

Introduzione

La breve pagina introduttiva intende solo spiegare le ragioni che hanno ispirato il Convegno svolto il 6 dicembre 2019 nell'Aula Magna del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Roma Tre.

La prima ragione è legata all'anniversario dei cinquanta anni dalla emanazione della legge sul divorzio; la seconda è determinata da un ordine di considerazioni che può essere sinteticamente riassunto. Generazioni di studiosi del diritto civile si sono formate raccogliendo l'insegnamento ispirato alla felice metafora di Arturo Carlo Jemolo: la famiglia come isola che il diritto deve solo lambire. L'idea che allora si poteva trarre era che il diritto non dovesse interferire sulla vita di un rapporto e di una comunità guidati solo dagli affetti.

Metafora e idea che in qualche modo, e seppure con diverse finalità, riprendevano l'immagine antica di cui scriveva Cicerone: *domus exilium est*. La casa è fuori dello Stato.

Metafora e idea che il vissuto della società a partire dagli anni '70 ha tuttavia smentito e continua a smentire.

Volendo assumere convenzionalmente, ma intenzionalmente vista la prossimità dell'anniversario, come punto di riferimento la legge che introdusse il divorzio e che in qualche misura ha fatto da apripista ai successivi interventi legislativi, l'interprete ha infatti assistito ad un incessante lavoro normativo che a volte lentamente, altre volte con brusche accelerazioni, ha mutato la disciplina della famiglia. Termine, questo, da assumere ormai in senso lato, come riassuntivo di tutte le vicende che gravitano intorno alla "società naturale" di cui è menzione nell'art. 29 della Carta costituzionale, i cui principi hanno costantemente ispirato le regole via via adottate.

Nei cinquanta anni che ci separano dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898, il diritto non ha solo lambito ma ha travolto gli istituti della famiglia in misura tale da ridisegnare, come fa appunto il mare, le coste, i contorni dell'isola. Né il lavoro, non di erosione ma di configurazione, è terminato

giacché, dopo gli importanti risultati raggiunti con la vasta riforma del 1975 e con l'altra, pur fondamentale, del 2012-2013 che ha interessato la filiazione, con la legge 20 maggio 2016, n. 76 sono uscite dal cono d'ombra dell'irrelevanza giuridica altre forme di comunità di vita, le unioni civili e le convivenze, caratterizzate anch'esse dalla stabilità affettiva. Mentre la giurisprudenza è chiamata a valutare se e come riconoscere ipotesi ulteriori di genitorialità neppure pensabili solo qualche decennio fa, appaiono all'orizzonte nuovi istituti, qual è quello degli accordi prematrimoniali di cui alla progettata riforma del codice civile.

Ma a smentire l'antica metafora di cui s'è detto concorre anche un altro elemento.

Nei cinquanta anni che ci separano dalla legge sul divorzio la materia della famiglia ha svolto un ruolo non secondario negli studi civilistici.

Senza poter qui segnalare i numerosi e importanti studi monografici che si sono andati accumulando nell'ormai vasto lasso di tempo, sembra utile almeno ricordare come dopo la miliare riforma del 1975, la materia del diritto di famiglia fu occasione di uno studio collettaneo al quale parteciparono i principali rappresentanti della civilistica italiana che diedero voce ad una feconda riflessione comune. Ed ancora la materia del diritto di famiglia fu scelta alcuni anni dopo quando, nel 1982, la Facoltà di Giurisprudenza di Roma promosse un volume collettaneo per festeggiare Rosario Nicolò, in occasione del suo collocamento fuori ruolo.

Segno, questo, e conferma che l'attenzione dei giuristi continua inesorabilmente ad essere attratta dai temi legati alla famiglia, malgrado la comunità familiare fosse apparsa refrattaria alla considerazione del diritto. La presenza qui di tanti illustri Colleghi ne costituisce autorevole testimonianza.

