

Il diritto della famiglia in divenire

Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?

Il *Forum* "Un nuovo diritto della famiglia" trae occasione dal Convegno *Un nuovo diritto della famiglia: dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, tenutosi il 6 maggio 2022, presso l'Università Europea di Roma.

Dall'incontro è scaturita una riflessione a più voci sulle profonde trasformazioni che negli anni più recenti, a séguito di importanti e ben noti interventi del legislatore e della giurisprudenza, stanno interessando il sistema del diritto italiano della famiglia. Si tratta invero di trasformazioni che, prima ancora che sul piano del dato normativo e della sua interpretazione, si sono prodotte già a livello della coscienza collettiva, dove da tempo pare essere venuta meno la percezione del tradizionale legame tra matrimonio e famiglia e dove il ricorso alle tecniche riproduttive affievolisce ormai anche il legame naturalistico tra esercizio della sessualità e procreazione.

Gli interventi - analizzando le trasformazioni sia della disciplina del rapporto di filiazione sia dei rapporti di coppia sia, infine, nella particolare attenzione dedicata alla tutela dei minori e, più in generale, delle persone fragili - offrono un quadro di ampio respiro dello stato attuale e del divenire del diritto italiano della famiglia.

I contributi che seguono riproducono i testi, elaborati e integrati, delle relazioni tenute nel suddetto Convegno.

Emanuele Bilotti e Michele Sesta

UN NUOVO DIRITTO DELLA FAMIGLIA di Emanuele Bilotti

Queste brevi note intendono chiarire le ragioni di un'iniziativa culturale che, prendendo spunto dalla recente pubblicazione di Leonardo Lenti, ha favorito una riflessione a più voci sulle trasformazioni indotte nel diritto della famiglia dal venir meno, già a livello della coscienza sociale, sia del tradizionale legame tra famiglia e matrimonio sia, più di recente, del legame naturale tra sessualità e procreazione.

S'intende qui dar conto, in particolare, dell'interrogativo che si è indicato come un possibile stimolo critico alla comune riflessione a partire dal libro: dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?

La trattazione di Lenti si caratterizza indubbiamente per la sua modernità. E ciò innanzitutto perché della materia familiare si rinuncia a offrire un'immagine

costretta entro schemi che, per quanto possano trovare ancora riscontro nel dato normativo, a più di qualcuno appaiono aprioristici e ormai inadeguati a dar conto dell'evoluzione della realtà sociale.

Anche grazie all'attenzione riservata al formante giurisprudenziale, del diritto della famiglia la trattazione di Lenti restituisce piuttosto l'immagine di ciò che esso è nel concreto e reale strutturarsi delle diverse e mutevoli esperienze di vita dei consociati. È l'immagine di ciò che è possibile identificare come diritto della famiglia dal punto di vista di quella che Vincenzo Scalisi chiamava la "normatività sociale originaria" di una data comunità (1).

Sono particolarmente esemplificative di un simile approccio le pagine introduttive del capitolo su "Il divorzio", che apre la parte (quarta) del volume dedicata alla "rottura" della "coppia": un capitolo che comprende - ed è anche questo un dato

(1) Cfr. V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, II, "Pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1312 ss.

significativo - anche l'esposizione della disciplina della separazione personale dei coniugi, considerata anzitutto come "una tappa della via che porta al divorzio": una tappa - dice Lenti - attraverso la quale i coniugi "ottengono... il risultato di essere sciolti da ogni dovere reciproco di carattere personale" (2).

Ebbene, nelle pagine indicate Lenti afferma con nettezza che "il sistema dello scioglimento del vincolo, sia per il matrimonio sia per l'unione civile, è governato dallo stesso principio fondamentale: ciascun componente della coppia ha il *diritto potestativo* - dunque per propria volontà unilaterale e indipendentemente dalla volontà dell'altro e da ogni circostanza di carattere oggettivo - di sciogliersi dal vincolo del matrimonio o dell'unione civile; l'altro componente si trova in stato di *soggezione*" (3).

Ora, è certamente vero, come pure è stato rilevato, che dai dati normativi emerge un modello di disciplina del divorzio conforme all'idea del "divorzio-remedio": "un divorzio che - sotto il profilo dei presupposti, e quindi della funzione - non è libero, ma si giustifica in relazione a cause prestabilite dalla legge, la cui incidenza sulla comunione coniugale, *sub specie* dell'impossibilità di mantenerla o ricostituirla, è tale da determinare un fallimento irreparabile del rapporto familiare" (4). Né questo modello sembra essere stato messo in discussione dall'introduzione delle cd. procedure negoziate (5).

Ed è vero anche che "il diretto radicamento costituzionale della natura istituzionale del matrimonio" non può che condurre a "negare la legittimità costituzionale di ogni disciplina che configuri il divorzio non solo come meramente potestativo, ma anche come semplice reazione alla sopravvenuta disarmonia sentimentale dei coniugi" (6).

Inoltre, proprio la diversa modalità di scioglimento del vincolo rappresenta uno degli indici normativi della diversità tuttora esistente - e certamente perseguita dal legislatore del 2016 - tra rapporto coniugale e rapporto conseguente all'unione civile tra due persone dello stesso sesso (7). Solo il primo rapporto, infatti, in quanto sottratto alla disponibilità dei suoi protagonisti, può essere considerato uno *status*. E sostanzialmente perciò anche in un reciproco obbligo di fedeltà da intendersi quale mutua e totale dedizione di vita (8).

Ciò nondimeno Lenti osserva a ragione che la grande importanza sistematica del principio secondo cui ciascun componente della coppia ha il diritto di sciogliersi dal vincolo - un principio "che travolge secoli di tradizione giuridica in materia" - "è ormai chiaramente espressa dalla giurisprudenza e da gran parte della dottrina a proposito del significato - pienamente *soggettivo* - che ha assunto l'intollerabilità della convivenza, fondamento della separazione giudiziale; come pure dal ridursi del valore precettivo che residua al dovere di convivenza" (9).

(2) Lenti, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, 650.

(3) Lenti, *op. cit.*, 646.

(4) Così A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 179.

(5) Al riguardo v. M.N. Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 525 ss., secondo la quale l'introduzione delle procedure in questione, se pure ha indubbiamente rappresentato "un passo di non poco momento verso la negoziabilità dello *status*", non ne ha però ancora determinato la piena disponibilità, dato che "la riforma non ha affatto inciso sulle cause tipizzate di scioglimento del matrimonio", in particolare consentendo ai coniugi di decidere in ordine alla sopravvivenza o meno del vincolo.

(6) Così Renda, *op. cit.*, 178, anche sulla scorta dell'insegnamento di F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 147. Peraltro, come ricorda sempre Renda, già C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 140 s., aveva chiarito che "la circostanza che il matrimonio costituisce nella nostra Costituzione il fondamento della famiglia come società naturale (l'inizio di una istituzione ed esso stesso una istituzione), esclude la sua risolubilità per effetto del mero dissenso liberamente manifestato, indipendentemente dall'esistenza di cause obiettive di giustificazione", sicché "la Costituzione, se non sancisce la indissolubilità, pone però la stabilità come esigenza inderogabile del vincolo matrimoniale".

(7) Le differenze di disciplina tra l'unione civile e il matrimonio sono state specialmente valorizzate da M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, 219 ss.; Id., *Unione civile*

e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia, in *Giur. it.*, 2016, 1792 ss.; Id., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in questa *Rivista*, 2016, 885 ss.; G. De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2019, 136 ss. Al riguardo, volendo, v. anche il ns. *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 907 ss., dove si è provato ad argomentare la tesi secondo cui le non irrilevanti differenze di disciplina tra unione civile e matrimonio - e segnatamente la possibilità del libero recesso con preavviso e il mancato riferimento all'obbligo di fedeltà - consentirebbero di sostenere che il rapporto che nasce dall'unione civile, rimanendo nella disponibilità dei suoi protagonisti, non sarebbe in realtà un rapporto di *status* come il rapporto coniugale, bensì un rapporto contrattuale di reciproca assistenza morale e materiale. È noto, peraltro, come in dottrina sia di gran lunga maggioritaria l'idea - sostanzialmente condivisa anche da Lenti (v. *infra*) - secondo cui unione civile e matrimonio, nonostante talune differenze, condividono comunque tratti essenziali di disciplina, sicché, al di là di taluni accorgimenti puramente nominalistici, che sarebbero espressione di un atteggiamento idiosincratico del legislatore, anche nell'unione civile sarebbe in realtà riconoscibile la sostanza del matrimonio.

(8) Al riguardo sia consentito rinviare alle considerazioni già svolte nel ns. *La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, 458 ss.

(9) Lenti, *op. cit.*, 647.

E neppure sembra discutibile che l'indicato principio "è perfettamente congruente con il modello di rapporto matrimoniale comunemente accettato nella società contemporanea, fondato sull'amore e sull'accordo, nel quale il fattore decisivo che assicura al gruppo la coesione è dato dai vincoli affettivi, piuttosto che dai vincoli giuridici". E dunque che "il modello sociale e psicologico contemporaneo del rapporto stabile di coppia ha ormai fatto irruzione in modo pieno e inequivocabile anche nella disciplina del divorzio" (10).

Del resto, proprio a partire da una simile percezione sociale del significato del vincolo coniugale si può comprendere anche l'affermazione di Lenti secondo cui le differenze tra unione civile e matrimonio, almeno con riferimento alla disciplina del rapporto di coppia, "sono più di forma che di sostanza: più che regole produttive di conseguenza effettivamente discriminatorie, sono proclami retorici di principio, volti a rimarcare l'idea che solo quella matrimoniale meriterebbe il nome di *famiglia*", un'idea che, a ragione, è ormai ritenuta priva di riscontro nella coscienza collettiva (11).

E sempre nella prospettiva metodologica indicata si comprende anche l'affermazione secondo cui la mancata previsione espressa del dovere di fedeltà tra le parti dell'unione civile "mostra una profonda incomprendimento - credo voluta - del fatto che la natura odierna della relazione di coppia è la stessa per ogni relazione stabile e di lunga durata aperta alla sessualità reciproca, eterosessuale o omosessuale che sia" (12). È solo un esempio. Appare però sufficiente a chiarire come quello di Lenti sia un diritto della famiglia che emerge, per così dire, dal basso, in cui la riconoscibilità del rapporto giuridico familiare appare svincolata da ogni criterio formale, strutturalistico o anche solo naturalistico: un diritto della famiglia che ambisce così a corrispondere quanto più possibile a una morfogenesi sociale che si caratterizza - come già si è detto - per il venir meno, nella coscienza collettiva, del tradizionale legame tra famiglia e matrimonio e ormai anche del legame naturale tra sessualità e procreazione.

Con ciò l'Autore mostra di essere consapevole di un dato decisivo della modernità: un dato che segna il passaggio epocale dal vecchio mondo statico e sacrale al nostro nuovo mondo dinamico e secolare. Alludo al ruolo decisivo assunto dalla prassi - una prassi oggettiva, superpersonale e globale - nel dare forma alla costruzione sociale. E perciò anche nel dare contenuto alle sue regole giuridiche (13).

Il caso del diritto della famiglia è forse quello più vistoso. Ma il fenomeno è generale. Si illuderebbe chi continuasse a credere che nel nostro tempo il diritto può ancora dar forma alla costruzione sociale. È vero il contrario: nella modernità, come si è detto, è la prassi sociale a dare contenuto alle regole giuridiche (14).

E ciò perché il dinamismo del mondo della storia, che ha ormai preso il posto del vecchio mondo della natura, significa anzitutto secolarizzazione. E cioè perdita di credibilità di qualsiasi ordine che si collochi oltre la storia. E dunque anche perdita di credibilità di un diritto che trascenda la decisione del caso e che sia perciò capace di porsi rispetto ad essa come un *a priori* (15).

Per questo Lenti può parlare, a ragione, di un diritto della famiglia - quello che è oggetto della sua accurata trattazione - che, essendo prodotto soprattutto da regole di derivazione giurisprudenziale, "è per lo più asistemico, qua e là caotico, ed è soggetto a un'evoluzione continua e accelerata" (16).

Ma la modernità della trattazione di Lenti non si apprezza solo nella consapevolezza del ruolo decisivo della prassi nell'orientare la costruzione sociale, e dunque anche la morfogenesi familiare e le sue regole giuridiche.

L'Autore dice di voler "esporre il diritto *vigente e vivente*" della famiglia "in modo quanto più possibile *oggettivo*", mantenendo "i fatti separati dalle opinioni" (17). Non compete a chi scrive dire se sia riuscito nell'intento. In ogni caso, l'impressione è che in tanti passaggi - si pensi in particolare alle pagine dedicate alle questioni oggi più dibattute nell'opinione pubblica... - dalla sua trattazione emerga comunque un'inquietudine di fondo: la

(10) Lenti, *op. cit.*, 646.

(11) Cfr. Lenti, *op. cit.*, 486.

(12) Lenti, *op. cit.*, 501.

(13) Al riguardo, volendo, v. le considerazioni già svolte nel ns. *La norma personalista*, cit., 473 s.

(14) In questo senso, sempre con specifico riferimento al diritto della famiglia, v. anche M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario - M. Miletti, Roma, 2017, 147 s., il quale osserva in particolare come si debba ormai riconoscere il limite della legge nel "conformare ad un modello predeterminato

la realtà sociale che intende disciplinare" e come "il diritto - specie il diritto vivente, come applicato e talvolta creato dai giudici - si comporti piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi: in breve, anziché conformare, esso risulta conformato dalla realtà effettuale".

(15) Al riguardo cfr. M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 149 ss.

(16) Lenti, *op. cit.*, XIX s.

(17) Lenti, *op. cit.*, XX.

preoccupazione che dietro certe “parole d’ordine” del nuovo diritto della famiglia si nasconda in realtà un arretramento - e non un avanzamento - nella promozione della persona.

Le pagine dedicate alla priorità dell’interesse del minore, che aprono significativamente la parte dedicata a “I figli”, offrono una testimonianza chiara dell’indicata inquietudine. Lenti non disconosce il “valore apicale” ormai pacificamente assunto dalla nozione, il suo ruolo - come pure è stato detto - di “nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz’altro dire di tutto il diritto di famiglia” (18). Fin da subito mette tuttavia in evidenza come si tratti di “una nozione alquanto confusa e ambigua, indeterminata e sfuggente” e come “il suo impiego pratico produca conseguenze spesso contraddittorie e attribuisca al giudice un margine di discrezionalità che a volte si rivela eccessivo” (19).

Ma soprattutto Lenti chiarisce come il ricorso all’interesse “superiore” del minore sia “molto fortemente condizionato dal patrimonio culturale di chi lo proclama e dalle sue scelte di valore” (20). Un dato, questo, che non può non destare preoccupazione soprattutto se si tiene conto del fatto che - è sempre Lenti ad evidenziarlo - “la clausola generale ‘interesse del minore’ (...) può assumere un connotato fortemente *eversivo* nel caso, tutt’altro che raro, in cui l’interpretazione *interesse-del-minore-orientata* entri in conflitto con il *principio di legalità*”, mantenendo in vita situazioni di fatto consolidate e premiando nei fatti condotte illegali degli adulti (21).

L’intento di Lenti non sembra invero essere quello di contrastare in maniera ingenua e velleitaria la forza di “una giuridicità, non legale, che trae diretto fondamento e legittimità proprio dall’interesse del minore” (22). Egli prende sul serio la preoccupazione di una giurisprudenza che, sicuramente mossa dalle migliori intenzioni, attraverso il ricorso al principio del “superiore” interesse del minore, intende scongiurare il rischio che il processo di costruzione delle relazioni familiari ad opera delle prassi sociali - un processo che la legge non riesce più ad orientare né ad inseguire - dia luogo ad esiti contraddittori rispetto

alla prospettiva di un’autentica promozione umana (23).

Dalla trattazione di Lenti sembra emergere nondimeno la consapevolezza che nelle prassi che orientano la costruzione sociale non sono senz’altro in atto dei processi di emancipazione. In esse possono anche operare, talora in una maniera subdola, logiche degradanti di sfruttamento e di alienazione.

Certamente lo sguardo di Lenti sul diritto della famiglia rimane obiettivo. Ma rigorosa obiettività dell’analisi non significa anche rinuncia a uno sguardo problematico. Tutt’altro. In effetti, è solo una rappresentazione fedele del diritto della famiglia a rendere davvero possibile una prospettiva valutativa non superficiale: solo mantenendo “i fatti separati dalle opinioni” anche queste ultime possono conquistarsi un loro spazio. E si apre con ciò la possibilità di un confronto produttivo.

Proprio la vicenda attuale del diritto della famiglia appare del resto paradigmatica di come la modernità rappresenti per i suoi protagonisti un’opportunità straordinaria e insieme un grande rischio: l’opportunità di una definitiva emancipazione dalla secolare schiavitù della natura e il rischio di precipitare in un’inedita schiavitù della storia.

Le prassi sociali, infatti, non sono mai neutre sotto il profilo ideologico. In esse è sempre all’opera una sintesi culturale - o, se si preferisce, una progettualità sociale - certamente capace di imporsi all’agire dei singoli e dei gruppi e di orientarlo in una direzione precisa (24). Ma allora è questa sintesi culturale a determinare, in ultima istanza, quale tipo di esperienza siamo destinati a vivere nella società: se un’esperienza di emancipazione o di alienazione.

In questo quadro, a ben vedere, non costituisce di per sé una garanzia di reale emancipazione neppure la cd. strategia dei diritti individuali, che, com’è noto, ha offerto e continua ad offrire un contributo decisivo nel disegnare il volto del nuovo diritto della famiglia. Lo aveva ben compreso Pietro Barcellona quando ammoniva che ad essere decisiva è pur sempre la progettualità sociale che di quei diritti orienta l’interpretazione (25). Anche Mario Barcellona, del resto, ha chiarito che nel mondo secolare i diritti

(18) Sono parole di V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 407.

(19) Lenti, *op. cit.*, 74.

(20) Lenti, *op. loc. ultt. citt.*

(21) Lenti, *op. cit.*, 77.

(22) L’espressione è di Scalisi, *op. ult. cit.*, 422.

(23) Al riguardo sia consentito il rinvio al ns. *Diritti e interesse del minore*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, Pisa, 2019, 34 ss.

(24) Il riferimento è al fondamentale insegnamento di Max Weber: al riguardo v. ora R. Marra, *L’eredità di Max Weber. Cultura, diritto e realtà*, Bologna, 2022, spec. 33 ss., 293 ss.

(25) Cfr. P. Barcellona, *Conclusioni*, in *I valori della convivenza civile e i codici dell’Italia unita*, a cura di P. Rescigno - S. Mazzamuto, Torino, 2014, 410 ss.

“non evocano... sostanze, ma consistono in procedimenti” (26). L'appello ai diritti individuali non può perciò essere considerato sufficiente a garantire libertà e dignità della persona. Si tratta piuttosto di un veicolo potente attraverso cui una determinata progettualità - o, se si preferisce, una precisa opzione ideologica - s'impone all'agire dei singoli e dei gruppi nel dare forma alla società e all'ordinamento.

Se dunque il giurista non vuole chiudere gli occhi di fronte alla realtà sociale modellata dalla prassi, ma neppure vuole rinunciare a uno sguardo demistificante su di essa, torna ad aprirsi anche lo spazio per interrogativi come quelli evocati nell'intitolazione della nostra. Si tratta di interrogativi che si ritiene qui di riproporre - e di svolgere ulteriormente - perché possano accompagnare come un fastidioso “rumore di fondo” la lettura degli importanti contributi che seguono.

Quale tipo di progettualità sociale è all'opera quando la coscienza collettiva non percepisce più l'esigenza di un legame tra famiglia e matrimonio e tra sessualità e procreazione? Si tratta ancora della progettualità sottesa alle norme della Carta costituzionale? O forse, come pure è stato autorevolmente ipotizzato, certi mutamenti della realtà sociale hanno tradito l'autentico spirito della Costituzione (27)?

Esiste, in altri termini, un'implicazione necessaria tra i modelli costituzionali della famiglia fondata sul matrimonio e della genitorialità naturale, da un lato, e la *Grundnorm* personalista, dall'altro? O dobbiamo piuttosto riconoscere che quei modelli sono solo il prodotto occasionale di una contingenza storica? E una loro storicizzazione è davvero un esito privo di qualsiasi incidenza sulla tenuta del progetto costituzionale? O individua un altro ambito in cui è messa in crisi quella “stretta connessione tra principio democratico, principio sociale e tutela della persona” che costituisce la cifra autentica dell'ordine costituzionale repubblicano (28)?

È ancora credibile, insomma, un progetto sociale fondato sul valore sovrautilitaristico della persona - e con ciò una vera democrazia sostanziale... - se entrambi quei modelli non hanno più presa nella coscienza collettiva? Non c'è piuttosto il rischio che dalla famiglia fondata sul matrimonio alla

famiglia fondata sulla procreazione si approdi infine alla famiglia fondata sulla... produzione (29)?

La trattazione di Lenti, offrendo uno sguardo inquieto sulla realtà effettiva del diritto della famiglia, incoraggia il giurista a porsi anche certi interrogativi. Ed anche per questo è certamente moderna.

C'è poi il problema - diverso e ulteriore... - di come, nel mondo secolarizzato, si possa provare a restituire credibilità a una progettualità sociale alternativa. O forse, più semplicemente, alla progettualità sociale già sottesa al disegno costituzionale, alla grande promessa di emancipazione umana consegnata alle norme della Carta.

Di recente, del resto, riflettendo sui “fenomeni regressivi sul piano della tutela dei diritti sociali e della riduzione degli spazi di democrazia” che si sono prodotti sotto la spinta delle prassi neoliberiste, anche un autorevole giurista ha parlato dell'urgenza di un “ritorno al futuro” che dovrebbe realizzarsi attraverso la riscoperta della “straordinaria modernità della Costituzione italiana” (30).

Qui si apre però lo spazio per un'elaborazione culturale di respiro assai ampio: un'elaborazione che, essendo chiamata ad animare “una nuova soggettività politica e sociale” (31), non può certamente essere affidata solo ai giuristi. Non si tratta, infatti, di un compito puramente intellettuale. Si tratta di formare una nuova coscienza politica. È bene però che anche i giuristi non rinuncino ad offrire il loro contributo: rifugiandosi in uno sterile specialismo avalutativo, si porrebbero ai margini della grande opera della costruzione sociale.

DAL MATRIMONIO ALLA FILIAZIONE. RITORNO AL FUTURO DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

di Massimo Paradiso

Premessa

All'evoluzione della famiglia e del suo diritto sono ormai dedicati innumerevoli saggi, giuridici e non, che s'interrogano sulla direzione presa con l'ultima

(26) Così M. Barcellona, *op. cit.*, 167.

(27) In tal senso v. F.D. Busnelli, *Relazioni, Famiglie, Società*, in *Relazioni, Famiglie, Società*, a cura di B. Agostinelli - V. Cuffaro, Torino, 2020, 68.

(28) L'efficace sintesi dell'identità costituzionale riferita nel testo è desunta da C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 237.

(29) Per un tentativo di argomentare alcune risposte agli interrogativi nel testo sia consentito rinviare al ns. *La norma personalista*, cit., 445 ss.

(30) Cfr. Salvi, *op. loc. ultt. citt.*

(31) Cfr. Salvi, *op. cit.*, 238.

riforma legislativa (o magari sotto la spinta del costume e delle “ultimissime” giurisprudenziali), ma altresì sulla direzione che essa prevedibilmente prenderà nel prossimo futuro. Il titolo scelto per questo incontro di studi individua perciò in modo esemplare l’attuale tendenza, in ciò prendendo spunto anche dall’impostazione di opere recenti, delle quali il *Diritto della famiglia* di Leonardo Lenti è un esempio importante e significativo, ma ormai non isolato (32). E non si tratta di una delle tante oscillazioni che pure hanno caratterizzato molti interventi legislativi, incerti tra timide aperture, insipienti ripensamenti, avventurose fughe in avanti. Si tratta probabilmente del solo *fil rouge* attorno al quale è possibile annodare le disparate riforme di quest’ultimo mezzo secolo; un *fil rouge*, peraltro, che si delineava nettamente già molti anni addietro (33). Né si tratta soltanto di una acquisita preminenza all’interno dei fenomeni familiari. Stando al tenore di tante novelle legislative, a fondamento della famiglia non sembra più porsi il matrimonio: è piuttosto la filiazione che si propone come nucleo costitutivo della comunità familiare, al punto che sembra restituire quella indissolubilità che si è voluto espungere dal matrimonio (34). Si può ben dire perciò che il futuro del diritto di famiglia si delinea come un deciso ritorno al passato, o magari, riecheggiando il titolo di un famoso film, si prospetta come un inedito “ritorno al futuro”. Ma quest’ultimo punto spero di chiarirlo in chiusura di discorso; intanto, è opportuno considerare almeno le più significative tra le tappe che hanno determinato l’approdo all’isola divenuta capofila di quell’arcipelago in cui si è frantumata la famosa isola di cui parlava C.A. Jemolo. Eviterò tuttavia di passare in rassegna le diverse riforme e il loro affannoso avvicinarsi sul palcoscenico legislativo: un compito, che già altri ha pregevolmente svolto e al quale sarà sufficiente rinviare (35). Mi proverò invece a evidenziare il senso complessivo che da esse è venuto emergendo nel raffronto col sistema ricevuto e che, in termini generali, si può forse

riassumere nella cifra di una *iper-giuridificazione del rapporto di filiazione* e di una sostanziale *de-giuridificazione del rapporto coniugale*.

E, nel fare questa rassegna, vorrei tentare insieme a voi un *esperimento mentale*: intendo, per un momento, attenermi strettamente alle letture che vanno per la maggiore per vedere dove esse conducano. Non è detto che non siano possibili, oltre che legittime, *altre interpretazioni* dei dati normativi; ma l’esperimento qui proposto credo possa rivelarsi utile per evidenziare quale sia lo sbocco “naturale” di talune interpretazioni correnti. E se poi la mia rassegna per qualche aspetto evocherà un *cahier de doléances*, imputatelo anzitutto alla vischiosità delle categorie mentali, perché diverse tra le innovazioni succedutesi in questi anni vanno valutate positivamente: una volta accettati alcuni parametri valoriali, esse divengono in qualche modo conseguenti, se non proprio necessitate. Quel che stenta a trovarsi, piuttosto, è il senso complessivo dei tanti interventi, il quadro d’insieme in cui collocare questo incessante “riformare”.

Le inesauste innovazioni: sotto il segno di uguaglianza, divisione, moltiplicazione (ma anche: inedite disparità)

Le prime modifiche della disciplina devono molto alla spinta del costume, e segnatamente, alla ‘rivoluzione’ del ’68: le cifre complessive, mi sembra, possono individuarsi in tre parole: uguaglianza, divisione, moltiplicazione.

L’*uguaglianza*, con la riforma del 1975, ha fatto finalmente ingresso tra le mura domestiche, anzitutto con riguardo ai rapporti tra i coniugi, individuando nel binomio libertà-responsabilità la chiave di lettura che ha conciliato la disciplina positiva dei rapporti coniugali col disegno costituzionale sulla famiglia. Ed è in tale quadro che viene innovata profondamente la disciplina delle invalidità matrimoniali, oggi diretta a salvaguardare la libertà del consenso più che l’ordine pubblico delle famiglie, ma altresì la paritaria

(32) Basti richiamare qui il saggio monografico di G. Recinto, che se nel titolo fa riferimento a *Le genitorialità*, nel sottotitolo esplicita *Dai genitori ai figli e ritorno* (Napoli, 2016); P. Zatti, *Introduzione*, nel *Tratt. dir. fam.*, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, 37 ss.

(33) V., ad es., M. Paradiso, *La comunità familiare*, Milano, 1984, spec. 310 ss.

(34) Riprendo qui la suggestiva espressione di A. Gorassini, *Dall’indissolubilità del matrimonio all’indissolubilità della famiglia: un ritorno all’essenza dei fenomeni*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent’anni dalla riforma* (a cura di T. Auletta), Milano, 2007, 255 ss.

