

Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia

Prospettive culturali e questioni aperte

Milano, 26-27-28 gennaio 2023

a cura di

Gioacchino La Rocca, Emanuele Bilotti, Valentina Piccinini



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Maurizio Arcari

Chiara Buzzacchi

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Giovanni Guglielmetti

Costanza Honorati

Giovanni Iorio

Elisabetta Lamarque

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Alfredo Marra

Claudio Martinelli

Oliviero Mazza

Stefania Ninatti

Claudia Pecorella

Andrea Rossetti

Carlo Ruga Riva

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Antonello Tancredi

Giulio Vigevani

Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia

Prospettive culturali e questioni aperte

Milano, 26-27-28 gennaio 2023

a cura di

Gioacchino La Rocca, Emanuele Bilotti, Valentina Piccinini



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0683-1

ISBN/EAN 979-12-211-5685-0 (ebook - pdf)

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	XIII
<i>Gioacchino La Rocca</i>	

RELAZIONI E MODELLI FAMILIARI TRA PASSATO E PRESENTE

LE RELAZIONI FAMILIARI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA TRA OTTO E NOVECENTO. STORIA DI DISUGUAGLIANZE E ASIMMETRIE TRA DIRITTI RICONOSCIUTI E NEGATI

Loredana Garlati

1. Iniziamo dalla fine	3
2. Due modelli di codice a confronto	5
3. Gerarchie e discriminazioni: il volto reazionario delle relazioni familiari nel primo codice unitario	10
4. Il codice del 1942: il quadro e la cornice	15
5. Gli ultimi passi	18

OBLIGAZIONI E DIRITTO DI FAMIGLIA

Andrea Nicolussi

1. Obblighi familiari e obbligazione	23
2. Obblighi di solidarietà familiare come obblighi di protezione	27
3. Comminatoria e proiezione esterna degli obblighi familiari	33

	<i>pag.</i>
4. Responsabilità per la procreazione	35
5. Il fatto compiuto della maternità surrogata all'estero tra interesse in concreto del minore e principio di legalità. Ipotesi di non reciprocità per le nascite da pratiche vietate	40
6. Comunione <i>de residuo</i> e obbligazione	43

A PROPOSITO DELLA SCOMPARSA (DEL PROGETTO COSTITUZIONALE DI PROMOZIONE) DELLA FAMIGLIA

Filippo Vari

1. Introduzione	47
2. L'interesse del diritto pubblico per la famiglia	48
3. Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione	50
4. L'amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia	52
5. La spinta della giurisprudenza della Corte Edu	54
6. Alla riscoperta delle ragioni dell'affermazione del <i>favor matrimonii</i> nella Costituzione	58

“FAMIGLIA OMOAFFETTIVA” E DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ

Emanuela Migliaccio

1. Il problema della “famiglia omogenitoriale”. Quesiti e metodo d'indagine	61
2. I rapporti omoaffettivi o di fatto e l'unicità del concetto di famiglia	62
3. Il diritto alla genitorialità (affermato) delle coppie eteroaffettive e (negato) delle coppie omoaffettive. L'interesse alla genitorialità: ricostruzione e contenuto	64
4. Il contrapposto (miglior) interesse del minore: ricostruzione e declinazioni	68
5. Presunta violazione del principio di eguaglianza e corretta selezione del <i>tertium comparationis</i> . Generazione, accudimento, accoglimento	70
6. Ricadute applicative e conclusioni	73

L'INTERESSE DEL MINORE E LA SUA TUTELA NEL PROCESSO

INTERESSE DEL MINORE E VERITÀ BIOLOGICA NELLE AZIONI DI STATO

Michele Sesta

1. Premessa	81
2. L'interesse del minore nelle azioni di stato	82
3. Disconoscimento della paternità	83
3.1. Nomina del curatore speciale	84
4. Ascolto del minore nei procedimenti in materia di <i>status filiationis</i>	88
5. Termini per l'esercizio delle azioni di stato	88
6. Impugnazione del riconoscimento del figlio	90
7. Conclusione	91

INTERESSE "SUPERIORE" DEL MINORE E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI

93

Enrico Moscati

PESARE LE PAROLE. IL PRINCIPIO DEI *BEST INTERESTS OF THE CHILD* COME PRINCIPIO DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE

Elisabetta Lamarque

1. Le parole sono importanti	105
2. Nessuna superiorità gerarchica, nessuna automatica prevalenza, nessuna tirannia del principio	108
2.1. Le origini	108
2.2. La giurisprudenza di Strasburgo	110
2.3. Chiarezza concettuale e precisione lessicale nella più recente giurisprudenza costituzionale	111
3. Flessibilità delle regole legislative	114
4. Che cosa ci attende nel prossimo futuro	115

LE ADOZIONI «IN CASI PARTICOLARI»: THROUGH THE BARRICADES

Giovanni Iorio

1. Piano di indagine	119
2. Le «adozioni in casi particolari»: il «preminente interesse del minore»	121
3. Le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. <i>a</i>) e <i>c</i>) della legge n. 184/1983	123
4. Le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. <i>b</i>) e <i>d</i>) della legge n. 184/1983	124
5. Spunti per una nuova disciplina sull'adozione «mite»	128
6. L'adozione da parte di persone omosessuali e dei <i>single</i>	132

IL CONFLITTO DI INTERESSI NELLA RAPPRESENTANZA LEGALE TRA CODICE CIVILE E CODICE DI RITO

Ugo Salanitro

1. Il ruolo di Pugliatti nella teoria del conflitto di interessi	135
2. Le caratteristiche del conflitto nella rappresentanza legale	137
3. Le questioni controverse alla luce della riforma	141

IL CURATORE SPECIALE DEL MINORE

Valentina Piccinini

1. La tutela degli interessi del minore nel processo civile prima della Riforma di cui alla legge 26 novembre 2021, n. 206 (e successivi decreti attuativi) e il contributo delle fonti internazionali	145
2. L'acquisizione della centralità della figura del minore all'interno del processo nell'evoluzione della giurisprudenza	147
3. Le modifiche introdotte dalla legge n. 206/2021 e dai successivi decreti di attuazione: le ipotesi di nomina obbligatoria del curatore speciale del minore e quelle di nomina facoltativa	149
3.1. Le ipotesi di nomina obbligatoria	150
3.2. Le ipotesi di nomina facoltativa	152
4. I poteri di rappresentanza sostanziale e le ipotesi di revoca del curatore speciale del minore	153
5. Il curatore del minore e il curatore speciale del minore: quali differenze tra la figura prevista dall'art. 473- <i>bis</i> .7, comma 2, c.p.c. e quella prevista dall'art. 473- <i>bis</i> .8 c.p.c.?	154
6. Conclusioni	155

LA TUTELA DEL MINORE

Angela Linquindoli

- | | |
|--|-----|
| 1. Il superiore interesse del minore | 157 |
| 2. Evoluzione normativa nell'ambito del diritto di famiglia | 158 |
| 3. L'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano | 160 |
| 4. Il Curatore Speciale del minore | 160 |
| a) Tutore e Curatore Speciale | 160 |
| b) Avvocato / Curatore Speciale del Minore – Doveri deontologici: le linee guida del CNF | 161 |
| c) Il ruolo del Curatore Speciale nel processo | 162 |

LA CIRCOLAZIONE DEGLI *STATUS* FAMILIARI
E IL PROBLEMA DEI NATI
DA MATERNITÀ SURROGATA

LA PROSPETTIVA DELL'UNIONE EUROPEA
SULLA MATERNITÀ SURROGATA:
DALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE ALLA
PROPOSTA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI FILIAZIONE

Maria Caterina Baruffi, Costanza Honorati

- | | |
|--|-----|
| 1. Introduzione: la competenza dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia | 167 |
| 2. Il metodo del mutuo riconoscimento o "dello Stato d'origine". Dai principi generali alla sentenza <i>Coman</i> sullo <i>status</i> di coniuge ... | 172 |
| 3. ... alla sentenza <i>Pancharevo</i> sul riconoscimento dello <i>status</i> di figlio | 176 |
| 4. Il ricorso al diritto internazionale privato e la proposta della Commissione sulla filiazione | 180 |
| 5. La reazione dell'Italia alla proposta | 188 |

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: RAGIONI
DEL DIVIETO E TECNICHE DI COSTITUZIONE DELLO *STATUS*

Andrea Renda

- | | |
|-------------|-----|
| 1. Premessa | 195 |
|-------------|-----|

	<i>pag.</i>
2. Le ragioni alla base del divieto di surrogazione di maternità	196
3. La tutela del nato da surrogazione all'estero attraverso l'art. 279 c.c.	201
4. In subordine, l'alternativa tra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari	205

L'ORDINE PUBBLICO APPLICATO ALLA FILIAZIONE DA MATERNITÀ SURROGATA

Stefania Pia Perrino

1. Premessa	215
2. Le torsioni interpretative dell'ordine pubblico	216
3. L'oggetto del test di compatibilità con l'ordine pubblico	219
4. L'ordine pubblico applicato alla filiazione da GPA: opera in due atti	221
5. L'erosione della clausola di ordine pubblico	228
6. Conclusioni	231

RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI CRISI CONIUGALE

LA COMPENSAZIONE DEI SACRIFICI PER LA FAMIGLIA TRA MANTENIMENTO DELL'EX CONIUGE SVANTAGGIATO E REDISTRIBUZIONE DELLA RICCHEZZA FAMILIARE. SPUNTI COMPARATIVI E PROSPETTIVE DI DIRITTO INTERNO

Emanuele Bilotti

1. Il problema	235
2. I principi di diritto europeo della famiglia	240
2.1. L'opzione per il c.d. <i>pillar approach</i>	241
2.2. La complessità funzionale del mantenimento tra ex coniugi	242
2.3. La duplice funzione perequativa e compensativa dei meccanismi di redistribuzione della ricchezza familiare	244
2.4. L'opzione per soluzioni di <i>opt-out</i> con rigorosi limiti procedurali e sostanziali	244
3. L'elaborazione della c.d. <i>Kernbereichslehre</i> nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche	246

	<i>pag.</i>
3.1. La decisione del <i>Bundesgerichtshof</i> del 2004: <i>a</i>) le distinte ipotesi di <i>Wirksamkeitskontrolle</i> e di <i>Ausübungskontrolle</i>	247
3.2. La decisione del <i>Bundesgerichtshof</i> del 2004: <i>b</i>) la c.d. <i>Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs</i>	250
3.3. L'approfondimento dottrinario della <i>Kernbereichslehre</i> : <i>a</i>) la giustificazione dogmatica della correzione giudiziale dell'accordo derogatorio	252
3.4. L'approfondimento dottrinario della <i>Kernbereichslehre</i> : <i>b</i>) il superamento del limite della c.d. <i>Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs</i>	253
4. Rilievi conclusivi	254

CONVIVENZA PREMATRIMONIALE, CONTRIBUTO ENDOFAMILIARE E FUNZIONE COMPENSATIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE DOPO LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

Enrico Al Mureden

1. La compensazione del contributo endofamiliare prestato precedentemente al matrimonio	261
2. La funzione compensativa del nuovo assegno divorzile	266
3. Il contributo endofamiliare tra convivenza prematrimoniale e solidarietà post-coniugale	269
4. Osservazioni conclusive	271

IL RITO UNICO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO. ASPETTI SOSTANZIALI DELLA RIFORMA PROCESSUALE

Mauro Paladini

1. Le ipotesi di procedimento unico di separazione e divorzio	273
2. La <i>ratio</i> della scelta legislativa	275
3. La domanda riconvenzionale di divorzio	277
4. Le domande connesse	278
5. La trattazione congiunta delle domande di separazione e di divorzio	280
6. La decorrenza dei provvedimenti a contenuto economico	281
7. Problemi aperti: <i>a</i>) l'addebito della separazione; <i>b</i>) i ricorsi congiunti; <i>c</i>) il <i>dies a quo</i> della procedibilità della domanda di divorzio	284
8. Alcune considerazioni conclusive	285

INTRODUZIONE

Gioacchino La Rocca

Una pluralità di studiosi – di diversi settori disciplinari, ma tra i più importanti in Italia in materia di diritto e di diritti della famiglia – è stata sollecitata ad intervenire su un tema particolarmente sensibile e dalle molteplici sfaccettature: *“le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia: prospettive culturali e questioni aperte”*. Come ben evidenziato nella relazione introduttiva di Loredana Garlati, le *“relazioni familiari”*, ossia la rete di rapporti che in concreto innerva la famiglia, hanno risentito poco del mutamento dei regimi politici e molto del *“sistema valoriale della società”*, ossia della *“mentalità”*, avrebbe detto un altro storico illustre, il quale precisava che *«mentalità è quel complesso di valori circolanti in un’area spaziale e temporale»*, scaturente dal *«costume»*, dalle *«credenze religiose»*, dalle *«certezze sociali»*.