Il volume che si offre ora alla comunità scientifica raccoglie gli atti del Convegno e viene pubblicato nell'anniversario della legge sul divorzio che era stato uno degli spunti dell'iniziativa; un anniversario che merita di non essere dimenticato perché le riflessioni sul diritto di famiglia sono destinate a proseguire.

Benedetta Agostinelli

Vincenzo Cuffaro

Liliana Rossi Carleo

Una riflessione introduttiva

L'*incipit* di una riflessione introduttiva al Convegno può, e direi in questo caso deve, partire da un ringraziamento a Vincenzo Cuffaro e a Benedetta Agostinelli.

Non è solo un ringraziamento a titolo personale, ma è, ed è ciò che ovviamente interessa in questa sede, un ringraziamento che è giusto esprimere a nome di tutta la comunità scientifica in ragione degli ulteriori spunti di riflessione che le vengono offerti. In una società che, complice il cambiamento dinamico che la rende sempre più "liquida" imponendo continue rimediazioni, questi spunti consentono una migliore transizione dalle impressioni alla ponderazione.

"Relazioni, famiglie, società" è un titolo che fa riferimento ad orizzonti estremamente ampi, tuttavia esso funge da cornice ad una verifica che il Convegno vuole condurre con riferimento ad aspetti specifici. Difatti, come ci viene chiarito, "il programma dei lavori, nel selezionare le diverse aree tematiche di approfondimento, ha inteso in particolare concentrare le riflessioni da un lato sulle relazioni di coppia, dall'altro sul rapporto di filiazione".

La verifica, dunque, viene fatta con riferimento a due punti nodali: la relazione di coppia e il rapporto di filiazione.

Si tratta di due profili che, sebbene siano destinati sovente ad intersecarsi, non sono necessariamente interdipendenti. Essi, ricorrendo alla nota immagine che ha fatto seguito all'esplosione dell'isola famiglia, concorrono a comporre l'arcipelago familiare cui tutti facciamo riferimento per indicare il frantumarsi di un modello non più unico, rispetto al quale andranno esaminati i punti di intersezione fra relazione di coppia e filiazione, aspetti comunque non sovrapponibili e oggetto di regole giuridiche e orientamenti giurisprudenziali differenziati.

La “pluralizzazione dei modi di fare famiglia” (secondo il titolo mutuato da una delle relazioni, cui il convegno intende guardare in maniera interdisciplinare), ci pone di fronte ad un mosaico che ci consente di guardare alla famiglia non solo come ad una formazione sociale che trova il suo nucleo essenziale nella relazione di coppia, ma anche come formazione sociale il cui nucleo essenziale ruota intorno ai figli. A questo riguardo si può già osservare che la attuale disciplina della filiazione concorre a questa pluralizzazione, la quale, oltre che dalla liquidità, potrebbe derivare anche dalla continua dissociazione tra elementi destinati in origine a rappresentare quella che appariva una “società naturale”, configurata anche come nucleo più idoneo ad accogliere i minori.

Si tratta, occorre ripetere, di una pluralizzazione della quale il legislatore ha preso atto non solo per quanto riguarda la relazione di coppia, ma anche proclamando la unicità dello *status* di figlio; difatti questa unicità sembra aver riaggregato intorno al figlio alcune dissociazioni: a partire dalla dissociazione fra matrimonio e filiazione fino a giungere alla dissociazione fra gestazione maternità. Invero lo *status*, seppure unico, discende non solo da diverse modalità materiali, ma anche da diverse modalità formali che consentono di accertare la genitorialità. Il legislatore riconosce, quindi, diverse modalità atte a configurare nuove forme di famiglie legali anche attraverso la pluralità dei modi atti a costituire la genitorialità.

Famiglia, dunque, non è solo la relazione di coppia (alla quale, peraltro, come è ben noto, si cerca talvolta di non assegnare questo nome), ma lo è altresì la famiglia dei figli.