(35) Mi limito qui a richiamare tra le opere più recenti - oltre al citato libro di G. Recinto - F. Romeo, *Genitori e figli nel quadro del*

pluralismo familiare, Napoli, 2018; E. Bilotti, *Diritti e interesse del minore*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, Pisa, 2019, 34 ss.; AA.VV., *Nuovi modelli familiari* (a cura di F. Romeo), Napoli, 2018; AA.VV., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent’anni dalla riforma*, cit.; S. Patti - M.G. Cubeddu, *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008; AA.VV., *La famiglia all’imperfetto* (a cura di A. Busacca), Napoli, 2016; AA.VV., *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2019; AA.VV., *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2020; A. Sassi - F. Scaglione - S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, II ed., in *Trattato Sacco*, Torino, 2018; AA.VV., *La parificazione degli status di filiazione* (a cura di R. Cippitani - S. Stefanelli), Roma-Perugia-México, 2013.

compartecipazione degli sposi al governo della famiglia e alle responsabilità conseguenti.

Ma anche nel rapporto con i figli si è registrato un radicale rinnovamento che, con parola abusata, mi limiterò a definire di democratizzazione dei rapporti e di crescente attenzione alle esigenze e alla personalità dei minori: recupera dignità il principio verità, si interviene a favore dei minori privi di assistenza, le esigenze dei figli entrano a pieno titolo tra quelle “preminenti della famiglia”. I figli, così, non sono visti più come *oggetto* di tutela, *soggetto* alle decisioni altrui, bensì come *soggetto di diritti* che hanno per *oggetto* la tutela e la promozione della personalità dei fanciulli. Ma un passo fondamentale in questa direzione si registra poi con la legge sulle adozioni, decisamente orientata alla protezione dei minori privi di assistenza, in un’ottica diretta a realizzare il loro “diritto a una famiglia”.

La prima *divisione* si registra tra il matrimonio e il suo carattere più vistoso e peculiare nel panorama europeo: l’indissolubilità, mentre la separazione tra i coniugi si vede sottratto il legame con la colpa. Ma poi, se nel costume la sessualità si va affrancando dal rapporto coniugale, nel codice sbiadisce, e in qualche caso scompare, la rilevanza della sessualità *per* il matrimonio e *nel* matrimonio: e dunque, in ordine alla sua validità e al fine alla procreazione. Questa, comunque, diviene recessiva: nel costume - atteso il rafforzamento delle campagne d’opinione pubblica che lanciano pressanti allarmi sul sovrappopolamento della terra -, e nella legge, visto che la disciplina sulla i.v.g. legittima all’aborto pur la donna coniugata e senza che ne debba informare il marito (per non dire della sostanziale assenza di verifiche sui “motivi” addotti a sostegno della richiesta).

Ma si *scinde* poi - sia pure negli ultimi provvedimenti - il legame del matrimonio con la parentela e con la filiazione. Lo status di figlio prescinde oggi dal rapporto esistente tra i genitori, ma con una singolarità là dove matrimonio vi sia: al *favor veritatis* privilegiato delle prime riforme, è subentrata la riedizione di un singolare *favor ‘legitimitatis’*, che, restringendo le possibilità di far valere la verità della derivazione biologica rispetto alle risultanze formali, si vuole sia funzionale a una maggiore tutela dei figli, laddove il vecchio era funzione dell’ordine delle famiglie. E si tratta di un *favor* sancito pur quando sia certa la mancanza di discendenza biologica: tra rifiuti e opposizioni al riconoscimento, preclusioni e decadenze dall’azione di disconoscimento, fecondazione

eterologa e maternità surrogata nelle sue ormai numerose declinazioni, la verità non che favorita è divenuta recessiva per far posto a un inedito *favor affectionis*. Al punto che è addirittura arduo fare un elenco completo delle ipotesi di separazione tra filiazione e identità biologica del nato, per il quale rinvio alla scrupolosa disamina di Leonardo Lenti. Certo si è comunque che si è *separata* altresì la procreazione dalla filiazione: ed è questa, intesa come rapporto - prima ancora che la procreazione - che diviene indiscusso protagonista dei fenomeni familiari, fino a proporsi come suo autentico fondamento; e questo, va detto, anche per il rilievo che vanno assumendo le famiglie ricomposte, la genitorialità sociale e l’adozione nelle sue varie forme. E se questa, nelle prime configurazioni, cercava di arieggiare una *imitatio naturae*, tale intendimento può dirsi sostanzialmente accantonato. La stessa procreazione, perciò, appare in qualche modo recessiva: non è più necessariamente un *fatto*: sempre più spesso viene in considerazione come *atto volontario*, viste le varie modalità di inseminazione artificiale e di maternità surrogata, per tacere della volontà della madre di non essere nominata nell’atto di nascita e della c.d. omogenitorialità, in cui la scissione tra procreazione (o legame biologico) e filiazione è radicale, per non dire “istituzionale”.

E così, mentre si *moltiplicano* i controlli sull’idoneità di chi voglia adottare un minore privo di assistenza, li si omette per chi commissiona ad altri la venuta al mondo di un bambino che si vuole sia abbandonato dai genitori biologici. Ma altresì, mentre continua a essere punita penalmente l’alterazione di status, se ne legittima la falsificazione che sia “legittimata” da una autorità purchessia: basta la certificazione di una clinica privata indiana o dell’est europeo e qualche accomodante ufficio anagrafico locale. Andrea Nicolussi parla di sostituzione del paradigma naturalistico col paradigma volontaristico nella filiazione e sempre più frequentemente si sente discorrere di *genitorialità intenzionale*, nella quale, potremmo dire, *stat pro procreatione voluntas*; ma resta allora da spiegare perché un rapporto inconsulto tra due ubriachi dia luogo a vera genitorialità, e una donazione di gameti, voluta per generare, la debba escludere.

Ma altresì, vanno moltiplicandosi i casi di *scissione* tra genitorialità e filiazione. Vi sono infatti genitori che non hanno “figli”: per meglio dire, persone tenute alle spese per il mantenimento, l’educazione e l’istruzione di loro discendenti (i quali, altresì, da essi, han diritto

di ereditare), le quali, per contro, verso costoro non hanno diritto né agli alimenti, né ad ereditare: sono i genitori di bambini cd. non riconoscibili, (alcuni de) gli adottanti (36), quelli decaduti dalla potestà. Di contro, vi sono figli che hanno più figure "genitoriali": i figli non riconoscibili - che possono far valere i loro diritti verso il genitore biologico e verso quello "ufficiale" -, i minori inseriti nella nuova famiglia dell'affidatario, alcune figure di adottivi (cfr. artt. 279, 304, 448-bis c.c., 55 l. adoz.).

Infine, la *divisione* o separazione ha investito anche l'*eguale condizione dei genitori*. Se la riforma del 1975 aveva lasciato residue disuguaglianze (per il cognome e le decisioni urgenti), abolite queste ultime, l'accavalarsi di interventi successivi ha portato a nuove, *inedite disparità*, stavolta in capo all'uomo: oltre che adottare misure per impedire il concepimento, la donna può decidere di abortire, di non riconoscere il figlio e di abbandonarlo, con conseguente automatica apertura della procedura d'adozione: il che rende poi inammissibile l'accertamento della paternità; di contro, il padre non potrà sottrarsi a un tale accertamento.

E infine, da annoverare sotto il segno della moltiplicazione, è anche il proliferare delle sanzioni, civili e penali, a garanzia del rapporto di filiazione (e mi limito qui a richiamare gli artt. 330, 333, 334, 342-ter c.c., 709 c.p.c. e 571 ss. c.p.).

Unicità dello stato di figlio e pluralità dei modelli familiari, scambio dei caratteri distintivi tra filiazione e rapporto di coppia e ribaltamento del ruolo dell'autonomia privata

Ma ci sono poi altre parole che possono aiutare a descrivere la situazione odierna nella correlazione, o

meglio: nel raffronto tra matrimonio e filiazione. La prima è *ribaltamento*, come già ho osservato in altra occasione: un ribaltamento dell'assetto complessivo, che non potrebbe essere più netto rispetto alla tradizione.

La tradizione conosceva un'unica forma di convivenza socialmente e giuridicamente accettata, quella fondata sul matrimonio, e una *pluralità di status di figli*: pur non tenendo conto delle diverse specie di adozione, addirittura otto diverse classificazioni (37).

Oggi, al contrario, abbiamo un *unico status di figlio* cui si contrappone un'ampia varietà di modelli e aggregazioni familiari: tra modelli normativi e sociali, sono quasi una decina le figure che si affacciano all'orizzonte (38).

Ma soprattutto, si registra un *deciso scambio dei caratteri distintivi* tra relazioni di coppia e filiazione. Il *rapporto istituzionale di coppia*, come ho ricordato, si esauriva nel matrimonio: era perciò esclusivo, unitario, rigido e permanente; oggi esso diviene concorrente, plurimo, flessibile e temporaneo (39).

La *filiazione* per contro appariva speculare rispetto all'unione coniugale, ma non di rado *rovesciata nei caratteri*. Il rapporto di filiazione era infatti *esclusivo o unico* nelle modalità di costituzione: essa si riduceva alla generazione biologica, atteso lo spazio marginale che residuava all'adozione civile. Ma altresì, in quanto *plurimo* negli *status*, il rapporto era poi *flessibile* nel contenuto - quanto a mantenimento, educazione e diritti successori - oltre che *stabile*, se non proprio inamovibile, per le remore frapposte a disconoscimento e contestazione di legittimità. Era infine *esclusivo*, non potendosi avere status di filiazione concorrenti in capo alla stessa persona.

(36) E si tratta di conclusione che, allo stato, sembra doversi mantenere anche dopo la sentenza n. 79/2022 della Corte cost.: cfr. N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Famiglia*, 2022.

(37) Legittimi e illegittimi, naturali e legittimati, affiliati e adottivi, adulterini e incestuosi, e bene ha fatto la riforma ad abolire tali distinzioni e la relativa terminologia.

(38) Matrimonio, unione civile, convivenza registrata all'anagrafe, convivenza "contrattualizzata", convivenza tra persone dello stesso sesso. A questi modelli si affiancano altri fenomeni familiari presenti nella società: la famiglia monogenitoriale, e la cd. famiglia ricomposta, formata da divorziati-risposati con i relativi figli. Ma altresì si vede un'altra, inedita figura di famiglia con coniugi-genitori dello stesso sesso. Siamo arrivati così a una decina di "modelli" o gruppi familiari a fronte di un unico status di filiazione.

(39) *Ieri*, esso era *esclusivo* quanto alle modalità di costituzione e *unitario* nello status che ne conseguiva. Ciascun coniuge cioè era letteralmente *con-sorte* dell'altro, attesa l'uguaglianza di diritti e doveri: ma era altresì *rigido* nel contenuto del rapporto, non potendo le parti "derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio" (art. 160 c.c.). Oggi il rapporto

istituzionale di coppia è *molteplice* nelle tipologie o, se si vuole, *concorrente* con l'unione civile e con le diverse specie di convivenze di fatto; ma è altresì *plurimo* negli status (o meglio: *diversificato* nelle condizioni giuridiche) che ne conseguono. Ma forse, rubando il termine alla letteratura, dovremmo dire che il matrimonio ha oggi nell'unione civile un suo "*doppio mimetico*": se esso è riservato a coppie cc.dd. same-sex, va pur detto che il cambiamento di sesso non richiede più una modifica anatomica: basta il "rigoroso accertamento" che l'istante si senta di sesso diverso: in tali termini almeno è stata recentemente assunta una decisione in Consulta. *Oggi* il rapporto istituzionale di coppia è *flessibile* nel contenuto e nelle condizioni per la sua instaurazione: impotenza e anomalie sessuali incidono sulla validità del matrimonio solo se ignorate (si che gli interessi da essa presidiati sono rimessi all'autonomia delle parti), mentre sono del tutto irrilevanti nell'unione civile e nelle convivenze. Per non dire poi che fedeltà e collaborazione sono escluse nell'unione civile e che gli altri doveri coniugali latitano nelle convivenze. Infine, il rapporto di coppia diviene *temporaneo* o almeno *precario*: unione civile e matrimonio, in mancanza di figli, possono sciogliersi per via negoziale con tempi di attesa da tre a dodici mesi, mentre è immediata la "disdetta" della convivenza, salvo il termine di grazia per lo sfratto dall'abitazione.

Oggi, per contro, la filiazione diviene:

- *molteplice* nelle modalità di costituzione, potendosi determinare sia per via *naturale o biologica*, sia per via *medicale* con la procreazione assistita, sia con modalità schiettamente *giuridiche*: vuoi dell'adozione, vuoi della procreazione artificiale nella sua versione eterologa e con la maternità surrogata;
- è poi *unica* nello status e *rigida* nel contenuto, inderogabile nelle garanzie offerte ai figli;
- ancora, diviene per qualche aspetto *precaria* o almeno *instabile* nel tempo, sia per le ampliate possibilità di contestazione e impugnazione, sia per l'imprescrittibilità delle azioni di stato attribuite ai figli; salvo a recuperare stabilità a spese della "verità biologica" in alcuni casi particolari (40).
- può essere infine plurima o *ambivalente*: le varie specie di adozione lasciano sussistere concomitanti status di filiazione (se pure a vario titolo rilevanti), al pari di quanto accade per i figli "non riconoscibili" che, in possesso di un proprio stato formale, possono far valere diritti 'analoghi' verso i genitori biologici quando sia 'incidentalmente' accertata la loro discendenza da costoro (ai sensi dell'art. 279 c.c., e come già accennato).

Molteplici e concorrenti sono perciò le famiglie alle quali il minore ha diritto. Letti insieme, codice civile e legge adozioni ci dicono anzitutto che il figlio ha diritto a "una" famiglia e a "vivere" in essa; precisano poi che il minore ha diritto di "crescere ed essere educato... nella propria famiglia", ma altresì di "mantenere rapporti significativi con i parenti" e perciò con le *loro famiglie*. E prevedono anche che, in caso di inadeguatezza della propria, il minore ha diritto a un'altra famiglia, quella adottiva. Anzi, ad altre famiglie, atteso il suo diritto alla "continuità delle relazioni affettive positivamente instaurate" con altre comunità familiari: quella della famiglia affidataria, certo, ma anche quella in cui sia vissuto in via di fatto nei noti casi giurisprudenziali di (autorizzata) sottrazione del minore operata a seguito di surrogazione di maternità. Per non dire poi che il contemporaneo inserimento in due famiglie distinte è la norma per tutti i casi di separazione o divorzio dei genitori che abbiano costituito un nuovo nucleo familiare. Non da oggi

infatti si parla di una "chiamata in responsabilità" del cd. genitore sociale che in altri paesi ha già trovato consacrazione legislativa.

La trasformazione del diritto di famiglia in diritto della filiazione e l'interesse dei figli come nuovo "interesse superiore della famiglia"

Al netto depotenziamento del rapporto di coppia, per la pluralità dei 'modelli' di convivenza e l'ampio ruolo della libertà delle parti, si contrappone così il rafforzamento del rapporto di filiazione, garantito da un insieme di norme imperative, inderogabili dai genitori. È nella filiazione, in altri termini, che si ritrova ormai quell'*interesse superiore della famiglia* che una volta si predicava della famiglia. Oggi su questa espressione è calato l'interdetto, ma riemerge in via di fatto là dove si afferma che le "esigenze preminenti della famiglia" di cui è parola nell'art. 144 del codice "riguardano essenzialmente le esigenze dei figli", atteso che "al centro del diritto familiare non vi è più il matrimonio vi sono la procreazione e l'allevamento dei figli" (41).

Il diritto di famiglia diviene così, quasi senza residui, *diritto della filiazione* (42): la prole diviene centro e ragione della comunità familiare fino a costituire ragione autonoma di un nuovo gruppo, causa di una *nuova figura di comunità familiare*, la *comunità dei genitori divorziati o comunque non conviventi* (43). Il rapporto di coppia sembra trovare così nella filiazione il suo fine o causa esterna, quale "funzione sociale" che esso è chiamato ad assolvere e nel quale refluiscie quel tanto di ordine pubblico che pur sempre lo caratterizza, mentre poi trova in sé - ma nella sua fattualità, nel suo svolgersi concreto - la ragione che lo anima dall'interno, quale "funzione individuale" che esso assolve, e fin quando l'assolve. Si può ritenere allora che sia la filiazione - *rectius*: l'assolvimento dei doveri verso la prole - l'elemento che lega e riconduce ad unità, o almeno a un *ubi consistam*, i fenomeni familiari sul piano funzionale.

Sul piano strutturale l'elemento comune, e comunque significativo, va individuato in questo: fondativo dei rapporti non è un atto negoziale, una manifestazione di volontà, ma bene spesso un mero *fatto giuridico* (44).

(40) Su tali profili, per gli opportuni riferimenti normativi e dottrinali, e con peculiare approfondimento, U. Salanitro, *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Famiglia*, 2019, 525; Id., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'attuazione della delega*, in *Corr. giur.*, 2014, 540 ss. e 675 ss.

(41) Coglie bene il profilo, come sempre, L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 430 s.

(42) Ho riassunto i tratti salienti di questa trasformazione in *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss.

(43) Su tale evoluzione mi ero già soffermato in *I figli nella crisi della famiglia: "interesse della prole" e affidamento dei minori*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 653 ss.

(44) E, al proposito, basti considerare quanto segue. In ordine alla filiazione nessuno più configura il riconoscimento come negozio, come atto di volontà: è corrente la qualificazione

La disciplina del coniugio, d'altra parte, abbandona la considerazione dell'atto per refluire sul rapporto: e non su un rapporto considerato quale effetto di un atto, bensì sul rapporto "vivente", sulla relazione per come essa "di fatto" si atteggia.

Si conferma allora l'iper-giuridificazione del rapporto con i figli e la de-giuridificazione sostanziale del coniugio: la facilitazione offerta a chi voglia addivenire a separazione personale e a divorzio, l'irrelevanza della colpa nella separazione - atteso che l'addebito è divenuto nella prassi un'eccezione -, la soppressione di ogni residuo dovere già nel corso della separazione e prima ancora del divorzio, la tendenza a ridurre la "misura" della solidarietà post coniugale fanno sfumare il carattere giuridico degli obblighi matrimoniali. A questo oggi si aggiunge, nel quadro dell'operato ampliamento della responsabilità civile, che questa non sanziona la violazione dei doveri familiari (45). Sanziona piuttosto la lesione dei diritti tutelati nella comune vita di relazione: rivestita con i panni dell'illecito aquiliano, la protezione regredisce al livello della tutela esperibile verso gli estranei, ai quali è appunto rivolto l'apparato sanzionatorio extracontrattuale (46).

Non sembri azzardato, perciò, ritenere che, come nelle convivenze la disciplina introdotta per via legislativa rimane solidamente ancorata alle *obbligazioni naturali*, analogamente verso queste ultime potrebbe dirsi che inizia a scivolare la disciplina del matrimonio (47). Il punto richiederebbe un ampliamento del discorso che non è possibile in questa sede (48); qui potrebbe essere sufficiente evidenziare che questo è proprio un

esito (solo possibile?) dell'esperimento mentale che vi proponevo in esordio.

Il favor filiationis tra valenze inedite, nuove tecniche procreative e riedizione del "bonum prolis"

Mi avvio alla conclusione. La riforma del '75 aveva fatto perno sul rapporto di coppia e, specificamente, sul matrimonio: sul *rapporto*, certo, riportandolo al disegno costituzionale sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ma altresì sull'*atto negoziale* che ad esso dà vita. E se aveva rivalutato il ruolo dei figli in seno alla famiglia e migliorato la condizione di quelli non matrimoniali, cifra identificante ne era rimasto il coniugio, atteso che era pur sempre in seno al governo della famiglia spettante ai coniugi che veniva in considerazione l'interesse della prole.

Le innovazioni successive consacrano come *nuovo protagonista* del fenomeno-famiglia il *figlio*. Qualche sociologo forse potrebbe osservare che si era preteso troppo dal matrimonio e che eccessivo, in particolare, era stato l'investimento psicologico in un rapporto reso progressivamente più instabile dall'introduzione del divorzio. Certo si è che è ormai questo l'unico punto fermo di tutta la materia: il diritto di famiglia, e prima ancora il fenomeno-famiglia, si ricompatta, si riaggrega attorno alla filiazione, ultimo nucleo solido di formazioni divenute liquide e composte da elementi eterogenei.

Già altra volta ho osservato che in tutto ciò sembra di risentire un'eco delle pagine di Cesarini Sforza là dove, rammentando alcuni dei momenti più significativi del passaggio al patriarcato, sottolineava come il *matri-monium*, e cioè la prole, costituiva propriamente l'apporto della *mater* al patrimonio del *pater*

come *dichiarazione di scienza* o al più negozio di accertamento, la cui omissione per un verso può essere sempre supplita dall'accertamento giudiziale, per l'altro può comportare responsabilità per i danni (ove si sia prolungata nel tempo). Quanto ai *rapporti di coppia*, se matrimonio e unione civile prendono vita da una dichiarazione di volontà, le sempre più numerose ipotesi, legislative e giurisprudenziali, di sanatoria dell'invalidità derivanti dall'attuazione del rapporto ne revocano in dubbio la classica configurazione quali effetti di un atto: basti richiamare, da ultimo, le sentenze che escludono la trascrivibilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità quando vi sia stata convivenza per alcuni anni. In ordine poi alle *convivenze*, è appena il caso di accennare al fatto che costitutivo di esse *non è certo un atto negoziale*, bensì il *fatto* della "stabile unione": fattispecie, che va qualificata come *fatto giuridico* e rispetto alla quale sarà questione di mero riscontro fattuale accertarne la ricorrenza. E se un minimo di certezza formale è dato dal riferimento alla prevista "*dichiarazione anagrafica*" (art. 1³⁷ legge conviv. e 4 e 13, d.P.R. n. 223/1989), basterà ricordare che detta dichiarazione è obbligatoria, tanto che, in caso di inottemperanza, l'ufficiale d'anagrafe deve provvedere *d'ufficio* all'iscrizione (art. 5, L. n. 1228/1954). Si tratta dunque di atto non negoziale, di una mera dichiarazione di scienza, che ben può essere unilaterale, inidonea a vincolare le parti.

(45) Sul tema, per tutti, E. Bivona, *L'illecito endofamiliare tra principi giurisprudenziali e regole di diritto*, in *Dir. succ. e fam.*, 2021, 835 ss.

(46) Si comprende allora che si depotenzino le regole specifiche e si valorizzino quelle generali, che si abolisca la separazione per colpa e che si proponga di abrogare anche l'addebito e le relative ricadute in tema di assegno di mantenimento e di diritti successori. Sulla tematica generale, con accenti diversi, F. Cipriani, *Impugnazione per il solo addebito e domanda di divorzio*, in *Foro it.*, 1998, I, 2148; A. Morace Pinelli, *La crisi matrimoniale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, 123.

(47) Invero, nel "diritto vivente", nella prassi sociale, la dimensione giuridica sembra mantenersi integra soltanto nella fase fisiologica della convivenza coniugale; ma allora, anche lì, diviene difficile distinguere lo "spontaneo adempimento" dal carattere vincolante dei doveri: M. Paradiso, voce *Diritti e doveri dei coniugi (diritti e doveri di carattere personale)*, in *Enc. dir. - I Tematici*, Famiglia, in corso di stampa.

(48) Sia consentito perciò rinviare a M. Paradiso, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, in *Atti del Convegno Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano* (Venezia 11-13 novembre 2021), a cura di C. Camardi, Padova, 2022, 219 ss.

familias e la madre diveniva moglie in quanto il suo uomo diventava padre. E come allora la prole costituiva la ragione fondamentale della predicabilità di un consorzio familiare, anche oggi la prole tende a divenire ragione autonoma di un *nuovo* gruppo, causa di una *nuova* figura di comunità familiare: la *comunità dei genitori*, siano essi ex coniugi o genitori naturali, tenuti a ricostituire o a creare una collaborazione di tipo familiare in funzione dei figli. Si ripropone così, sotto la veste di “indissolubilità della famiglia”, quella indissolubilità che si è voluto espungere dal matrimonio (49), e prima o poi qualche esperto di psicologia sociale ci dirà in che misura la maggiore responsabilità verso i figli trova radice nella deresponsabilizzazione dei rapporti coniugali indotta dal divorzio.

Ma il tema condurrebbe lontano. Qui vorrei limitarmi a concludere osservando che l'evoluzione del sistema è forse una riprova del fatto che la natura è più forte delle ideologie, che la filiazione scissa da uno stabile rapporto di coppia tende per forza propria e ricostituire quel rapporto, quella relazione tra i genitori dalla quale ha preso vita e nella quale soltanto trova una stabile e appagante sistemazione. Che anche da questo ci venga la lezione che, in ultima analisi, quel che conta veramente nei rapporti di coppia sono i figli, tanto che ci toccherà di dar ragione alla dottrina canonistica che individuava proprio nella prole il primo e indefettibile tra i fini dell'unione di un uomo e di una donna?

DIRITTO DI FAMIGLIA E CAMBIAMENTO

di Andrea Nicolussi

Diritto di famiglia e cambiamento, tra fatti mutevoli e norme ineffabili

Che negli ultimi decenni nel diritto di famiglia si siano registrati cambiamenti, anche notevoli, è un dato di fatto. Non ha senso contestarlo. Il giurista è chiamato piuttosto a una analisi dei cambiamenti anzitutto per misurarne l'entità, per collocarli sul piano in cui si sono prodotti e inquadrare i riflessi sistematici che a loro volta le qualificazioni giuridiche (legali o giurisprudenziali) degli stessi producono. È compito dell'accademia non solo di

cogliere e svolgere - sul piano delle pratiche interpretative congruamente argomentate - le continue cesure o fratture che l'evoluzione della realtà sociale o l'innovazione legislativa introducono nel diritto dato, ma anche di elaborarne il rapporto col sistema in cui i mutamenti si devono integrare, salvo registrare un inesorabile mutamento di sistema e di paradigmi ispiratori del medesimo.

Ora, Emanuele Bilotti propone di tematizzare il mutamento del diritto di famiglia e individuarne sulla scorta del volume di Lenti (50) la principale chiave di lettura, avanzando l'ipotesi di una sostituzione del fondamento della famiglia dal matrimonio alla procreazione, che, in altre parole, la famiglia dei figli abbia preso il posto della famiglia dei coniugi. In prospettiva costituzionale, il tempo avrebbe consunto l'art. 29 Cost. lasciando in solitudine l'art. 30 Cost.

In effetti, affermazioni che corrispondono alla sintesi di Bilotti non mancano nel volume. Ad esempio, si legge che “se ancora ieri si poteva affermare, come per secoli e secoli si è fatto, che *matrimonium interest reipublicae*, oggi si deve invece dire che ciò che *interest reipublicae* non è più il matrimonio, ma sono i figli, il domani della nostra società, la scelta del regime giuridico che lega la coppia che li genera, invece, è ormai divenuta una questione solo privata”. Sostenere che la famiglia non è più fondata sul matrimonio ma semmai sulla procreazione rispolvera in qualche modo le origini dello stesso matrimonio come *matris munus*, ossia come struttura di giuridicizzazione della solidarietà nel dovere genitoriale che il padre condivide con la madre. Proprio su queste basi inizialmente s'intrecciava il matrimonio col patrimonio, la cura della prole (il *caregiving*) col *breadwinning*. Il ritorno al passato farebbe riemergere quindi una sorta di matrimonio (o famiglia) “reale” che, esaurito il principio del consensualismo (*consensus facit nuptias*), *re perfitur*, ossia che si formerebbe mediante il fatto della procreazione, ma in pari tempo si restringerebbe alla responsabilità genitoriale. D'altra parte, allargando il quadro oltre il matrimonio, la centralità della tutela dei figli rispetto alla relazione di coppia corrisponde a quella curiosa ambivalenza del fenomeno familiare per la quale, da un lato, si rileva una pluralizzazione delle forme di relazione di coppia, mentre dall'altro si procede verso l'unificazione o almeno l'equiparazione dello stato di figlio (51).

(49) Così ben evidenziata da A. Gorassini, *op. loc. cit.*

(50) L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2021.

(51) Il fenomeno può descriversi anche come controtendenza rispetto alla frantumazione concettuale della famiglia: cfr. A. Nicolussi, *La filiazione nella cultura giuridica europea*, in *Civitas et Iustitia*, 2008, 359.