Dunque, *“sistema valoriale”*, *“credenze religiose”*, *“mentalità”*, *“certezze sociali”*.

Senonché, i contributi qui raccolti non sembrano rilanciare *“certezze”*. Al contrario, essi riflettono le fratture che percorrono la società contemporanea. E non solo la società italiana, visto che – come si legge nello studio di Baruffi e Honorati – non solo il Parlamento italiano ha respinto la proposta della Commissione Europea in materia di accertamento della filiazione.

La stessa situazione soggettiva centrale dell’odierno diritto di famiglia è espressione del mutare delle *“certezze sociali”*. Mi riferisco alla nozione di *“interesse del minore”*: di tale nozione, del suo significato e della sua evoluzione discutono Moscati, Lamarque e Piccinini.

È agevole marcare le differenti sensibilità fra quanti hanno contribuito a questa raccolta: da chi ritiene imprescindibile il riferimento costituzionale della *“famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”* (Vari), come pure da chi ravvisa nella domanda congiunta di separazione e divorzio – di recente introdotta – una forma di indebolimento della famiglia tradizionale (Paladini), si distingue chi intravede una famiglia in ogni stabile *“comunità di affetti”* (Migliaccio), nella convinzione che *“le relazioni familiari non sono informate ad unico, immutabile modello”* (Sesta).

A riprova della molteplicità di prospettive di cui si diceva, è possibile cogliere accenti non uniformi anche tra chi condivide una maggiore attenzione verso

forme familiari non tradizionali. Ad esempio, secondo Sesta il diritto del minore all'identità biologica non ha preminenza assoluta, mentre per Migliaccio il diritto del figlio all'identità personale e alla "bigenitorialità genetica" costituisce un importante ostacolo al ricorso alla maturità surrogata e alla PMA da parte delle coppie omoaffettive.

Ne deriva una sostanziale convergenza con le posizioni di Renda, dalle quali, di contro, si discosta Perrino, la cui indagine si svolge sul fronte della compatibilità della maternità surrogata con l'ordine pubblico.

È generale la condivisione della famiglia quale comunità di affetti contrassegnata dalla solidarietà, dal "dono di sé", tra i suoi componenti. È tale, questa caratterizzazione della famiglia, da conformare le situazioni soggettive intercorrenti tra i suoi componenti (Nicolussi, Salanitro) ed è destinata ad assumere rilevanza sia negli accordi conclusi in deroga alla disciplina legale degli effetti patrimoniali dello scioglimento del matrimonio (Bilotti), sia in sede di determinazione di un assegno divorzile tale da tener conto anche della eventuale convivenza prematrimoniale (Al Mureden).

Come si vede, si delinea un quadro assai frastagliato, il quale, tuttavia, conferma – ad opinione di chi scrive – l'opportunità di dibattere su tali temi. Infatti, gli argomenti controversi costituiscono terreno fertile per il dibattito scientifico, che probabilmente polarizza l'interesse soprattutto quando si nutre del confronto di prospettive diverse.

Si ringrazia, da ultimo, il comitato scientifico composto dal Prof. Bilotti e dalla Prof. Piccinini, con i quali ho condiviso anche la raccolta di tutti i contributi che vengono qui pubblicati come pure le Dott.sse Stefania Pia Perrino, Marta Ruggirello e Lucrezia Berutti per il prezioso aiuto profuso.

RELAZIONI E MODELLI FAMILIARI
TRA PASSATO E PRESENTE

LE RELAZIONI FAMILIARI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA TRA OTTO E NOVECENTO. STORIA DI DISUGUAGLIANZE E ASIMMETRIE TRA DIRITTI RICONOSCIUTI E NEGATI

Loredana Garlati

SOMMARIO: 1. Iniziamo dalla fine. – 2. Due modelli di codice a confronto. – 3. Gerarchie e discriminazioni: il volto reazionario delle relazioni familiari nel primo codice unitario. – 4. Il codice del 1942: il quadro e la cornice. – 5. Gli ultimi passi.

1. Iniziamo dalla fine

A partire dagli ultimi quarant'anni del XX secolo le relazioni familiari hanno conosciuto profonde trasformazioni, ancora in atto in questo scorcio di terzo millennio. Complici i movimenti giovanili e femministi degli anni '60-'70 del Novecento, si è verificato un ribaltamento di valori e di ruoli che ha messo in crisi i principi di autorità e gerarchia all'interno della famiglia¹.

Sono cambiate sia le relazioni tra sessi che quelle generazionali, con ricadute anche sulla sfera del diritto che hanno condotto all'abolizione della potestà maritale e a una diversa concezione della potestà genitoriale; il matrimonio, un tempo indissolubile, ha conosciuto, accanto alla tradizionale separazione, l'introduzione del divorzio; a fronte di una contrazione del numero dei matrimoni si è assistito a un incremento delle cosiddette 'unioni di fatto', che hanno posto il legislatore di fronte al problema se e quali tutele giuridiche concesse alla famiglia costituita con matrimonio estendere alle convivenze e anche alle unioni civili a carattere omosessuale, introdotte dalla cosiddetta legge Cirinnà del 20 maggio 2016 n. 76; la distinzione tra figli legittimi e illegittimi, rilevante ai fini successori (ma non solo), è venuta meno, e questo solo per citare alcuni dei più significativi e noti mutamenti. Si è trattato di trasformazioni radicali che hanno

¹Cfr. L. GARLATI, voce *Rapporti tra coniugi (evoluzione storica)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, Milano, 2022, p. 1103.

reso più omogenee le esperienze familiari del 'circuito europeo', pur nella specifica connotazione delle singole realtà territoriali e culturali.

Siamo passati dall'idea di famiglia (concezione univoca e monolitica), condivisa dal 'sentire comune' e dal diritto, a quella di famiglie, nella diversa e composta varietà delle possibili declinazioni. E sebbene la famiglia, dall'età codicistica in poi, abbia sempre trovato collocazione nel codice civile, per lungo tempo si è discusso sulla sua natura privatistica o pubblicistica, riflesso della configurazione volta per volta assunta dalla Stato.

Sulla concezione di famiglia ha finito per incidere (e ancora incide) il sistema valoriale di una società, che orienta e al tempo stesso è orientato dal diritto, tanto da far sostenere che «a dispetto del suo radicamento nella natura, [la famiglia] può variare da paese a paese, a seconda della sensibilità e dei costumi del popolo considerato»².

A volte il legislatore ha anticipato e quasi imposto talune scelte, assolvendo una funzione pedagogica, come è accaduto per esempio con l'introduzione del matrimonio civile nel primo codice unitario del 1865: una decisione a cui la società italiana non si dimostrò del tutto pronta. Lo stesso può dirsi per alcune norme costituzionali, rimaste a lungo inattuate, dove il legislatore ha mostrato di muoversi secondo un'idea decisamente illuministica del proprio potere, ossia con la fiducia nelle possibilità propulsive della legge, con la concezione promozionale ed educativa del diritto, con tutti i rischi connessi, quelli a cui sempre si espone una concezione eudemonologica dello Stato. In altre circostanze invece si è mostrato guardingo o semplicemente lento nell'adeguarsi alle 'metamorfosi' sociali.

Innegabile che la prima vera riforma fu quella del 1975, che ruppe con l'immediato passato e decretò la fine dell'impronta tecnico-concettuale napoleonica da noi ereditata, cercando di dare una nuova architettura ai rapporti tra i singoli componenti, sostituendo ad una visione gerarchica della famiglia, che aveva dominato incontrastata fin dai tempi più remoti, una concezione solidaristica ed egualitaria, che mirava a fare giustizia del millenario primato maschile e a tutelare i figli nati fuori dal matrimonio, riconoscendo loro una posizione paritaria a quella attribuita ai figli legittimi, attuando un meditato programma antiautoritario che spinse il legislatore a far giustizia dell'antico nome della patria potestà, sostituito da un'allentata condirezione, per di più svolta nell'interesse esclusivo dei figli per la valorizzazione della loro personalità.

Queste brevi riflessioni sulle relazioni familiari si propongono di esaminare nella prospettiva storica i cambiamenti intervenuti nei rapporti uomo-donna e genitori e figli: pochi cenni, simbolici *flashes* sull'esperienza legislativa italiana che tra Otto e Novecento ha perpetuato modelli antichi e schemi ereditati in

² M.R. MARELLA-G. MARINI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

parte dalla tradizione romanistica e in parte da quel *Code Napoléon* che ha rappresentato una sorta di bussola orientativa per il legislatore unitario. E la nostra storia inizia proprio da qui, da quel 21 marzo 1804 che segnò una svolta nella storia del diritto privato.

2. Due modelli di codice a confronto

Nell'arco di un decennio l'Europa conobbe la nascita di due codici civili, entrambi prodotti dell'illuminismo, ma profondamenti distanti tra loro, come lo era la declinazione assunta dalla matrice originaria nelle due realtà geopolitiche che vi diedero vita: Francia e Austria. Se nella prima l'illuminismo fu movimento di fronda, nella seconda incarnò la cultura propria del potere³.

Il *Code civil*⁴ giungeva dopo il fallimento dei progetti intrapresi nel periodo rivoluzionario⁵, quando a una fase di entusiasmo iniziale subentrò una sorta di pessimismo sulla possibilità di realizzare quanto sembrava a portata di mano fin dal 1789⁶: una regolamentazione semplice e chiara.

Il celebre *Discours préliminaire* di Jean-Étienne-Marie Portalis⁷ mostrava il duplice volto di un codice, quello francese, sospeso tra rispetto del passato e proiezione nel futuro, legato in parte alle antiche consuetudine e tradizioni senza disdegnare le recenti conquiste rivoluzionarie in tema di diritti, libertà, laicità⁸. Tuttavia, in tema di famiglia, quel codice mostrava un volto ferocemente reazionario, con qualche illusorio sprazzo di riformismo.

Esteso al Regno d'Italia e al Regno di Napoli tra il 1806 e il 1809, primo esem-

³ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, pp. 223-228 e 259-262.

⁴ Si è qui consultata l'edizione del *Codice civile di Napoleone il grande col confronto delle leggi romane*, Sonzogno, Milano, 1809.

⁵ Si pensi ai tre progetti affidati al genio camaleontico di Jean-Jacques Régis de Cambacérès e a quello intrapreso da Jacqueminot, oltre al progetto non ufficiale dell'avvocato Target (X. MARTIN, *Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé*, in *Droits*, 6, 1987, pp. 107-116; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*). Cfr. *Projets de Cambacérès*, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, par P.A. FENET, I, Videcoq, Paris, 1836, pp. 3-326 (dove si trovano i tre progetti comprensivi dei discorsi preliminari): *Projet de code civil présenté par Jacqueminot*, in *Recueil*, I, cit., pp. 327-462.

⁶ J.-L. HALPERIN, *L'histoire de la fabrication du code. Le code: Napoléon?*, in *Pouvoirs*, 107, 2003, pp. 11-21; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 1-14.

⁷ J.-É.-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di Codice civile*, a cura di R. CALVO, ESI, Napoli, 2013, pp. 33-78. Cfr. J.B. D'ONORIO, *Portalès l'esprit des siècles*, Dalloz, Paris, 2005.