La relazione di coppia dà luogo ad una formazione sociale che, attualmente, può articolarsi in vari modi (quali, fra quelli ormai tipizzati, matrimonio, unione civile, convivenza), e che non vede porsi necessariamente al suo interno la famiglia dei figli.

La famiglia dei figli è, invece, espressione di modalità concrete di articolazione dei rapporti familiari ben più complesse.

In primo luogo, giova ribadire, lo *status* unico di figlio è da subito conferma della pluralità di modelli familiari, posto che il matrimonio non è più un presupposto indispensabile per dar vita a relazioni legalmente familiari.

I figli, peraltro – malgrado ancora e non tanto nelle famiglie ristrutturatae, o come più comunemente si dice, ricostituite – sembrano rappresentare un significativo punto di coesione anche nelle famiglie destrutturate. Difatti la tutela dei figli da parte di ambedue i genitori prescinde non solo dal matrimonio, ma anche dal rapporto di coppia, sebbene tuttora resti aperto il problema di quanto e come la liquidità possa incidere anche sul multipli-

carsi di eventuali figure di riferimento, che non si sostituiscono ma vanno ad aggiungersi ai genitori, e, direi, concorrono, sia pure a diverso titolo, al corretto sviluppo di una personalità in formazione in un contesto di vita familiare.

Fin da queste rapide notazioni si trae immediata conferma che il mutare continuo della disciplina della famiglia ha travolto il quadro sistematico cui facevamo riferimento senza che, come sovente si ripete, il legislatore abbia ridisegnato il nuovo sistema, compito che, pertanto, resta affidato agli interpreti. Il carattere come si suole dire verticale delle molte leggi che si sono succedute nel tempo (un esempio emblematico si può rinvenire nelle continue modifiche delle quali è stata fatta oggetto la legge sul divorzio) comporta il venir meno di quella trasversalità che consente di delineare un sistema unitario. Da ciò consegue la necessità di operare un passaggio determinante: un passaggio che ci deve portare dal sistema dato al sistema ricostruito.

Queste brevi riflessioni introduttive non hanno, né potrebbero, avere l'ambizione di segnare i tratti di congiunzione che, tracciando le linee che congiungono le riforme "disorganiche", possono essere atte a ricomporre, fra disordine e ordine, un nuovo quadro sistematico.

Ci limitiamo, fra i molti punti di partenza dai quali è possibile muovere per un discorso ricostruttivo, a richiamare la comune attenzione su di un fenomeno sempre più ricorrente.

Si tratta di un aspetto che impone di tenere conto dei tanti "germi" che rodono, fino ad infrangerle, le categorie giuridiche tradizionali non solo consentendo, secondo un orientamento ormai consolidato della CEDU, di configurare la nozione di vita familiare come inclusiva dei rapporti di fatto, ma imponendo un cambio di prospettiva che, rispetto alla presenza di requisiti formali, attribuisce crescente rilievo al rapporto sostanziale.

Famiglia e filiazione sono accomunate dal preminente rilievo che assume nel sistema la realtà fattuale, al di là e al sopra delle molte strutture, tuttora destinate a configurare i vari modelli di famiglia o le diverse genitorialità dalle quali può discendere lo *status* unico di figlio.

Il legislatore assegna una tutela non più a situazioni "astratte", ma a situazioni "concrete" dalle quali deve rilevare e, dunque, si deve manifestare, una vita familiare.

Rispetto alla "effettività" di un rapporto relazionale, seppure talvolta privo di una veste formale, diviene compito dell'interprete ricercare nel diritto gli strumenti idonei a tutelare la "affettività" di rapporti che trovano (o hanno trovato) principalmente nell'affetto e nella solidarietà il loro valore

fondante. Questo valore rappresenta il minimo comune denominatore che accomuna i diversi modelli di famiglia e le diverse genitorialità, da quella biologica, a quella adottiva o ancora a quella intenzionale.

Gli indici legislativi al riguardo sono molteplici.