Tuttavia, il volume è percorso, forse più che dall'idea di una definitiva sostituzione di un concetto a un altro, da una forte sottolineatura del carattere mutevole di questa materia. Il divenire viene visto come il fattore destrutturante del matrimonio e di quella che potrebbe essere colta come la sua energia fondamentale, onde proprio in quest'ottica l'autore presenta una chiave d'interpretazione riguardo al fatto che il divorzio sia divenuto "una 'normalità' sociale: è una conseguenza diretta e difficilmente evitabile del fatto che oggi legarsi in matrimonio ha il suo fondamento morale e sociale nel sentimento d'amore che lega la coppia, *un sentimento per sua natura volatile e incoercibile*". Di qui la dequalificazione a "comune vulgata, che nel recente passato raccoglieva un consenso larghissimo", dell'idea che la famiglia sia "un gruppo sociale ristretto, composto da un uomo e da una donna, che convivono e sono legati da una relazione di profonda intimità, comprensiva anche di quella sessuale, e da un vincolo giuridico reciproco, il matrimonio; convivono con i figli comuni, fino al momento in cui questi raggiungono l'autonomia e si allontanano, fondando a loro volta una propria famiglia". Krónos tutto divora, anche la forma di famiglia plurimillenaria, e ciò viene ricapitolato nel *Trattato* con le parole di Scalisi, l'unico autore citato nel capitolo I: "Il diritto storico, c.d. effettivo, che governa i rapporti di famiglia, sempre si costituisce e atteggia come sistema mobile, aperto, in equilibrio instabile, mutevole e sempre spostabile, e anche in ragione di ciò sempre e continuamente rinnovantesi in un processo senza sosta né fine".

In ultima analisi, il pendolo tra fatti e norme, che è una costante della storia del diritto, inclina inesorabilmente secondo Lenti dalla parte del fatto: "Questa evoluzione ha portato a dare un rilievo sempre maggiore al profilo fattuale delle relazioni familiari, rispetto al profilo giuridico". Si assiste così a uno strano paradosso: l'art. 29 Cost., che addirittura riconosceva una dimensione naturale della famiglia e quindi una preesistenza della stessa rispetto al diritto, si eclisserebbe proprio per fare ancora più spazio al fatto.

Certo, radicalizzando viene da chiedersi come potrebbe il diritto, che è pensiero della realtà in funzione di un ordine della stessa, adempiere al proprio compito davanti a una realtà sempre mutevole che sempre quindi gli sfugge: una realtà che non si può nemmeno pensare perché nel momento in cui la si pensa è già passata. Tuttavia, nonostante certe affermazioni piuttosto radicali lo svolgimento del discorso che si segue nel *Trattato* si rivela più articolato. Ciò che rimane è soprattutto una simpatia dell'autore verso un'idea tipologica di famiglia analoga a quella che secondo lui è fatta propria dalla Corte Edu. "Nel disegnare i contorni della nozione di famiglia, la Cedu accoglie in modo inequivocabile lo *strumento logico del tipo*, i cui contorni sono determinati in modo solo approssimativo". È un metodo, quello tipologico, di inquadramento dei fenomeni che può ben essere funzionale a una carta dei valori internazionale, la quale deve comunicare con più ordinamenti diversi, ma risulta problematico come opzione metodologica unica e generale degli ordinamenti stessi, sempre che questi ultimi non vogliano ridurre la famiglia a mero fatto, escludendone una comprensione formale, oppure la vogliano ricondurre *tout court* a un contratto.

La misura del fatto. Faktische Vertragsverhältnisse e faktische Familienverhältnisse?

Se si confrontano sul piano statistico il numero delle persone unite in matrimonio e le relative famiglie con il numero degli uniti civilmente e con quello dei conviventi di fatto, indubbiamente la realtà dei fatti risulta profondamente cambiata rispetto a quella del secolo scorso, ma è anche vero che le famiglie fondate su un matrimonio - secondo la formula dell'art. 29 Cost. - rimangono le più numerose e rappresentano una realtà sociale di enorme rilievo (52). Certo, nel diritto moderno, da ormai diversi decenni la prospettiva del fatto sfida l'idea dell'atto, ma il *topos* della crisi della famiglia, che talora ha persino indossato le vesti funerarie della morte della famiglia (53), deve fare i conti proprio sul piano del fatto con una

(52) A inizio 2019 risultano sposati in Italia più di 14 milioni di uomini e di donne; rispettivamente il 48,3% e il 46,3% della popolazione del rispettivo sesso. In totale, nel 2019 e dopo l'entrata in vigore della L. 20 maggio 2016, n. 76, il numero complessivo delle unioni civili è pari a circa 12 mila. Meno agevole è il reperimento di dati precisi sulle convivenze di fatto, a conferma che la prospettiva dell'atto di istituzione della comunione di vita, anziché del fatto, offre una base più chiara per comprendere e regolare i fenomeni della famiglia. Cfr. <https://italiaindati.com/matrimoni-e-divorzi-in-italia/#:~:text=A%20inizio%202019%20r>

[https://www.ilpost.it/2021/05/19/legge-unioni-civili-cirinna-bilancio/#:~:text=In%20totale%2C%20al%202019%20e,pari%20a%20circa%2012%20mila](https://www.ilpost.it/2021/05/19/legge-unioni-civili-cirinna-bilancio/#:~:text=In%20totale%2C%20al%202019%20e,pari%20a%20circa%2012%20mila;); <https://www.istat.it/it/archivio/220713>. Sul sito dell'Istat si trova il dato del 2018: <https://www.istat.it/it/archivio/220713/#:~:text=Al%201%2C%20B0%20gennaio%202018,ha%2065%20anni%20e%20pi%C3%B9>.

(53) Cfr. D. Cooper, *La morte della famiglia, Il nucleo familiare nella società capitalista*, trad. italiana, Torino, 1972.

misura del fenomeno matrimoniale ancora rimarchevole. D'altra parte, persino la giuridicizzazione delle coppie omosessuali - la più distante dalla prospettiva tradizionale - sembra tutt'altro che scartare la forma dell'atto come momento costitutivo di tali unioni. Non soltanto ciò è vero nei limiti di quella *new institution* che è l'unione civile (54), ma lo è ancora maggiormente se si considera la richiesta di eliminare il requisito della differenza di sesso nel matrimonio, come peraltro è stato già fatto in diversi ordinamenti. Basti la prova della celeberrima sentenza *Obergefell v. Hodges* della Corte suprema americana che nel rendere obbligatoria per gli Stati dell'Unione la previsione del matrimonio omosessuale afferma senza mezzi termini l'opzione istituzionalistica ("*one of civilization's oldest institutions*") non solo sotto il profilo dell'atto, ma anche dello stesso valore di esso (55). L'idea di annegare nella *Faktizität* il matrimonio e la famiglia facendone il terreno di *faktische Vertragsverhältnisse* si rivela riduttiva. Non si tratta di rievocare in chiave polemica censure ideologiche che hanno investito lo stesso metodo tipologico come nel caso del *völkische Gesamtdordnung* di Larenz (56). Si tratta di distorsioni contingenti legate al passato. Del resto, lo stesso Lenti è ben lontano da quelle prospettive e dichiara apertamente il proprio favore per i principi individualistico-liberali se non proprio libertari. Tuttavia, la storia ormai ci mette sull'avviso che uno sbilanciamento del diritto sul fatto può innescare dinamiche pericolose proprio perché il fatto nella sua nudità si sgancia da un valore e così può scivolare nell'arbitrio. Di questo pericolo sembra in qualche modo essersi resa conto la nostra Costituzione la quale, nell'art. 29, dopo aver qualificato la famiglia

come una società naturale, si affretta a ordinarne il fondamento, cioè il matrimonio, sulla parità giuridica e morale dei coniugi.

D'altra parte, un ordinamento pluralista che ammetta la possibilità di scegliere fra diverse regolazioni dei rapporti di coppia, anziché omologare, dovrebbe articolare la disciplina, prevedendo sia la possibilità di un vincolo forte legato a una reciproca promessa sia la rilevanza circoscritta del fatto in funzione degli affidamenti creati o in relazione a un contratto che regoli i profili patrimoniali della convivenza. È soltanto in relazione alla convivenza di fatto che potrebbe trovare un ambito di operatività il metodo tipologico magari anche in senso funzionale (57). Fissato quindi un criterio tipologico per l'ascrizione della convivenza all'area della rilevanza giuridica, gli effetti potrebbero essere ricollegati o a previsioni contrattuali oppure a elementi di specificazione del tipo come la stabilità, la cui misura (la durata della convivenza) potrebbe variare a seconda degli effetti previsti. Sicché per certi effetti la durata potrebbe essere più breve, mentre per altri esserne richiesta una più prolungata.

Diversamente il matrimonio non è più, come lo è stato agli albori della civiltà, un fatto e del resto l'art. 130 c.c. ce lo conferma chiaramente quando rende inapplicabile il possesso di stato in mancanza di celebrazione. Nella concezione moderna il matrimonio è una forma giuridica definita, nonché basata sul criterio della libertà di matrimonio, onde il metodo di inquadramento giuridico deve rimanere quello concettuale che presuppone l'atto con i suoi requisiti di fattispecie. Solo in casi limitati, come, ad esempio, nella disciplina dell'annullamento e dell'assegno

(54) L'espressione è ripresa da Corte Edu, *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010 (ric. 30141/04).

(55) *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S. (2015) nel cui incipit si legge: "From their beginning to their most recent page, the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage. The lifelong union of a man and a woman always has promised nobility and dignity to all persons, without regard to their station in life. Marriage is sacred to those who live by their religions and offers unique fulfillment to those who find meaning in the secular realm. Its dynamic allows two people to find a life that could not be found alone, for a marriage becomes greater than just the two persons. Rising from the most basic human needs, marriage is essential to our most profound hopes and aspirations. The centrality of marriage to the human condition makes it unsurprising that the institution has existed for millennia and across civilizations. Since the dawn of history, marriage has transformed strangers into relatives, binding families and societies together. Confucius taught that marriage lies at the foundation of government. 2 Li Chi: Book of Rites 266 (C. Chai & W. Chai eds., J. Legge transl. 1967). This wisdom was echoed centuries later and half a world away by Cicero, who wrote, 'The first bond of society is marriage; next, children; and then the family.' See *De Officiis* 57 (W. Miller transl. 1913). There are untold references to the beauty

of marriage in religious and philosophical texts spanning time, cultures, and faiths, as well as in art and literature in all their forms. It is fair and necessary to say these references were based on the understanding that marriage is a union between two persons of the opposite sex".

(56) K. Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Berlin, 1938, 43 ss.

(57) Sotto questo profilo la giurisprudenza non sembra ancora sempre pronta, come si evince da Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198 in cui al par. 3.2 essa scambia il fatto (l'essere) per il diritto (il dover essere), affermando che tra i conviventi sia dovuto, "dopo la regolamentazione normativa delle convivenze di fatto, anche l'adempimento di un reciproco e garantito dovere di assistenza morale e materiale (come attualmente previsto dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, art. 1, comma 37), benché non privo di precarietà nel suo divenire, in quanto legato al perdurare della situazione di fatto". A parte l'erronea indicazione del comma - non si tratta del 37 ma del 36 - l'art. 1, comma 36, L. n. 76/2016 si limita a indicare il legame di reciproca assistenza morale e materiale come elemento di fatto della convivenza (appunto) di fatto. Del resto, ben diverso è il testo dell'art. 1, comma 11 nel quale con riguardo all'unione civile si precisa che da essa "deriva l'obbligo reciproco di assistenza morale e materiale (...)".

divorzile oppure per l'attribuzione di benefici pubblici o per l'accesso a istituti come l'adozione, ha senso aggiungere una rilevanza della durata della convivenza matrimoniale.

La tesi della deistituzionalizzazione del matrimonio e il presunto svuotamento del contenuto e del vincolo del matrimonio: 1) Gli obblighi coniugali

Le spinte a svuotare il contenuto obbligatorio del matrimonio vengono solitamente ascritte al fenomeno della cosiddetta privatizzazione, ossia la tendenza a deistituzionalizzare la famiglia per ridurla a un contratto il cui contenuto diviene mero affare delle parti. Ridotti i rapporti familiari nell'alveo del contratto (pur nel senso del BGB che non prevede il requisito della patrimonialità), va da sé che la libertà di determinazione del contenuto del contratto ne rende variabile il contenuto stesso: operazione che peraltro non implica necessariamente eliminare gli obblighi, perché proprio una volta che si prenda sul serio la natura contrattuale si dovrebbero anche valorizzare gli obblighi contrattuali che ne discendono.

Tuttavia, l'analisi del diritto di famiglia recente non porta a una conclusione univoca in senso contrattualistico. Anzitutto, è pacifico che la famiglia, coinvolgendo persone minori d'età, non può essere ridotta a un contratto. Inoltre, gli indici che anche sul piano internazionale emergono sono ambigui. Persino la citata sentenza *Obergefell v. Hodges*, nell'imporre l'eliminazione del requisito della differenza di sesso per il matrimonio a tutti gli stati dell'Unione, afferma recisamente e con toni solenni la natura istituzionale del matrimonio e della famiglia che si fonda su di esso. Di qui il riconoscimento del valore sociale della famiglia e quindi del bisogno di una tutela che trascenda i diritti soggettivi dei singoli. Si pensi, ad esempio, nel nostro ordinamento ai doveri di solidarietà verso i familiari che vengono ad assumere, anche costituzionalmente, rilievo preminente persino a scapito di obblighi contrattuali verso terzi: non solo la tutela della maternità e della paternità nell'ambito del rapporto di lavoro, ma anche l'inesigibilità di obblighi, la tutela dei familiari conviventi nel contratto di locazione, la successione necessaria, il danno da perdita di rapporto familiare e, fuori dal diritto civile, le provvidenze pubbliche alla famiglia, la reversibilità della pensione, ecc.

Per quanto concerne gli obblighi familiari, essi secondo Lenti si presenterebbero in contrapposizione all'autodeterminazione dei coniugi e anche su questo versante secondo l'autore si registrerebbe una spinta

disgregatrice avallata dalla legge. "La legge attribuisce ormai la prevalenza in modo chiaro e forte" alle aspirazioni dei coniugi come singoli anche se si dirigono in opposizione allo spirito di coesione familiare di cui gli obblighi familiari sono espressione. Si registrerebbe infatti "la crescente debolezza del valore cogente del suddetto codice etico dal contenuto eterodeterminato", rappresentato dagli obblighi familiari: crescente debolezza, la quale emergerebbe "con evidenza dall'evoluzione che negli ultimi decenni ha avuto la giurisprudenza sull'addebito della separazione personale tra i coniugi".

Anche in questo ambito della disciplina matrimoniale rimarrebbe solitario il valore del *bonum proles*: "si è espanso e rafforzato invece il controllo dell'autorità pubblica con il fine di garantire e promuovere il massimo benessere dei figli minorenni, cioè il cosiddetto interesse del minore".

Il *topos* dell'indebolimento dei doveri familiari in senso orizzontale, ossia tra coniugi, è certamente diffuso, ma la sua analisi sembra pure in questo caso mettere in evidenza una ambivalenza più che una linea netta. Anzitutto, se si confronta il presente col passato, la forza cogente dei doveri familiari era forse addirittura minore in passato quando la *doctrine of immunity* della famiglia (l'isola che il mare del diritto può solo lambire...) non lasciava penetrare il diritto tra le mura domestiche. In passato, era il principio di indissolubilità della famiglia e la concezione patriarcale della stessa che semmai potevano rendere effettivi certi doveri familiari sotto l'egida del *pater familias*, onde l'effettività dei doveri riguardava eventualmente e soltanto quelli dei familiari subordinati al *pater*.

Ora, la modernizzazione del diritto di famiglia col l'introduzione dei principi di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e di pari dignità di ciascun membro della famiglia ha senz'altro spazzato via la concezione patriarcale. Ma l'orizzonte solidaristico in cui la famiglia dovrebbe iscriversi come prima realizzazione costituzionale non sembra compatibile con l'eliminazione degli obblighi, i quali, invece, proprio in funzione della piena soggettività di ciascun membro della famiglia, dovrebbero rimpiazzare quella concezione organicistica. Invero, un sintomo della rilevanza di questa istanza potrebbe essere ravvisato nell'emersione della c.d. responsabilità endofamiliare. Significativamente la giurisprudenza che ha ammesso tale istituto di diritto comune nell'alveo familiare afferma, nella sentenza n. 9801 del 2005, che: "è noto peraltro che i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono soltanto di

carattere morale, ma hanno natura giuridica, come può desumersi dal reiterato riferimento contenuto nell'art. 143 c.c. alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto, dall'espresso riconoscimento nell'art. 160 c.c. della loro inderogabilità, dalle conseguenze che l'ordinamento giuridico fa derivare dalla loro violazione, onde è certamente ravvisabile un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti conformi a detti obblighi" (58).

Del resto, a parte l'addebito della separazione (art. 151, comma 2, c.c.), contro il quale Lenti obietta l'argomento del fatto, ossia la scarsa applicazione di tale tutela, nonché dubita della ragionevolezza di essa, rimangono l'art. 146 c.c., che sanziona l'allontanamento ingiustificato del coniuge, il profilo risarcitorio nell'assegno divorzile ("le ragioni della decisione" di cui all'art. 5, comma 6, L. n. 898/1970) (59), così come la previsione del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 c.p. Inoltre, l'art. 123 c.c. considera annullabile per simulazione il matrimonio celebrato con l'accordo dei coniugi di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti: dunque il matrimonio privato degli obblighi è *per tabulas* un'apparenza, una finzione, non una realtà di matrimonio.

La responsabilità endofamiliare, nonostante l'inquadramento inappagante e per certi versi contraddittorio che la giurisprudenza reitera in termini di responsabilità extracontrattuale (c.d. responsabilità del passante), è una responsabilità che affonda le sue radici proprio nella (grave) violazione di obblighi familiari e per questo motivo è inestensibile a terzi. Infatti, è proprio la natura della relazione familiare che spiega la rilevanza della violazione di tali obblighi: a ben guardare gli stessi fatti tra soggetti estranei in alcuni casi potrebbero non risultare nemmeno

offensivi mentre in altri potrebbero esserlo laddove tra familiari potrebbero in qualche modo essere tollerati (60). Certo, la giurisprudenza applica in questi casi l'orientamento sviluppato in tema di danno non patrimoniale la cui risarcibilità richiede la lesione di un diritto fondamentale, ma non si può negare che alla base di tali fatti vi sia la violazione di un obbligo coniugale la quale getta una luce peculiare sulla stessa lesione (61). In ogni caso, la responsabilità endofamiliare denota un'insoddisfazione innegabile verso una concezione sterilizzante, e *lato sensu* culturalmente iconoclastica, degli obblighi familiari.

Tra gli obblighi matrimoniali vi sono anche gli obblighi nei confronti dei figli che l'art. 147 c.c. prevede pure nella sua versione più aggiornata. È una norma che non è solo coerente col matrimonio inteso in senso classico, ma altresì con la sottolineatura della nuova portata della filiazione come perno del diritto di famiglia. Gli obblighi verso i figli dovrebbero, almeno nel matrimonio, essere concepiti come bidirezionali, anzitutto e ovviamente verso i figli, ma anche verso il coniuge col quale è stato stretto il patto matrimoniale e col quale sono stati concepiti. Perciò non sembra condivisibile la lamentela: "La riforma del 2012-2013 non ha svolto un'adeguata opera di ripulitura del sistema: tutt'oggi permangono in vita molte norme che altro non sono se non scorie e relitti del passato, spesso ormai mummificati. Per esempio, secondo il diritto vivente, ora recepito nel nuovo art. 315-bis, è indubbio che l'obbligo di mantenere i figli non nasce dal matrimonio, ma dal rapporto biologico di filiazione. A quando la cancellazione dell'art. 147 c.c. e, ancor di più, del surreale art. 6 c. 1, l. div.?" Il matrimonio è una struttura giuridica che lega collettivamente e solidalmente i figli ai genitori e non v'è ragione di spezzare il nesso tra matrimonio e

(58) Su tali questioni mi permetto di rinviare al mio *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 929 ss.

(59) Tali previsioni sono richiamate dallo stesso Lenzi, *op. cit.*, 450-451.

(60) Se si pensa, ad esempio, all'obbligo di fedeltà, è la stessa giurisprudenza che nonostante l'inquadramento aquiliano della responsabilità esclude la corresponsabilità del terzo complice per la violazione dell'obbligo di fedeltà. Cfr. Trib. Monza 15 marzo 1997, in questa *Rivista*, 1997, 462, con nota di Zaccaria, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*; Trib. Milano 24 settembre 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 465, con nota di Facci, *L'infedeltà coniugale e l'ingiustizia del danno*; (Trib. Vicenza 3 novembre 2009), in questa *Rivista*, 2010, 282, con nota di Facci, *La crisi matrimoniale e la (ir)responsabilità del terzo*; Cass., Sez. III, 7 marzo 2019, n. 6598.

(61) Diversamente, prendendo in considerazione il profilo lesivo del diritto all'onore o alla dignità, Cass. Civ. 7 marzo 2019, n. 6598, afferma che: "Laddove si allegghi, correttamente, che il

diritto violato non è quello alla fedeltà coniugale, bensì il diritto alla dignità e all'onore, non può escludersi, in astratto, la configurabilità di una responsabilità a carico dell'amante. Essa, peraltro, potrà essere affermata soltanto se l'amante stesso, con il proprio comportamento e avuto riguardo alle modalità con cui è stata condotta la relazione extraconiugale, abbia leso o concorso a violare diritti inviolabili - quali la dignità e l'onore - del coniuge tradito (si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui egli si sia vantato della propria conquista nel comune ambiente di lavoro o ne abbia diffuso le immagini), e purché risulti provato il nesso causale tra tale condotta, dolosa o colposa, e il danno prodotto. In caso contrario, infatti, il comportamento dell'amante è inidoneo a integrare gli estremi del danno ingiusto, costituente presupposto necessario del risarcimento ex art. 2043 c.c., avendo egli semplicemente esercitato il suo diritto, costituzionalmente garantito, alla libera espressione della propria personalità, diritto che può manifestarsi anche nell'intrattenere relazioni interpersonali con persone coniugate; allo stesso modo in cui, sia pure entro i limiti delineati, resta libero di autodeterminarsi ciascun coniuge".

filiazione al solo scopo di equiparare, al ribasso, la filiazione nel matrimonio a quella fuori da esso, nella quale peraltro il riconoscimento del figlio da parte di un genitore è autonomo rispetto al riconoscimento dell'altro. Concepire altre forme di vita familiare non dovrebbe significare colpire al cuore la famiglia fondata sul matrimonio. D'altra parte, non solo la previsione del requisito del grave pregiudizio alla educazione della prole come ragione di intollerabilità della prosecuzione della convivenza matrimoniale conferma il nesso tra matrimonio e filiazione, ma anche norme più recenti come l'art. 709-ter, nn. 2 e 3, c.p.c. mantengono la doppia direzione della responsabilità per violazione di obblighi genitoriali (62).

Il nesso tra matrimonio e procreazione, peraltro, non si gioca biunivocamente. La procreazione richiama la responsabilità genitoriale, ma non può certo imporre la coniugalità, mentre il matrimonio, che si celebra volontariamente, è forma giuridica idonea a ospitare anche obblighi coniugali verso i figli.

Segue: 2) il divorzio

Nella polarità tra istituzione e contratto - come schemi generali di riferimento del fenomeno familiare - la previsione del divorzio non implica di per sé contrattualizzazione. Non vi è dubbio, tuttavia, che una trasformazione del divorzio in mero diritto di recesso sbilancia fortemente nel senso della contrattualizzazione. La disciplina dell'uscita dal matrimonio - se non vuole piegare la famiglia nello schema del contratto - dovrebbe perciò tenere conto di criteri solidaristici, anche per tutelare la parte debole e i figli come del resto è avvenuto sin dagli albori delle c.d. legislazioni divorziste.

Diverso è invece il punto di vista di Lenti che, con riguardo al divorzio, si esprime in questi termini: "Diritto di divorziare come *diritto soggettivo potestativo* cui corrisponde la soggezione dell'altro di liberarsi dal vincolo coniugale per il solo fatto di avere tale intenzione: dunque indipendentemente da eventi oggettivi accaduti nella vita coniugale e nonostante l'eventuale opposizione dell'altro. Tale diritto - che decenni fa era qualificato nel linguaggio politico come uno dei tanti "diritti civili" spettanti a ogni persona - va ormai compreso nel novero dei diritti fondamentali della persona, garantiti dal sistema costituzionale e internazionale dei diritti dell'uomo".

Certo, nel diritto contemporaneo il piano si presenta sempre più inclinato nella direzione indicata dal nostro autore. Tuttavia, dal punto di vista tecnico in Italia questo diritto potestativo rimane ancora sottoposto a un controllo giudiziale che implica almeno la rilevazione di un tempo di separazione. Del resto, un tempo di separazione (anche se semplicemente di fatto) è previsto in gran parte degli ordinamenti civili. Solo per fare una comparazione con Inghilterra e Galles, dove nel 2020 è stato approvato il *Divorce, Dissolution and Separation Act 2020* che ha eliminato *the previous grounds of divorce (adultery, desertion, cruelty and being "incurably of unsound mind") with the sole ground that the marriage has broken down irretrievably*, il divorzio non può essere chiesto prima che sia trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio e non può essere ottenuto prima di 6 mesi dall'inizio della procedura, durante i quali alle parti è dato un termine per eventualmente rinunciare alla domanda di divorzio.

Invero, un diritto di recesso è previsto in Italia solo per le unioni civili, sebbene anche in questa ipotesi viene almeno sottoposto a un termine di tre mesi di preavviso (art. 1, comma 24, L. 20 maggio 2016, n. 76). Non è un caso, del resto, che per le unioni civili persino il testo di legge parli di contratto (art. 1, comma 16, L. n. 76/2016) ed espunga i riferimenti ai profili istituzionali come quello che nella disciplina del matrimonio l'art. 144 c.c. rinvia alle esigenze preminenti della famiglia (63).

Il riduttivismo di una visione del divorzio di stampo contrattualista emerge anche se si fa riferimento alla pratica della mediazione familiare diffusasi originariamente nei paesi di più lunga tradizione divorzista. Essa mette in evidenza la delicatezza della questione e l'esigenza di forme di assistenza ai coniugi che si dividono per trovare soluzioni che almeno nell'interesse della prole agevolino la continuazione della relazione sia pure riqualficata in termini soltanto genitoriali.

La filiazione e la procreazione. Il principio di non discriminazione come veicolo di slittamenti di significato

Scrivono Lenti: "Lo scioglimento del legame tra sessualità e procreazione presenta anche un secondo aspetto, all'inverso rispetto al primo: la pma non richiede rapporti sessuali. Anche qui lo sviluppo delle conoscenze scientifiche e delle tecnologie della riproduzione ha avuto un'importanza

(62) Un discorso a parte meriterebbe invece la perdita di significato dell'art. 6, comma 1, L. 1° dicembre 1970, n. 898.

(63) Cfr. M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Padova, 2021, 228.

fondamentale, poiché ha reso facilmente praticabili e molto diffusi gli interventi di assistenza medica nelle patologie della riproduzione. *Non solo, ma ha permesso anche alle coppie omosessuali di procreare*". "L'unicità del paradigma eterosessuale ne è uscita abbattuta: oggi anche quella composta da persone omosessuali è riconosciuta come famiglia. Non solo, ma è sempre più fragile la barriera contro la possibilità per le coppie omosessuali di procreare e di allevare dei figli, allo stesso modo delle coppie eterosessuali: sia dei figli adottivi, sia dei figli biologicamente propri, frutto di procreazione medicalmente assistita realizzata con le più varie modalità o di precedenti relazioni eterosessuali di un componente della coppia". In queste frasi si coglie un esempio eloquente di un fenomeno giusculturale caratteristico del nostro tempo che rinvia a una questione metodologica fondamentale. Essa si connette al rilievo centrale riconosciuto dallo stesso Lenti al principio di uguaglianza inteso come sinonimo del principio di non discriminazione secondo il linguaggio di matrice anglosassone più usato negli strumenti internazionali di protezione dei diritti fondamentali. Infatti, se nella pagina di Lenti il procreare può slegarsi dal suo significato oggettivo per potersi riferire anche alla filiazione legalmente attribuita a una coppia omosessuale, il *saltus* altrimenti impossibile è compiuto proprio mediante una certa applicazione del principio di non discriminazione. Per illustrare il ruolo del tutto inedito che viene affidato a tale principio non vi è forse modo migliore che rilevare il contrasto in proposito tra la sentenza *Obergefell v. Hodges* e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Schalk and Kopf v. Austria*, nella quale pure si trattava della estensione del matrimonio a coppie omosessuali.