⁸ J.F. NIORT, *Retour sur «L'Esprit» du code civil des Français*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 27, 2007, pp. 507-558.

pio di unificazione legislativa della penisola, il codice mirava a rafforzare il ruolo della famiglia legittima a discapito di qualsiasi altra unione non fondata sul matrimonio. Come qualunque società, anche quella familiare si riconosceva in un capo, dotato di poteri forti modellati su quelli della sovranità⁹, in contrasto con le conquiste ottenute negli anni immediatamente precedenti grazie alle cosiddette *lois de combat*, volte a ridurre drasticamente i poteri del *paterfamilias*, ad affermare l'uguaglianza a livello successorio tra figli maschi e figlie femmine, primogeniti e utrogeniti, figli legittimi e figli naturali¹⁰, a sottrarre alla Chiesa il monopolio del matrimonio, secolarizzandolo¹¹, concependolo non più come sacramento ma come contratto civile che poteva essere sciolto con il divorzio, introdotto per la prima volta in un paese cattolico nel 1792 e via via sempre più liberalizzato¹².

Il codice del 1804 cambiava decisamente rotta rispetto alle scelte rivoluzionarie, con un ritorno al principio di autorità espresso da un padre detentore di forti poteri che si estrinsecavano in un maggior controllo sui matrimoni dei figli, i quali, nonostante la raggiunta maggiore età fosse fissata a 21 anni, erano soggetti all'autorizzazione dei genitori per potersi sposare fino al raggiungimento dei 25 anni i maschi e fino ai 21 le femmine. Dopo tale età, erano obbligatori i cosiddetti atti rispettosi: il consenso andava sollecitato attraverso atto autentico notificato a mezzo di notaio. Fino a 30 anni i maschi e fino a 25 anni le femmine dovevano compiere fino a tre atti rispettosi a distanza di un mese l'uno dall'altro e solo dopo un mese dall'ultimo atto le nozze potevano essere celebrate; superati quei limiti di età era sufficiente un solo atto rispettoso (artt. 151-155).

Sebbene si giustificasse questa formalità come la semplice richiesta di un consiglio ai propri genitori¹³, appare evidente come non fosse tramontata l'idea di un matrimonio rispondente più a logiche di interessi economici o politici esistenti tra famiglie che non alle ragioni del cuore: l'unione tra gli sposi doveva

⁹ X. MARTIN, *A tout âge? Sur la durée du pouvoir des pères dans le code Napoléon*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 13, 1992, pp. 227-301.

¹⁰ *Décret du 12 brumaire an II (2 novembre 1793), Décret relatif aux droits des enfans nés hors du mariage*, in M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La révolution française et la famille*, PUF Presses universitaires de France, Paris, 1978, pp. 212-214.

¹¹ *Loi du 20-25 septembre 1792, qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens*, Titre IV *Mariage*, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., pp. 207-208.

¹² *Loi du 20-25 septembre 1792, Sur les causes, le mode et les effets du divorce*, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., pp. 198-203; *Décret contenant des dispositions additionnelles à celui du 20 septembre 1792 sur le divorce, 4-9 floréal an II (23-28 avril 1794)*, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., pp. 216-217.

¹³ C. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, t. II, *Del matrimonio e della separazione personale*, Stabilimento grafico di Domenico Capasso, Napoli, 1848, p. 47 n. 59: «se non conviene più d'incatenare la libertà individuale de' figli dopo una certa età, può essere almeno utilissimo di concedere agli ascendenti i diritti, non già d'impedire il matrimonio, ma di distogliere i figli colla via delle esortazioni e delle rimostranze. Tal'è lo scopo degli atti rispettosi mediante i quali i figli sono obbligati di domandare il consiglio de' loro ascendenti».

incontrare il favore dei genitori (del padre in particolare, che aveva l'ultima parola nel caso di contrasto con la moglie *ex art.* 148) dal momento che serviva a rinsaldare legami di amicizie o di potere o alleanze tra i *clan* familiari, esattamente come accadeva in età moderna, dove spesso i contratti prematrimoniali si premuravano di affermare che le nozze erano celebrate per «rinovare l'amicitia vecchia» «e non per innamoramento de loro giovani» e che ogni accordo «l'hanno trattato li padri d'ambe le parti amorevolmente tra loro»¹⁴.

Non meno importanti erano i poteri correttivi esercitati in via esclusiva dal padre, il quale poteva far incarcerare il figlio [e fino ai 15 il giudice *doveva* dar corso alla domanda del padre senza compiere altre indagini né verificare i motivi adottati (art. 376)]¹⁵ o richiedere l'intervento dell'autorità se il figlio si allontanava senza permesso da casa, a meno che non fosse per arruolarsi dopo aver compiuto i 18 anni: evidente come in questo caso il superiore interesse dello Stato prevalesse sulla volontà individuale.

Dopo la fugace equiparazione tra figli legittimi e no ai fini del riconoscimento di diritti successori, tornava in auge la secolare differenziazione, voluta in questo caso dallo stesso Napoleone, per il quale la società non aveva interesse «a che dei bastardi fossero riconosciuti»¹⁶: a costoro vennero pertanto limitati i diritti successori, corrispondenti a un terzo della quota spettante ai legittimi quando concorrevano con altri discendenti (1/2 con ascendenti, 3/4 con altri collaterali), ed era altresì vietata la ricerca della paternità, tranne nell'ipotesi di ratto.

Il codice inoltre rivelava il volto di una famiglia verticistica rispondente a una concezione antropocentrica, in cui la donna aveva il dovere di obbedire al marito (art. 213) a fronte della protezione che l'uomo le assicurava. E se fedeltà, coabitazione, assistenza erano obblighi imposti a entrambi i coniugi (art. 212), la loro violazione non comportava le medesime conseguenze: l'adulterio, previsto come una delle tre cause di divorzio, determinava sempre lo scioglimento del matrimonio se a commetterlo era la moglie, mentre la donna poteva invocarlo

¹⁴ G. DELILLE, *Classi sociali e scambi matrimoniali nel Salernitano: 1500-1650 circa*, in *Quaderni storici*, vol. 11, n. 33, 1976, p. 991; R. MERZARIO, *Il mercato matrimoniale stretto*, in A. MANOUKIAN (a cura di), *I vincoli familiari in Italia. Dal secolo XI al secolo XX*, il Mulino, Bologna, 1938, p. 178, ma in generale pp. 165-194. «L'amore passione che faceva lasciare casa e genitori per una donna era oggetto di scandalo e di vergogna e, perseguito dall'autorità civile e religiosa, era sottoposto a riprovazione sociale perché implicava la violazione delle regole tacite ed espresse di comportamento sui cui si fondava l'ordine dell'epoca» (M.G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1996, p. 507).

¹⁵ Vigevano tuttavia alcune eccezioni all'arresto d'autorità del figlio infraquindicenne, in cui il tribunale poteva sindacare la richiesta paterna. Ciò avveniva nei seguenti casi: a) se il minore di 15 anni esercitava una professione o deteneva beni personali; b) se il padre si fosse risposato (artt. 380-382). La logica era di evitare che il padre ricorresse subdolamente all'arresto per abusare dei beni del figlio o sulla scia di un'ostile influenza della matrigna.

¹⁶ Cfr. *Recueil*, cit., X, pp. 76-77.

solo se il marito teneva la concubina nella casa comune (art. 230)¹⁷. Anche le sanzioni penali erano diverse: l'infedeltà femminile, che offuscava l'onore familiare (ed era infatti annoverata tra gli *attentati ai costumi*), era punita con la detenzione da tre mesi a due anni (art. 337 c.p.), mentre il marito, sempre che l'adulterio rivestisse i caratteri qui ricordati, incorreva in una sanzione pecuniaria, consistente in una multa da cento a duemila lire (art. 339 c.p.).

La supremazia del marito si manifestava in tutta la sua evidenza con l'introduzione dell'istituto dell'autorizzazione maritale che limitava la capacità di agire della donna, cui era proibito alienare, donare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso senza il consenso del marito (art. 217) o eventualmente del giudice (art. 218), a meno che non esercitasse la pubblica mercatura (art. 220): anche in questo caso, tuttavia, non poteva stare in giudizio per affari relativi ai propri traffici senza permesso del marito (art. 215)¹⁸.

Il codice rinnegava chiaramente la concezione individualistica che aveva ispirato il legislatore rivoluzionario e demandava alla famiglia alcune funzioni d'interesse pubblico¹⁹.

Un secondo codice interessò un'area geografica italiana più ristretta, ma non per questo meno rilevante, quale fu il Regno Lombardo-Veneto nell'età della Restaurazione. Si trattava dell'unico prodotto straniero in un paese che, tramontato l'astro napoleonico, tornava a frammentarsi politicamente e legislativamente.

Nell'Austria di Francesco I nel 1812 entrava in vigore il Codice Civile Generale per i Territori Ereditari Tedeschi della monarchia austriaca (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* – ABGB)²⁰ che si modellava, per le questioni familiari, sull'esempio dell'Editto Giuseppino del 1783, fondendo disciplina canonistica e centralismo statale.

Raggiunta la maggiore età, fissata a 24 anni, il matrimonio poteva essere celebrato senza più alcuna necessità del consenso paterno. Ripudiato il principio di laicità, il matrimonio, che nel *Code Napoléon* si svolgeva davanti all'ufficiale di stato civile nella casa comunale del domicilio di uno degli sposi, era celebrato

¹⁷ Le sette cause tassative originariamente previste dalla legge del 1792 vennero drasticamente ridotte a tre: oltre all'adulterio, si prevedevano gli eccessi, le sevizie, l'ingiuria grave (art. 231) e la condanna a pena infamante (art. 232), che potevano essere invocate anche per richiedere la separazione, reintrodotta dopo l'abolizione avvenuta nel clima radicale rivoluzionario e rimasto unico rimedio all'indomani dell'abrogazione del divorzio avvenuta in Francia nel 1816.

¹⁸ A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, ora in ID., *Scritti (1968-2002)*, II, Jovene, Napoli, 2007, pp. 1100-1108.

¹⁹ La finalità era di rafforzare quella grande famiglia che era lo Stato, come precisò uno dei quattro redattori del codice, Bigot-Préameneu, il quale vedeva nell'Imperatore «il padre comune e il custode di tutte le famiglie» (*Recueil*, I, cit., p. CXXVI).

²⁰ Si rinvia qui al *Codice civile generale austriaco*, edizione seconda ufficiale, Cesarea regia stamperia, Milano, 1815.

secondo le regole del concilio tridentino, sancite dal decreto *Tametsi* del 1563²¹. Alla denuncia²² faceva seguito la solenne dichiarazione del consenso di fronte al parroco che aveva l'obbligo di provvedere alla trascrizione del matrimonio. Se ne ribadiva l'indissolubilità per i cattolici (§ 111), lasciando ai fedeli dei culti ammessi la possibilità di divorziare qualora la loro religione lo consentisse, ma nei soli casi tassativamente fissate dal codice; si affermava la competenza dell'autorità statale in tema di separazione²³ con preliminare intervento conciliativo del parroco²⁴, in un magmatico intreccio tra controllo statale e rispetto per la Chiesa.

Se raffrontato a quello napoleonico, il codice austriaco operava un ribaltamento di prospettiva in tema di rapporti tra genitori e figli e tra marito e moglie.

Da una concezione della patria potestà come espressione di potere si passava a quella di una patria potestà come esercizio di un dovere²⁵, la cui trasgressione ne determinava la perdita²⁶. Con un accento di insospettata liberalità, ai genitori si chiedeva di educare i figli favorendone le naturali inclinazioni, tanto che, giunti alla pubertà, i figli avrebbe potuto rivolgersi al tribunale per far valere le proprie ragioni contro gli eventuali *desiderata* paterni (§ 148).

Se l'uomo continuava ad essere individuato come il capo della famiglia, la donna godeva di un'autonomia impensabile per le coeve sorelle francesi: il codice

²¹ *Conc. Tridentium*, sess. XXIV, 11 novembre 1563, *Canones super reformatione circa matrimonium*, decreto *Tametsi*, in G. ALBERIGO (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, EDB, Bologna, 1991, pp. 755-759.