Appare sufficiente, in proposito, menzionare gli stabili “legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale” (art. 1, comma 36, legge n. 76/20169), la continuità affettiva (legge n. 173/2015 e artt. 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*, legge n. 184/1983), che viene sovente invocata al di là dello specifico ambito di applicazione che l’ha vista nascere, o, ancora prima, la significatività del rapporto (art. 10, comma 2, legge n. 184/1983) che deve rilevare affinché il profilo formale della parentela possa assumere rilevanza, senza che il principio personalistico, che è alla base di ogni tutela, rischi di trasformarsi in un principio egoistico.

Il riferimento alla realtà di fatto sembra ampliare, forse a dismisura, il pluralismo, sebbene non si possa ignorare che il riconoscimento di nuovi gruppi nella società richiede comunque la definizione di uno statuto per i diversi attori che compongono le molteplici realtà familiari.

Il pluralismo che connota l’arcipelago familiare non può, quindi, costituire la illusione di governare una società complessa senza ricorrere alla veste “giuridica” e, quindi, senza dover fare scelte sistematiche.

Concludiamo, pertanto, come abbiamo iniziato: ringraziando; certi che il Convegno ci sarà di aiuto in questa difficile opera.

Salvatore Patti

Le relazioni familiari nella dimensione europea

SOMMARIO: 1. Il progressivo avvicinamento dei modelli familiari in Europa. – 2. Le affinità: verso un linguaggio giuridico condiviso delle relazioni familiari. – 3. L'evoluzione del matrimonio. – 4. Dalla famiglia "isola" all'arcipelago. – 5. La maternità surrogata.

1. Il progressivo avvicinamento dei modelli familiari in Europa

L'analisi dei modelli familiari riscontrabili in Europa deve muovere dalla considerazione di un sostanziale superamento della diffusa concezione secondo cui la disciplina dei rapporti familiari è fortemente influenzata dalle tradizioni e dai costumi locali.

La suddetta concezione ha ostacolato a lungo il processo di armonizzazione del diritto della famiglia in Europa, spesso risultato obsoleto rispetto alla nuova realtà: basti pensare a come, ad esempio, l'Erasmus e la mobilità giovanile nel mercato del lavoro abbiano innovato la tradizionale concezione della famiglia, favorendo la formazione di "coppie miste".

Al contrario, la dottrina più attenta già da tempo avvertiva l'esigenza di armonizzazione. Nel 1973 Pietro Rescigno, in un convegno napoletano sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, guardava all'esperienza britannica, francese e tedesca, mettendo in luce le affinità e le divergenze che caratterizzavano tali modelli, al fine di valutare la possibilità di una armonizzazione.

In ambito comunitario, invece, sono significative le esperienze di alcune Università, in particolare quella di Regensburg – grazie al notevole contributo di Dieter Henrich e di Dieter Schwab – e quella di Utrecht, che ha ospitato i lavori della *Commission on European Family Law*. La Commissione – di cui ho avuto, per i primi dieci anni, l'onore di essere membro – ha dimostrato, attraverso il doppio metodo della regola comune e della re-

gola migliore, come esista una rilevante convergenza di soluzioni, in special maniera per quanto attiene alle problematiche più recenti.

Infatti, gli ordinamenti giuridici europei hanno dimostrato grande sensibilità di fronte ai mutamenti della realtà sociale e al possibile accoglimento di nuovi principi e di nuove regole, tanto da indurre a ritenere che le resistenze locali di fronte ad un diritto europeo della famiglia siano superabili.

D'altra parte, non bisogna neanche sopravvalutare le differenze, pur se certamente esistenti. L'evoluzione dell'istituto del matrimonio negli ultimi cinquanta anni testimonia che tutti gli ordinamenti europei hanno seguito percorsi analoghi e la stessa considerazione può svolgersi con riguardo ad altri istituti del diritto della famiglia. Parimenti, nuovi modelli di famiglia, basati su coppie dello stesso sesso o non coniugate, travolgono antichi pregiudizi e trovano analoghi riconoscimenti.