La Corte europea, da un lato, in una prospettiva di rispetto della distinzione tra diritti e principio di non discriminazione, precisa che la funzione dell'art. 14 della Cedu è quella di integrare le altre norme della Convenzione e i suoi Protocolli (*complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols*) nel senso per cui il principio di non discriminazione non ha una sua funzione autonoma (*independent existence*), operando solo in relazione al

godimento dei diritti e delle libertà garantite dalla altre norme della Convenzione. Il corollario è che vi è spazio per una sua applicazione solo se i fatti ricadano nell'ambito di uno o dell'altro dei diritti e delle libertà garantiti, già individuati quindi in modo autonomo. Per contro, la Corte Suprema americana rifiuta esplicitamente la tesi della "*careful description of fundamental rights*", affermando una profonda connessione tra *Due Process Clause* ed *Equal Protection Clause*, onde il principio di non discriminazione diviene criterio anche per precisare il significato e la portata delle libertà fondamentali. In ogni ipotesi particolare - sostiene la Corte -, ciascuna delle due clausole può intervenire per cogliere l'essenza del diritto in una maniera più accurata e ampia ("*in any particular case one Clause may be thought to capture the essence of the right in a more accurate and comprehensive way, even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right*"). In ultima analisi, le libertà fondamentali diventano funzione anche del principio di non discriminazione che, impiegato così pervasivamente, diviene potenzialmente refrattario a ogni distinzione. Così la stessa Corte proprio mentre proclama la dimensione istituzionale del matrimonio, mostra uno slittamento gravido di implicazioni nel modo di operare del principio di non discriminazione, potenzialmente incompatibile con l'idea di un nucleo essenziale delle situazioni giuridiche costituzionalmente protette.

Le diverse potenzialità delle due forme di applicazione del medesimo principio non possono quindi non riflettersi negli esiti delle due sentenze. Da un lato, la Corte europea non opera una lettura correttiva dell'art. 12 della Cedu che prevede il diritto al matrimonio secondo il significato che contempla il requisito essenziale della differenza di sesso, e invece reputa che la tutela della vita familiare (art. 8 della Cedu) esiga una protezione delle coppie omosessuali che non cancelli le differenze. Di contro, la Corte americana, che non distingue l'ambito di operatività del principio di non discriminazione, conduce una rilettura del matrimonio e del relativo diritto soggettivo, la quale ne espunge quello che fin dall'alba dei tempi è stato pensato come un requisito essenziale (64). Su questa strada, dopo aver eliminato

(64) I giudici americani, però, non sembrano del tutto avvedersi del *saltus* che essi impongono alla giurisprudenza della Corte. Infatti, si richiamano a una serie di precedenti in cui, argomentando in base al principio di non discriminazione, sono stati eliminati taluni divieti di matrimonio come, ad esempio, quello relativo a persone di "razze" diverse [caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)] o a persone sottoposte alla pena carceraria [caso *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987)], ma senza rilevare che tali casi non

mettevano in discussione un requisito essenziale del matrimonio. Nelle ipotesi in cui la libertà di matrimonio viene conculcata per ragioni razziali o in conseguenza della condizione di detenuto in cui si trova una delle parti, il principio di non discriminazione non modifica il significato del matrimonio, ma semplicemente, una volta già accertato il contenuto essenziale del diritto, esige che alcune categorie di soggetti non ne rimangano escluse. Invece, l'idea del matrimonio omosessuale implica l'eliminazione del

dal concetto di matrimonio la differenza di sesso, il contenuto minimo si rende quasi evanescente; non rimarrebbe che eliminare la bilateralità per “non discriminare” unioni c.d. poliamorose.

Una simile applicazione del principio di non discriminazione si è registrata, peraltro, anche con riguardo alla fecondazione eterologa. Lo si può rilevare in una sentenza di una sezione singola della Corte Edu, evidentemente dimentica della funzione dell'art. 14 Cedu, che però successivamente è stata “cassata” dalla Grande camera la quale è intervenuta correggendo la rotta. Si tratta del noto caso *S. and H. v. Austria* nel quale la sezione singola aveva proprio applicato il principio di non discriminazione per equiparare la fecondazione eterologa alla fecondazione omologa, non avvedendosi che così facendo mutava lo stesso concetto di filiazione: da una concezione di filiazione legata alla riproduzione della coppia si passava - inavvertitamente? - a una concezione contrattualistica che assegnava il ruolo genitoriale, anche a prescindere dal legame biologico, in forza della messa a disposizione volontaria di gameti da parte di un terzo alla coppia.

Ora - è naturalmente su questa scia che si perviene addirittura a svuotare di significato oggettivo la parola procreazione per poterla riferire a una coppia la quale oggettivamente non potrebbe procreare. Ma se la famiglia si fonda sulla procreazione così vagamente intesa, non meno incerto ne diviene il fondamento.

Corpi e anime, e conflitto tra paradigmi della filiazione

La soggettivizzazione della filiazione è in qualche modo parente della soggettivizzazione della sessualità, dimensione quest'ultima che da tempo nella disciplina giuridica del matrimonio vede evaporare sempre più la propria rilevanza. A partire dalle riforme degli anni Settanta del secolo scorso, si è rifiutata una *scientia minima* del matrimonio che comprendesse la dimensione sessuale ai fini della validità di esso, per ridurla a un fatto rilevante soltanto per la disciplina dell'errore (art. 122, comma 3, n. 1, c.c.) ovvero, ai fini del divorzio, sotto il profilo della mancata consumazione, e ciò forse più per

mimesi col diritto canonico che per scelta autonoma (65). Infine, la recente disciplina delle unioni civili introdotta dalla L. n. 76/2016, oltre a non prevedere l'obbligo di fedeltà, non ha richiamato le anomalie o deviazioni sessuali tra i fatti su cui può cadere l'errore né la mancata consumazione tra le cause di scioglimento del vincolo.

In questa prospettiva, perciò, la questione della giuridicizzazione delle unioni omosessuali si inserisce in una linea di disincarnazione, se così si può dire, che in una certa misura ha già toccato il matrimonio e ora si rafforza decisamente nelle unioni civili, trovando corrispondenza nella soggettivizzazione della filiazione.

Su questo sfondo, infatti, o almeno in parallelo ha fatto ingresso nell'ordinamento giuridico italiano il paradigma volontaristico della filiazione, per ora limitato alla fecondazione eterologa, che pone delle questioni sistematiche di non agevole soluzione, perché il criterio volontaristico non è conciliabile col criterio naturalistico su cui, peraltro, è orientata la Costituzione (art. 30 Cost.), in quanto i due paradigmi veicolano prospettive dogmatiche opposte. Non a caso il criterio volontaristico emerge dal binario giurisprudenziale che in questa materia tende a disallinearsi da quello legale.

L'uno richiama la prospettiva del diritto soggettivo dell'adulto, mentre il criterio naturalistico quella del rapporto e della responsabilità. Già sul piano costituzionale la distanza è evidente e notevole. Il criterio naturalistico è previsto dall'art. 30 Cost. che è collocato nell'ambito dei *rapporti etico-sociali*, il quale si apre con i tre articoli sulla famiglia. Risulta netta, insomma, l'enfasi sulla dimensione relazionale e di solidarietà in cui viene inquadrato lo sviluppo della personalità dei singoli che si trovino in questi contesti. Si è parlato anche di solidarietà biologica come dimensione in cui il figlio si può aspettare, e ha diritto, di ricevere assistenza, istruzione, mantenimento dai genitori genetici (66), e che può semmai trovare deroga in ragione di un interesse del minore alla stabilità di uno *status* erroneamente già acquisito (*arg. ex* art. 263 c.c. che ora prevede per i legittimati diversi dal minore la prescrivibilità dell'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di

requisito della differenza sessuale che non ne connota più l'essenza, onde il matrimonio giocoforza si trasforma in qualcosa d'altro. Come la stessa Corte americana sembra ritenere, si estende il valore simbolico del matrimonio, “*one of civilization's oldest institutions*”, ma nello stesso tempo il simbolo si stacca dal suo referente oggettivo.

(65) Cfr. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 179.

(66) T. Auletta, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia: riflessioni su un percorso di mezzo secolo*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2019, 647.

veridicità), e più in generale in favore di uno *status* ormai formatosi in un contesto relazionale positivo (67): il criterio naturalistico, che è un criterio di formazione dello *status a priori*, può lasciare spazio a un criterio *a posteriori*, di formazione progressiva o di stabilizzazione (possessoria) dello *status* (68). In ultima analisi, l'art. 30 Cost. ha promosso la solidarietà biologica che si traduce in responsabilità genitoriale e che ha prodotto il primato del *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*, prendendo finalmente congedo dalla tradizione delle codificazioni ottocentesche tra le quali notoriamente il *Code Napoléon* spiccava per spietatezza verso i figli adulterini (69).

Il criterio volontaristico, invece, si basa su una messa a tacere dell'art. 30 Cost. - non a caso mai citato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014 che ha imposto la legittimità della fecondazione eterologa -, e viene ricondotto all'art. 2 Cost. dal quale, come da un cilindro magico, viene estratto il principio di autodeterminazione genitoriale inteso come situazione giuridica individuale a dispetto della stessa logica dell'art. 2 che invece, da un lato, valorizza le formazioni sociali in cui si svolge la personalità del singolo e, dall'altro, accoppia il riconoscimento dei diritti inviolabili alla previsione dei doveri inderogabili di solidarietà (70). Il criterio volontaristico, in ultima analisi, si rivela un veicolo di decostituzionalizzazione.

Anche sul piano delle categorie giuridiche, l'alternarsi di un criterio all'altro mette capo a un ribaltamento, perché alla logica dei doveri di solidarietà si sostituisce quella dei diritti soggettivi, alla logica istituzionale e relazionale la logica dell'autodeterminazione negoziale che fa considerare la filiazione come momento di autorealizzazione del soggetto adulto; alla logica di un'identità che non si privi di un fondamento oggettivo-naturalistico se ne contrappone un'altra fondata su un elemento soggettivo (unilaterale) e artificiale. Persino l'idea di responsabilità genitoriale, nella prospettiva volontaristica, viene ribaltata o ridotta all'idea di potere di scelta e al concetto giuridicamente ambiguo di auto-assunzione di responsabilità, cosicché può inopinatamente essere invocata per giustificare ogni scelta dell'adulto: da quella di procreare o di non farlo, di

assumere il ruolo di genitore o di non assumerlo cedendo i propri gameti, di continuare una gravidanza o di interromperla (senza alcun rilievo per la tutela della salute della donna).

In definitiva, attesa l'inconciliabilità dei due paradigmi sul piano sistematico si dovrebbe configurare quantomeno un rapporto di regola e deroga, onde il caso dell'eterologa dovrebbe rimanere eccezionale. Tuttavia la concezione volontaristica della filiazione sembra reclamare un'affermazione ben più ampia in linea con una cultura dell'autodeterminazione che in chiave decostituzionalizzante pretende di assoggettare, almeno nelle fasi iniziali, anche la filiazione, nonostante quest'ultima, di per sé, metta capo a un rapporto intersoggettivo, e non già costituisca l'oggetto o l'attributo della personalità di un individuo. Inoltre, questa propensione culturale è piuttosto diffusa nei paesi occidentali e storicamente non rappresenta nemmeno una novità, trovando per certi versi i suoi "antenati" nelle concezioni proprietarie della filiazione. Sicché l'orizzonte giuridico a cui possiamo fare riferimento rimane quantomeno incerto.

Ancora su fatti e norme: la potenza della tecnica e l'inane tentativo di una ecologia umana della filiazione

Lenti sembra riconoscere che nel binario legale "il favore per la verità biologica governa la formazione dello stato di filiazione, la sua modifica e la sua rimozione. La materia è regolata in modo tale da far sì che il rapporto giuridico di filiazione sia fondato sul rapporto biologico di filiazione e che di regola coincida con questo". Questo favore o direttiva della disciplina codicistica si conferma con riguardo alla disciplina della procreazione medicalmente assistita. L'art. 8, L. 19 febbraio 2004, n. 40, infatti, rende automatico lo *status* di genitorialità in capo a coloro che abbiano fatto accesso a tali tecniche, assumendo evidentemente come presupposto che una regola volontaristica sarebbe incoerente proprio con l'utilizzo della PMA cui peraltro la coppia presta un preciso consenso. Si consideri che nell'ottica del legislatore della L. n. 40/2004 l'utilizzo esclusivamente di gameti della coppia eliminava in radice ogni incertezza. Tuttavia, il tempo ha messo in

(67) È la stessa dimensione relazionale che può giustificare delle deroghe come nel caso dell'art. 251 c.c. per i figli derivanti da incesto per il cui riconoscimento è prevista l'autorizzazione del giudice.

(68) Mi permetto di rinviare sul punto della distinzione tra criteri *a priori* e criteri *a posteriori* alla mia voce *Genitorialità*, in *Enciclopedia Italiana Treccani* - IX Appendice, 2015, 565.

(69) Cfr. L. Mengoni, *La filiazione naturale*, in *Jus*, 1974, 119.

(70) Da ultimo, le Sezioni Unite della Cassazione (11 luglio 2018, n. 18287) hanno rimproverato a Cass. Civ., Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504 di avere "azzerata la parte (dell'art. 2 Cost.), di primaria importanza, che colloca il principio di autodeterminazione all'interno delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità dell'individuo" e quindi di averne oscurato la dimensione relazionale.

evidenza due possibilità allora non sufficientemente valutate. La prima è che la fecondazione *in vitro* producendosi in laboratorio si espone a ciò che in altro ambito si direbbe rischio di difetti di produzione. Il caso romano dello scambio di embrioni è stato emblematico al riguardo (71). La seconda sopravvenienza alla legge è stata proprio - per dirla con le parole di Busnelli (72) - il “*terrific judgement*” della Corte cost. n. 162 del 2014 che, a differenza della Corte Edu, ha imposto la legittimità della fecondazione eterologa.

Invero, riguardo all'eterologa, l'art. 9, L. n. 40/2004 aveva recepito la giurisprudenza precedente alla legge sulle preclusioni delle azioni volte a rimuovere uno *status* formatosi in capo ai soggetti di una coppia che abbia effettuato tale tipo di fecondazione in violazione del divieto previsto dall'art. 4. Sicché l'art. 9 non ripete l'automatismo dell'art. 8, cioè non estende all'eterologa l'attribuzione automatica dello *status* prevista dall'art. 8 per l'omologa, ma solo presuppone l'operatività della presunzione di paternità in capo al coniuge ove si tratti di coppia coniugata e, in caso di convivenza, l'eventuale riconoscimento da parte del convivente. La norma, in sostanza, applica una sorta di divieto di *venire contra factum proprium* impedendo che il genitore intenzionale, il quale abbia anche solo per fatti concludenti acconsentito a tale pratica fecondativa, possa cambiare idea a scapito del nato. Coerentemente con la logica sistematica generale, lo stesso articolo non prevede una preclusione in capo agli altri legittimati alle azioni volte a rimuovere lo *status*, ossia la madre e soprattutto il figlio il cui diritto alla verità dello *status* è in gioco. Inoltre, se si ammette che il paradigma volontaristico, di cui evidentemente l'eterologa è applicazione, sia spurio rispetto al nostro sistema, la regola dell'art. 9 configura un'eccezione. In altre parole, il diritto di ciascuna persona a uno *status* conforme alle sue origini o alla cosiddetta verità biologica o genetica non può essere mortificato, e ciò a maggior ragione nel silenzio della legge. Pertanto, il fatto che la norma in questione non precluda al figlio l'azione di disconoscimento o l'impugnazione per difetto di veridicità implica che quest'ultimo rimane legittimato a tali azioni qualora naturalmente le intenda esercitare. D'altra parte, come sostiene Lenti, “il presunto padre può ottenere la rimozione dello *status* se dimostra che il concepimento è conseguenza di un

rapporto sessuale che nel frattempo la donna ha avuto con un altro uomo”.

Tuttavia, il silenzio della legge sulla legittimazione alle impugnative dello *status* da parte di moglie o compagna e del figlio viene interpretato da diversi autori, tra cui Lenti, in modo opposto, privando il figlio di tale legittimazione e assolutizzando in questo ambito il principio volontaristico. In sostanza, la volontà di assumere il ruolo genitoriale del c.d. genitore d'intenzione non solo non può essere revocata dal genitore medesimo, ma prevarrebbe sul diritto del figlio di rimuovere uno *status* non corrispondente alla sua storia genetica. Inoltre, Lenti reputa che l'art. 8, L. n. 40/2004 non differenzi le regole sull'attribuzione dello *status* in caso di PMA rispetto a quelle che si applicano se la procreazione deriva da un rapporto sessuale. Addirittura la stessa configurazione delle azioni di stato risulterebbe stravolta dalla legittimità dell'eterologa. Infatti, egli scrive che in caso di coppia non sposata se l'uomo non effettua il riconoscimento si può ricorrere alla dichiarazione giudiziale di paternità, nel cui procedimento occorrerebbe provare il consenso dato dall'uomo, invece della discendenza genetica.

Si deve aggiungere, a scapito del figlio, che il volontarismo dell'eterologa tende a spezzare e occultare anche ogni legame col soggetto che ha messo a disposizione i propri gameti, il quale può addirittura esonerarsi dalla responsabilità genitoriale. Ancora una volta il fatto sfida il diritto persino nella sua dimensione costituzionale: come è possibile altrimenti che un ordinamento che ancora è retto dal principio dell'art. 30 Cost. esoneri il c.d. donatore di gameti finanche nell'ipotesi in cui sopravvenga uno stato di bisogno del figlio genetico, ossia quando fosse abbandonato dai genitori intenzionali o privato comunque delle loro cure?

La domanda conduce a una questione che inerisce proprio al principio di responsabilità per la procreazione. “La locuzione responsabilità per la procreazione (artt. 30 e 315-bis c.c.) - scrive Lenti - esprime una regola cogente, quand'anche la procreazione non fosse stata responsabile nel senso anzidetto”, cioè involontaria. Mentre però nel caso del padre l'azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità opererebbe quasi come l'azione per la servitù coattiva nei diritti reali, essa si rivela pressoché impotente nei confronti della madre.

Infatti, la differenza di genere opera in questo settore in modo tale che - con le parole di Sesta (73) -

(71) Cfr. Trib. Roma 10 maggio 2016.

(72) F.D. Busnelli, *Dignità (embrione), Le parole del diritto*, in *Scritti in onore di C. Castronovo*, Napoli, 2018, 523.

(73) Sesta, *Manuale di diritto della famiglia*, cit., 388.

“rispetto al passato, la situazione dell'uomo e quella della donna si sono esattamente capovolte, nel senso che quest'ultima potendo adottare misure atte ad impedire il concepimento, oppure decidere di interrompere la gravidanza, ovvero di non riconoscere il figlio e di abbandonarlo, con conseguente automatica apertura della procedura di adozione che rende poi inammissibile l'accertamento della genitorialità (art. 11, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184), può, in qualche modo disporre riguardo al proprio status genitoriale; al contrario, di fronte alle evidenze biologiche il padre non potrà in alcun modo sottrarsi all'accertamento della paternità ed alla conseguente responsabilità genitoriale”. A queste differenze si potrebbe aggiungere quella relativa al riconoscimento paterno del figlio nascituro che è previsto espressamente dall'art. 254 c.c., ma che ciononostante viene escluso mediante una interpretazione abrogante della stessa norma condotta sulla base dell'art. 258, comma 2, c.c. Il padre non potrebbe quindi riconoscere il figlio prima della nascita e indipendentemente dal riconoscimento della madre, sebbene il rapporto fra regola generale e regola speciale avrebbe potuto risolvere l'apparente collisione di norme in favore dell'art. 254 c.c. Ma lo spirito della lettura abrogante aleggia anche nell'art. 44, D.P.R. n. 396/2000.

Sesta riporta la differenza di trattamento tra dichiarazione giudiziale di paternità e maternità senza commenti. Invece, Lenti la reputa giustificata e in modo sorprendente fa valere un argomento naturalistico portato paradossalmente a favore di una soluzione volontaristica di irresponsabilità (74): “Queste disparità tra uomo e donna sono giustificate, a mio avviso, in quanto conseguenze logiche e ragionevoli di differenze naturali” (75).

In ogni caso, la responsabilità per il procreare è sfidata soprattutto dalla “fatticità” di una tecnica ormai padrona del corpo umano e insofferente alle regole. Si pensi solo al fatto che il preciso divieto della maternità surrogata (da noi come altrove) non ha

impedito a cittadini italiani di pretendere il riconoscimento in Italia della propria genitorialità sulla base del fatto ormai compiuto della nascita all'estero di un bambino tramite quei contratti illeciti. Si è avallata così, nella delicata materia della filiazione, una *regulatory competition* agevolata da una lettura sterilizzante dell'ordine pubblico tale da renderlo insensibile non solo alla dignità della donna, ma anche a quella del bambino che subisce il distacco dalla madre c.d. portante e viene reso oggetto, tra l'altro, di un obbligo di consegna dopo due mesi dalla nascita (76).

Questa sequenza di strattonamenti che i fatti hanno imposto al diritto di matrice legale si è consumata nella giurisprudenza, ma non senza oscillazioni. Basti il confronto nella Corte costituzionale tra la sentenza n. 162 del 2014 e la n. 221 del 2019, tra le Sezioni unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 12193 del 2019) e le sentenze dei giudici di merito che con estrema disinvoltura applicano l'idea che ormai in Italia sia accolto in linea generale il paradigma volontaristico (77). Ma la stessa Corte costituzionale n. 221 del 2019 e la sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione (n. 12193 del 2019) sono state successivamente superate dalle pronunce n. 32 e 33 del 2021 della Corte Costituzionale che pretende di sanare la frode alla legge italiana perpetrata mediante il c.d. turismo procreativo, ammonendo il legislatore affinché confezioni una disciplina *ad hoc* per il genitore intenzionale, la quale - declinata nei termini di una adozione non più *ex art. 44, L. 4 maggio 1983, n. 184* - dovrebbe nella sostanza avvicinarsi alla pienezza della filiazione. Nemmeno queste due sentenze peraltro sono giudicate sufficienti da Lenti, secondo il quale “L'evidente fallimento dell'intento restrittivo della legge dimostra che in materie come questa esistono ormai alcuni principi etici e giuridici sovranazionali di impronta liberale individualistica, comuni quanto meno a gran parte dei paesi europei e al Nord America: il legislatore italiano, volente o nolente, non può ignorarli né può riuscire, sperando

(74) Invero, il paradigma naturalistico viene ravvisato da Lenti anche alla base della responsabilità dei genitori per fatti illeciti: “Potrebbe trovare fondamento nel principio di responsabilità per la procreazione anche il diritto vivente in materia di responsabilità dei genitori per i fatti illeciti compiuti dai figli minori che producono danno a terzi” (*op. cit.*, 142). Non bisogna però dimenticare che l'art. 2048 c.c. aggiunge il requisito della coabitazione, onde il fondamento della responsabilità non può esaurirsi nella responsabilità per la procreazione. Inoltre, in questi casi il fatto procreativo non è oggetto di prova, bastando il semplice *status* genitoriale che oggi in Italia può sussistere anche nel caso del genitore intenzionale del nato da eterologa.

(75) C'è da chiedersi se questo volontarismo materno possa almeno temperarsi in casi gravi come quello che mi è stato

recentemente segnalato in cui una donna che ha partorito due gemelli, uno dei quali con la sindrome di down, chiede di non essere menzionata nell'atto di nascita relativo proprio a questo figlio. Invero, il caso in questione si caratterizzava per il ricorso alla PMA e quindi l'art. 8, L. n. 40/2004 comportava l'automatica attribuzione dello *status*, ma *quid iuris* se la questione fosse sorta a seguito di una fecondazione naturale?

(76) Per un approfondimento e la proposta di un metodo di soluzione mi permetto un rinvio al mio *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 759 ss.

(77) Secondo Lenti (*op. cit.*, 196), invece, le sezioni unite avrebbero “elaborato una linea interpretativa meno accogliente” rispetto a quella dei giudici di merito.

in un successo duraturo, a imporre regole che se ne distanzino in modo rilevante. Il guardiano istituzionale di tali principi - per l'Europa - è la Corte europea dei diritti dell'uomo".

In altra sede abbiamo mostrato come la Corte europea dei diritti dell'uomo si riveli in realtà "un guardiano" ambivalente che ha dato grande peso al "link biologico" fra genitori e figli (78). Invero, nella realtà degli ultimi decenni non è facile orientarsi senza la bussola di un qualche valore che riannodi la filiazione alla dignità umana senza scivolare negli opposti estremismi ideologici. Pensare alla filiazione allora dovrebbe implicare il rimanere dalla parte dei più deboli senza sconti o esoneri da responsabilità genitoriale per chi li mette al mondo, ma anche senza rinunciare a sperimentare strade nuove mediante l'adozione aggiornata e aperta a tutte quelle coppie - qualunque sia la loro condizione e orientamento sessuale - che offrano un focolare domestico per bambini privi di famiglia, purché ciò avvenga senza infingimenti sulle loro origini e nel pieno rispetto della loro identità e dignità di persone. Se la filiazione viene socializzata, privatizzarla sarebbe un ossimoro.

INTERESSE DEL MINORE E STATO GIURIDICO DELLA FILIAZIONE

di Michele Sesta

Il profilo che immediatamente colpisce nella trattazione di Leonardo Lenti, ben evidenziato nel titolo del Forum, riflette quello della sistematica da lui seguita nell'espone la materia: infatti, premessa nei primi due capitoli la trattazione di carattere generale sulla famiglia e sull'evoluzione del diritto di famiglia, Egli affronta i rapporti di filiazione, ai quali è dedicata la parte seconda del volume, seguita poi da quelle che si indirizzano alla coppia e alla sua rottura, e, infine, alla protezione delle persone fragili.

Per spiegare icasticamente il percorso dianzi esposto, Lenti dichiara in modo assai diretto che alla domanda se sia nato prima l'uovo o la gallina debba risponderci

che è nato prima l'uovo, ed è per questa ragione, dunque, che egli ha capovolto la successione tradizionale degli argomenti.

È una scelta coraggiosa, che riflette la consapevolezza, da tempo raggiunta dalla dottrina sociologica e giuridica, che alla precarizzazione della relazione di coppia, in Italia avviata con l'introduzione del divorzio nel 1970, oggi si contrappone la forte consolidazione dei legami genitoriali (79) attuata attraverso strumenti giuridici che in passato non avevano ragione di esistere, perché la tutela legale si indirizzava prioritariamente in favore dei figli legittimi, cosicché i legami verticali erano garantiti dalla indissolubilità del vincolo matrimoniale (80).

In altre parole, "marriage isn't really the important issue, children are" (81). Come è stato scritto efficacemente, una tale evoluzione si è resa necessaria "in tempi ove le famiglie sono fragili, le coppie instabili e i minori sballottati da una famiglia all'altra" (82). Il minore, dunque, rimane uno degli ultimi elementi di stabilità a partire dal quale il legislatore potrà ricostruire il diritto di famiglia (83).

Una prima constatazione è che la sistematica del *Diritto della famiglia* capovolge quella della Costituzione e quella del codice civile, le quali muovono dal matrimonio per poi occuparsi dei rapporti di filiazione. Occorre tuttavia considerare come la norma costituzionale si presti oggi ad articolate letture (84). Proprio l'analisi della giurisprudenza costituzionale mostra infatti che la definizione costituzionale della famiglia segue l'evoluzione della legislazione civile, sollecitando l'adeguamento a quella sociale. Un profilo che già quasi sessant'anni or sono uno studioso aveva messo in evidenza allorché suggeriva di interpretare la formula dell'art. 29, comma 1, ed in particolare il riferimento alla società naturale, come attitudine del precetto costituzionale a considerare *Famiglia* ciò che nella concreta esperienza sociale tale si atteggi (85).

Dunque, oggi al centro della *Famiglia* stanno i figli, che, specie dopo la riforma che oramai dieci anni or sono introdusse lo stato unico, sono portatori di

(78) Rinvio ai riferimenti in *Famiglia e biodiritto civile*, cit., 749 ss., cui si potrebbe almeno aggiungere *Mandet c. Francia*, 2016 (30955/12).

(79) Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale: il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011, 639.

(80) Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 578.

(81) Come già quattro lustri or sono scriveva Krause, *Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex - or Not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 2000, 34, 271.

(82) Malaurie-Aynes, *La famille*, a cura di Malaurie-Fulchiron, Paris, 2014, 382.

(83) Bernand, *Le temporalité dans le droit de la famille français: la famille à l'épreuve du "présentisme"*, ne *Les Cahiers de Droit*, 2018, 865.