²² *Codice civile generale austriaco*, cit. §§ 69-71: la denuncia consisteva nella pubblicazione del matrimonio «da farsi in tre giorni di domenica o di festa all'adunanza ordinaria nella chiesa parrocchiale del distretto».

²³ Le cause di separazione erano tassative e in parte mutate dal diritto della Chiesa. Vi si trova l'ipotesi classica dell'adulterio, ma senza distinzione tra adulterio femminile e maschile, in sintonia con il diritto canonico per il quale la violazione della fedeltà coniugale meritava biasimo, indipendentemente dal sesso di chi la commetteva; abbandono malizioso del coniuge; condotta di vita sregolata, tale da mettere in pericolo i beni o i buoni costumi della famiglia; insidie pericolose tese alla vita o alla salute; gravi e ripetuti maltrattamenti (sulla ripetitività aveva insistito la giurisprudenza della Sacra Rota Romana); costanti difetti corporali congiunti a pericolo di contagione (§ 109).

²⁴ Al parroco occorreva manifestare la risoluzione a separarsi e i motivi. «È dovere del parroco richiamare alla mente dei coniugi le promesse reciproche solennemente fatte al momento dell'unione in matrimonio, e l'inculcare loro energicamente le conseguenze dannose della separazione. Queste ammonizioni debbono ripetersi per tre diverse volte. Se riescono inefficaci, il parroco deve rilasciare alle parti l'attestato scritto che, fatte tre volte alle medesime inutilmente le ammonizioni, persistono nel desiderio di separarsi» (§ 104).

²⁵ I genitori devono aver cura della vita e sanità dei loro figli, «somministrar loro un decente mantenimento, sviluppare le loro forze intellettuali e corporali e porre il fondamento della futura loro prosperità coll'istruirli nella religione e nelle utili cognizioni» (§ 139).

²⁶ I padri che trascuravano interamente il mantenimento e l'educazione dei figli perdevano per sempre la patria potestà ex § 177.

infatti consentiva alle donne di amministrare il proprio patrimonio, di stare in giudizio e fare contratti senza essere offuscate dall'ombra lunga del consenso maritale. Il codice austriaco raffigurava un rapporto coniugale fondato sul principio dell'uguaglianza e la sua estensione ai territori italiani soggetti al controllo asburgico consentì alle donne lombardo-venete di godere di una condizione sconosciuta nel resto della penisola. Ma un'amara beffa le attendeva all'indomani dell'unità.

3. *Gerarchie e discriminazioni: il volto reazionario delle relazioni familiari nel primo codice unitario*

Il primo codice civile dell'Italia unita vide la luce nel 1865 (per entrare in vigore il 1° gennaio 1866), dopo la parentesi della Restaurazione che aveva determinato la nascita di quattro codici civili nel Regno delle Due Sicilie (1819), nel ducato di Parma (1820), nel Regno di Sardegna (1837) e nel Ducato di Modena (1851), mentre altri Stati, come la Toscana o quello pontificio, preferirono ripristinare l'una il vecchio sistema di diritto comune, l'altro il diritto canonico.

Il legislatore unitario aveva di fronte due modelli stranieri: la scelta a quale tra le due esperienze eventualmente ispirarsi sembrava obbligata. Sul codice austriaco pesava un pregiudizio politico e nonostante si fosse rivelato per alcuni profili più adeguato a una visione 'moderna' di famiglia fu quasi del tutto trascurato, a vantaggio del più retrivo testo francese filtrato dagli interventi operati nell'età della Restaurazione dai codici preunitari che lo avevano depurato delle sue novità più rilevanti, quali il matrimonio civile e il divorzio.

I progetti che si susseguirono negli affannosi anni ricchi di capovolgimenti politici posero la famiglia al centro dell'attenzione, mostrando da subito come ancora una volta essa fosse il banco di prova per l'attuazione di alcuni valori cardine cui il neonato Stato liberale intendeva ispirarsi.

La separazione tra Stato e Chiesa e il principio di laicità guidarono i redattori, divisi tuttavia tra chi perorava una disciplina tradizionale e chi attribuiva al codice una funzione educativa, mediante un intervento su alcune chiusure che avevano connotato l'esperienza preunitaria.

Nel tentativo di mediare tra queste due tendenze, il codice si rivelò frutto di abili compromessi²⁷, soprattutto in tema di matrimonio. Il codice, «se da un lato tendeva a limitare l'intervento dello Stato all'interno della famiglia, dall'altro estrometteva la Chiesa dallo specifico campo»²⁸, rivelando «il forte legame con il suo principale modello, quello napoleonico, ma pure con i nostri costumi»²⁹.

²⁷ P. UNGARI, *Storia del diritto famiglia 1796-1975*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 151-176.

²⁸ G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Aracne, Roma, 2006, p. 60.

²⁹ M.G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in *Enc. it., Eredità del Novecento*, II, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2001, p. 760.

Si decise di reintrodurre, dopo la parentesi preunitaria, il matrimonio civile³⁰, con esiti non particolarmente felici, visto che «i matrimoni soltanto religiosi, che con l'entrata in vigore del codice hanno perso ogni valore giuridico, si contano ogni anno nell'ordine delle decine di migliaia e costituiscono una preoccupante piaga sociale»³¹: matrimoni privi di effetti civili, quindi, che lasciavano spazio al concubinato, al proliferare di figli illegittimi e allo scioglimento di fatto di tali unioni, costringendo la Chiesa a scendere in campo per un'educazione, oltre che religiosa, anche civile dei propri fedeli, poiché solo il matrimonio officiato secondo le regole del codice garantiva quell'indissolubilità che per la Chiesa costituiva un principio irrinunciabile³².

Per non creare un'ulteriore frattura con la Santa sede dopo lo 'scippo' del rito sacramentale del matrimonio, venne escluso il divorzio in ragione di un'etica laica e per rispetto dell'interesse della società civile, come affermato da Vigliani³³. Si mantenne così la separazione³⁴, sia consensuale che per colpa per cinque cause predeterminate (artt. 150-152) e tassative (art. 149). Si conservò la differenziazione tra adulterio femminile e maschile: quest'ultimo poteva essere invocato dalla moglie solo se il consorte manteneva la concubina in casa o notoriamente in altro luogo o qualora ricorressero circostanze tali da rendere il fatto un'ingiuria per lei grave. Costituivano poi ulteriori cause il volontario abbandono; gli eccessi, le sevizie, le minacce e le ingiurie gravi; la condanna a pena criminale; la mancata fissazione della residenza da parte del marito senza alcun giustificato motivo.

Dibattuta fu soprattutto la questione della condizione giuridica della donna.

³⁰ C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1-131; M.G. DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio civile. Diritto, politica e religione tra avvocati «impegnati» prima e dopo l'Unità*, in S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI (a cura di), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 123-166.

³¹ C. VALSECCHI, *Diritto e famiglia. Metamorfosi e continuità della "cellula fondamentale". Dal mundio alla stepchild adoption*, in A.A. CASSI (a cura di), *Le danze di Clío e Astrea*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 448.

³² S. FERRARI, *Religione e codice civile. Dinamica istituzionale e problematica amministrativa del diritto matrimoniale postunitario*, in *Storia contemporanea. Riv. trim. studi stor.*, 1976, 7, pp. 123-167.

³³ «Quando una legge collocasse sulla soglia del matrimonio e nel suo seno l'idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze, ne deturperebbe l'onestà, perché quell'idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto»: così la Relazione Vigliani in *Codice civile del Regno d'Italia* [...], a cura di P. GALDI, G. Marghieri e A. Perrotti editori, Napoli, 1865, pp. 161-163.

³⁴ Per una ricostruzione dell'istituto della separazione nel tempo cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, voce *Separazione personale (storia)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, pp. 1350-1376; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 259-264; L. GARLATI, *Tra moglie e marito. Conflitti familiari e intervento del giudice nell'Italia postunitaria*, in *Acta hystriæ*, 2013, 21/3, pp. 233-256.

L'autorizzazione maritale, assente nel testo di Pisanelli del 1863³⁵, fu ripristinata anche sotto pressione del nuovo ministro Vacca³⁶, che, in risposta ai deputati che vi scorgevano una forma di schiavitù moderna, la giudicava invece un pegno della concordia familiare e dell'armonia tra i coniugi³⁷. Così, quel marito che veniva di nuovo riconosciuto capo della famiglia dall'art. 131, in ragione di una naturale superiorità del genere maschile su quello femminile³⁸, si trovò a poter disporre degli atti negoziali della donna, negando o concedendo l'autorizzazione al loro compimento. La donna non poteva perciò donare, alienare beni immobili, sottoporli a ipoteca, contrarre mutui o riscuotere capitali, transigere o stare in giudizio. Per temperare il rigore della disposizione si accordò al marito la possibilità di concedere un'autorizzazione preventiva per atto pubblico, generale o speciale, revocabile in qualsiasi momento, relativa o a tutti i negozi o solo per alcuni (art. 134)³⁹.

La capacità della donna tornava ad essere piena solo in assenza di una figura maschile al suo fianco e, quindi, in caso di separazione legale addebitabile al marito, o nell'ipotesi in cui il marito fosse minorenni, interdetto, assente o condannato a più di un anno di carcere per il tempo di espiazione della pena o, *more solito*, se la donna svolgeva in autonomia la professione di commerciante (art. 135).

Le donne lombardo-venete si sentirono tradite nelle loro aspettative. Molte di loro, nate e cresciute durante il tempo di vigenza del codice austriaco, non avevano mai sperimentato l'istituto dell'autorizzazione maritale e confidavano

³⁵ Nella relazione del 1863 Pisanelli si chiedeva «quali sono i benefizi dell'autorizzazione maritale? Se la concordia regna fra i coniugi, tutti gli atti sono regolati da consenso comune, ed il marito sarà il naturale consultore della moglie senza che la legge lo imponga. Ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima conseguenza di questa disposizione della legge sarà la separazione dei coniugi, cioè lo sperpero e la rovina delle famiglie [...]. Essa non è attualmente conosciuta nelle provincie lombarde, e giureconsulti e magistrati insigni di quel paese attestano che la libertà lasciata alla moglie di regolare le proprie sostanze non fu mai pregiudizievole agli interessi della famiglia più di quella lasciata al marito» [*Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nelle tornate del 15 luglio e 26 novembre 1863*, in S. GIANZANA (a cura di), *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoriale, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice*, I, *Relazioni*, Utet, Torino 1887, p. 26].

³⁶ G. MECCA, 'Discorso' costituzionale e progetti istituzionali: il caso di Giuseppe Vacca (1808-1876), in *forum historiae iuris*, 25 Oktober 2022, pp. 1-15 (<https://forbistiur.net2022-10-mecca>).

³⁷ Si ribadiva la necessità di sottomettere all'autorizzazione atti di intrinseca gravità, tali da richiedere «il concorso adesivo del marito, in ossequio non pure all'autorità morale del capo della famiglia, ma sì pel buon governo della famiglia stessa» (*Codice civile del Regno d'Italia corredato della relazione del Ministro guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 25 giugno 1865*, Tipografia Eredi Botta-Tipografia Reale, Torino-Firenze, 1865, p. XI).

³⁸ L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, pt. I, Utet, Torino, 1878, p. 6.

³⁹ L. GARLATI, voce *Rapporti tra coniugi*, cit., pp. 1114-1118.

che la nazione nata dagli ideali risorgimentali conservasse questa libertà di azione, estendendola a tutte le italiane, come segno di progresso. Le proteste femminili, come le petizioni, rimasero senza riscontro e così quel codice che sanciva la nascita di un nuovo Stato unitario nel panorama europeo, riproduceva una discriminazione di genere contro la quale cominciavano a levarsi alte e forte le voci delle donne⁴⁰.

Occorrerà una guerra, il sacrificio di quante si occuparono, oltre che della famiglia, anche dell'economia di un paese quasi completamente privo di uomini, impegnati al fronte, per determinare la fine di quella che Salvatore Morelli definiva una servitù domestica⁴¹: il 17 luglio 1919 la legge n. 1176 abrogava l'art. 134 restituendo, almeno formalmente, piena autonomia alle donne, anche se il cammino verso un'effettiva emancipazione sarebbe stato ancora lungo e faticoso.