Il proliferare di nuovi mezzi di comunicazione, l'omogeneità dei modelli culturali e soprattutto l'accresciuta mobilità impongono, ormai, da un lato il superamento della visione dei rapporti familiari come relazioni fortemente ancorate ad un certo ambiente e ad un determinato territorio; dall'altro di estendere lo spettro d'indagine, che non può più limitarsi alle esperienze giuridiche cui ci sentiamo più prossimi ma che deve riguardare anche modelli più distanti, quali quelli dei paesi nordici e dei paesi dell'Est.

2. Le affinità: verso un linguaggio giuridico condiviso delle relazioni familiari

Una significativa evoluzione può anzitutto riscontrarsi nel lessico delle relazioni familiari.

Con il superamento del modello unico della famiglia¹, improntato sulla gerarchia e sul patriarcato, e con l'affermazione del principio di eguaglianza, sono scomparse tutte le espressioni che facevano riferimento a posizioni di supremazia, di comando, di "potestà"; sostituite da altre che esprimono una nuova visione dei rapporti familiari. Nuovi termini, come ad esempio quello di "responsabilità", sono entrati nel linguaggio del legislatore e delle corti.

¹La prima metà del Novecento ed il primo dopoguerra mostrano un quadro, all'interno dei paesi europei, piuttosto omogeneo. Il fenomeno, brillantemente enucleato da Francesco Busnelli, del c.d. "arcipelago" di famiglie, era sconosciuto e impensabile.

Alcune espressioni rinvenibili nei codici e nelle sentenze di molti paesi, come ad esempio quella di “solidarietà post coniugale” acquistano un significato più ristretto e cedono il passo ad altre espressioni, come quella di auto-responsabilità, al fine di indicare la regola fondamentale secondo cui ciascun *ex* coniuge, dopo lo scioglimento del matrimonio, deve provvedere alle proprie esigenze.

Altri termini sono caduti in disuso, come conseguenza di importanti riforme: nessuno adopererebbe oggi il termine “bastardo”, che trova precisi equivalenti in diverse lingue ed era diffuso in Europa, per indicare il bambino nato fuori dal matrimonio. Allo stesso modo, in quasi tutti i paesi europei si tende ad eliminare la parola “concubinato” e si preferiscono altre espressioni – ad esempio “convivenza” – che non racchiudono il giudizio morale negativo collegato all’antico termine. Analogamente, si evita l’espressione “figli illegittimi” e, ad esempio, nel codice civile tedesco, con una frase piuttosto complessa, si parla di figli nati da genitori non coniugati tra di loro.

Un contributo importante per l’armonizzazione del linguaggio del diritto della famiglia è stato offerto dalla *Commission on European Family Law*, che ha redatto i *Principles* in inglese, francese e tedesco, attribuendo molta attenzione ai termini prescelti, nella consapevolezza che il linguaggio è il principale strumento di cui dispone il giurista e che la corrispondenza delle regole nelle diverse lingue rappresenta un presupposto essenziale per l’armonizzazione.

Dietro la scelta di un termine, soprattutto da parte del legislatore, si nasconde un’idea, un modo di concepire i rapporti giuridici da analizzare o disciplinare. La recente legge italiana sulle unioni civili, che evita di adoperare il termine famiglia rappresenta al riguardo un esempio significativo, pur se non condivisibile, posto che – come è accaduto in altre esperienze giuridiche – si rischia di predisporre un “diritto della famiglia senza famiglia”.

