recuperare alcune garanzie (o una sorta di eco delle stesse) che sono tipiche del procedimento legislativo: la pubblicità degli atti, primariamente, ed una necessità di motivazione sostanziale (come declinazione giurisdizionale della responsabilità politica).

⁸² Cfr. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, GIOVANNI CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, 8-9.

⁸³ Vero è che la Corte di Cassazione decide su una vicenda processuale autonoma che ha il suo percorso e la sua storia. Per questo si è scelto in questa sede di non entrare nel merito e rinviare ad altre, più qualificate sedi di approfondimento.



In chiave costituzionalistica, e dunque nei rapporti istituzionali tra organi costituzionali, potrebbe valere quanto affermato dal Consiglio di Stato a proposito del recupero a valle del principio di legalità quando compromesso a monte; a proposito delle attribuzioni delle Autorità indipendenti e del loro potere regolatorio, afferma: “La dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l’altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell’ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari (Cons. Stato, VI, 2 maggio 2012, n. 2521; nello stesso senso, da ultimo, 20 marzo 2015, n. 1532)”⁸⁴.

Mutatis mutandis sarebbe dunque necessario osservare il tempo in cui interviene la decisione del giudice rispetto a quella omissiva del legislatore, l’estensione del dibattito parlamentare sul singolo punto omesso, la rilevanza del tema alla luce dei principi costituzionali. Nel caso in cui il giudice si discosti dalla scelta, si potrebbe recuperare almeno una sorta di *disclosure*, per restare in ambito amministrativistico, del procedimento decisionale.

⁸⁴ Cfr. il punto 8 del considerando in diritto della sentenza del Consiglio di Stato n. 2182 del 2016.