Il codice francese non solo ispirò la subordinazione della donna, ma rappresentò l'architettura sul quale costruire una solida patria potestà, che l'art. 138 attribuiva a entrambi i genitori, ma che di fatto era esercitata dal solo padre (art. 220). La maggiore età era fissata a 21 anni (art. 323), ma emulando lo spirito del *Code civil* i figli con più di 21 anni ma meno di 25 (mentre il limite restava di 21 per le donne) avevano l'obbligo di ottenere il consenso dei genitori o degli avi (artt. 63-64) per contrarre matrimonio (salva la possibilità per il maggiorenne di ricorrere presso la corte d'appello contro il rifiuto opposto dagli ascendenti: art. 67).

Il controllo sulla vita dei figli si estendeva fino a proibirne l'allontanamento da casa senza il consenso del padre (salvo il caso di volontario arruolamento nell'esercito nazionale) (art. 221), mentre l'art. 222 introduceva la 'correzione paterna', ossia la possibilità di collocare il minore in un istituto di educazione o di correzione, su proposta del padre e per decisione del presidente del tribunale, nel caso in cui il padre non riuscisse «a frenare i traviamenti del figlio». La ri-

⁴⁰ Spicca tra tutte la milanese Anna Maria Mozzoni di cui, per attinenza al tema, si vuole qui ricordare *La donna in faccia al progetto del nuovo codice civile italiano*, Tipografia sociale, Milano, 1865, ma l'impegno della Mozzoni interessò tutti i campi in cui i diritti delle donne erano negati.

⁴¹ Il deputato Salvatore Morelli depositò alla Camera già il 18 giugno 1867 una proposta di legge dal provocatorio titolo *Per lo scopo di abolire la schiavitù domestica con la reintegrazione giuridica della donna, accordando alle donne italiane i diritti civili e politici che si esercitano dagli altri cittadini del Regno* (S. MORELLI, *I tre disegni di legge sulla emancipazione della donna, riforma della pubblica istruzione e circoscrizione legale del culto cattolico nella chiesa*, Tip. Franco-italiana di A. De Clemente, Firenze, 1867, p. 25). Che la legge abrogativa del guardasigilli Ettore Sacchi di soli otto articoli, recante il titolo *Norme circa la capacità giuridica della donna*, fosse un omaggio alle donne italiane e alla loro resilienza emerge dalla discussione alla Camera del 12 dicembre 1916, quando la richiesta di abolire l'antiquato istituto dell'autorizzazione maritale fu motivato da Amedeo Sandrini anche dall'esigenza di offrire un riconoscimento al ruolo svolto dalle donne nel periodo bellico (*Atti Parlamentari, Discussioni*, XXIV Legislatura, Sessione 1913-1917, vol. XI, I Sessione dal 12 dicembre 1916 al 3 marzo 1917, Tornata del 12 dicembre 1916, Roma, 1917, pp. 11573-11574).

chiesta, valida anche se espressa verbalmente, e il giudice che provvedeva senza formalità e senza esprimere i motivi del suo decreto restituiscono l'immagine di un padre la cui volontà si imponeva su tutto.

Sebbene si giustificasse la disposizione come «ossequio all'affetto paterno», non vi era dubbio che «è ossequio troppo condizionato [...] Con l'articolo del codice attuale qualunque figuro può presentarsi al presidente e – dichiarando le più bugiarde cose, chiamando cattiverie le ragazzate, ribellione la vivacità del carattere, affermando che qualunque sacrificio egli l'ha sopportato per ridurre il birbante – sbarazzarsi del figlio, colpevole solo di rappresentare una noia, un testimone importuno, o una spesa continua»⁴².

Vero anche che erano spesso le famiglie più umili e in condizioni economiche di estrema miseria a ricorrere a questo strumento nella speranza di garantire ai figli una vita dignitosa⁴³, ma non era infrequente che la correzione paterna si trasformasse in un abuso della potestà genitoriale per abbandonare un figlio al proprio destino. La norma, «oscura e monca», non stabiliva un termine minimo e massimo di collocamento, con la conseguenza che spesso i fanciulli erano tratti tenuti fino alla maggiore età⁴⁴.

La volontà paterna aveva modo di estrinsecarsi oltre la sua stessa vita, in una sorta di eternizzazione del suo parere: il padre poteva infatti, tramite testamento, dettare le condizioni alla madre superstite circa l'educazione dei figli e l'amministrazione dei loro beni, e la madre poteva essere dispensata da tali compiti solo dal consiglio di famiglia, organo permanente nel caso di apertura della tutela (art. 249), composto da consulenti individuati tra gli ascendenti maschi del minore, i fratelli germani, gli zii, preferendo, in ciascun ordine, i prossimi, e in parità di grado i più anziani (art. 252), più il tutore, il protutore e il curatore nel caso di minore emancipato (art. 251), e, a partire dal 1892, anche il pretore, che lo convocava e lo presiedeva.

Era altresì possibile al consiglio di famiglia decidere se la madre, risposando-

⁴² G. DE SANCTIS, *Come ho educato i discoli. Note di cronaca*, in *Rivista di discipline carcerarie in relazione con antropologia, col diritto penale, con la statistica*, 27, 1902, p. 222.

⁴³ B. MONTESI, *Questo figlio a chi lo do. Minori, famiglie, istituzioni (1865-1914)*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 22-23; EAD., *Un'indomabile indole? Discoli e discole d'Italia (1865-1934)*, in S. CARRARO-M. GARBELLOTTI (a cura di), *Bambini e ragazzi "perduti". Devianza, disabilità e follia tra infanzia e adolescenza (secc. XVI-XX)*, 2021, pp. 133-144 [*Mélanges de l'Ecole française de Rome. Italie e Méditerranée modernes et contemporaines*, 133-1].

⁴⁴ M. BELTRANI SCALIA, *L'articolo 222 del Codice civile e la patria potestà*, in *Rivista di discipline carcerarie in relazione con antropologia, col diritto penale, con la statistica*, 1, 1871, pp. 62-63. Nell'articolo Beltrani Scalia, futuro direttore delle carceri sotto il governo Crispi, evidenziava che «dalla statistica compilata dalla Direzione generale delle Carceri risulta che dei giovanetti messi in arresto per correzione paterna, un terzo è recluso *fino alla maggiore età*, e che questo terzo si compone di ragazzi dagli 11 ai 15 anni. Ciascuno di essi adunque è stato condannato alla reclusione per *otto anni* in media. OTTO ANNI per correggersi di travimenti» quando il raffronto impietoso con la detenzione degli adulti riconosciuti colpevoli di gravi reati era da sei a dieci anni.

si, poteva conservare l'amministrazione dei beni dei figli minori e a stabilirne le condizioni, unitamente a quelle relative all'educazione. Si tratta di disposizioni particolarmente gravi se si pensa che già al minore erano offerte garanzie sufficienti con il controllo del tribunale sugli atti di straordinaria amministrazione e con la perdita dell'usufrutto legale per il genitore passato a seconde nozze.

Attraverso di esse si esprime infatti un giudizio globalmente negativo sulla donna stessa: se riguardo all'amministrazione dei beni del minore vi era una certa coerenza con l'autorizzazione maritale, e dunque con l'idea di una specifica inadeguatezza della donna alla cura degli affari economici, difficile giustificare questa valutazione sulla capacità della donna di assolvere compiti educativi, a meno di non richiamare la frivolezza del sesso.

Quanto ai figli illegittimi, si ribadiva il divieto della ricerca della paternità⁴⁵, salvo nel caso di ratto e stupro violento, qualora il concepimento coincidesse con i fatti indicati, differentemente da quanto disposto dall'art. 340 del codice francese, che dopo un lungo dibattito, aveva escluso lo stupro per la difficoltà, in questo caso, di accertare l'effettiva paternità del nato, mentre era sempre ammessa la ricerca della maternità; si favoriva il riconoscimento volontario dei figli naturali non adulterini né incestuosi, accordando loro più larghi diritti che nel passato quanto agli alimenti e alla successione ereditaria: i figli naturali riconosciuti erano infatti ammessi a succedere nella metà della quota dei figli legittimi.

4. *Il codice del 1942: il quadro e la cornice*

Il codice del 1942 sorprende per una certa identità con il testo del 1865 in tema di relazioni familiari. Frutto l'uno di un'Italia liberale, l'altro del regime fascista, non appaiono distanti tra loro, ma se la tela era la stessa era la cornice ad essere mutata.

La famiglia dell'era fascista era portatrice di interessi superiori e di un'organizzazione che trovava la propria estrinsecazione nel capofamiglia, non più titolare di un potere sostanzialmente libero, ma di un potere vincolato al perseguimento di fini comuni: se gli interessi dei singoli erano subordinati a quelli della famiglia, quelli della famiglia, a loro volta, erano soggetti a quelli dello Stato, che usava la famiglia come uno specchio in cui cogliere i riflessi della propria forza e di cui servirsi come strumento per fini politici, fosse la crescita demografica o l'incremento economico. Non si trattava di una novità, ma allarmava il clima politico che faceva da sfondo a tali disposizioni.

⁴⁵C. VALSECCHI, *La ricerca della paternità deve essere ammessa. La civilistica postunitaria e le riforme del diritto di famiglia. Questioni di diritto transitorio*, in *Italian Review of Legal History*, 1, 2015, paper n. 13, pp. 1-17.

Risolta con il Concordato del 1929, in particolare con l'art. 34, la disciplina matrimoniale, esito dell'accordo Stato-Chiesa, il codice dettava le linee per il matrimonio civile (artt. 106-114), cui in realtà si rivolse solo l'1,5%-2,5% dei cittadini italiani⁴⁶.

Impressionante, quasi imbarazzante, l'assoluta identità tra gli articoli compresi tra il 130 e il 136 del codice del 1865 e quelli compresi tra il 143 e il 146 del codice 1942 relativi ai diritti e ai doveri tra i coniugi.

La famiglia che usciva dal c.c. del 1942 era ancora una volta fondata sulla centralità della figura maschile; i diritti e i doveri dei coniugi, espressi in una triade rimasta immutata nei secoli, ossia fedeltà, coabitazione, assistenza, pur se imposti reciprocamente non comportavano tra la moglie e il marito una perfetta equiparazione giuridica.

Ancora si sanciva una struttura gerarchica della famiglia, con quell'art. 144 sulla potestà dell'uomo che riproduceva esattamente l'art. 131 del primo codice civile unitario: il marito era definito capo della famiglia ed era tenuto a fornire alla moglie tutto quanto necessario ai bisogni della vita in proporzione alle proprie sostanze, mentre la donna contribuiva al mantenimento del marito se questi non aveva mezzi sufficienti. La moglie seguiva la condizione civile del marito, ne assumeva il cognome ed era obbligata ad accompagnarlo dovunque egli ritenesse opportuno fissare la sua residenza, disposizioni che tradivano, più che l'influenza della dottrina fascista, una visione androcentrica tramandatasi nei secoli.

L'abolizione dell'autorizzazione maritale non impedì il perpetuarsi di una preponderanza della figura maschile, come risulta dalle norme previste in tema di separazione, dove, ancora una volta, con riguardo all'adulterio, si discriminava tra quello perpetrato dalla moglie e dal marito, cui era possibile imputare l'addebito della separazione solo nel caso in cui il tradimento fosse consumato in circostanze tali da costituire grave ingiuria per la moglie (art. 152), come se la violazione del dovere di fedeltà non costituisse sempre, di per sé, un'offesa inflitta alla donna, quasi legittimando «il vecchio atteggiamento favorevole alle marachelle maritali commesse con certo garbo, alla chetichella»⁴⁷.