Ciò posto, ritengo che la famiglia nei diversi paesi europei sia fondata sugli stessi pilastri e i principi che la governano siano abbastanza simili, le problematiche da affrontare analoghe. Lo Stato cede il suo dominio all’autonomia privata; le tutele, di stampo assistenziale, tendono a scomparire; i fenomeni di maggiore diffusione, come quello delle convivenze, sono regolati solo per certi aspetti, tralasciando ad esempio quelli fiscali legati alla successione del convivente; l’orizzontalità dei rapporti cede il passo alla verticalità: primeggia la disciplina della filiazione; problemi nuovi trovano soluzione mediante strumenti analoghi: si pensi alla fecondazione medical-

mente assistita; la barriera dell'ordine pubblico si erode in tutti i paesi europei, soprattutto a seguito dell'intervento della Corte EDU.

In definitiva, pur senza voler sottovalutare i tratti distintivi – esistenti e rilevanti – può dirsi che guardare ad una futura, e completa, armonizzazione al giorno d'oggi non è affatto utopia.

3. *L'evoluzione del matrimonio*

Per quanto concerne l'evoluzione dell'istituto del matrimonio, nei secoli considerato indubbiamente l'asse portante della famiglia, le essenziali modifiche che hanno riguardato la sua disciplina e il suo ruolo nella società si sono realizzate in modo analogo in tutti i paesi europei. Si è passati infatti, più o meno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, da una visione autoritaria dei rapporti all'interno della famiglia all'affermazione del principio di eguaglianza. L'articolo del *Code Napoléon* secondo cui "*Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*", appare da tempo un relitto normativo che in tutti i paesi europei determina il sorriso incredulo delle generazioni più giovani.

Il tramonto dell'autorità del capo della famiglia è stato accompagnato, nei paesi europei, dal superamento dei ruoli tradizionali che vedevano nel marito il produttore di reddito e destinavano la moglie alla cura della casa familiare e all'educazione dei figli. L'eguaglianza, imposta dalle leggi di riforma, ha trovato resistenze nel costume e nelle tradizioni di alcuni paesi europei, ma alla fine è divenuta realtà.

Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento ai modelli educativi e allo scioglimento del matrimonio. Per quanto riguarda i primi, in tutti i paesi europei si abbandona il modello – più o meno autoritario – legato alla "potestà" per favorire l'idea di una responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, considerati soggetti "eguali", da assistere e curare fino al raggiungimento della maturità. Anche sotto questo profilo, tradizione e costumi, invero simili sotto le diverse latitudini, non oppongono resistenza al nuovo dettato della legge e si modificano in modo uniforme in tutto il continente europeo.

Anche di fronte alle nuove concezioni in materia di scioglimento del matrimonio usi e abitudini autoctone non rappresentano un grande ostacolo. La rilevanza della colpa è in genere divenuta un ricordo e ovunque si afferma il principio che la volontà di uno dei coniugi è sufficiente per con-

durre allo scioglimento del matrimonio. Scioglimento che sempre più spesso non viene pronunciato ad opera di un giudice ma vede come protagonisti gli stessi interessati, eventualmente assistiti da avvocati, in procedimenti semplici e snelli. Anche sotto questo profilo i percorsi e le tendenze nei diversi paesi europei appaiono simili.

4. *Dalla famiglia “isola” all’arcipelago*

La felice espressione di Francesco Busnelli, attento a cogliere i grandi mutamenti del diritto della famiglia, ha segnalato il passaggio da una famiglia “isola”, secondo l’immagine di Arturo Carlo Jemolo, ad un “arcipelago” di famiglie. Alla famiglia, rispettosa dell’immagine offerta dalla Costituzione, “fondata” sul matrimonio, si sono aggiunte altre famiglie, che adesso è superfluo elencare, ed il fenomeno – direi, ovviamente – non riguarda soltanto il nostro paese ma l’Europa.

Come è noto, il codice civile non contiene una definizione di famiglia e, in diverse norme, disciplina realtà familiari più o meno “ristrette” o “allargate”. Oggi la complessità dei moderni modelli familiari è notevolmente maggiore e, come è stato messo in rilievo, anche per questo motivo il diritto della famiglia tende a diventare – in primo luogo – il diritto della filiazione, collante comune di diverse comunioni di affetti.