(84) Bin, *L'interpretazione della Costituzione in conformità alle leggi. Il caso della famiglia*, in questa *Rivista*, 2022, 514 ss.

(85) T. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 225.

interessi superiori, tendenzialmente sovraordinati a quelli degli adulti (86).

Si è così realizzato un singolare capovolgimento: ai tempi di Antonio Cicu (87) l'interesse superiore era quello del consorzio familiare, che sovrastava gli interessi individuali dei suoi membri e più ancora di coloro che membri del consorzio non potevano divenire, come i figli illegittimi, specie se adulterini; la stessa Costituzione agli artt. 29 e 30 sembra considerare preminenti gli interessi dell'unità familiare e della famiglia legittima rispetto a quelli dei singoli membri, mentre oggi, tutto all'opposto, l'interesse superiore è quello del minore, che trova affermazione in maniera indipendente dalle modalità della sua nascita. Del resto, il cinquantennio trascorso dall'entrata in vigore della legge sul divorzio ha conosciuto numerosi capovolgimenti (88). Si pensi alla unicità del rapporto di coppia contemplato nella Costituzione, cioè il matrimonio, e alla pluralità di stati giuridici dei figli che caratterizzava la legislazione fino a qualche tempo fa, che si contrappongono alla vigente pluralità di rapporti giuridici di coppia, di diverso o dello stesso sesso, e alla unicità dello stato di figlio.

Consapevole della centralità assunta dai rapporti di filiazione nell'odierna disciplina delle relazioni familiari, Lenti, nella parte seconda dedicata ai figli, esordisce trattando il tema dell'interesse del minore, mettendo bene in luce le varie sfaccettature di questa "ambigua e confusa nozione".

Il profilo che maggiormente interessa qui evidenziare ha a che fare con la rilevanza dell'interesse del minore rispetto al suo stato familiare, al relativo acquisto e alla perdita, nonché alle azioni di stato.

Con riguardo alle modalità di attribuzione e di rimozione dello stato, Lenti evidenzia come queste, a suo parere, costituiscano uno dei più ampi e vistosi limiti all'eguaglianza tra figli che la riforma del 2012 ha lasciato immutati.

Come noto, con riguardo alla maternità, per il figlio matrimoniale vige un regime di automatismo - salva la facoltà della partoriente di non essere nominata o di riconoscere il figlio come non matrimoniale -, mentre per la donna che ha concepito il figlio fuori del matrimonio è invece

necessario il riconoscimento, regola che distingue il nostro ordinamento dalla quasi totalità dei Paesi d'Europa (89).

Secondo Lenti, questa disparità di trattamento può ritorcersi a danno del figlio non matrimoniale ed è proprio questo che, a suo parere, si pone in conflitto con il declamato principio di unicità.

Allo stesso modo, Egli dubita che si possa dire unificato lo stato di figlio in considerazione del differente sistema delle azioni giudiziali per attribuirlo o rimuoverlo, in particolare per la diversa "solidità" dello stato con riferimento alla legittimazione attiva al disconoscimento della paternità rispetto all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: in questo secondo caso infatti l'uomo che si pretende padre biologico è legittimato attivo all'impugnazione del riconoscimento, mentre non lo è con riferimento al disconoscimento; in quest'ultima ipotesi sussiste la possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale *ex art. 244*, ultimo comma, c.c., come più avanti avrò modo di meglio precisare.

Tornando all'interesse del minore nelle azioni di stato, l'analisi di Lenti è particolarmente approfondita.

Quanto alla costituzione dello stato, essa attraversa i vari ambiti in cui la legge la mette in evidenza, come quelli del riconoscimento tardivo, della dichiarazione giudiziale di paternità promossa dal genitore del minore *infra quattordicenne*, in cui la costituzione del rapporto può essere impedita in nome dell'interesse del minore, ponendo così un limite alla verità biologica, evidenziandosi come in questi casi debba essere realizzato un equilibrato bilanciamento tra i diritti fondamentali di cui sono titolari le parti coinvolte, chiarendo che è sempre necessaria una giusta causa per sacrificare il diritto del figlio a completare la propria identità personale; opportunamente, Lenti evidenzia che è tuttavia necessaria una giusta causa anche per sacrificare il diritto del genitore di costituire il rapporto: quello stesso diritto rientra nel novero dei diritti fondamentali della persona (90).

L'interesse del minore gioca un ruolo importante pure nella rimozione dello stato: d'altra parte la stessa

(86) Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in questa Rivista, 2021, 763 ss.

(87) Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (Roma, 1914), rist. con *Lettura di Sesta*, Bologna, 1978, *passim*.

(88) Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1183 ss.; Ballarani, *Verso la piena autonomia privata in ambito familiare?*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 27.

(89) Bugetti, *Riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio. Dichiarazione giudiziale della paternità*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano* a cura di De Nova, Bologna, 2020, 48.

(90) Nello stesso senso, ma sotto altro profilo, cfr. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Milano, 2021, 369.

previsione che impedisce al marito e alla madre - ma non al figlio - la proposizione dell'azione oltre cinque anni dal giorno della nascita testimonia la supremazia dell'interesse del figlio al mantenimento di uno stato conseguito e goduto per una parte significativa della propria esistenza, superando quindi il profilo della verità, che rappresenta il valore affermato dalla riforma del '75.

Al riguardo viene alla ribalta in primo luogo il tema della nomina del curatore speciale di cui agli artt. 244, ultimo comma, 249, comma 5, 248, comma 5, 267 comma 5, c.c., che può essere disposta dal tribunale su istanza del pubblico ministero o dell'altro genitore quando il figlio sia di età inferiore ai 14 anni. Lenti spiega molto bene i problemi che questa nomina presenta e giustamente evidenzia, sulla scia della famosa sentenza della Corte cost. n. 429/1991, estensore Mengoni (91), come il tribunale debba valutare in via concreta l'atteggiarsi dell'interesse di quel determinato minore alla impugnazione del proprio stato di figlio.

Voglio sottolineare un aspetto su cui nutro perplessità, che mi derivano dall'esperienza professionale avendo trattato in più occasioni laceranti vicende che vedevano contrapposti il preteso padre naturale ai genitori legittimi, questi ultimi contrari alla nomina del curatore speciale avendo una soddisfacente vita familiare in cui il minore era perfettamente inserito, indipendentemente dalla verità della procreazione (92). Scrive Lenti che, in sede di nomina del curatore speciale, il giudice debba ascoltare il minore secondo il principio generale, poiché il fatto che il codice qualifichi le informazioni da assumere in vista della nomina come sommarie non esclude il dovere di ascolto. L'art. 336-bis c.c. prevede l'ascolto del minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore, eccettuato il caso in cui sia in contrasto con il suo interesse, e si può immaginare quale ferita l'ascolto vada a provocare nella personalità del minore, che inevitabilmente verrebbe messo a conoscenza di un procedimento in cui si pone in dubbio l'identità del padre. È vero che si potrebbe pensare a un ascolto relativo a profili generali o generici, che riguardino la qualità dei rapporti familiari che lo coinvolgono, ma il rischio di turbative mi

sembra elevatissimo, cosicché occorre la massima cautela nell'ammetterlo. Sempre con riferimento al tema, Lenti analizza la questione della possibilità di rivedere la valutazione dell'interesse del minore compiuta al momento della nomina del curatore nella successiva fase di merito e condivide quella giurisprudenza di legittimità secondo la quale, se il disconoscimento risulta essere contrario all'interesse del minore, l'azione non può essere accolta perché la legittimazione del curatore è venuta meno (93). Per essere più precisi, Lenti approva la soluzione ma non la modalità attraverso la quale essa è conseguita, ritenendo che debba assumere un carattere determinante ciò che risulti dall'ascolto, perché sarebbe la volontà del figlio a essere elemento fondamentale per decidere. Anche su questo punto ribadisco le perplessità sopra espresse.

Concludo richiamando le considerazioni di Lenti sulla nota vicenda dello scambio degli embrioni, decisa dal Tribunale di Roma (94). Lenti approva la soluzione accolta dal Tribunale, che ha attribuito la genitorialità alla coppia di cui era parte la donna che aveva portato la gravidanza e aveva partorito. Non solo in applicazione dell'art. 269, comma 3, ma anche in considerazione del fatto che lo stato giuridico del nascituro si definisce nel momento in cui ha inizio lo sviluppo naturale che porta alla nascita, momento che non è quello della formazione dell'embrione, ma quello dell'impianto in utero che porta alla prevalenza del dato della gravidanza e del parto.

Non vi è chi non veda come consimili considerazioni vengano alla ribalta con riferimento alla maternità surrogata.

In proposito l'autore osserva che, benché illecito e penalmente sanzionato nei fatti, il ricorso alla maternità surrogata potrebbe aver luogo anche in Italia a condizione che la partoriente dichiari di non essere nominata e che il padre, purché geneticamente tale, riconosca immediatamente il nato. La moglie o la convivente potrebbero poi procedere all'adozione di cui all'art. 44, recentemente rimodulata dalla Corte costituzionale (95). In merito nutro notevoli perplessità, stante l'ineliminabile illiceità dell'operazione e la fraudolenta modalità attuativa che la caratterizza, che

(91) Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, in *Foro it.*, 1992, I, 2908.

(92) In argomento cfr. Bugetti, *Nomina del curatore per l'esercizio del disconoscimento della paternità tra verità genetica e tutela dell'interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2017, 161, ed altresì Mantovani, *Lo stato di figlio. Artt. 231-249*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli-Ponzanelli*, Milano, 2022, 231. In giurisprudenza, App. Bologna 27 marzo 1993, in questa *Rivista*, 1994, 173 ss., con commento di Vaglio. Più di recente cfr. Cass. Civ. 3 aprile 2017, n. 8617, in questa *Rivista*, 2017, 845 ss., con nota di Bugetti,

Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi.

(93) Sesta, *La prospettiva*, cit., 770.

(94) Trib. Roma 8 agosto 2014, ord., in questa *Rivista*, 2014, 929 ss., con nota di Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*.

(95) Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in questa *Rivista*, 2022, 897 ss., con nota di Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato in casi particolari: la moltiplicazione dei vincoli parentali*.

comunque non verrebbero meno; quanto agli effetti, dette perplessità tuttavia potrebbero essere superate in considerazione dell'interesse del figlio, come già verificatosi nella giurisprudenza più recente.

Si allude al tema della trascrivibilità dell'atto di nascita formatosi all'estero in ordinamenti dove la maternità surrogata è lecita. Come noto la questione, in merito alla quale la Corte di cassazione e la Corte costituzionale si sono pronunciate fino ad ora negativamente, è stata nuovamente posta innanzi alle SS.UU. dall'ordinanza n. 1842/2022 (96). L'assetto è mutato, ragiona la Prima sezione, a seguito della pronuncia n. 33/2021 della Corte costituzionale (97), che ha lanciato un monito al legislatore, rimasto inerte: l'adozione in casi particolari in cui si concentra e si esaurisce la tutela del figlio, per la Consulta non costituiva un sufficiente presidio, creando un "vuoto di tutela". Le Sezioni unite sono state chiamate a individuare strumenti che consentano al giudice italiano di indagare l'interesse del minore per bilanciarlo con quello dell'ordinamento di vietare la maternità surrogata. D'altronde, afferma la Prima sezione, le gestazioni per altri costituiscono un fenomeno variegato: alcune sono animate unicamente da un'ispirazione commerciale; altre non vedono alcun apporto genetico dei committenti. In questo senso l'ordinanza suggerisce alle Sezioni unite di distinguere tra le varie ipotesi, raggiungendo un contemperamento più rispettoso dell'interesse del minore a che il proprio status venga rispettato. Si tratterebbe di ammettere la compatibilità con l'ordine pubblico delle maternità per sostituzione autenticamente gratuite e che presentino un apporto genetico dei genitori, prospettiva che non mi sembra condivisibile stante il disvalore recato dalla surrogazione, che discende dagli artt. 2, 29, 30 e 32 Cost. (98).

Come anticipato, la Corte cost. n. 79/2022, è ancor più di recente intervenuta sulle adozioni ex art. 44, l. ad., che, in origine, non induceva la parentela, perché non recide i rapporti giuridici tra il figlio e la famiglia d'origine, come invece l'adozione legittimante. Ora, a seguito dell'intervento demolitorio della Consulta, i minori adottati in tutti quei casi godono di un legame con i parenti dell'adottante, secondando uno schema - come anticipato da Lenti - già suggerito nella sentenza n. 33/2021.

Stando così le cose probabilmente è venuto meno quel "vuoto di tutela" denunciato dall'ordinanza n. 1842/2022. L'istituto dell'adozione in casi particolari, come integrato dalla Consulta, potrebbe essere divenuto idoneo a tutelare l'interesse del minore, senza bisogno, in tal modo, di rivisitare l'orientamento predicato dalle Sezioni Unite nel 2019. Del resto, sarebbe interessante indagare a fondo le conseguenze di quanto statuito da Corte cost. n. 79/2022, e segnatamente la coesistenza, rispetto allo stesso figlio, di due gruppi di parenti, quelli della famiglia d'origine e quelli della famiglia nuova.

Parrebbe sintomatica di una nuova concezione della parentela: in questo senso si segnala la recente proposta legislativa, avanzata in Germania, di introdurre una "comunità di responsabilità", tesa ad accordare legami familiari di tipo schiettamente elettivo, cementati unicamente dalla volontà di due o più persone di instaurare tra loro reciproci vincoli di assistenza secondo lo spirito parentale (99).

A ben vedere, una logica affine, sensibile a istanze volontaristiche e di destrutturazione dei legami familiari, sorregge anche la disciplina del cognome recentemente tratteggiata dalla Consulta, che ha ritenuto discriminatoria e lesiva della dignità del figlio la regola che attribuisce automaticamente il cognome del padre (100).

Le decisioni da ultimo ricordate confermano che il diritto di famiglia italiano dal 1970 è in perenne, inarrestabile divenire, del quale la trattazione di Lenti restituisce i passaggi e fissa nitidamente l'immagine nell'ora presente, che tuttavia, come il tempo oraziano, *dum loquimur fugerit*.

LA TUTELA DEL MINORE: UN'ANALISI NON RETORICA DE IURE CONDITO E DE IURE CONDENDO

di Lucia Bozzi

Il diritto del minore a crescere in famiglia

Ogni bambino e adolescente ha il diritto di crescere in un ambiente familiare. Un diritto che rientra nel

(96) Cass. Civ. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Giustiziainsieme.it*, con nota di Morace Pinelli, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*.

(97) Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in questa *Rivista*, 2021, 677 ss., con note di Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*.

(98) Al riguardo cfr. Sesta, *La prospettiva*, cit., 775.

(99) Cfr. *Ergebnis der Sondierungen zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP*, punto 8, secondo capoverso (https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Sonstiges/20211015_Ergebnis_Sondierungen.pdf).

(100) Corte cost. 31 maggio 2022, n. 131, in questa *Rivista*, 2022, 871, con note di Sesta, Al Mureden, Calvigioni.

novero dei diritti fondamentali della persona minore di età (101). Questo principio è alla base del riconoscimento del diritto del minore a crescere in una famiglia, preferibilmente la propria, in “prima battuta” nucleare e se questo non è possibile allargata. Solo se la famiglia di origine, nucleare o allargata - all’esito di un giudizio sul caso concreto, per quanto inevitabilmente almeno in parte prognostico, svolto con accuratezza e senza l’ausilio di presunzioni (102) - risulta non avere la capacità e/o la disponibilità di offrire al minore un ambiente di crescita adeguato, il minore stesso può essere collocato in un altro contesto, che dovrebbe comunque essere, se possibile, di tipo familiare.

L’autorità pubblica dovrebbe garantire tale diritto e quindi, in primo luogo astenersi da indebite intrusioni nella vita del nucleo familiare, salvo che nell’interesse del minore, e ha il dovere di attivarsi affinché il diritto del minore a crescere nel proprio ambiente familiare non rimanga sulla carta ma sia effettivo (103). In questa prospettiva, il difetto di assistenza materiale dovuto a indigenza della famiglia d’origine, non dovrebbe determinare l’allontanamento del minore, ma piuttosto l’intervento dello Stato, volto a consentire, o quanto meno agevolare i genitori nell’assolvimento dei loro compiti.

La ragionevolezza delle affermazioni, così evidente da farle apparire quasi “scontate”, non deve trarre in inganno. Ciascuna di esse potrebbe infatti sollecitare non poche riflessioni. Ci si potrebbe, per esempio interrogare sulla preferenza, in una certa misura pregiudiziale, per la famiglia di origine. Così come ci si potrebbe interrogare su come declinare il significato dell’interesse del minore come limite all’intervento pubblico in ipotesi per sé problematiche, in caso per esempio di famiglie con tradizioni culturali

profondamente diverse dalle nostre (laddove, per esempio, la frequentazione assidua tra maschi e femmine è guardata con una certa diffidenza, o per esempio laddove uno dei due genitori, quello dove il minore è collocato, sia un integralista religioso e intenda in ciò coinvolgere il minore: inevitabile chiedersi quale sia in questi casi il limite della libertà educativa).

Dall’altro lato, sotto il profilo dell’interesse del minore a crescere all’interno di un nucleo familiare, e possibilmente il proprio, dare realizzazione effettiva a tale principio significa che il sistema di intervento sociale dovrebbe in primo luogo cercare di dare alla famiglia del minore tutto l’aiuto necessario a far sì che il minore rimanga all’interno di essa, posto che ogni allontanamento del minore dalla famiglia, nucleare o allargata, rappresenta in sostanza un fallimento.

La realtà ci restituisce, purtroppo troppo spesso, uno scenario diverso. Complice anche il quadro normativo, che è frutto di stratificazioni e corrisponde, secondo Lenti, a idee non più attuali. Non è possibile in tale sede analizzare, sia pure succintamente, le idee a sostegno della prassi che vede l’allontanamento come rimedio “per eccellenza” nelle situazioni in cui pare opportuno attivarsi a protezione del minore. Certamente tra le ragioni di tale uso talvolta indiscriminato o comunque irragionevolmente preferenziale dell’allontanamento vi è un circuito perverso, che Lenti puntualmente individua, in virtù del quale l’allontanamento del minore può presentarsi come soluzione più “facile” perché non impegna i servizi nel compito più complesso di elaborare e “collaborare” ai progetti di sostegno al minore e alla famiglia. Addossare tutta la responsabilità ai servizi, tuttavia, sarebbe semplicistico. A rendere l’allontanamento del minore una soluzione a cui si ricorre senza avere

(101) Il principio è “generale” e affermato da molteplici fonti, tra queste, Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall’Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, art. 9 “Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell’interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivono separati ed una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo”; L. 4 maggio 1984, n. 183, nella sua attuale formulazione, art. 1, “1. Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia. 2. Le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la (responsabilità) genitoriale non possono essere di ostacolo all’esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto”, artt. 2, 3-bis, “I provvedimenti adottati ai sensi dei commi 2 e 3 devono indicare espressamente le ragioni

per le quali non si ritiene possibile la permanenza nel nucleo familiare originario e le ragioni per le quali non sia possibile procedere ad un affidamento ad una famiglia, fermo restando quanto disposto dall’articolo 4, comma 3”; L. 29 luglio 2020, n. 107, Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori. Disposizioni in materia di diritto del minore ad una famiglia, art. 3, “1. La Commissione ha il compito di: ... h) valutare se nella legislazione vigente sia effettivamente garantito il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia e rispettato il principio in base al quale l’allontanamento del minore dalla famiglia di origine deve costituire un rimedio residuale e che in ogni caso esso non può essere disposto per ragioni connesse esclusivamente alle condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la responsabilità genitoriale”.

(102) Cass. Civ., Sez. I, 13 gennaio 2017, n. 782.

(103) C.M. Bianca, *L’interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Sapienza Università Editrice, 2021, 255 ss.

prima adoperato ogni mezzo di sostegno alla famiglia di origine - con buona pace della previsione, di rango costituzionale, che afferma che la Repubblica agevola con misure economiche...l'adempimento dei compiti della famiglia - concorre anche la cronica carenza di fondi. Fondi che tuttavia devono poi essere spesi o quanto meno anticipati dall'ente territoriale, comune di residenza, che poi potrà rivalersi sui genitori (ma, inutile sottolinearlo, la rivalsa è molto spesso solo teorica, trattandosi in genere di famiglie in condizioni economiche disagiate), per coprire le spese per la retta del minore laddove collocato.

Un circolo vizioso, come tanti in Italia, e miope (come tanti in Italia), posto che certamente l'allontanamento di un minore comporta, sul lungo periodo, un costo, anche in termini economici, per l'intera collettività (possibile contenzioso, disagio del minore, con effetti che si protrarranno nel tempo...) molto, molto più alto.

Un aspetto cui Lenti accenna e che merita a mio avviso una particolare attenzione è quello relativo al ruolo dei servizi nella protezione del minore. Si sottolinea che soprattutto sarebbe opportuna, e anzi necessaria, una effettiva terzietà dei servizi stessi, che tuttavia non sempre si realizza. Talvolta si determina infatti quella che Lenti definisce una pericolosa circolarità: il servizio si rivolge al pm, sollecita il provvedimento e poi fornisce al giudice le informazioni grazie alle quali il provvedimento è assunto; poi ne cura l'esecuzione e le vicende successive. Una circolarità che probabilmente non giova alla realizzazione del migliore interesse del minore.

Attualità dell'adozione e riforma dell'adozione

Procedo, come detto, solo con flash e passo subito all'altra questione, peraltro strettamente connessa, cui vorrei accennare: l'adozione. Dico subito che ho particolarmente apprezzato le pagine dedicate al tema. Proprio qui emerge con particolare chiarezza, a mio avviso, l'approccio "realistico" che caratterizza

l'opera. Premetto che l'indagine è svolta in modo ampio, esauriente, ordinato, le mie riflessioni saranno invece "selettive" - nel senso che si focalizzeranno solo su pochissimi aspetti - e disordinate.

L'adozione non è un tema negletto nel dibattito attuale. Si parla spesso, e non solo tra operatori del diritto, di adozione e, soprattutto, di crisi dell'adozione, nonché di una sua (attesissima) riforma (104). In particolare, si segnalano le lungaggini e la farraginosità del procedimento e se ne auspica una semplificazione e una conseguente maggiore rapidità. Tra i cultori del diritto, la discussione sull'adozione si è da ultimo in larga misura dedicata alla valutazione critica dei requisiti necessari per potere essere ammessi alla adozione. In particolare si lamenta che non possono adottare le coppie dello stesso sesso (in quanto non unite in matrimonio) ed i *singles*, e si auspica la rimozione di tali "paletti", ormai avvertiti non più corrispondenti al comune sentire.

Non si intende assolutamente negare e/o minimizzare le criticità rilevate. La riflessione di Lenti si muove tuttavia (a mio avviso molto opportunamente) in una dimensione ben più ampia, che coinvolge l'intero istituto dell'adozione e induce a interrogarsi sulla sua attualità, o meglio sulla corrispondenza dello schema normativo e sulla funzione dell'adozione nel contesto attuale.

Nella disciplina dell'adozione ci sono infatti profili di dubbia attualità da tempo all'attenzione della dottrina, per esempio la cd segretezza della adozione. Per lungo tempo, la adozione è stata vista come una sorta di "trapianto" del minore nella nuova famiglia, a cui era funzionale la segretezza, che talvolta arrivava a coinvolgere la stessa "nascita adottiva" ma che comunque in genere riguardava il suo vissuto pregresso, in particolare la segretezza di ogni dato circa la famiglia di origine e l'identità dei genitori biologici. La tendenza a rimuovere tale segreto è ormai generale (nonché, relativamente all'adozione, normativa-mente prevista (105)) e si inserisce del resto in un

(104) E. Quadri, *Verso una riforma dell'adozione?*, in *Giustizia-civile.com*, editoriale del 3 ottobre 2016; A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in questa *Rivista*, 2016, 719 ss.

(105) Art. 28, L. 4 maggio 1984, n. 183, nella nuova formulazione, prevede che "1. Il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni... 4. Le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, quali esercenti la (*responsabilità genitoriale*), su autorizzazione del tribunale per i minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi. Il tribunale accerta che l'informazione sia preceduta e accompagnata da adeguata preparazione e assistenza del minore. Le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e della

urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore. 5. L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza. 6. Il tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritenga opportuno l'ascolto; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare che l'accesso alle notizie di cui al comma 5 non comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente. Definita l'istruttoria, il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste. 7. L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30,

trend che vede il segreto circa l'identità del genitore biologico ormai eroso anche relativamente alla madre che scelga di partorire in anonimato e posto in discussione anche per quanto riguarda i donatori in caso di pma (106).

La questione circa la attualità della adozione si presenta però ben più ampia e problematica e la questione della segretezza, a mio avviso, risulta importante soprattutto come indice di un nuovo modo di guardare all'adozione, o meglio perché pone in discussione l'assunto della adozione come una sorta di nuova nascita. E rappresenta quindi un ulteriore frammento della domanda centrale di ogni riflessione in tema di adozione: il modello tradizionale (e normativo) di adozione è ancora attuale? La domanda non si pone solo sul piano giuridico ma direi anche, e forse soprattutto, su quello culturale.

Il binomio affidamento-adozione e il problema del semi abbandono permanente. L'adozione mite

L'adozione del minore - si insegna a lezione, si legge nei manuali, si ripete ovunque, forse un po' tralatizamente - ha la funzione di dare una famiglia al minore che ne è privo, realizzando in tal modo il suo diritto a crescere in una famiglia. Si dà luogo all'adozione piena se la famiglia del minore lo ha rifiutato alla nascita, per esempio perché la madre non lo ha riconosciuto, o (la famiglia "allargata") è risultata inidonea all'accudimento del minore in modo grave e irreversibile, così da comprometterne la crescita equilibrata. L'adozione piena comporta la cessazione di ogni legame e ogni rapporto del minore con la sua famiglia d'origine. Si dà luogo all'affidamento

extra familiare se la famiglia del minore è in difficoltà, presenta profili cioè di inidoneità che sono tuttavia giudicati non irrecuperabili, ma piuttosto reversibili. L'adozione piena si presenta quindi, anche nelle più recenti pronunce giurisprudenziali, come *extrema ratio*, cui si può ricorrere solo laddove non sia altrimenti possibile garantire adeguata assistenza al minore (107).

Questa impostazione "bipolare" - che vede da una parte l'adozione piena e dall'altra l'affidamento - soffre di una certa rigidità, perché non riesce a cogliere, e quindi a risolvere, le molte situazioni che determinano la permanenza dei minori in comunità anziché in ambito familiare. Le situazioni che, per così dire, stanno nel mezzo (e che sono molte, probabilmente la maggior parte).

In questa prospettiva, merita una speciale menzione quello che viene definito semiabbandono permanente. In questi casi il minore è collocato in comunità (o in affidamento familiare) per un periodo non di rado ben più lungo dei 24 mesi che sarebbero previsti dalla legge. È il caso figli di genitori con capacità educative insufficienti e/o altalenanti, per esempio genitori tossicodipendenti, la cui storia è disseminata di tentativi più o meno seri e convinti di disintossicazione, di genitori affetti da disturbi psichici lievi. Difficile in questi casi nutrire un eccessivo ottimismo nel totale recupero della completa idoneità genitoriale. Tuttavia, anche recidere ogni legame del minore con la famiglia di origine potrebbe risultare non solo difficile (si pensi, per esempio, a bambini non piccolissimi, consapevoli del loro passato e non facili da "trapiantare" *ex novo* in un nuovo nucleo

comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 8. Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili".

(106) In ordine cronologico: Corte cost. 25 novembre 2005, n. 425; Corte eur. dir. uomo 25 settembre 2012, ric. 33783/09, Godelli c. Italia; Corte cost. 18 novembre 2013, n. 278; Cass. Civ., SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946. Volendo, L. Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 170 ss.