La genitorialità continuava a risentiva della preminenza di un padre che aveva il diritto di richiamare il figlio allontanatosi senza permesso da casa o di collocarlo in un istituto di correzione con l'autorizzazione del tribunale (artt. 318-319). «Le norme del codice napoleonico erano ancora vive nel DNA del legislatore italiano, che le riprendeva sì dal testo del 1865, ma ricevendole come eredità (in)diretta dal primo codice civile dell'Europa continentale. Erano altresì riprodotte le stesse cautele che circondavano la vedova nell'assunzione dei poteri nei confronti della prole, controllata non più dall'abolito consiglio di famiglia, ma dal giudice tutelare (art. 337) o dal tribunale, cui doveva rivolgersi nel caso

⁴⁶ M.G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, cit., p. 765.

⁴⁷ L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 131.

volesse contrarre nuove nozze (art. 340) o guidata dalle disposizioni testamentarie del marito defunto (art. 338)»⁴⁸.

All'assistenza dei minori il codice dedicava un titolo a sé, l'XI, *Dei minori affidati alla pubblica e privata assistenza*, con il quale si tentava un qualche coordinamento con le leggi speciali, disciplinando i poteri dell'istituto in cui il minore si trovasse ricoverato, prevedendo l'intervento della forza pubblica quando il minore fosse notoriamente abbandonato o allevato in luoghi insalubri o pericolosi oppure da persone che per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi risultavano incapaci di provvedere alla sua educazione (art. 403). Attraverso gli organi di protezione dell'infanzia il minore che si trovasse in una delle condizioni sopra descritte poteva essere collocato in luogo sicuro fino ad una sistemazione più definitiva. Poteva, dunque, essere sottratto, nel suo interesse, ai genitori, indipendentemente da un provvedimento del tribunale che dichiarasse la decadenza della potestà o limiti dell'esercizio.

Si prevedeva inoltre che l'istituto di pubblica assistenza potesse affidare a persona di sua fiducia il minore ricoverato e che, trascorsi tre anni, questa potesse chiederne l'affiliazione al giudice tutelare; e si prevedeva che lo stesso potesse fare chi, senza previo affidamento, avesse comunque *sua sponte* allevato un minore per tre anni (art. 404). L'affiliante assumeva i poteri e i doveri inerenti alla patria potestà, sotto la sorveglianza e seguendo le indicazioni del giudice tutelare, e poteva attribuire al minore affiliato il proprio cognome (art. 408). Tuttavia il minore continuava di fatto a dipendere dalla carità del suo benefattore, che poteva sempre far revocare il provvedimento quando gli fosse impossibile continuare il mantenimento del minore o quando il minore fosse travolto⁴⁹.

Dove le innovazioni assumono un segno decisamente positivo rispetto al codice del 1865, anche se non pienamente soddisfacente rispetto alle aspettative di molti, riguardavano la filiazione naturale. La paternità poteva essere dichiarata, oltre che nel caso di ratto o violenza carnale al pari del passato, anche quando la madre ed il presunto padre avessero convissuto notoriamente come coniugi al tempo del concepimento, quando vi fosse possesso di stato di figlio naturale e ancora quando la paternità risultava indirettamente da sentenza civile o penale o da non equivoca dichiarazione scritta dei genitori (art. 269).

Un minor sfavore incontravano poi i figli adulterini, per i quali si ammetteva il riconoscimento da parte del genitore non sposato al tempo del concepimento, ed anche dall'altro genitore, se il coniuge fosse deceduto e non fossero presenti

⁴⁸L. GARLATI, voce *Rapporti tra coniugi*, cit., p. 1119.

⁴⁹D. HOXHA, *Alle radici dell'affiliazione. L'emersione delle pratiche para-adottive nel codice civile del 1942*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 153, 2021, pp. 127-153; S. GENTILE, *Tra politica e diritto: l'affiliazione nel codice civile del 1942. Un istituto – e un regime – alla prova*, in *Riv. Storia dir. it.*, 2022, 95/1, pp. 121-177.

figli legittimi o legittimati; oppure ancora in presenza di figli legittimi se maggiorenni, ma questa volta con decreto reale, sentiti i figli stessi e il parere del Consiglio di Stato (art. 252). Quanto invece al trattamento economico della prole naturale, le innovazioni si fermarono ad alcuni minimi ritocchi, vuoi riguardo al diritto di mantenimento e alimentari che a quelli successori.

Anni di lavoro, dibattiti, confronti, per costruire una famiglia cellula del regime, dove iniettare massicce dosi di cultura fascista, si traducevano in una riproposizione dei contenuti del codice dell'Italia ottocentesca. Un simile immobilismo concettuale era la chiara manifestazione del fatto che i rapporti coniugali disegnati all'indomani dell'unità non richiedevano interventi significativi: si perpetuavano nel tempo concezioni proprie di una cultura secolare che non esigevano particolari o eclatanti interventi.

Le vere inserzioni di stampo fascista per tipizzare, quasi marchiare il codice, si riscontravano nell'art. 147, in cui si imponeva ai genitori l'obbligo di educare i figli in conformità ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista, la cui violazione era punita con la perdita della patria potestà. Fu un inciso inserito proprio per dare un segnale politico: nel regime fascista i figli appartenevano prima alla Patria e poi alla famiglia.

Ancora più strumentale l'art. 155, dove si ricorreva al tema della razza ariana come discriminare per decidere a quale coniuge affidare il figlio in caso di separazione. Si trattava ovviamente di un prodotto delle leggi del 1938 che imbrattarono l'intero primo libro del codice e che fu semplice eliminare con un tratto di penna all'indomani della caduta del regime.

5. *Gli ultimi passi*

La disciplina del 1942 era destinata ad essere sovvertita completamente dal dettato costituzionale del 1948, che operò anche in questo caso una mediazione tra le due visioni di famiglia espresse da un lato dalle forze progressiste e dall'altro dagli esponenti conservatori. Nei fatti lo scontro fu tra la posizione espressa dal PCI, che nei lavori della I sottocommissione fu rappresentata da una giovane e battagliera Nilde Iotti, e quella della DC, di cui si fece interprete in particolare, sempre nella I sottocommissione, Camillo Corsanego.

La definizione di matrimonio come società naturale si proponeva soprattutto di riconoscere l'esistenza dell'istituto familiare come antecedente lo Stato, ma l'aggiunta 'fondata sul matrimonio', assente nelle proposte iniziali, rischiava di distorcerne il significato, creando una sorta di ossimoro tra ciò che doveva essere riconosciuto in sé e la produzione di effetti giuridici riconducibili invece a sovrastrutture formali.

I lavori dell'Assemblea costituente rivelano che non fu né semplice né immediato combattere una cultura patriarcale ancora dominante, che voleva ribadire

il ruolo di supremazia del marito rispetto alla moglie⁵⁰, mantenendo, anche in coerenza con le disposizioni civilistiche, la dizione del marito capo della famiglia. L'esito fu, ancora una volta, una formulazione di compromesso: alla proposta della Prima Sottocommissione, nella quale si leggeva che «il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole», si sostituì quella della Commissione dei Diciotto che temperava il principio con l'inserimento di limiti e cautele che ritroviamo nell'attuale art. 29. L'enunciazione «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare» fu definita vaga ed equivoca⁵¹, e di fatto questo inciso ostacolò per lungo tempo il giudizio di incostituzionalità delle norme che ancora conservavano un ruolo preminente al marito.

All'art. 30, comma 3, fu enunciata l'estensione ai figli nati fuori dal matrimonio di una tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, altra grande battaglia condotta all'interno dell'Assemblea costituente, con una Nadia Gallico Spano pronta a lottare per escludere ogni discriminazione tra i figli, per i quali doveva valere solo il rapporto biologico con i genitori, indipendentemente dalla loro scelta di contrarre o meno matrimonio. Un simile riconoscimento era solo attuazione del principio di uguaglianza da cui non derivava alcun detrimento a carico della famiglia legittima, dal momento che «non si tratta di proteggere dei cittadini che godono già pienamente dei loro diritti, ma di assicurarli a coloro che fino a oggi ne sono stati privati»⁵². La Gallico Spano chiedeva quindi di cancellare quell'ignobile N.N. presente nei registri di stato civile e accusava di ipocrisia la società che riservava ai figli naturali

⁵⁰ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 34, resoconto sommario della seduta di giovedì 7 novembre 1946, p. 355. Esponenti di diverse forze politiche furono fortemente contrari all'affermazione di una sostanziale uguaglianza tra marito e moglie. Basti ricordare i democristiani Camillo Corsanego (Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 31, resoconto sommario della seduta di mercoledì 30 ottobre 1946, pp. 330-331), Giorgio La Pira (Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 34, resoconto sommario della seduta di giovedì 7 novembre 1946, 355), Umberto Merlin (Atti dell'Assemblea costituente, XC, seduta pomeridiana di martedì 15 aprile 1947, 2909) e Mario Zotta (Atti Assemblea Costituente, XCIV, seduta antimeridiana di venerdì 18 aprile 1947, 3019); il qualunquista Cesare Rodio (Atti Assemblea Costituente, XCII, seduta antimeridiana di giovedì 17 aprile 1947, 2958); l'autonomista Pietro Calamandrei (Atti Assemblea Costituente, XCIII, seduta pomeridiana di giovedì 17 aprile 1947, 2982); l'esponente di democrazia del lavoro Enrico Molè (Atti dell'Assemblea Costituente, XCV, seduta pomeridiana di venerdì 18 aprile 1947, 3033-3035) fino a Vittorio Emanuele Orlando (Atti Assemblea Costituente, XCII, seduta di mercoledì 23 aprile 1947, 3244) sono stati consultati i testi originali reperibili sul sito della Camera dei Deputati all'indirizzo <http://legislature.camera.it/>.

⁵¹ C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, p. 304.

⁵² *Atti Assemblea Costituente*, XCII, seduta antimeridiana di giovedì 17 aprile 1947, p. 2964.

questo marchio di infamia nei certificati pubblici ma era pronta a considerarli creature innocenti nel privato⁵³.

Pur se con molti *caveat*, la Costituzione prendeva le distanze dai principi portanti del codice del 1942 e sembrava aprire a una concezione familiare di vera rottura con il passato, ma né gli interpreti né la stessa Corte Costituzionale, nel primo decennio della sua esistenza, riuscirono a tradurre in pratica la portata rivoluzionaria di nuovi valori⁵⁴.

Solo alla fine degli anni Sessanta, grazie anche al cambiamento culturale in atto nella società, la Corte costituzionale intervenne sugli artt. 559 e 560 c.p. che contemplavano una disparità di trattamento tra l'adulterio della moglie e del marito. La Corte, con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126⁵⁵ dichiarava costituzionalmente illegittima la disposizione che prevedeva la reclusione fino a un anno della moglie fedifraga (pena estesa a due anni nel caso di relazione adulterina)⁵⁶. La successiva sentenza del 3 dicembre 1969, n. 147 riguardava l'art. 560⁵⁷, il quale contemplava un intervento punitivo nei confronti del marito nel solo ca-

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Per una carrellata delle sentenze della Corte che respinsero via via le eccezioni di illegittimità costituzionale con riguardo ad alcuni articoli del codice in contrasto con i valori egualitari espressi dalla nostra Carta cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, cit., pp. 767-768.

⁵⁵ Il tema era già stato affrontato con sentenza del 23 novembre 1961, n. 64. Allora la Corte aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 559, comma 1, c.p. in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost.

⁵⁶ Nella sentenza la Corte rilevava una mutata coscienza collettiva rispetto agli anni precedenti. Riteneva che l'acquisizione di diritti da parte delle donne e la partecipazione alla vita economica e sociale avevano finito con l'attribuire loro una posizione di piena parità con l'uomo. Tuttavia la sentenza, più che sul richiamo all'eguaglianza giuridica e morale tra i coniugi, sancita dall'art. 29 Cost., si fondava sulla non violazione del principio di unità familiare. Pertanto, pur continuando ad essere il marito per taluni aspetti il punto di convergenza di tale unità, la discriminazione operante in tema di adulterio, anziché utile al raggiungimento di tale fine, risultava essere di grave nocimento (Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 126). La dichiarazione di illegittimità costituzionale riguardava i commi 1 e 2, mentre lasciava sopravvivere il comma 3, ritenendo che la relazione adulterina non potesse essere intesa come circostanza aggravante speciale o come particolare ipotesi di continuazione del semplice adulterio, bensì come delitto con propria, autonoma configurazione.