Peraltro, desidero osservare che la celebre espressione di Jemolo non deve essere rivista soltanto per il necessario passaggio dal singolare al plurale, dall’isola all’arcipelago, ma soprattutto perché ormai il mare del diritto non soltanto lambisce la terraferma ma la invade. In altri termini, Jemolo faceva certamente riferimento ad un’unica famiglia, ma la sua immagine poneva in verità l’accento sulla “resistenza” di quella isola ad accogliere la regola giuridica. Il cambiamento riguarda allora non soltanto il numero delle isole ma il ruolo delle norme giuridiche che oggi disciplinano dettagliatamente – si pensi ai rapporti tra genitori e figli, alle unioni civili, alle convivenze – rapporti familiari una volta considerati (almeno in parte) estranei alla regola giuridica e ad essa sottratti.

Un capitolo a parte, in questo contesto, meriterebbe il tema del superamento della “immunità”, che per secoli in tutti i paesi europei – sia pure con diverse motivazioni – ha visto erigere mura non valicabili dalle norme sulla responsabilità civile. Ciò nonostante, anche in questo settore si è comunque passati, in modo piuttosto uniforme in Europa, da una situazione

ad un'altra: oggi nessuno dubita che il familiare autore di un illecito nei confronti di un altro familiare possa essere chiamato in giudizio per risponderne dei danni.

5. *La maternità surrogata*

Come le altre Corti supreme di diversi paesi europei, anche la Corte di cassazione italiana ha dovuto affrontare il problema del riconoscimento di sentenze straniere che attribuiscono la genitorialità a cittadini italiani, i quali si sono recati all'estero per avere un bambino di cui risultano "genitori intenzionali" mediante "gestazione per conto altrui".

A rendere più complicata la fattispecie concorre spesso la circostanza che i genitori intenzionali sono persone dello stesso sesso. Così, pochi anni or sono, la 1^a sezione della Corte di cassazione aveva affrontato la questione concernente due genitori di sesso femminile; l'anno scorso, del caso riguardante due genitori intenzionali di sesso maschile – in quanto ritenuta questione di particolare importanza – sono state investite le Sezioni Unite².

Prima di analizzare brevemente l'*iter* argomentativo delle suddette Sezioni unite, è opportuno segnalare che la gestazione per conto d'altri non rappresenta un fenomeno uniforme nei vari paesi. Anzitutto, si rinvengono diverse basi negoziali. In alcuni ordinamenti si stipula un vero e proprio contratto tra i genitori intenzionali e la donna che mette a disposizione il proprio utero o una clinica che la rappresenta e l'assiste. Il contratto disciplina in maniera minuziosa tutte le fasi della vicenda, da un lato per evitare che sorgano contrasti nel momento in cui la donna che ha partorito deve lasciare il neonato ai genitori intenzionali, dall'altro per costituire una serie di garanzie nell'interesse dei genitori d'intenzione – quali il divieto di fumare, l'alimentazione, i controlli medici, ecc. Altrove, invece, tali regolamentazioni non esistono e non può nascondersi che le tutele, giuridiche quanto mediche, sono strettamente collegate al costo dell'operazione. Il fenomeno, se si guarda al panorama globale, risulta molto variegato: in alcuni Stati la gestazione per conto d'altri è consentita soltanto a titolo gratuito (ad es. in Canada), in altri è previsto un corrispettivo (come in California), ed in altri ancora è ammesso un rimborso spese più o meno significativo. Infine, in altri paesi, paesi poveri, come l'Ucraina o l'India queste pratiche

² Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

non solo avvengono dietro corrispettivo ma spesso sono accompagnate da minori, o quasi del tutto assenti, tutele per la gestante.