(107) Corte eur. dir. uomo 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. 3373/11; Corte eur. dir. uomo 16 luglio 2015, ric. n. 9056/14 - *Akinnibosun c. Italia*; Corte eur. dir. uomo 13 ottobre 2015, ric. 52557/14, *S.H. c. Italia*; Corte eur. dir. uomo 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/19 - *D.M. ed N. c. Italia*. Per la giurisprudenza italiana, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21110; Cass. Civ., Sez. I, 18 dicembre 2015, n. 25526; Cass. Civ., Sez. I, 13 gennaio 2017, n. 782; Cass. Civ. 27 marzo 2018, n. 7559; Cass. Civ. 22 agosto 2018, n. 20954; Cass. Civ. 3 ottobre 2019, n. 24791; Cass. Civ., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643; Cass. Civ., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3654, ord.; Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476; Cass. Civ., Sez. I, 17 febbraio 2021, n. 4220; Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 2021, n. 24727; Cass. Civ., Sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40308, per cui "Il prioritario diritto del figlio di vivere con i suoi genitori e nell'ambito della propria famiglia, impone particolare

rigore nella valutazione dello stato di adottabilità dello stesso, ai fini del perseguimento del suo superiore interesse, potendo questo diritto essere limitato solo ove si configuri un endemico e radicale stato di abbandono, la cui dichiarazione va reputata, alla stregua della giurisprudenza costituzionale, della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, come '*extrema ratio*' a causa della irreversibilità incapacità dei genitori e dei parenti di allevarlo e curarlo per la loro totale inadeguatezza"; Cass. Civ., Sez. I, 4 maggio 2022, n. 14077, "In tema di accertamento dello stato di adottabilità, posto che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità costituisce solo una 'soluzione estrema', essendo il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine, quale ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, tutelato in via prioritaria dall'art. 1 della L. n. 184 del 1983 il giudice di merito deve operare un giudizio prognostico teso, in primo luogo, a verificare l'effettiva ed attuale possibilità di recupero delle capacità e competenze genitoriali, con riferimento sia alle condizioni di lavoro, reddituali ed abitative, senza però che esse assumano valenza discriminatoria, sia a quelle psichiche, da valutarsi, se del caso, mediante specifica indagine peritale, estendendo detta verifica anche al nucleo familiare, di cui occorre accertare la concreta possibilità di supportare i genitori e di sviluppare rapporti con il minore, avvalendosi dell'intervento dei servizi territoriali".

familiare), ma anche traumatico e non rispondente al superiore interesse del minore. In questi casi la dichiarazione di adottabilità, quando arriva, può arrivare dopo un tempo piuttosto lungo, e la lungaggine non è ascrivibile soltanto al malfunzionamento degli uffici giudiziari.

La rigidità della dicotomia adozione piena- affidamento extra familiare mostra in questa situazione tutti i propri limiti (108), amplificati dalla impostazione della adozione come nuova nascita. In questa prospettiva si è da più parti sollecitata un'apertura verso la c.d. adozione mite, una adozione cioè che consenta di mantenere un rapporto con la famiglia di origine, nella sua forma allargata e non solo mononucleare, e che dia chiarezza e stabilità alla situazione del minore (109).

La sollecitazione in tal senso è (relativamente) antica (110), la fiducia nella sua idoneità a risollevare le sorti dell'adozione - istituto da tempo giudicato in crisi, anche in considerazione della riduzione del numero delle richieste - è legittimo domandarsi se non sia, forse, eccessiva. Lenti sottolinea infatti con molta lucidità che la adozione mite presenta non poche difficoltà. Prima tra tutte, il rischio di essere adoperata come una sorta di non decisione che consente di aggirare le incertezze invece di affrontarle. L'osservazione è condivisibile ma è possibile chiedersi se in questi casi davvero l'adozione mite non potrebbe rappresentare comunque - pur risolvendosi in una non decisione che aggira le incertezze - la soluzione preferibile, in quanto quella concretamente praticabile.

Ma l'autore, con altrettanta lucidità, segnala anche che l'adozione mite può avere un esito soddisfacente solo se tutte le parti sono molto disponibili a collaborare tra loro, e sono in grado di farlo (al di là della buona volontà), senza porsi in reciproca competizione. È necessario cioè che la famiglia di origine, pur non recidendo ogni legame con il minore, ma anzi continuando ad avere con lui contatti, sia consapevole che il minore è figlio degli adottanti e non pretenda quindi di inserirsi in scelte educative che magari non condivide e men che meno che tenti di accaparrarsi la simpatia del minore prendendo le sue parti in caso di, forse inevitabili, contrasti tra questi e la famiglia adottante.

Uno scenario quasi idilliaco, ci si potrebbe chiedere quanto probabile, posto che un simile atteggiamento richiederebbe una certa lucidità, una grande

consapevolezza (dei propri limiti e della propria inadeguatezza), una profonda maturità. Qualità in generale non facili da rinvenire e che forse potrebbe essere illusorio aspettarsi nelle situazioni che danno origine al semiabbandono permanente del minore: tossicodipendenza, lievi disagi psichici...

Il successo dell'adozione mite richiede poi un atteggiamento collaborativo e comprensivo anche nella famiglia adottante, che dovrebbe accettare la inevitabile compresenza della famiglia di origine nella propria vita familiare. Una compresenza che, è inutile nasconderselo, potrebbe risultare tutt'altro che facile da gestire nel concreto, laddove si consideri che significa (o quanto meno potrebbe significare) una ingombrante presenza nelle scelte educative, in genere mai gradita ma che, nel caso di specie, potrebbe rivelarsi particolarmente problematica da "governare" proprio in ragione del, probabilmente inadeguato, grado di consapevolezza e maturità da parte della famiglia di origine. Uno scenario forse descritto in maniera un po' colorita, ma tutt'altro che meramente ipotetico, se solo si pensa alla situazione di conflittualità che non di rado caratterizza i rapporti tra genitori separati rispetto alla educazione dei figli. Alla famiglia adottante sarebbe davvero richiesto uno sforzo enorme. Uno sforzo che solo una famiglia che avesse come unico scopo offrire accoglienza familiare a un minore che ne è privo sarebbe disposta a provare a dare.

Adozione e desiderio di genitorialità

E qui si staglia a un altro punto chiave della riflessione in tema di adozione, solo apparentemente slegato. L'adozione mite, come detto, può rappresentare uno strumento utile alla protezione del minore - peraltro, nessuno strumento dovrebbe essere pregiudizialmente escluso - si può invece dubitare che possa davvero risolvere la crisi dell'adozione, cioè che possa rappresentare un rimedio efficace al progressivo calo delle adozioni, ovvero alla riduzione dei bambini adottabili e alla riduzione delle richieste di adozione. È possibile che taluni genitori, ove fossero certi della possibilità di potere continuare ad intrattenere un rapporto con il proprio figlio, possano acconsentire alla sua adozione. È possibile, ma numericamente questa spontanea adesione sarebbe un fenomeno, con molta probabilità, numericamente marginale.

(108) J. Long, *I confini dell'affidamento e dell'adozione*, in *Dir. fam.*, 2007, 1432 ss.; A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interest of the child*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 1343 ss.; E. Battelli, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Dir. fam. e pers.*, 2021, 838 ss., par. 2.

(109) Da ultimo, v. anche Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79.

(110) Trib. Min. Bari 7 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 393, con commento di S. Caffarena, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*. In dottrina, già M.R. Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, par. 1.

Per le stesse ragioni per le quali la “concreta gestione” della adozione mite sarebbe tutt’altro che agevole: un simile atteggiamento denota una consapevolezza, una maturità e una abnegazione non facili da trovare. Inoltre, è forse il momento di avviare una seria riflessione anche sul versante opposto, ovvero quello della riduzione delle domande di adozione (sempre comunque largamente superiore a quello dei minori adottabili). Si registra, infatti, da tempo una forte riduzione del numero dei soggetti che dichiarano la loro disponibilità all’adozione (sia nazionale sia internazionale). Certo, i costi, del procedimento di adozione (se internazionale) rappresentano un disincentivo, come pure, e in misura forse maggiore, la sua lunghezza e imprevedibilità (imprevedibilità che riguarda non solo il momento costitutivo, ovvero se e quando si potrà adottare un bambino, ma anche la fase successiva, e cioè il successo del procedimento stesso nel lungo termine). Disincentivi sicuramente molto importanti, che non possono essere ignorati né minimizzati. Tuttavia, accanto a questi, sembra impossibile non citare, e anzi non mettere in primo piano la crescente diffusione della pma (111). Le parole di Lenti sul punto sono, oserei dire, coraggiose, perché infrangono una sorta di tabù: il mito radicato e (o, *rectius*, perché) rassicurante della adozione come strumento per dare una famiglia a un bambino che ne è privo. È vero che l’adozione serve in primo luogo a questo, ma è altresì vero che “la realtà dei fatti mostra che c’è una oggettiva concorrenza tra pma e adozione” e che nella maggior parte dei casi al centro della disponibilità della famiglia adottiva vi è il desiderio di avere un figlio da parte di chi non ne ha. Questo non significa in alcun modo stigmatizzare tale desiderio. È un desiderio pienamente legittimo, che non deve essere interpretato e ridotto in una dimensione bieca-mente egoistica. “Nel mondo d’oggi “avere un figlio” ha un significato e un contenuto molto diversi rispetto a quelli che nel mondo di ieri erano insiti nel fatto di “avere un discendente”. Avere un figlio, inteso secondo la mentalità corrente contemporanea, è un’esperienza esistenziale fondamentale per qualsiasi persona, che riguarda principalmente il sentimento, l’affettività: esprime il desiderio di dare affetto a un bambino, di curarlo e di provvedere a tutti i suoi bisogni esistenziali, sia materiali, sia

emotivi, sia spirituali, con lo scopo di farne un adulto libero e responsabile. L’adozione odierna è principalmente una questione di sentimenti, di affetto e di cura per un bambino; non è una semplice questione di cognome familiare e di successione a causa di morte” (112).

Il desiderio di avere un figlio è pertanto più che legittimo (anche se, è forse opportuno sottolinearlo, si tratta di un desiderio, non di un diritto (113)), e rappresenta, è bene esserne consapevoli, la spinta trainante alla richiesta di adozione, rispetto alla quale la solidarietà sociale da parte della coppia adottante, per quanto sussistente, passa in secondo piano. Per non parlare di quanto accade nella adozione internazionale, dove risulta molto più problematico valutare l’adottabilità del minore e il suo effettivo totale abbandono. Il rischio in questi casi, nella migliore delle ipotesi, di una comparazione con la collocazione che il minore probabilmente avrebbe nella famiglia adottiva è molto difficile da scongiurare e il ruolo che svolge il desiderio genitoriale degli adottanti è decisamente prioritario rispetto all’esigenza di fornire una famiglia a un bambino che ne è privo.

Riformare l’adozione risolve la crisi dell’adozione?

A questo punto, nella consapevolezza della complessità del fenomeno adottivo, è quasi inevitabile chiedersi se gli interventi che dovrebbero riformare l’adozione - tra i più richiesti, come detto, lo “sveltimento” della procedura e l’allargamento della platea di coloro che possono adottare - possano davvero risolvere la crisi della adozione. Sembra possibile dubitarne, quanto meno se si guarda alla crisi dell’adozione dal punto di vista della riduzione del numero dei bambini adottabili e dal punto di vista delle richieste di coloro che desiderano adottare.

Il numero dei bambini nelle comunità continua ad essere troppo alto (ma lo sarebbe anche se vi fosse un solo bambino), ma non si tratta di bambini adottabili, almeno se si muove dal presupposto della natura sussidiaria e residuale della adozione. E il numero delle coppie che prima di ricorrere all’adozione tenteranno la strada della pma è inevitabilmente destinato a non diminuire (e anzi, probabilmente, ad aumentare).

Il numero dei bambini nelle comunità potrebbe forse (e si sottolinea il forse) diminuire valorizzando lo

(111) F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit., 1469 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam.*, 2005, 211 ss.; A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1 ss., par. 2.

(112) L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, *Filiazione*, II, a cura di G. Collura - L. Lenti - M. Mantovani, Milano, 2012, 812-813, corsivo dell’A.

(113) V. però Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

strumento della adozione semplice, la c.d. adozione in casi particolari. E quindi, “rovesciando” la preferenzialità finora accordata alla adozione “piena”, indirizzando la scelta - conformemente del resto ai *dicta* della Consulta - verso la c.d. adozione in casi particolari, a meno che, beninteso, ciò non risulti, nel caso concreto, non rispondente al miglior interesse del minore. Non si può escludere, come detto, che il numero dei bambini “adottati” con tale tipo di adozione, e quindi sottratti all’affido o alla comunità possa aumentare (anche se si tratterà poi di verificare di quanto). Resta però da vedere se e in quale misura il numero delle coppie aspiranti a tale tipo di adozione, al di là delle ipotesi di figlio del coniuge, del proprio compagno, o di minore con cui sussista davvero una relazione significativa sarà un numero importante.

Ma forse, in realtà, il problema della crisi della adozione non risiede nella diminuzione dei bambini adottabili o delle coppie richiedenti. La diminuzione c’è ma è da chiedersi se l’obiettivo principale del legislatore debba essere invertire questo *trend*. Obiettivo e compito del legislatore dovrebbe essere la protezione del minore. La domanda è allora se e come l’adozione debba essere riformata, e magari essere resa più flessibile, per rispondere a questa esigenza. La domanda è se e come l’adozione possa essere riformata in modo da ridurre il fallimento adottivo, che è un fenomeno molto triste e di cui si parla pochissimo. Il resto, e in particolare la riduzione dei numeri di adottabili e aspiranti adottanti, forse, di per sé, non è neanche un problema.

TECNOLOGIE RIPRODUTTIVE E GENITORIALITÀ D’INTENZIONE

di Alberto Maria Gambino

Il tema della famiglia e della procreazione, con particolare riferimento alle tecnologie riproduttive, risente del metodo giuridico; “individualismo”, “societarismo”, “comunitarismo”: l’adesione ad una linea di pensiero antropologica sul piano ideale ne condiziona, infatti, la valutazione (114).

L’interprete del diritto interno che si è occupato di *consenso informato* e *accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita* muove dalle letture che le Corti europee danno al concetto di “autonomia privata”, il quale, da una matrice tipicamente civilistica, finisce con l’abbracciare sfere di libertà eccezionalmente presidiate da strumenti di attuazione. È l’affermarsi nel diritto privato della nuova categoria dell’*autodeterminazione*.

Eppure, nel 2004, con la legge n. 40, recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, in Italia si riconosce l’interesse del concepito con una sua dignità propria. In questo ambito le vicende più significative riguardano l’embrione crioconservato, archetipo dello slittamento da una tutela assoluta di un interesse - potremmo dire innato - a una tutela funzionale.

In argomento sono da ricordare due vicende giudiziarie piuttosto significative: l’una decisa dal Tribunale di Bologna (115), prima della L. n. 40, l’altra dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (116).

I due casi riguardano storie di vita simili: coniugi che decidono di accedere alle tecniche di fecondazione assistita ma nel momento della formazione degli embrioni si crea un forte dissenso tra loro.

La L. n. 40 richiede che sia una coppia a fare istanza per l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: se poi, però, viene a mancare il consenso di un componente della coppia all’impianto dell’embrione già formatosi, cosa succede? Cosa accade se la donna vuole in ogni caso l’impianto anche contro la volontà del marito?

Il Tribunale di Bologna nel 2000 - come detto, prima della L. n. 40 - rispondeva a tale quesito, ricostruendo il diritto dei coniugi in un’ottica sociale di realizzazione della personalità in senso condiviso, come momento di solidarietà che porta due persone a costruire una vita *familiare* insieme: nel disegno della coppia c’è, nell’iniziale prospettiva, anche un potenziale bambino, un figlio. Se si rompe questo progetto comune manca il presupposto per l’impianto dell’embrione. All’epoca, si ripete, non esisteva ancora la L. n. 40 e il Tribunale nega alla donna la possibilità di procedere all’impianto a causa del sopravvenuto dissenso del marito.

(114) La prospettiva della “dignità” è tratto unificante di una lettura dell’umano, che in effetti sia essenzialmente tale (si veda F. P. Casavola, *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, a cura di L. Chieffi - F. Lucrezi, 2019, Milano). Starà poi all’interprete valorizzare la radice ultima o penultima della dignità. Rispetto alle posizioni di metodo, mi limito a ricordare - con parole di Sergio Cotta - che “La persona è se stessa, e ha integrale coscienza di sé solo quale ente-in relazione. Tale relazionalità non è il prodotto né della volontà personale né dell’imposizione di un ente collettivo ideale o

storico-sociologico. È determinazione ontologica e pertanto è condizione intrascendibile dell’esistenza umana”, S. Cotta, *Persona (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 169.

(115) Trib. Bologna 9 maggio 2000, ord.

(116) Trib. Santa Maria Capua Vetere 27 gennaio 2021, ord., in questa *Rivista*, 2021, 11, 1051 ss., con commento di M. de Pamphilis, *Il diritto dell’embrione all’impianto tra consenso informato e genitorialità imposta*.

Il secondo caso trattato dal Tribunale di S.M. Capua Vetere nel gennaio 2021 ribalta tale impostazione. Nell'ordinanza è affermato che va considerato anche l'interesse dell'embrione a proseguire il suo percorso vitale: dal momento che la donna è colei che accoglierà in grembo l'embrione, prevale il suo consenso all'impianto, anche in presenza del dissenso del marito.

Dunque, guardando ai due casi, semplicisticamente: vita familiare *versus* vita umana? Solo apparentemente.

Per il Giudice di Bologna è presente davvero la preoccupazione che il bambino avrà un solo genitore?

Il Tribunale di Bologna riconosce un'intenzione, una volontà, ma ritiene che quella volontà non può spingersi fino a consentire di dare vita a un bambino che abbia solo la madre, e non abbia il padre. Per il Tribunale meglio che non ci sia l'impianto e, dunque, meglio che il bambino non nasca, pur se concepito: è preferibile che la sua vita rimanga "sospesa" perché nella dinamica sociale non può darsi nella comunità di appartenenza un bambino che *preordinatamente* è messo nelle condizioni di avere un solo genitore.

L'argomentazione è interessante, anche nell'ottica del sodalizio tra uomo e donna che completano, con gli aspetti tipici del femminile e del maschile, la formazione, la crescita, l'accudimento di un bambino. Un'ottica, però, che arriva a precludere la nascita di un essere umano.

Il Tribunale di S.M. Capua Vetere supera l'ostacolo attraverso la lettura innovativa della L. n. 40 che afferma anche l'interesse dell'embrione e, pertanto, l'interesse alla prosecuzione della sua esistenza.

A ben vedere, però, la valorizzazione delle figure paterna e materna del Tribunale di Bologna non è, affatto, incline ad un'autentica valorizzazione della famiglia, che - in realtà - muove dalla prole verso i genitori e non viceversa: essa evidenzia piuttosto una prospettiva di vita familiare, non più naturalmente legata alla sua potenzialità creativa, ma alla dinamica tutta sociale della realizzazione individuale in una vita in comune.

In questo tema si inseriscono valutazioni che vengono da lontano: il caso di Bologna non nasce in un contesto tutto italiano, ma va ad attingere da letture - sia di dottrina che di giurisprudenza - di altri Paesi che, effettivamente, nel valorizzare la centralità di una coppia anche rispetto alla vita del nascituro, arrivano ai nostri giorni segnalando che l'archetipo

su cui si regge il modello "familiare" non sia più la differenza di genere *naturalmente* procreativa, ma il progetto di vita in comune.

La vicenda bolognese anticipa quanto avviene vent'anni dopo con le decisioni gemelle della Corte costituzionale sulla cd. *stepchild adoption* (117).

Le due questioni dal significativo impatto etico-sociale, recentemente approdate davanti alla Consulta, avevano entrambe quale oggetto la possibile giuridificazione della c.d. genitorialità d'intenzione. L'una è la vicenda di due uomini, sposati in Canada e uniti civilmente in Italia, che - attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità - reclamavano lo stato genitoriale anche per l'*unito civile* che non aveva contribuito con il proprio gamete alla formazione dell'embrione che poi sarebbe stato generato. L'altra vicenda riguarda due donne, le quali - attraverso la pratica della fecondazione eterologa - avevano realizzato il loro "progetto procreativo", salvo poi a separarsi e, nella crisi, rivendicare, l'una, la legittimazione esclusiva alla maternità e l'altra, l'applicazione, appunto, del principio della maternità d'intenzione.

La Corte ritiene - pur stabilendo l'inammissibilità di entrambi i ricorsi - che sia preferibile per il minore cristallizzare giuridicamente entrambi i legami genitoriali, anziché ridurli esclusivamente dentro il solo già "legittimo", ma secondo un nuovo modello di bigenitorialità sociale che mima quello naturale, senza tuttavia porsi il problema ben più profondo del perché nel modello naturalistico i genitori siano due e soltanto due.

In questo senso, la Consulta afferma che l'interesse del minore non possa ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico": "laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata" (sentenza n. 33). Aggiunge ancora la Corte: "Non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è

(117) Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 e Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, pubblicate entrambe in questa *Rivista*, 2021, 7, 680 ss., con commenti di Dogliotti e Ferrando.

quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata”.

L'assunto apparentemente granitico è che vi sia assoluta necessità di riconoscimento giuridico del “legame” tra il minore e il convivente non genitore naturale, così da dare piena attuazione al *best interest of the child* e al suo benessere complessivo. A deporre per la corrispondenza “logica” tra tale urgenza e una piena tutela dell'interesse del minore si richiama, in questo senso, l'obiettivo di dare attuazione ai diritti fondamentali del generato.

L'indagine analitica dei percorsi giurisprudenziali - che si radicano nell'itinerario seguito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (118) - affrontati dalle due decisioni della Consulta non si occupa, però, di un'altra prospettiva altrettanto meritevole: l'incidenza, anche nelle vicende affrontate dalla Corte, del diritto del minore alla genitorialità naturale (119). Ne emerge un quadro parziale, dove, accanto all'apprezzamento per l'eshaustività dei richiami favorevoli alla tesi condivisa dalla Consulta non può che accostarsi un rilievo per una decisiva lacunosità rispetto all'assenza di una riflessione, anche critica, dei contenuti di bisogni ed esigenze di tutela del minore connessi con il tema della genitorialità biologica.

Occorre, infatti, osservare che il paradigma costituzionale della genitorialità naturale ha una sua profonda ragione d'essere, proprio nella cristallizzazione delle prerogative che comporta nel mondo giuridico il legame biologico tra figlio e genitore. Così come le argomentazioni delle Corti hanno radicato la tutela del legame sociale tra genitore di volontà e minore nel diritto all'identità del generato e alla responsabilità del genitore sociale, identiche premesse possono essere richiamate per dare fondatezza alla rilevanza della genitorialità naturale.

Un punto di osservazione maggiormente realistico, che abbia di mira la tutela del generato, non può in

effetti trascurare *a priori* il legame naturale e biologico tra due esseri umani.

Si rifletta sui temi della salute e della cura, specie laddove sia necessario per motivi terapeutici risalire all'identità sanitaria del genitore; si pensi al diritto, consolidato, di ciascuna persona alle proprie origini biologiche; si pensi - e qui il discorso si fa particolarmente complesso - al significato esistenziale/collettivo che assume la presa d'atto che soltanto la generazione biologica è in grado di assicurare discendenza all'umanità. In altri termini, non si può evadere il quesito di senso che reclama la precondizione della genitorialità biologica e ridurla a fattore “esterno” da rimuovere per cedere il passo dinanzi a nuove esigenze di garanzia di legami sociali e affettivi tra le persone. D'altro canto, anche il principio dell'auto-responsabilità, nei termini di libertà procreativa, non può restare immune da valutazioni ma richiede l'approfondimento del significato umano e sociale del fatto del generare una persona umana.

In questa prospettiva potrà eventualmente valutarsi anche la rilevanza di un diritto del generato alla genitorialità naturale e l'esigenza ad esso sottesa di garantire il significato personalistico della generazione umana.

La giurisprudenza, più incline a valorizzare gli interessi di una genitorialità sociale, pone attenzione - almeno a parole - a scardinare l'idea che ciò possa scivolare in una contrapposizione tra desideri della coppia e interessi del bambino. Ma in realtà se si porta all'estrema conseguenza la dinamica propulsiva di diritti della personalità - talmente forti a questo punto da abbracciare nelle proprie condizioni di vita anche l'esistenza fragile altrui - l'esito non può che essere una sorta di reificazione del generato. Così anche le due sentenze gemelle, sopra richiamate, inevitabilmente offrono qualche spunto di legittimazione alla surrogazione di maternità (120) nel momento in cui affermano che “va riconosciuta” la genitorialità d'intenzione - e non nel senso delle Sezioni Unite, che già avevano risolto il problema, indicando l'esame concreto caso per caso dei diritti e degli interessi da attribuire a quel bambino nato in Paesi che consentono la pratica con lo strumento

(118) Corte EDU, Sez. seconda, 5 novembre 2002, Yousef contro Paesi Bassi; Sez. prima, 28 giugno 2007, Wagner e J.M. W.L. contro Lussemburgo, par. 133: “Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case”; Grande camera, 26 novembre 2013, X contro Lettonia, par. 95: “the best interests of the child must be of primary consideration”; Corte EDU, Sez. prima, 16 luglio 2015, Nazarenko contro Russia, par. 66; Corte EDU, Grande camera, 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, par. 207; Corte EDU, Sezione quinta, 12 novembre 2020, Honner contro Francia, par. 51; Corte EDU 26

giugno 2014, Mennesson contro Francia, par. 96. Cfr., anche, l'altra sentenza “gemella” Labassee contro Francia, par. 75.

(119) L'itinerario cennato è svolto da E. Bilotti, *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*, nota a Cass. Civ. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 91 ss.

(120) Nonostante Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, la quale afferma che la maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”.

dell'adozione in casi particolari (121). La Consulta non si appaga della soluzione fornita dalle Sezioni Unite ma reclama un intervento legislativo, in quanto ritiene che ci siano legami e vincoli non valorizzati nell'adozione in casi particolari. La prospettiva comporta il riconoscimento pieno dei genitori d'intenzione, che, nel caso, sono però anche i committenti della surrogazione, con l'effetto di rimuovere il genitore naturale.

Nella sentenza n. 32 del 2021 il genitore naturale era l'uomo donatore del seme e lì, potremmo dire, c'è un abbandono totale della prospettiva di essere padre; per l'altra, la n. 33 del 2021, la madre naturale è la donna in surrogazione che per nove mesi ha portato nel suo utero il feto, che poi lascia - da neonato - ad altri in forza di un contratto. In questo secondo caso la categoria dell'autonomia negoziale, collaudata per le res, viene applicata a una vicenda esistenziale: la messa al mondo di un bambino. Non ci sono, nella sentenza, richiami ontologici alla figura della madre "portatrice": non si smentisce - ovviamente - che sia un reato, un reato aberrante, però si pone l'attenzione su quali sono i diritti in questo caso del nascituro, del bambino.

Inevitabilmente, con la giuridificazione delle intenzioni del genitore sociale e reclamando una nuova norma giuridica, l'esito starà nell'impossibilità giuridica di reclamare una genitorialità naturale, tanto da parte del figlio, quanto della madre "portante".

In alcuni ordinamenti la prassi negoziale ha comportato clausole *ad hoc* in contratti di assicurazione, clausole risarcitorie significative, talvolta tutele "reali" per i casi dell'emergenza di un ripensamento della donna portante. Nell'ordinamento giuridico italiano, al momento, si continua ad affermare che "la madre è colei che ha partorito". Dunque occorrerebbe dimostrare che quel bambino "commissionato" è stato abbandonato e, quindi - però - anziché alla coppia committente andrà nella lista di tutti i

bambini adottabili. Poi, dopo il vaglio sull'idoneità di coppie potenzialmente in grado, prima, di averlo in affidamento e, poi, in adozione, quel bambino sarà associato alla coppia che è più congeniale per il benessere del bambino. Questa è norma di civiltà.

SE TUTTO È FAMIGLIA, NULLA È PIÙ FAMIGLIA

di Filippo Vari

Le ragioni dell'intervento di un pubblicista

Occorre, anzitutto, interrogarsi sulle ragioni per le quali la famiglia può ancora oggi interessare anche il diritto pubblico.

Tra i molteplici motivi vale la pena segnalarne qui due in particolare. Anzitutto, un peso determinante ha, per riprendere le parole di Costantino Mortati, la funzione "sociale (anche se non pubblica) della famiglia" (122). Tale funzione, ancorché non sempre adeguatamente evidenziata dalla dottrina, è dato assai risalente anche nella nostra cultura, per la quale la famiglia "costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della personae, dalla nascita alla morte, e la base della più ampia società civica e statale" (123). In questa sede è sufficiente ricordare che già in Cicerone la famiglia è considerata *principium urbis et quasi seminarium rei publicae* (124). È particolarmente significativo che il medesimo concetto sia stato poi ripreso, dopo oltre sedici secoli, dal Vico con la definizione di essa quale *primulum rerum publicarum rudimentum* (125).