⁵⁷ In realtà l'eccezione di illegittimità riguardava anche il sopravvissuto comma 3 dell'art. 559. La Corte precisava che tale comma «poiché punisce la moglie anche per fatti che se commessi dal marito sono penalmente irrilevanti, è costituzionalmente illegittimo. Ma la dichiarazione di illegittimità deve colpire altresì il primo comma dell'art. 560, sia perché è il concorso di entrambe le norme penali che dà vita, a causa dell'eterogeneità delle fattispecie delittuose in esse contemplate, ad una non consentita disparità di trattamento fra moglie e marito, sia perché, ove fosse annullata la sola previsione della relazione adulterina della moglie, l'ordinamento verrebbe a dar rilevanza unicamente, nei limiti dell'art. 560, alla infedeltà coniugale del marito, con conseguente identica violazione del principio di eguaglianza» (Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 147). Anche in questo caso, come nella sentenza precedente, fu rigettata l'idea di violazione dell'art. 3 Cost. e si ritornò sul tema dell'unità familiare richiamato dall'art. 29 Cost.

so di concubinato. La pena prevista era identica a quella stabilita per la moglie adultera solo quando il marito teneva la concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove. In entrambi i casi, alle medesime pene erano soggetti il correo, *ex art. 559*, e la concubina, *ex art. 560*.

Da quel momento gli interventi legislativi e giurisprudenziali si fecero via via più intensi e decisi nel delineare una nuova concezione delle relazioni familiari. I formidabili anni Settanta diedero vita alle più incisive riforme, dall'introduzione del divorzio fino all'agognata riforma del 1975 che spazzava via definitivamente le anticaglie del passato, mentre occorrerà attendere il 1981 per l'abrogazione del delitto d'onore e del matrimonio riparatore, al termine di un lungo e tortuoso *iter* iniziato a partire dagli anni Sessanta⁵⁸.

I pochi e certo non esaustivi cenni mostrano il percorso sorprendentemente lineare delle relazioni familiari dall'Ottocento alle soglie del nuovo millennio: relazioni connotate da uno squilibrio di diritti e poteri tra uomo e donna, tra genitori e figli, eredità di un passato duro a morire che a volte sembra ancora conoscere un sussulto di vita in questi nostri giorni, dove non a caso parole che ritenevamo antiche tornano a risuonare per denunciare quel patriarcato che ha dominato incontrastato per secoli la nostra cultura e il nostro diritto.

⁵⁸L. GARLATI, *Il delitto per causa d'onore. Le istanze abolizioniste nel processo di formazione del codice penale del 1930*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, in G. DODARO, M. DOVA, C. PECORELLA, C. RUGA RIVA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 3-8.

OBBLIGAZIONI E DIRITTO DI FAMIGLIA

Andrea Nicolussi

SOMMARIO: 1. Obblighi familiari e obbligazione. – 2. Obblighi di solidarietà familiare come obblighi di protezione. – 3. Comminatoria e proiezione esterna degli obblighi familiari. – 4. Responsabilità per la procreazione. – 5. Il fatto compiuto della maternità surrogata all'estero tra interesse in concreto del minore e principio di legalità. Ipotesi di non reciprocità per le nascite da pratiche vietate. – 6. Comunione *de residuo* e obbligazione.

1. *Obblighi familiari e obbligazione*

I rapporti familiari, come riconosce la Costituzione, vivono in una doppia dimensione etico-sociale, che risulta già dal titolo II in cui è allogata la disciplina costituzionale della famiglia, la quale, sempre stando alle parole dei costituenti, assume profili giuridici e morali (art. 29, comma 2). Non può meravigliare pertanto che da tempo si discuta sulla natura degli obblighi che il codice civile pone in capo ai membri della famiglia come coniugi o come genitori¹.

Già il codice civile del 1865, del resto, denota un linguaggio ambivalente che, ad esempio, parla di «diritti e doveri che nascono dal matrimonio» (titolo del Capo IX del libro I) e poi, negli articoli 130 e 133 della sezione sottostante, utilizza il termine obbligazione: «la obbligazione reciproca della coabitazione, della fedeltà e della assistenza», mentre, sempre nella medesima sezione, nell'art. 132 la parola è «dovere (del marito) di proteggere la moglie», così come nel comma 2 dello stesso articolo «la moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questo non ha mezzi sufficienti».

Analoga ambiguità lessicale presenta anche la versione originale del codice civile attuale nella quale le parole variano tra dovere, obbligo e obbligazione².

¹Notano, peraltro, D. COESTER-WALTJEN-M. COESTER, *Dogmatik und Familienrecht*, in DE GRUYTER, p. 659: «*Dass die verstärkte Verknüpfung familienrechtlicher Sachverhalte mit personalen, sozialen und psychologischen Aspekten einer dogmatischen Durchdringung und Ordnung aber nicht kategorial entgegensteht – im Gegenteil: auch hier unverzichtbar ist – hat nicht zuletzt der Jubilar in seiner tiefeschürfenden Studie zum „Verlöbnis als gesetzliches Rechtsverhältnis“ deutlich gemacht*».

²Una curiosità è rappresentata dalla indicazione proprio delle obbligazioni familiari come

Nella versione successiva alla riforma del 1975 è bensì scomparsa, negli articoli corrispondenti a quelli appena menzionati, la parola obbligazione, ma si prosegue con l'impiego in forma fungibile dei termini dovere e obbligo. Inoltre, nell'art. 143 c.c. sono riservati due commi distinti: uno per gli obblighi di carattere più schiettamente personale – di fedeltà, di assistenza morale e materiale e di collaborazione nell'interesse della famiglia –, e l'altro per l'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia che sembra quello più connotato sotto il profilo economico, tanto che viene ritenuto dalla dottrina, con espressione curiosa, alla base del c.d. regime patrimoniale primario. Di per sé il termine «regime» dovrebbe far riferimento a un complesso di norme come nel caso dei regimi patrimoniali c.d. secondari, mentre l'obbligo di contribuzione mette capo a una singola situazione giuridica, sebbene di grande rilievo sistematico e indisponibile, la quale peraltro è compresente a qualunque regime patrimoniale c.d. secondario, sia quello della comunione sia quello della separazione. L'obbligo di contribuzione, quando si declina in assegni di contribuzione economica (come ad esempio nei casi degli assegni di mantenimento del coniuge separato, divorzile e di mantenimento del figlio anche maggiorenne) manifesta una evidente natura di obbligazione. Addirittura l'apparato coercitivo si presenta rafforzato³, sebbene non manchino peculiarità tra le quali la rilevanza particolare delle sopravvenienze sia sotto il profilo della modifica del contenuto sia sotto quello della estinzione dell'obbligo⁴.

esempio di obbligazione *ex lege* nell'art. 1494 del codice civile colombiano secondo il quale «*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia*».

³ Si pensi, oltre alla possibilità dell'incriminazione penale *ex art.* 540 c.p., al sequestro e all'ordine a terzi, tenuti a corrispondere somme di denaro al familiare debitore, di corresponsione diretta al familiare creditore. Per gli obblighi di mantenimento, v. in breve sintesi M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 71 ss., 78 ss. Inoltre, da ultimo il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. «Riforma Cartabia»), come modificato dalla legge 29 dicembre 2022, n. 197 ha introdotto un terzo comma all'art. 145 c.c.: «in caso di inadempimento all'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia previsto dall'articolo 143, il giudice, su istanza di chiunque vi ha interesse, provvede ai sensi dell'articolo 316 *bis*».

⁴ Si pensi, ad esempio, alla revisione dell'assegno divorzile per giustificati motivi (art. 9, l. n. 898, 1970) o alla revisione dell'assegno di mantenimento dei figli in base all'art. 337 *quinquies* c.c., nonché all'adeguamento del medesimo assegno agli indici ISTAT *ex art.* 337 *ter*, comma 5, c.c. La giurisprudenza, non senza destare dubbi di creatività, aveva addirittura «aggiunto» nell'art. 5, comma 10, legge n. 898/1970 la convivenza di fatto alle nuove nozze quale motivo di cessazione dell'assegno divorzile. In seguito, però, Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, ha precisato che la convivenza non fa cessare automaticamente l'assegno divorzile il quale permane in vigore nella misura in cui era stato commisurato al contributo del coniuge debole. Si potrebbe ritenere

Infine, a complicare ulteriormente il tentativo di qualificazione delle condotte dovute dai familiari si aggiunge il fatto che esse ineriscono a *status*, onde almeno da questo punto di vista non potrebbe darsi una completa identificazione con la categoria in cui si specifica tradizionalmente l'idea di dovere nelle relazioni qualificate giuridicamente, ovvero l'obbligazione. Il radicarsi di tali obblighi in uno *status* impedisce anzitutto di attribuire loro il carattere della sinallagmaticità, anche nelle ipotesi in cui sono legalmente definiti reciproci come avviene per gli obblighi fra coniugi. Non si tratta di un *do ut des* e pertanto non è possibile, ad esempio, far valere una sorta di eccezione di inadempimento da parte di un coniuge nei confronti di un altro come ha ritenuto in passato un Tribunale che, supergì in questo modo, ha giustificato l'adulterio della moglie, la quale adduceva come scusa l'impotenza del marito⁵. Inoltre, mutuando lo schema dell'obbligazione, l'inerenza degli obblighi allo *status* si riflette anche sull'interesse cui l'obbligo è funzionale, perché la solidarietà familiare fa sì che a tale interesse partecipa lo stesso soggetto obbligato⁶. Del resto, quanto agli obblighi di contribuzione e di collaborazione, la legge prevede che siano adempiuti rispettivamente per i bisogni della famiglia e nell'interesse della famiglia. Se può sembrare una forzatura pensare che la famiglia sia etimologicamente – da *famulus* – un luogo di servizio, è altrettanto esagerato pensare a una famiglia in cui – sul piano del dover essere – si predichi l'insensibilità o l'indifferenza dei membri della stessa al malessere e al benessere degli altri. Perciò in seno alla famiglia obblighi e diritti vanno pensati in mediazione col principio di solidarietà, non come situazioni giuridiche in una dimensione avversariale⁷. Purtroppo tali aspetti sono spesso obliterati a causa di un equivoco, quello di confondere l'interesse familiare con una concezione organicistica e superindividuale della famiglia, concezione che – come da tempo autorevolmente sottolineato⁸ – non è necessariamente implicata dal riferimento a tale interesse. È sufficiente richiamare

che in tal modo, anziché di una integrazione giurisprudenziale dell'art. 5, comma 10 della legge n. 898/1970, si tratti di una applicazione dell'art. 9, comma 1 della medesima legge.

⁵ Trib. Bari 5 ottobre 1976, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 750 citato per questo fraintendimento da L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 8.

⁶ Questo aspetto è sottolineato da A. SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 3-4 note 5 e 6.

⁷ Su tale profilo cfr. L. MENGONI, *Diritto di famiglia*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto, Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 settembre 1996*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 37. Il tema è stato da me ripreso in *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. (Roma 5-7 dicembre 2008)*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 168 ss., e in *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e dir priv.*, 2012, p. 182 ss., e anche da A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 89.

⁸ A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 629.

la categoria della comunità in senso neo-istituzionale⁹.

Nondimeno, la categoria dell'obbligazione rimane l'istituto di diritto generale col quale confrontare, anche *per differentiam*, le norme di condotta contenute nella disciplina della famiglia¹⁰. In questa sede, peraltro, ci si limita alla famiglia fondata sul matrimonio a cui può essere accostata l'unione civile, laddove le convivenze senza matrimonio presentano caratteri distinti e una apertura alla contrattualizzazione che ben potrebbe ospitare in generale delle obbligazioni¹¹.