Tornando alle Sezioni unite, la questione trae origine dal riconoscimento di una sentenza canadese che attribuiva la genitorialità al coniuge dell'uomo che aveva fornito il materiale genetico. Quest'ultimo risultava già padre. La prima sezione rimetteva gli atti al Primo Presidente affinché il caso venisse assegnato alle Sezioni unite, per (l'eventuale) eccesso di giurisdizione causato dall'invasione della sfera di attribuzione del legislatore, nonché per la complessità e rilevanza della questione. Queste ultime, quantunque la sentenza risulti molto elegante e ricca di argomentazioni, pervengono ad un risultato che non pare condivisibile. La questione si pone sotto il profilo del significato da attribuire oggi all'"ordine pubblico internazionale". Non v'è dubbio che, negli ultimi anni, si sia verificata una evoluzione del concetto di ordine pubblico internazionale e mi sembra che si tratti di un processo inevitabile soprattutto alla luce dell'abbattimento di molte barriere e in generale della globalizzazione. La violazione dell'ordine pubblico internazionale, dunque, non viene collegata all'eventuale contrasto con una o più norme imperative, ma si configura soltanto nel caso di contrasto con i principi della Costituzione o con principi e valori di equal rango, cioè di quei principi che il legislatore ordinario non potrebbe disattendere. Se fosse sufficiente il contrasto con una norma imperativa, diverrebbe inutile il sistema del diritto internazionale privato, giacché il rinvio ad una norma di altro ordinamento, differente da quella italiana, determinerebbe sempre il contrasto – e quindi l'inutilità – del rinvio alla norma straniera.

Si avverte una certa discrepanza tra la struttura argomentativa delle Sezioni unite e le conclusioni, perché – a mio avviso – sarebbe stata opportuna una disamina più approfondita sotto il profilo del bilanciamento, oggi richiesto dalla Corte EDU e da molte delle Corti Supreme di altri paesi europei, tra l'eventuale violazione di principi e valori dell'ordinamento statale e l'interesse del minore. Non può tacersi che il riconoscimento o il mancato riconoscimento non devono rappresentare premio o sanzione per i genitori intenzionali, trattandosi piuttosto di accertare se l'acquisizione di uno *status* o il mantenimento di uno *status* già acquisito dal minore debba essere sacrificato perché la sua nascita è dipesa da una pratica di fecondazione medicalmente assistita (al momento) vietata dal nostro ordinamento. Tale bilanciamento – che pure avrebbe potuto condurre ad un esito negativo – non emerge in modo adeguato da un'analisi della sentenza di cui si discorre.

Del tema si era occupata anche la Corte costituzionale, una prima volta

nel 2017 (sentenza n. 272), affermando che nell'ordinamento giuridico italiano sono presenti strumenti giuridici che consentono la costituzione di un legame giuridico con il nato, precisamente l'"adozione in casi particolari", senza necessità quindi di ricorrere al riconoscimento. In quella occasione la Corte aveva sottolineato l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita fattispecie di reato, ma aveva suscitato alcune perplessità poiché non era stata tenuta in considerazione l'esigenza di non trasformare la decisione relativa allo *status* del figlio in una sorta di sanzione da irrogare nei confronti di coloro che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata.

Con una più recente decisione (sentenza n. 221/2019) la Corte costituzionale ha ribadito che la libertà dell'atto che consente di diventare genitori non può esplicarsi senza limiti, dovendo essere bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti; ciò soprattutto quando – come nel caso della gestazione per conto di altri – si alterino le dinamiche naturalistiche del processo di generazione delle persone.

In particolare, con riguardo "alla sorte delle coppie omosessuali maschili" la Corte aveva osservato che la "omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe ... che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata".

Al di là del giudizio favorevole o meno sulle vicende esaminate, l'evoluzione di altri ordinamenti e l'esperienza relativa a problematiche analoghe dimostrano che non sarà agevole mantenere un atteggiamento restrittivo. Verosimilmente, sulla vicenda non saranno le Sezioni unite prima ricordate ad avere l'ultima parola.