La funzione sociale della famiglia è alla base dello spazio che essa ha trovato in molte Costituzioni del secondo dopoguerra: e ciò sia espressamente, sia implicitamente attraverso enunciazioni volte ad assicurarle una particolare protezione nell'ordinamento

(121) Per tale sentenza, si vedano: questa *Rivista*, 2019, 653 ss., con note di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737 ss., con nota di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Giur. it.*, 2020, 543 ss., con nota di A. Valongo, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*. Si legga anche G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020 (www.articolo29.it, 23 maggio 2020).

(122) C. Mortati, *Istituzioni di Diritto pubblico*, IX ed. rielaborata e aggiornata, Padova, 1976, 1165. Su tale dimensione sociale v., per tutti, F. Santoro Passarelli, *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*,

1953, ripubblicato in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 401 s.; M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte - S. Landini, Firenze, 2017, 1 ss. dell'estratto disponibile su Internet, all'indirizzo <https://www.studiosesta.it/wp-content/uploads/2020/05/La-famiglia-tra-funzione-sociale-e-tutele-individuali-scritti-in-onore-di-Giovanni-Furguele.pdf>. Nello stesso senso cfr. A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, 134; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 184.

(123) M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 1 s.

(124) Cicerone, *De officiis*, I, 17, 54.

(125) G.B. Vico, *De uno universi iuris*, CIII. Sul punto v. A. Cicu, *Matrimonium seminarium rei publicae*, *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, 214.

costituzionale, come ad es. nell'art. 6 della Legge fondamentale tedesca. Anche l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo qualifica la famiglia come "nucleo naturale e fondamentale della società". Nel Preambolo alla Convenzione sui diritti del fanciullo si riconosce, poi, "la famiglia, quale nucleo fondamentale della società e quale ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri ed in particolare dei fanciulli" e si mette in luce come essa "debba ricevere l'assistenza e la protezione necessarie per poter assumere pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità".

Già questi pochi richiami dimostrano il riconoscimento che la famiglia ha come fenomeno di particolare rilevanza per la comunità, meritevole, dunque, di essere indagato, come tale, anche nella prospettiva tradizionalmente propria del diritto pubblico. La famiglia, infatti, nell'assumere rilievo su un duplice versante - da un lato, la formazione e la promozione della persona (126) e, dall'altro, la garanzia, proprio nello svolgimento di questi compiti, della continuità e del progresso della società - non si atteggia come fine a se stessa (127), bensì come "strumento indispensabile del bene della persona, dei beni essenziali e fondamentali della persona, di tutte le persone viventi nella famiglia e nella società" (128). Insegnando e trasmettendo valori etici, culturali, spirituali e religiosi, essa costituisce, sotto ogni profilo, il luogo privilegiato di crescita e di benessere della persona nella sua irripetibile identità e, dunque, della comunità, intesa come insieme di uomini.

Il secondo motivo per cui la famiglia interessa lo studioso del diritto pubblico è legato alla lettura che da tempo autorevole dottrina ha dato del "problema della dimensione costituzionale dell'autonomia privata" (129). La famiglia rientra senza dubbio nel novero delle formazioni sociali, come si evidenzia in più punti del volume del prof. Lenti, rappresentandone anzi una delle più importanti espressioni e costituendo, insieme alle associazioni, ai sindacati, ai partiti, alle confessioni religiose, alle istituzioni culturali parte integrante del tessuto della società pluralistica. Se poi si condivide l'osservazione secondo la

quale la famiglia chiama in causa la "questione della composizione dell'antinomia fra autorità e libertà che in questo ambito risulta particolarmente accentuata" (130), si perviene alla conclusione che il rapporto tra la stessa e lo Stato finisce per atteggiarsi a una sorta di cartina di tornasole per analizzare quello tra formazioni sociali e Stato e, in ultima analisi, la relazione tra singolo e potere pubblico, da sempre oggetto di studio da parte dei pubblicisti. Ciò è confermato tanto dall'analisi storica, quanto da quella comparatistica: da esse emerge che una parte del diritto di famiglia è così intimamente legata alla forma di Stato, da non poter non formare oggetto di analisi da parte dei giuspubblicisti. Ciò ovviamente senza negare - è bene ribadirlo - che, essendo l'Italia una liberal-democrazia, la famiglia presenta profili assai marcati rimessi all'autonomia della formazione sociale (131).

Può essere utile, infine, ricordare che il nesso tra disciplina del fenomeno familiare e architettura complessiva dell'ordinamento era stato lucidamente colto da Giorgio La Pira: già in una lettera del 1925 a Pugliatti, il grande studioso richiamava il carattere "costituzionale" della famiglia, nel senso cioè di "costituzionalità dell'ordine giuridico", ribadendo al contempo l'importanza del rispetto dell'autonomia della stessa (132).

Il diritto di famiglia nella/della società liquida

Ferme tali (necessarie) premesse, questo intervento si soffermerà ovviamente sui profili della trattazione più interessanti per un pubblicista.

Il volume fornisce un quadro magistrale della situazione del diritto di famiglia nel nostro ordinamento e, più in generale, nella nostra cultura. Ci sono tanti passaggi che esprimono la temperie culturale nella quale viviamo. Si potrebbe definire il volume come una delle grandi espressioni del diritto di famiglia delle società contemporanee del mondo occidentale. Esse sono, infatti, caratterizzate da una connotazione liquida, secondo la nota analisi di Zygmunt Bauman. L'illustre studioso ha scritto anche un volume, interessantissimo, dedicato all'amore e ai legami umani nella nostra epoca. S'intitola *Liquid Love*, e come

(126) Cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 184.

(127) E. Mounier, *Le personnalisme*, 1949, trad. it. *Il personalismo*, Roma, 1964, rist. 1999, 148 s., definisce la famiglia come "cellula sociale".

(128) F. Santoro Passarelli, *loc. ult. cit.*

(129) Giorgio Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 10, nt. 16.

(130) R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, 4.

(131) Sul tema sia consentito il rinvio a F. Vari, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 2019, 4.

(132) G. La Pira, *Carissimo Totò* (Pozzallo, 21 settembre 1925), in *Id.*, *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, Roma, 1980, 65 s. Al riguardo v. P. Catalano, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, I, disponibile anche in *Diritto@Storia*, 2006.

sottotitolo reca l'indicazione *On the Frailty of Human Bonds* (133). La tesi di fondo è che l'uomo contemporaneo sia un *Mann ohne Verwandtschaften*, cioè un uomo senza parentela. Ciò si traduce nella ricerca di una perenne situazione "senza legami indissolubili e dati una volta per sempre" (134). Di recente, tale presuntamente e, al contempo, presuntuosamente gaia visione della società è stata celebrata ad es. su un quotidiano nazionale con un'intervista a uno studioso americano, Lawrence Josephs, in cui egli afferma che "circa il 50% di coppie divorzia in America e molti di quelli che rimangono sposati sono infelici, ma non ho una statistica per questo" (135). Proprio il tipo di relazione affettiva che ricerca l'uomo senza parentela trova oggi soddisfazione nell'assetto giuridico del nostro ordinamento: divorzio, fondato sull'idea, così dice il volume, di un "recesso *ad nutum*" (136), divorzio breve, divorzio "consensuale" (137), unioni civili equiparate alla famiglia. In fondo il volume costituisce una fine e particolareggiata analisi di tale assetto ordinamentale, che viene accolto con favore, come emerge sin dalle prime pagine dell'opera. In esse si stigmatizza il ritardo del legislatore italiano nell'introdurre le riforme cui ora si accennava, alcune delle quali, dopo il divorzio negli anni '70 del secolo scorso, approvate nel decennio che si apre nel 2010 (138). Grazie anche a queste riforme che esprimono lo spirito dei tempi si sarebbe giunti al superamento di una "comune vulgata", così è definita nell'opera, secondo la quale "la famiglia è un gruppo sociale ristretto, composto da un uomo e da una donna, che convivono e sono legati da una relazione di profonda intimità, comprensiva anche di quella sessuale, e da un vincolo giuridico reciproco, il matrimonio" (139). Per la sua disciplina sarebbe stata essenziale la "tradizione di origine cristiana", confermata e rafforzata "sul piano sociale dalla morale ottocentesca". Oggi, invece, a seguito di spinte sul piano sociale accolte nelle riforme sopra indicate, si è rotto, da un lato, il legame tra matrimonio e famiglia e,

dall'altro, quello tra sessualità e procreazione (140). Secondo l'Autore, "è opinione unanime che la famiglia sia una" delle diverse "formazioni sociali, indipendentemente dal suo fondamento matrimoniale, e che il matrimonio non possa costituire un discrimine nella tutela della vita familiare e delle relazioni fra i suoi componenti" (141). La conseguenza ultima è l'esistenza di una pluralità di modelli familiari, tutti posti sullo stesso piano: da quella "monoparentale a quella ricomposta, da quella formata da una coppia di persone dello stesso sesso a quella poligamica...la realtà sociale oggi presenta dunque una pluralità di modelli di famiglia" (142). Esse si contraddistinguono per essere "il luogo socialmente privilegiato degli affetti più intimi e profondi, il regno della gratuità e della condivisione" (143). In conclusione, aspetto assai rilevante per il pubblicista, secondo Lenti, "se ancora ieri si poteva affermare, come per secoli e secoli si è fatto, che *matrimonium interest reipublicae*, oggi si deve invece dire che ciò che *interest reipublicae* non è più il matrimonio, ma sono i figli, il domani della nostra società; la scelta del regime giuridico che lega la coppia che li genera, invece, è ormai divenuta una questione solo privata" (144). In sostanza, potremmo sintetizzare, l'unico legame che resiste è quello di sangue, mentre tutto il resto diventa disponibile e organizzabile dal singolo (145), senza alcuna stabilità, proprio come richiedono i dettami della società liquida e dell'amore liquido.

Il disegno costituzionale

L'assetto ora descritto appare, tuttavia, lontano (146) e, a mio avviso, incompatibile rispetto al disegno costituzionale in materia di famiglia, ispirato al *favor matrimonii* (147). In particolare, gli artt. 29 e 31 Cost. contengono una piena valorizzazione della famiglia, come "società naturale, fondata sul matrimonio": dunque, una "stabile istituzione sovraindividuale" (148) basata su un istituto caratterizzato,

(133) Z. Bauman, *Liquid Love. On the Frailty of Human Bonds*, trad. it. di S. Minucci *Amore liquido: sulla fragilità dei legami affettivi*, Roma - Bari, 2004.

(134) Z. Bauman, *Amore liquido*, cit., V.

(135) Corriere della Sera, 22 aprile 2022, disponibile su Internet, all'indirizzo https://www.corriere.it/sette/comportamenti/22_aprile_17/infedelta-solo-coppia-quattro-monogama-felice-resiste-chi-non-ne-ricco-ne-povero-8f383ebc-bb6b-11ec-818b-cbb6b2b517fa.shtml?refresh_ce.

(136) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 646 s.

(137) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 648 s.

(138) V. in particolare L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 61 ss.

(139) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 10.

(140) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 6.

(141) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 47.

(142) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 12.

(143) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 13.

(144) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 15.

(145) Cfr. al riguardo le riflessioni di M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 9.

(146) Sul tema v. M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 5 ss.

(147) Al riguardo sia consentito il rinvio a F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari, 2004, spec. 44 ss.

(148) Cfr. Corte cost. 18 gennaio 1996, n. 8.

come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, dalla “diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di ‘una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio’” (149).

Il prof. Lenti legge, invece, questo disegno subordinandolo ai modelli che vengono oggi dal diritto europeo, soprattutto quello legato alla Corte europea dei diritti dell'uomo (150): si parla nel volume di “ruolo spesso eversivo assunto dalla giurisprudenza” (151) della Corte di Strasburgo. Ha ragione, in proposito, l'Autore nella descrizione della realtà, anche in relazione alle sue ricadute nell'ordinamento interno. Esemplificativa al riguardo è una sentenza del 2012 della Corte di cassazione (152). In essa la Suprema Corte ha utilizzato un passaggio contenuto in una sentenza di rigetto di una sezione della Corte EDU relativa all'ordinamento austriaco (153) per trarre “conseguenze ritenute essenziali per il nostro ordinamento, e, anzi, ... il grimaldello per scardinare ‘una consolidata e ultramillenaria tradizione’” (154), relativa ai concetti di matrimonio e famiglia.

Siffatte ricostruzioni appaiono fuori fuoco (155). Infatti, da un lato, è già discutibile che le sentenze di condanna relative a Stati diversi dall'Italia possano essere utilizzate per dedurre l'illegittimità costituzionale di una normativa interna, ai sensi dell'art. 117 Cost., comma I, secondo il modello indicato dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle del

2007 (156) e come problematicamente evidenziato dallo stesso giudice delle leggi nella successiva giurisprudenza (157). Il carattere concreto del giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo (158) dovrebbe, infatti, normalmente escludere la possibilità di ricavare anche da sentenze di condanna di Stati diversi dall'Italia regole di carattere generale efficaci anche per il nostro Paese (159). Ma è ancor meno plausibile dedurre conseguenze così importanti come quelle “rilanciate” nell'ordinamento italiano dalla Cassazione da una sentenza di rigetto (160). E ciò a maggior ragione ove si consideri che la stessa Corte EDU, nella sentenza su cui si fondava la Cassazione, aveva chiaramente ribadito che “in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it” (161).

Inoltre, come evidenziato su un piano generale da Massimo Luciani, “solo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualificiamo, può indurre a credere che ... la stessa etichetta (poniamo: ‘libertà di associazione’)” - o aggiungerei, per ciò che qui interessa, i diritti connessi alla famiglia - “denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche” (162). Dunque, anche a ritenere che dalla sentenza *Schalk and Kopf* si potessero trarre elementi determinanti

(149) Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138. Sul punto, nella vasta dottrina, v. M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020, 545 ss.; A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, 743 ss.

(150) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 18 ss.

(151) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 61.

(152) Cass. Civ., Sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

(153) Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 24 giugno 2010, application n. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*.

(154) I. Massa Pinto, “Fiat matrimonio!”. *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della corte europea il potere di scardinare “una consolidata ed ultramillenaria tradizione” superando anche il giudicato costituzionale?*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, 5. Sul punto cfr. anche L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale* (Cassazione I sez. civ. 15/3/2012, n. 4184), *ibid.*, 1.

(155) Sul tema v. A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., 746 ss.

(156) Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349. Su tali decisioni v. A. Ruggeri, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, nel sito Internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. Nania, *I diritti tra Costituzione e tutele sopranazionali*, in AA.VV., *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di R. Nania, Torino, 2012, 33 ss.

(157) V. in particolare, Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49.

(158) Tale carattere è ricordato spesso anche dalla *Grande Chambre*, secondo la quale “in cases arising from individual applications the Court’s task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it” (così il par. 92 della sentenza *S. H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010, application no. 57813/00).

(159) Sul punto v., per tutti, M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.

(160) Al riguardo acutamente I. Massa Pinto, “Fiat matrimonio!”. *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo*, cit., 5 mette in luce “l'uso che la Corte di Cassazione fa della sentenza europea: dopo aver riconosciuto, nella prima parte della sua motivazione, l'esistenza di un ‘postulato implicito’ nel nostro ordinamento, fondato su una tradizione sedimentata da tempo immemorabile, la Corte ritiene ora di poter affermare che un inciso, di un’articolata motivazione, di una sentenza nella sostanza di rigetto, pronunciata da una corte, in un certo luogo, in un certo tempo, possa, d’un sol tratto - come l’atto prometeico che crea con la parola - inverare una sostanza assegnandole il nome proprio di un’altra: fiat matrimonio, e matrimonio fu!”.

(161) Par. 103 della decisione.

(162) M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661.

in ordine alla ricostruzione del concetto di famiglia nel sistema CEDU, era operazione “ingenua” e, altresì, erronea utilizzare questi elementi, come tali, per ricostruire il regime in materia proprio dell’ordinamento italiano.

Oltretutto, per costante giurisprudenza costituzionale, le decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo possono trovare spazio nell’ordinamento interno soltanto qualora non si pongano in contrasto con le previsioni della Carta fondamentale (163). Dunque, un modello di rapporti familiari come quello proprio della giurisprudenza della Corte EDU, per essere accolto nel nostro ordinamento, dovrebbe essere conforme alla Costituzione. In alternativa, esso dovrebbe essere trasposto in iniziative volte a modificare, ammesso peraltro che sia possibile, la Carta fondamentale (164). Ricordo, tra l’altro, che recentemente si è intervenuti sulla Costituzione, novellando, addirittura nella parte dedicata ai “*Principi fondamentali*”, l’art. 9 Cost., per rafforzare nel nostro ordinamento la protezione dell’ambiente (165), così dimostrando che quando esiste una effettiva e diffusa volontà di modificare la Carta fondamentale, si riesce con agilità a farlo. Non mi pare, però, ci siano iniziative nel senso sopra indicato per codificare l’arcipelago familiare, per riprendere una bella immagine di Busnelli (166), di cui si parla nel volume.

Le ragioni costituzionali della preferenza per il matrimonio

Sono consapevole, però, che potrebbe essere considerato meramente formale il ragionamento sinora svolto. E, pur ritenendo che ‘la forma è il nemico giurato dell’arbitrio, è la sorella gemella della libertà’ (167), non mi sottraggo a un confronto sul piano sostanziale. Voglio, dunque, provare a rispondere a queste domande: qual è nel 2022 l’attualità del disegno costituzionale? Perché ancora oggi la famiglia che nasce dal matrimonio dovrebbe avere un regime speciale?

Per rispondere a queste domande, è opportuno tornare alle radici e prendere le mosse dal diritto romano, che, invero, non trova adeguato spazio nell’opera. Si dice ad esempio nel volume che i principi che regolavano la famiglia fino alle riforme sopra citate erano “espressi dal diritto naturale della tradizione cattolica post-tridentina” (168). In realtà, la famiglia ha da millenni le stesse caratteristiche, come ci ricorda anche la Corte costituzionale nel passo sopra più volte citato della sent. n. 138 del 2010. Nel sistema giuridico romano - dal quale il diritto moderno ha recepito la definizione di matrimonio (169) - era riconosciuto, addirittura secondo il diritto naturale, che solo l’unione di un uomo e di una donna può costituire matrimonio: *maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus* (D. 1.1.1). Da tale *consortium omnis vitae, divini atque humani iuris communicatio* (D. 23.2.1), *individuum consuetudinem vitae continens* (Inst. 1.9.1), nasceva il *corpus familiae* (D. 50.16.195.2) (170). Ciò premesso, in cosa la famiglia fondata sul matrimonio si differenzia dalle altre formazioni sociali? La nostra società occidentale ha da sempre considerato la famiglia il luogo più adatto per la realizzazione della persona e per la nascita e la crescita dei figli. Ciò non vuol dire, da un lato, che tale esperienza si realizzi sempre nel migliore dei modi e, dall’altro, che non vi siano altre situazioni in cui si possano raggiungere analoghi obiettivi. Ma siccome non si può istituire una autorità che controlli la soddisfazione tra i coniugi e i partner o tra i genitori e i figli, un po’ come in quel programma che all’inizio degli anni ‘80 andava in onda sulla televisione commerciale con il nome di “Gioco delle coppie”, e dovendo fondarsi sull’*id quod plerumque accidit*, il Costituente ha deciso di favorire la famiglia fondata sul matrimonio, recependo l’antico istituto romanistico.

Cosa fa la Costituzione? Stabilisce una scelta preferenziale a favore della famiglia fondata sul matrimonio. In sostanza, si tratta di una visione analoga a

(163) Sul punto sia consentito il rinvio a F. Vari, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 18/2012.

(164) Per un approfondimento del tema sia consentito il rinvio a F. Vari, *Il diritto familiare italiano tra libertà costituzionali e ordine pubblico costituzionale*, in AA.VV., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del XIII Convegno annuale della Società italiana degli Studiosi del Diritto civile (S.I.S.Di.C.), svoltosi a Napoli nei giorni 3-5 maggio 2018, a cura di P. Perlingieri - S. Gioia, Napoli, 2019, 42 s.

(165) L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

(166) F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss.

(167) Così R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, VIII ed., Basel, 1954, II, 2, 471: “*Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit*”.

(168) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 46.

(169) Sul punto v., per tutti, P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984 trad. it. *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di A. De Vita - M.D. Panforti - V. Varano, Milano, 1985, 190.

(170) Sul legame tra il concetto di famiglia proprio della Costituzione italiana e quello romano precristiano v. G. La Pira, *La famiglia, una casa costruita sulla roccia*, in *Il focolare*, 8, 14 aprile 1974, 5; P. Catalano, “*La famiglia sorgente della storia*” secondo Giorgio La Pira, in *Index*, 1995, 27; M. Serra, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 3 ss.

quella originariamente sottesa all'art. 6 GG: "*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*". La Costituzione prevede che la Repubblica "riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" e, poi, "agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose". Qual è il senso di tali previsioni? Anzitutto, che i poteri pubblici riconoscono alcuni diritti di libertà, ad es. quello di sposarsi o di non sposarsi, e alcuni spazi di autonomia legati alla famiglia (171). Ciò non esclude che sulla base di altre disposizioni costituzionali si possa giungere a garantire ad altre formazioni sociali analoga autonomia. In secondo luogo che la Repubblica riconosce l'infungibile funzione sociale della famiglia e, per questo, impone al legislatore di stabilire un regime speciale a suo sostegno, in deroga al principio d'eguaglianza di cui all'art. 3, comma I, Cost. Quest'ultimo profilo ha avuto scarsa attuazione e attenzione nell'operato delle Istituzioni. Ricordo ad esempio che siamo alle soglie del 30° anniversario dalla sentenza con la quale la Corte costituzionale ha denunciato l'illegittimità del sistema fiscale tuttora vigente, in quanto contrastante con il disegno costituzionale di promozione della famiglia (172); ma la pronuncia del giudice delle leggi non ha trovato alcun seguito in Parlamento, al quale spetta la decisione politica su come superare l'illegittimità costituzionale rilevata dal giudice delle leggi. Pur essendo l'art. 31 Cost. uno dei meno attuati della Costituzione, il legislatore ha esteso i pochi benefici previsti a favore dell'unione coniugale ad altre forme di convivenza e, anzi, il

volume di Lenti denuncia che più recentemente "il diritto della famiglia è uscito dall'agenda politica" (173). Si tratta di un esito naturale, perché se la famiglia perde stabilità, come aveva già intuito Esposito poco dopo l'entrata in vigore della Costituzione (174), se la sua funzione sociale, di cui si è detto, non è più riconosciuta e valorizzata, vengono meno le ragioni per dare a essa un sostegno pubblico o un regime preferenziale: se tutto è famiglia, nulla è più famiglia. Rimane il singolo, con le sue libere scelte, e la famiglia non esiste più.

In conclusione, una scelta eticamente orientata

Una delle caratteristiche più marcate dei diritti "borghesi" è di presupporre "l'*Isolierung* del diritto rispetto alla religione e alla morale" (175), in contrasto con gli insegnamenti più antichi, a partire dalla lezione dei giureconsulti romani (176); per questi ultimi il diritto è *ars boni et aequi* (177), fondato sull'idea di *aequitas* (178), in una profonda compenetrazione con la religione e la morale (179). Il suddetto "isolamento" non esclude che alcune Costituzioni contemporanee, come quella italiana, contengano, in linea con l'impronta assiologica che connota il costituzionalismo dalla sua nascita e nel suo sviluppo, depositi di principi che spetta al legislatore ordinario attuare. In sostanza, la fondamentale "distinzione tra l'ambito politico-civile e l'ambito religioso" (180) e morale (181), tra norma giuridica e norma morale (182), non impedisce di riconoscere che, anche nell'attuale fase storica, esistono principi, enunciati sul piano del diritto positivo (183), che hanno, comunque, una radice ispirata da considerazioni di carattere etico (184) e che assumono, per il tramite appunto del Patto

(171) Sul tema v. F. Vari, *Profili costituzionali dell'autonomia*, cit.,

(172) Cfr. Corte cost. 24 luglio 1995, n. 358. Sul tema v. M.A. Grippa Salvetti, voce *Famiglia* (Dir. trib.), in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, III, 2437 ss.; P. Selicato, *Le imposte sul reddito delle persone fisiche in Italia*, in AA.VV., *Scienza delle finanze*, a cura di A. Balestrino - E. Galli - L. Spataro, Torino, 2015, 413 ss.

(173) L. Lenti, *Diritto di famiglia*, cit., 56.

(174) C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951 ripubblicato in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 140 s.

(175) P. Catalano, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1, 1, 12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2000, 114 s.; M.P. Baccari, Curator ventris. *Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, 7 ss.

(176) Sul punto la letteratura, come noto, è sterminata. Ci si limita a segnalare le riflessioni di W. Waldstein, *Teoria generale del diritto*, Roma, 2001, *passim*.

(177) D. 1.1.1.

(178) F. Gallo, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1987, 7 ss.

(179) Sul diritto romano come sistema nel quale sono compenetrati *religio, mos e ius* v. P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, *passim*.

(180) P. Catalano - P. Siniscalco, *Laicità tra diritto e religione. Documento introduttivo al XIV Seminario*, in *Index, (Nel nome di Giorgio La Pira)*, 1995, 462 ss.

(181) Sul punto v. A. Barbera, *Il "fondamento" dei diritti fondamentali, tra crisi e frontiere della democrazia*, in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2007, 127.

(182) Cfr. P.F. Grossi, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, 2008, 95 ss.

(183) Cfr. P.F. Grossi, *Alle origini del processo di legittimità costituzionale delle leggi*, Roma, 2002, 21; V. Baldini, *Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in AA.VV., *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Torino, 2004, 14.

(184) Cfr. C. Starck, *Le radici comuni dell'Europa e la loro importanza per l'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in AA.VV., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, a cura di A. D'Atena - P.F. Grossi, Milano, 2004, 3 ss.

fondamentale (185), carattere di diritto positivo, dando fondamento a diritti la cui "priorità nei confronti di altri valori o di determinate qualità morali è indicazione di non neutralità" (186). Ciò vale anche per il matrimonio e la famiglia e il diritto a essi connesso, almeno fino a quando la Costituzione sarà la Carta fondamentale della Repubblica italiana.

FAMIGLIA, DIRITTO E ALTRI SAPERI

di Enrico Moscati

In primo luogo, è stato detto che il *Diritto della famiglia*, che è un libro moderno, attento anche alle novità fattuali del fenomeno familiare, segna per certi aspetti un ritorno al passato e consente il recupero di istituti giuridici che si riteneva obsoleti. Si pensi agli obblighi tra conviventi come obbligazioni naturali e al matrimonio come rapporto fondato sull'*affectio maritalis* di memoria romanistica.

E ancora. È stata evidenziata la peculiarità dell'emananda legge tedesca che prevede l'acquisto della parentela per contratto. Si è ricordato il contributo del compianto Paolo Ungari sulla storia del diritto di famiglia dalla Rivoluzione francese agli anni Settanta del Novecento (187), sottolineando il grande equilibrio di Lenti nel ripercorrere gli sviluppi del diritto di famiglia nel rapporto verticale tra genitori e figli.

Nella libertà di opinioni manifestate in questo Convegno si è ricordato che il matrimonio era considerato un cardine della società fin dai tempi di Confucio e di Cicerone e che ora il matrimonio tradizionale appare sotto attacco anche per quanto riguarda la ricostruzione del diritto al divorzio come un diritto di recesso, analogo a quello previsto per i contratti dall'art. 1373 c.c. Qui osserverei che l'accostamento al diritto di recesso non si addice al divorzio in quanto l'art. 1373 c.c. non consente il recesso quando il contratto ha avuto un principio di esecuzione, senza contare che l'accostamento tra le

due figure va modulato con grande cautela ed equilibrio per evitare fughe in avanti, come accadrebbe se il diritto al divorzio si risolvesse in un diritto al ripudio proprio di altre esperienze giuridiche antiche e anche contemporanee.

Si è detto ancora che il libro suscita l'attenzione del lettore anche per quanto riguarda il significato dell'interesse del minore. Si dovrebbe riflettere se sulla base dell'interesse del minore si possa giustificare l'allontanamento del minore dalla famiglia naturale e il suo ingresso per adozione in una nuova famiglia.

Particolarmente felice mi sembra la considerazione che il diritto di famiglia comporti per le sue implicazioni la necessità di condivisione con altri saperi. In questo contesto si è ricordato l'insegnamento di Adriano Ossicini che l'interesse del minore è rilevante sul piano psicologico già nel grembo materno e che non sempre la verità biologica risponde all'interesse del minore. Di qui, l'auspicio per una rilettura delle categorie tradizionali attraverso un confronto con altri saperi scientifici, ma anche per un ritorno alla primazia della dottrina e al ripudio di una giurisprudenza creativa senza alcun limite.

Da ultimo, si è evidenziato il perché la famiglia interessi anche il diritto pubblico. Già Costantino Mortati parlava di una funzione sociale della famiglia per la quale auspicava anche una disciplina costituzionale. Il libro di Lenti induce a riflettere sulle profonde modificazioni in atto nel nostro ordinamento anche su questo aspetto dell'ordinamento della famiglia. Ma questa proiezione pubblica non è nuova. Già nel lontano 1914 Antonio Cicu aveva affermato che il diritto di famiglia dovesse appartenere al diritto pubblico (188).

A conclusione di queste sommarie notazioni, mi sento di dire che il libro di cui si è discusso è un'opera con la quale dovrà fare i conti chi vorrà in futuro occuparsi di diritto di famiglia.

(185) A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in AA.VV., *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, a cura di M. Volpi, Bologna, 2001, 30; A. Loiodice, *Attuare la Costituzione. Sollecitazione straordinamentale*, Bari, 2000, 26; G. Berti, *Magistero sociale della Chiesa ed evoluzione costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, 175 ss.; A. Barbera, *Il "fondamento" dei diritti fondamentali, tra crisi e frontiere della democrazia*, cit., 117 ss. V., inoltre, R. Bifulco, *Art. 3*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti*, a cura di R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto, Bologna, 2001, cit., 54.

(186) Così G. Grotanelli de' Santi, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, 2006, 144 ss.

(187) P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, ora riproposto dalla benemerita Casa Editrice Il Mulino nel 2002 a cura di F. Sofia.

(188) A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, ripubblicato con letture di M. Sesta dall'editore Forni nel 1978 nella collana *Momenti del pensiero giuridico moderno*.

UGUAGLIANZA FRA TUTTI I FIGLI, FAMIGLIA E MATRIMONIO

di Leonardo Lenti

Premessa

Le relazioni che precedono hanno sottolineato più volte la scelta sistematica che ho fatto, manifestando - direi - un consenso di fondo: esporre la materia iniziando dai figli, invece che dalla coppia. Questa scelta, che rompe con una tradizione consolidata, è intesa a rimarcare un *fatto*: nei paesi di matrice culturale europea al centro della famiglia, delle funzioni che svolge nella società contemporanea, vi sono ormai la procreazione e l'allevamento dei figli. Ovvero, in altre parole: questo è ciò che *interest reipublicae*; mentre l'atto *matrimonio* e le regole che governano il rapporto che ne deriva appaiono sempre più avere un interesse soltanto privato.

Un altro fatto di grande importanza da rimarcare è che oggi il legame tra famiglia, matrimonio e procreazione va rapidamente sciogliendosi. È indubbio che, nei fatti, abbiamo *famiglia* anche dove non c'è *matrimonio*, nonostante quanto sembra tentare di suggerire il comma 1° della L. n. 76/2016: basati ricordare che la Corte europea dei diritti umani lo ha ripetuto un'infinità di volte.

Come pure è indubbio che abbiamo procreazione socialmente accettata anche dove manca il matrimonio: è questa la premessa culturale e morale - a mio avviso indispensabile - che ha permesso di affermare l'uguaglianza fra lo stato di tutti i figli.

Se si guarda ai fatti, sono tutti dati difficilmente contestabili, né mi sembra siano stati contestati dalle relazioni che precedono. Se si guarda invece ai valori, le opzioni in proposito, com'è ovvio, possono essere diverse fra loro, anche di molto.

Nel volume ho riservato grande attenzione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e al ruolo fortemente propulsivo che ha avuto nell'evoluzione del diritto italiano della famiglia a partire dal 2000, soprattutto con riguardo alla conservazione della relazione tra genitori e figli, all'adozione e ai rapporti di coppia tra persone dello stesso sesso.

Limitare tale ruolo propulsivo alle sentenze contro l'Italia è un mero formalismo: i principi affermati dalla Corte hanno un ruolo decisivo anche se sono contenuti in sentenze che riguardano direttamente altri paesi del Consiglio d'Europa. È infatti ovvio che la condanna di un paese, se dovuta a una normativa o a una condotta delle sue autorità che assomigliano a quelle italiane, è un avvertimento e suona come un'implicita condanna anche dell'Italia, sicché è

previsione fin troppo facile che in futuro anche questa sarà colpita da un'analoga condanna. Un caso emblematico è quello dell'accesso dell'adottato alle sue origini in caso di parto anonimo: dopo la sentenza *Odièvre* (2003), che non aveva condannato la Francia solo perché in corso di causa aveva rimosso l'insuperabilità del divieto, era ovvio che anche l'Italia sarebbe stata condannata, se non avesse rimosso tale insuperabilità. Siccome non l'ha rimossa, la condanna è puntualmente arrivata con la sentenza *Godelli* (2012).

I fatti e il diritto

Una prima osservazione critica importante riguarda il rapporto fra le indicazioni provenienti dalla realtà sociale, ovvero i fatti, e le prescrizioni normative: se e in quale misura sia ammissibile che il diritto si limiti a seguire i fatti, quasi a inseguirli, o se debba invece mantenere una funzione prescrittiva, stabilendo norme che indicano un determinato indirizzo di politica del diritto. Nel volume ho palesemente attribuito una posizione centrale agli aspetti fattuali.

È indiscutibile, a mio avviso, che in linea di principio il legislatore possa - anzi, meglio: debba - dare indirizzi di politica del diritto; anche nel settore del diritto familiare. Ma nel farlo non può mai permettersi di ignorare i segnali che la società civile gli manda: deve sempre chiedersi se le sue scelte rispondono ai bisogni che ne emergono e se i valori che promuove hanno un grado di accettazione sociale sufficientemente ampio. Almeno così è nelle società democratiche, qual è la nostra.

Se non si cura di ciò - e va nella direzione di imporre a tutta la società, con lo strumento del diritto, valori non abbastanza largamente condivisi - è pressoché inevitabile che dia alimento allo sviluppo da parte dei consociati di tentativi volti ad aggirare le norme che impongono tali valori; tentativi tanto più frequenti quanto meno condivisi sono i valori che impone. Oppure che dia alimento alla diffusione di interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali atte a indebolirne l'effettiva capacità prescrittiva o addirittura tali da condurre verso una loro sostanziale disapplicazione.

Mi limito a tre esempi, fra i molti che si potrebbero portare.

Il primo, nella sua minima rilevanza sostanziale, è molto chiaro: "la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito" (art. 143-bis). Il modo indicativo - "aggiunge" - indica una prescrizione: *deve* aggiungere, quindi *deve* portare due cognomi, altrimenti viola un dovere nascente dal matrimonio. Come tutti

sappiamo, complice anche la regola sulla formazione del codice fiscale, la norma è stata completamente svuotata dalla prassi sociale, la quale a sua volta è stata recepita nella giurisprudenza sull'addebito, ove si nega ogni carattere lesivo alla scelta di non portare il cognome maritale, all'opposto di quella precedente al 1975.

Un altro esempio, ben più importante, è quello dell'erosione del limite massimo di differenza d'età tra adottato e adottanti nell'adozione piena: dai 40 anni del testo originario (art. 6, comma 2, L. n. 184) si è giunti con la riforma del 2001 al testo attuale dei commi 3°, 5°, 6° e 7° dello stesso articolo, che sviscerisce fortissimamente tale limite. Questa evoluzione è stata il frutto di un diffuso rifiuto sociale degli stretti limiti previgenti, vissuti come un ostacolo al desiderio di adottare, quasi questo fosse garantito da un fantomatico - e inesistente! - *diritto* di adottare; rifiuto sociale che la giurisprudenza ha via via accolto, aprendo così la strada all'introduzione del vigente testo di legge.

Un esempio ancora più importante è quello della sorte dei principi della L. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: molti di questi sono stati cancellati dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto che confliggevano con i principi fondamentali del sistema costituzionale e internazionale dei diritti fondamentali della persona, interpretati proprio alla luce delle esigenze e dei valori più diffusi nella società, dunque alla luce dei *fatti*. Così è caduto l'obbligo di formare solo 3 embrioni e di impiantarli in utero immediatamente; così sono state ammesse al trattamento, oltre alle coppie sterili, anche quelle portatrici di patologie genetiche trasmissibili, insieme con la caduta del divieto di indagini preimpianto; così è caduto il divieto dell'eterologa. Dell'impostazione fortemente limitatrice della legge sono rimasti solo più il divieto di ammettervi le donne sole e le coppie omosessuali femminili e, soprattutto, il divieto della maternità per conto altrui, che per ovvi motivi naturali contiene anche il divieto di ammettervi le coppie omosessuali maschili. I primi due divieti sono però molto deboli, perché le donne interessate possono comunque accedere alla procreazione medicalmente assistita in un paese che lo consente loro (quasi tutti); e possono ottenere in modo completo il risultato desiderato, cioè la costituzione del rapporto di filiazione in senso stretto con entrambe le componenti della coppia, purché abbiano l'avvertenza di far nascere il figlio così concepito in un paese che consenta loro l'accesso alla procreazione medicalmente assistita.

Lo sfasamento tra le regole di diritto da un lato e i valori e i costumi dominanti dall'altro, però, non sempre porta ai risultati accennati sopra. Altre volte le cose vanno in modo quasi opposto ed è il diritto che collabora a orientare l'evoluzione dei valori e del costume, benché le posizioni di cui si fa promotore siano ancora minoritarie nella società. Affinché ciò accada, però, è indispensabile che il diritto, tanto di fonte legislativa quanto di fonte giurisprudenziale, colga la direzione verso la quale la società stessa sembra avviata: è solo in questi casi che in una società democratica può avere un'effettiva capacità propulsiva e orientatrice.

Nel campo specifico del diritto delle persone e della famiglia è ben nota l'importanza decisiva che ha avuto e continua ad avere la progressiva estensione del principio di eguaglianza formale, con la sua forte carica eversiva di tanti assetti giuridici ereditati dal passato.

Un esempio particolarmente significativo, che merita di essere sempre ricordato, benché risalente, è la grande avanzata verso l'eguaglianza tra figli legittimi e naturali portata dalla riforma del 1975, ben maggiore di quella portata dalla riforma del 2012-13. Il legislatore di quel tempo, costituito da un ampio arco di forze politiche che sul punto specifico erano in gran parte concordi fra loro, ha colto con grande lungimiranza la tendenza, allora in atto, verso l'eguaglianza fra tutti i figli. Ma vi è di più: quel legislatore ha dimostrato di avere un coraggio davvero molto grande, visto che nella società italiana di allora il disvalore sociale della procreazione fuori dal matrimonio, base della discriminazione sociale contro i figli naturali, era ancora molto vivo, forte e diffuso; anzi, credo fosse addirittura maggioritario nella società.

Il matrimonio e il suo scioglimento

Più di una relazione ha sostenuto l'opportunità di ritornare al modello costituzionale delle origini: di andare verso una sorta di rifondazione della famiglia sul matrimonio, attribuendo un ruolo prioritario all'*atto matrimoniale*, in conformità con la tradizione plurisecolare cristiana, consolidata a Trento nel XVI secolo, piuttosto che al *rapporto* che ne consegue, cui invece la giurisprudenza più recente, in particolare quella delle corti superiori, attribuisce il ruolo di gran lunga principale. Di ritornare, insomma, al testo dell'art. 29, comma 1, Cost., marginalizzando sia l'art. 2 Cost. - pacifico fondamento costituzionale della famiglia non matrimoniale - sia la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU, che

dà una nozione rigorosamente fattuale della famiglia e garantisce tutela ai suoi componenti senza tener conto del matrimonio.

Quali caratteristiche potrebbe avere un matrimonio così rifondato?

È mia convinzione che per capire che cosa sia il matrimonio nel diritto vigente e vivente si debba sempre guardare alle norme che ne regolano la rottura, cioè alla separazione e al divorzio; allo stesso modo in cui, per descrivere il contenuto dei doveri nascenti dal matrimonio, si deve guardare alle regole giurisprudenziali sull'addebito, invece che proporre un catalogo di prescrizioni astratte, troppo condizionato dalle scelte di valore di chi lo redige.

Il divorzio, dunque: in un matrimonio così rifondato, credo sarebbe necessaria una radicale revisione della sua disciplina, prendendo una direzione che mi sembra impensabile possa ricevere oggi un consenso sociale sufficiente per evitare quanto ho scritto poco sopra, a proposito dello sfasamento tra regole di diritto e valori e costumi più largamente condivisi nella società. Dovrebbe infatti smantellare l'attuale configurazione del divorzio come oggetto di un diritto potestativo.

Questa qualifica è stata oggetto di critica. Ma è una critica che ritengo infondata. Certo, è indiscutibilmente vero che la pronuncia del divorzio non si basa legalmente sulla mera volontà unilaterale di un coniuge, ma sulla pregressa separazione legale. Ma non si può trascurare che secondo il diritto vivente è pacifico che la separazione legale si fonda sulla mera volontà unilaterale di un coniuge, quanto meno a partire da Cass. Civ. n. 21099/2007: è quindi fuor di dubbio che ottenerla è un suo diritto potestativo. A ciò si aggiunga che la Corte suprema non ha mai dubitato che ciascun coniuge legalmente separato abbia il diritto di ottenere il divorzio anche contro la volontà dell'altro; e anche se sono state le sue condotte ad aver portato alla rottura. Ha dunque ha il diritto potestativo di ottenerlo, purché ricorra il presupposto giuridico necessario per il suo esercizio, cioè l'esistenza dello stato di separazione legale; stato che a sua volta - ribadisco - è conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo. È frequente che l'esercizio di un diritto potestativo necessiti di determinare circostanze previste dalla legge: un esempio ne è il diritto di far valere la clausola risolutiva espressa inserita in un contratto.

Stando così le cose, mi permetto anche di aggiungere che affermare che il nostro diritto non ammette il divorzio consensuale è un mero formalismo verbale, che volutamente ignora la stretta concatenazione

che lega la separazione e il divorzio. Concatenazione che sarà resa ancor più stretta ed evidente dalla configurazione unificata del processo di separazione e divorzio, prevista dal comma 23, lett. *bb* della L. delega 206 del 2021: una riforma, questa, che non va certo nella direzione di una disciplina della rottura della relazione che sia coerente con la rifondazione della famiglia sul matrimonio.

La configurazione del divorzio come diritto potestativo richiama spesso la parola *ripudio*, con evidente scopo polemico, dato l'implicito carico di valore negativo che per tradizione ha. Tale qualifica non coglie nel segno: ciò che oggi ci appare odioso negli ordinamenti che lo ammettono, infatti, non è il diritto unilaterale di ciascun coniuge di liberarsi dal vincolo, bensì la sua spettanza al *solo marito*, che fa della donna un semplice oggetto del suo volere, ancor più pesantemente della potestà maritale del tempo che fu.

A proposito del recupero della centralità dell'atto matrimonio, rispetto al rapporto, e alla conseguente ipotesi di limitare l'accesso al divorzio, è interessante e istruttiva la vicenda del *covenant marriage*, istituito in tre Stati nordamericani, la Louisiana, l'Arizona e l'Arkansas tra il 1997 e il 2001. Le principali caratteristiche dell'atto *matrimonio*, comuni ai tre Stati, sono l'eterosessualità e la solenne dichiarazione scritta che impegna gli sposi a una *lifelong relationship, as long as they both live*, e la necessaria prova di aver ricevuto un adeguato *counseling*, anche da parte di religiosi.

A questo fine - pur non imponendo l'indissolubilità, probabilmente impensabile in quel paese - le cause di divorzio sono molto limitate rispetto a quelle previste dal diritto di quegli Stati per i matrimoni non *covenant*: sono l'adulterio, la condanna per crimini infamanti e i maltrattamenti. Dato essenziale da sottolineare è la limitazione della legittimazione attiva solo al coniuge che ha subito le condotte contrarie ai doveri coniugali da parte dell'altro: è dunque escluso il divorzio su richiesta del coniuge "colpevole"; ed è pure escluso il divorzio consensuale. A temperamento di queste regole, il divorzio è ammesso anche in caso di vita separata nei fatti, protrattasi continuativamente per almeno 2 anni.

L'introduzione del *covenant marriage* ha dato un risultato statisticamente fallimentare: le coppie che l'hanno scelto sono state - secondo gli anni e secondo gli Stati - sempre inferiori, il più delle volte largamente, al 5% dei matrimoni. Così il movimento d'opinione che aveva lottato per introdurlo, e contava di estenderlo anche ad altri Stati dell'unione, sembra essersi ormai spento.

Qualche parola merita anche la questione del rapporto tra eterodeterminazione del contenuto dei doveri coniugali e autonomia decisionale dei coniugi. Fino a qualche decennio fa non era ammesso che tali doveri potessero essere rimodellati dai coniugi secondo i propri valori e le proprie esigenze: il loro contenuto era in gran parte eterodeterminato e seguiva le regole del codice etico matrimoniale ereditato della tradizione ottocentesca. Codice etico secondo il quale - si ricordi - il limitato spazio lasciato all'autonomia spettava interamente al marito-padre, in quanto titolare della potestà maritale e quindi unico interprete accreditato dell'interesse della famiglia.

Oggi non è più così: non solo è tramontata la potestà maritale, ma soprattutto emerge nella società una pluralità di valori, di scelte, di atteggiamenti, di traguardi, che si traduce a sua volta in una pluralità pressoché infinita di regole etiche diverse fra loro che governano i comportamenti individuali dei coniugi. Non esiste più, insomma, un unico codice etico di doveri matrimoniali generalmente accettato e dotato di un contenuto sufficientemente articolato, improntato a valori forti, trainanti, capaci di imporsi a tutti per la loro intrinseca e indubitabile giustezza.

Un risultato evidente è il progressivo deperimento dell'addebito, frutto dell'operato della Corte di cassazione: a partire dal 1995 - come tutti sappiamo - la sua giurisprudenza, divenuta rapidamente costante, ha dato un peso decisivo al nesso di causalità tra le condotte contrarie ai doveri coniugali e l'intollerabilità della convivenza, ammettendo l'addebito solo se risultava provato che tali condotte ne fossero state la causa; non solo, ma ha anche escluso la rilevanza, ai fini dell'addebito, delle condotte tenute successivamente alla rottura.

A ciò si aggiunga che il tentativo di sostituire l'addebito con la responsabilità civile di cui all'art. 2043 è stato assai marginalizzato dalla Corte di cassazione. Frutto di una pluralità di suggerimenti dottrinali dotati di fondamenti valoriali molto diversi fra loro, per qualche tempo era stato accolto dalla giurisprudenza di merito con una certa larghezza e con una buona dose di entusiasmo.

L'intervento della Corte suprema lo ha chiaramente sconfessato e ha portato ad affermare che il risarcimento del danno per condotte tenute reciprocamente dai componenti di una coppia è ammissibile solo in caso di violazione dei diritti fondamentali di rango costituzionale, in armonia con i principi sul danno alla persona affermati da Cass. Civ., SS.UU., n. 26972/2008, e non in caso di violazione dei doveri

matrimoniali, i quali non hanno rango costituzionale (sentenze n. 9801/2005 e, con inequivocabile chiarezza, n. 18853/2011); in coerenza con ciò ha poi ammesso che tale risarcimento può riguardare anche una coppia non sposata (sentenza n. 15481/2013). Infine ha giudicato che la domanda di risarcimento non è connessa con quella di separazione, divorzio e annullamento, sicché necessita di un separato giudizio (sentenza n. 18870/2014), con l'evidente effetto disincentivante che ne deriva.

Qualunque centralità si volesse dare all'atto *matrimonio*, credo non riuscirebbe comunque a modificare in modo significativo il rapporto *matrimonio* che ne deriva. E questo rapporto mi sembra vada sempre più perdendo quel carattere di struttura familiare *organizzata* - parola richiamata da più di un relatore - governata secondo regole eterodeterminate. Si va invece trasformando in una struttura pur sempre altrettanto *organizzata*, ma secondo regole autodeterminate: proprio per questo credo si possa ben dire che la relazione fra i coniugi va sempre più assomigliando a quella tra quei conviventi di fatto che si impegnano reciprocamente a un rapporto stabile, soprattutto se orientato a procreare ed allevare dei figli.

In altre parole: l'impegno necessario per dare alla vita familiare un'*organizzazione* che sia dotata della stabilità e dell'armonia necessarie per accogliere i figli, farli crescere e dare loro l'assistenza e la formazione cui hanno diritto, nasce dalla volontà, dalla maturità e dalla consapevolezza della coppia. Il fatto che abbiano compiuto l'atto *matrimonio* non credo ne sia un presupposto indispensabile; e soprattutto, ciò che più conta, è ben lontano dall'esserne un'effettiva garanzia.

L'eguaglianza fra tutti i figli

Credo che ormai nessuno manifesti apertamente nostalgia per l'epoca in cui la filiazione fuori dal matrimonio era discriminata: il trionfo dell'eguaglianza in questo campo sembra incontrare un consenso unanime.

Non riesco però a immaginare come sia possibile conciliare due principi che mi sembrano logicamente inconciliabili: la rifondazione della famiglia sul matrimonio, secondo l'indicazione dell'art. 29, comma 1, Cost., con l'eguaglianza di tutti figli, comunque nati.

È un'inconciliabilità che era ben presente al legislatore costituzionale. Il suo disegno originario, infatti, era logicamente coerente: da un lato stabiliva che la famiglia fosse fondata sul matrimonio e dall'altro lato prevedeva che i diritti dei figli nati fuori dal

matrimonio potessero incontrare dei limiti, rispetto a quelli nati nel matrimonio, proprio per proteggere i “diritti dei membri della famiglia legittima” (art. 30, comma 3, Cost.). Non prevedeva dunque l’egualianza completa, ma le poneva dei limiti importanti in nome della famiglia *legittima*, ovvero della famiglia fondata sul matrimonio, che consistevano soprattutto nell’esclusione dei figli naturali dalla rete parentale dei loro genitori.

A quel tempo tale esclusione aveva anzitutto un significato *etico e sociale* forte e chiaro, che oggi per i più giovani è difficile capire: si voleva che le famiglie non fossero coinvolte nelle condotte immorali dei loro membri; condotte immorali perché avevano portato a una procreazione fuori dal matrimonio. Ovviamente aveva poi un rilievo importante anche sul piano giuridico, poiché discriminava i figli naturali nella successione legittima ai loro genitori e li escludeva del tutto dalla successione legittima agli altri parenti.

Una tutela piena era loro riconosciuta solo rispetto ai propri genitori: tutti i figli, anche quelli naturali, avevano il diritto di essere mantenuti, educati e istruiti da loro (art. 30, comma 1, Cost.). Il rapporto che la norma costituzionale garantiva senza limiti era rigorosamente bilaterale e non coinvolgeva la famiglia di ciascun genitore.

La maternità per conto altrui e i diritti del nato

Il tema è oggetto di un intenso dibattito alla cui base vi sono, necessariamente, le indicazioni di principio date dalla Corte europea dei diritti umani con le sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassée c. Francia* (2014); e poi con l’*Advisory Opinion* ancora sul caso *Mennesson* (2019).

I principi affermati sono due: con il genitore genetico dev’essere costituito il rapporto di filiazione in senso stretto; con la madre d’intenzione, ma non biologica, dev’essere costituito un rapporto giuridico che può anche non essere quello di filiazione in senso stretto - sul punto gli Stati mantengono un margine di apprezzamento significativo - ma che dev’essere tale da permettere alla donna e al figlio una relazione affettiva ed educativa *analoga* a quella tra madre e figli, quale per esempio il rapporto di adozione.

La Corte costituzionale (sentenze n. 272/2017 e n. 33/2021) e la Corte di cassazione (sentenza n. 12193/2019, a sez. un.) sono orientate in un modo che a mio avviso è sostanzialmente conforme a tali principi. Tuttavia è importante ricordare che la sentenza n. 33/2021 segnala a chiare lettere che la disciplina dei tipi di adozione oggi esistenti che potrebbe essere

applicata (art. 44, comma 1, L. n. 184: il n. 4 o, se la coppia è sposata, il n. 2) è inadeguata rispetto alle indicazioni della Corte europea. Vi è ora l’ordinanza interlocutoria n. 1842/2022 della Corte di cassazione, che chiede l’intervento delle sezioni unite per definire il da farsi, vista l’acclarata inadeguatezza di questi tipi di adozione.

Non è ovviamente questa la sede per discutere organicamente della questione. Mi limito a qualche osservazione, traendo spunto dalle relazioni che mi hanno preceduto.

Si dice che il nato avrebbe il diritto di essere allevato dalla madre che lo ha partorito, perché gli permetterebbe di mantenere il legame con la madre biologica, che secondo un accreditato orientamento psicologico maturerebbe durante la gravidanza. Non ho alcuna competenza per discutere di ciò sul piano psicologico e non ne contesto affatto la corrispondenza a verità. In quest’ordine di idee, però, va rilevato che un simile diritto appartiene senza dubbio, e a ben maggior ragione, anche al bambino nato e allevato per un tempo significativo dalla madre.

A questo diritto dovrebbe corrispondere l’obbligo della madre di allevarlo. Tuttavia, come tutti sappiamo, è un obbligo assolutamente incoercibile: nessun genitore può essere costretto a svolgere la funzione genitoriale se non vuole farlo; o a svolgerla bene se non ne è capace. E se pure si scovassero tecniche atte a costringerlo, è pressoché certo che non si otterrebbero buoni risultati, sicché si può tranquillamente affermare che non è nell’interesse del bambino far valere il suddetto diritto nei confronti del genitore che lo ha allevato per un certo tempo, ma che è “abbandonico”, per usare l’orribile termine del gergo dei servizi sociali e della giustizia minorile. È ben noto che i rimedi a tutela del minore per la grave inadeguatezza della madre o per il suo rifiuto di riconoscere il figlio sono di segno opposto: lungi dal costringerla, la privano della sua posizione e dei suoi diritti, del tutto o in parte, reversibilmente o definitivamente secondo i casi, con la decadenza dalla responsabilità genitoriale, l’affidamento extra-familiare e l’adozione. Non residua alcuno spazio effettivo per la dichiarazione giudiziale di maternità naturale, in ipotesi chiesta dal tutore del neonato contro la madre che non intende riconoscerlo.

La donna che porta una gravidanza solo per adempiere un obbligo contrattuale assunto verso i committenti che non ha alcuna intenzione di svolgere la funzione materna: è evidente. Potrebbe sempre cambiare idea, e proprio per disincentivare ciò è prassi comune che l’embrione sia formato con l’ovocita di

un'altra donna. Ma se non cambia idea, è indubbio che non è nell'interesse del nato far valere nei suoi confronti il suddetto diritto per ottenerne una qualche esecuzione specifica. Eppoi si rammenti che se il contratto non fosse stato stipulato, quel bambino neppure sarebbe stato concepito.

Guardando più in generale al delicato tema della maternità per conto altrui - con l'occhio volto ai fatti e prescindendo dai valori - è molto difficile rendere efficace e davvero pienamente operativo il divieto di cui è fatta oggetto in Italia e in altri paesi europei a noi più vicini, senza con ciò ledere i diritti e gli interessi tanto del nato quanto del padre genetico. Né sarebbe un rimedio efficace a tal fine l'ipotesi di rendere il reato perseguibile anche se commesso fuori dell'Italia, poiché colpendo i genitori renderebbe loro più difficile l'adempimento dei propri compiti, che comunque loro resterebbero, con la conseguenza indiretta di un pregiudizio per il nato.

Recandosi all'estero, nei molti paesi in cui è ammessa, gli interessati riescono in buona sostanza a ottenere nei fatti ciò che la nostra legge vieta loro. In gran sintesi: una volta che il bambino è nato ed è stato consegnato dalla madre biologica alla coppia committente, la paternità genetica *deve* essere riconosciuta ai fini della costituzione del rapporto giuridico di filiazione e la maternità d'intenzione *deve* avere un'adeguata formalizzazione giuridica mediante un qualche strumento che consenta quanto esposto sopra.

Stando così le cose, il divieto di maternità per conto altrui del nostro diritto porta a esiti che sono più di forma che di sostanza. Visto che il rapporto genitoriale sostanziale, affettivo, con la madre d'intenzione dev'essere garantito, l'unica conseguenza che ne deriva è quella di determinare la qualifica giuridica di tale rapporto: non di filiazione in senso stretto ma - oggi - di adozione in casi particolari.