In quest'ottica, seguendo l'intuizione che sembra soggiacere alla suddivisione interna all'art. 143 c.c. distinguiamo gli obblighi familiari di carattere personale da quelli di carattere patrimoniale, ossia, con riguardo a questi ultimi, principalmente gli obblighi di contribuzione e di mantenimento. Mentre in relazione ai secondi è prevalente l'idea che possano ricondursi, sia pure con qualche particolarità, all'obbligazione, proprio in funzione del carattere direttamente patrimoniale del loro oggetto e quindi della loro coercibilità¹², la questione del-

⁹ Per tale concezione, mi sia permesso di nuovo il rinvio ai miei, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, cit., p. 168 ss., e *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, cit., p. 178 ss. Il tema è stato poi ripreso e sviluppato da A. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., p. 89 ss. La prospettiva era stata aperta da L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., p. 11.

¹⁰ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, vol. I, nuova rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1968, p. 69 che nega il carattere di obbligazione ai doveri previsti nel diritto di famiglia facendo l'esempio di quelli indicati agli artt. 144, 145, 147, ecc. Analogamente, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 137-139 (il quale pure reputa le espressioni doveri e obblighi che si trovano nella legge più generiche di obbligazione) e U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 20. Di parte «obbligatoria» del diritto di famiglia parla A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (artt. 1173-1176), Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1988, p. 49 ss., la quale oltre al dovere di contribuire, può essere individuata «anche nell'ambito del regime riguardante la condizione dei beni nella famiglia (dalla comunione legale a quello della separazione)».

¹¹ L'affermazione del testo non implica, però, adesione all'affermazione di Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, § 23.2, la quale scivola sulla definizione di convivenza contenuta nell'art. 1, comma 36 della legge n. 76/2016 (erroneamente la Cassazione fa riferimento al comma 37), confondendo una caratteristica di fatto con una prescrizione di comportamento. La Cassazione parla, infatti, di «contribuzioni economiche che non rilevano più per l'ordinamento solo quali adempimenti di una obbligazione naturale, ma costituiscono, 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 l. n. 76 del 2016, art. 1, comma 37)». Tuttavia, la definizione legale («si intendono per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale ...») fa evidentemente perno su caratteristiche di fatto senza prevedere obblighi aventi tale contenuto, come invece la stessa legge contempla per le unioni civili al comma 11 che a sua volta testualmente riproduce l'obbligo previsto per i coniugi. Lo svarione della sentenza è tutt'altro che innocuo, dato che da tale confusione deriva un'importante conseguenza giuridica.

¹² Per quanto concerne il diritto del coniuge non proprietario sulla casa familiare, su cui cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 244 ss., l'opinione che lo configura come diritto personale di godimento, se vale a escludere la natura reale del diritto, non implica necessariamente l'iscrizione ai diritti di credito: v. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Cedam,

l'inquadramento è nettamente più problematica per ciò che concerne gli obblighi di natura personale.

2. *Obblighi di solidarietà familiare come obblighi di protezione*

I dubbi e le incertezze che si addensano sulla qualificazione degli obblighi personali non possono trovare soluzione, qui più che altrove, in argomentazioni basate sulla semplice lettera delle disposizioni normative: da un lato, come si è già rilevato, non avrebbe senso dare rilievo all'uso dei termini obbligo e dovere dato che lo stesso legislatore lo fa in modo promiscuo; dall'altro, la parola dovere viene tradizionalmente caratterizzata rispetto all'obbligo in funzione della indeterminatezza dei soggetti destinatari della norma di condotta, laddove l'obbligo è riferito a soggetti determinati: ora, è evidente che un simile concetto di dovere è fuori bersaglio in un ambito in cui le relazioni sono addirittura così densamente qualificate come nella famiglia.

Del resto, con riguardo agli obblighi personali non solo il codice civile li giuridizza nel momento stesso in cui li prevede – e quindi esclude espressamente la loro irrilevanza giuridica –, ma altresì dispone delle conseguenze in caso di inadempimento. Si pensi all'addebito di cui agli artt. 151 e 156 c.c.¹³, nonché alla componente risarcitoria negli assegni di mantenimento e di divorzio, la quale può ben essere riferita a inadempimenti di obblighi personali come fedeltà e assistenza morale e materiale¹⁴.

Certo, se si procede dal concetto tradizionale di obbligazione caratterizzato dalla prestazione come suo proprio oggetto, la disciplina codicistica degli obblighi familiari personali sembra incompatibile con tale concezione. Non vi è traccia di un'azione di adempimento, proprio perché non si può parlare in questi casi di una prestazione in senso stretto. La mancanza della prestazione e della correlativa pretesa è un riflesso della particolarità di questi rapporti, i quali, per un verso, rifiutano la patrimonialità che invece connota la prestazione in base

Padova, 2021, pp. 10-11; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Corso di diritto civile, Giappichelli, Torino, 2011, p. 43. Diversamente E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, p. 26 testo e nota 24.

¹³ Lo rilevava già P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 138. L'addebito, peraltro, vede sempre più limitata la propria rilevanza pratica in seguito alla riforma del processo civile, in particolare col nuovo articolo 473 bis/49 c.p.c. ("*cumulo di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*").

¹⁴ Precisioni sulla funzione in concreto della componente risarcitoria in C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 144 ss. Le considerazioni contribuiscono a mettere in evidenza l'incompletezza di una disciplina che limitasse alla componente risarcitoria di tali assegni la responsabilità in ambito familiare.

all'art. 1174 c.c.¹⁵ e, per un altro, s'inseriscono nella dimensione comunitaria o solidaristica della famiglia che implica l'esigenza di una riduzione al minimo degli spazi del contenzioso giudiziario, almeno fin tanto che la crisi della coppia non sia conclamata¹⁶. Parlare di obbligazione, pertanto, richiede l'accorgimento di una delicatezza sistematica che faccia salve le eventuali risorse interne alla famiglia per il superamento delle crisi, anziché scompaginare i rapporti esponendola a una litigiosità giudiziaria scriteriata e disgregante¹⁷.

¹⁵ Secondo da K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, VI ed., Beck, München-Berlin, 1967, pp. 4-6 gli obblighi familiari costituiscono delle relazioni speciali in funzione del carattere non limitato del comportamento dovuto e in questo senso si differenziano dalle obbligazioni la cui caratteristica è una *begrenzte Leistung*. Tuttavia, egli reputa di poter connotare tali obblighi come "Treupflichten" proprio per la maggiore intensità dell'obbligo derivante da un rapporto di comunità personale (come il matrimonio e la famiglia) ed equiparare a tali obblighi quelli sempre basati sulla fiducia che derivano da rapporti di lavoro che abbiano un forte impatto sui diritti personali. Nel pensiero di Larenz (pp. 6-7) può trovarsi *in nuce* l'idea della riconduzione di tali obblighi agli obblighi di protezione. P. SCHLECHTRIEM-M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6 Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 4 indicano come obbligazioni gli obblighi di mantenimento e obblighi di informazione previsti nel diritto di famiglia.

¹⁶ Ho già sottolineato questo profilo nel mio *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pp. 946 s. e 956. La prospettiva è condivisa anche da M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 22. Tale punto di vista viene «radicalizzato» da C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., p. 71 e su queste basi eccentriche criticato. I due riferimenti normativi portati da questa autrice – l'art. 217 c.c. e l'art. 184 c.c. entrambi riferiti a diritti patrimoniali – si prestano, peraltro, a una diversa valutazione: il primo è strettamente legato alla situazione di separazione dei beni e, specificamente, ai casi in cui i coniugi entrano volontariamente in una dimensione contrattuale oppure uno di loro amministra beni dell'altro contro l'opposizione di quest'ultimo; il secondo riguarda principalmente un'azione (di annullamento del contratto stipulato da un coniuge con un terzo) che è rivolta contro il terzo acquirente e soggetta a una prescrizione molto breve; di conseguenza per questo aspetto l'art. 184 c.c. non può essere utilizzato come argomento. In ogni caso, il principio non rigido, ma a carattere tendenziale, per cui in costanza di convivenza matrimoniale i coniugi non esercitano l'un contro l'altro azioni giudiziali ha più senso con riferimento agli obblighi di carattere personale. Non sarebbe agevole, del resto, comprendere come una equiparazione dei coniugi conviventi a soggetti estranei e quindi incline a un'impostazione indifferenziata con riguardo alla litigiosità giudiziaria – anziché ammessa in ipotesi gravi o particolari – possa dirsi compatibile, oltre che col buon senso, con il principio costituzionale di tutela dell'unità della famiglia e con gli obblighi di assistenza morale e materiale dei coniugi. La stessa autrice (p. 72 nota 305.) riporta l'opinione di M. UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 1997, 237 ss., il quale rileva la lacuna anche in senso assiologico del diritto spagnolo che, non prevedendo la sospensione della prescrizione tra coniugi, lascia aperta la porta a una litigiosità nociva per la pace familiare.

¹⁷ In questa prospettiva, la *ratio* dell'art. 145 c.c. rimane valida, sebbene il giudice e i luoghi del processo si siano rivelati nel tempo inadeguati a svolgere funzioni di mediazione in ambito familiare. Sulla mediazione familiare, mi permetto di rinviare al mio *La mediazione familiare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2023, p. 1354 ss. Una sottolineatura del ruolo della mediazione, sebbene non propriamente riferita alla mediazione familiare, si legge anche in C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., p. 472 ss.

Va altresì rilevato che la conseguenza dell'inadempimento degli obblighi familiari personali si pone soltanto su un piano risarcitorio, salvi i casi in cui opera la comminatoria *ex art. 473-bis.39 c.p.c.* (su cui al paragrafo successivo). Tale tutela risarcitoria nel diritto giurisprudenziale degli ultimi decenni si è resa autonoma sia rispetto alle previsioni legali relative agli assegni di mantenimento e di divorzio nei quali si presentava come componente risarcitoria sia nei riguardi della previsione legale dell'eventuale motivo di addebito della separazione. Il processo di autonomizzazione si è reso manifesto con l'accreditamento del risarcimento del c.d. danno endofamiliare che si è andato consolidando nel diritto applicato e che riguarda in realtà non solo gli obblighi tra i coniugi, ma anche, se non prevalentemente, quelli in generale dei genitori a favore dei figli. Significativamente la giurisprudenza che ha ammesso tale istituto di diritto comune nell'alveo familiare afferma 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»¹⁸.

Da ultimo, il danno endofamiliare ha guadagnato anche un riconoscimento legale di portata generale a opera della recente riforma del processo civile, segnatamente all'art. 50.5 (Ripartizione degli affari tra la sezione distrettuale e le sezioni circondariali del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie)¹⁹, sebbene senza una presa di posizione sulla natura di tale responsabilità.

Tuttavia, di fronte a questo fatto (giurisprudenziale e legale), un dato è certo: l'obbligazione è penetrata in forma di obbligazione risarcitoria nel diritto di famiglia anche con riguardo alla violazione di obblighi personali. Controversa semmai è rimasta la natura di questa obbligazione, oltre al suo modo di operare. Come è noto, la giurisprudenza colloca semplicisticamente tale responsabilità nell'alveo di quella aquiliana e fa quindi riferimento all'art. 2043 c.c. In questa forma, però, la responsabilità si presenta come una sorta di *ex abrupto* nel diritto di famiglia, ossia ne risulta decontestualizzata, quasi come se si trattasse di un

¹⁸Cass. 10 maggio 2005, n. 9801.

¹⁹Presso la sezione circondariale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie sono trattati i procedimenti previsti dagli artt. 84, 90, 250, ult. comma, 251, 317-*bis*, ult. comma, 330, 332, 333, 334, 335, 371, ult. comma, e 403 c.c., dai titoli I e I-*bis* della legge 4 maggio 1983, n. 184, e dall'art. 31 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nonché tutti i procedimenti civili riguardanti lo stato e la capacità delle persone, la famiglia, l'unione civile, le convivenze e i minori, unitamente alle domande di risarcimento del danno connesse per l'oggetto o per il titolo, e i procedimenti di competenza del giudice tutelare.

qualunque fatto illecito che procura alla vittima un danno non patrimoniale. I familiari vengono dipinti alla stregua di estranei o – per dirla con Castronovo²⁰ – di passanti, cioè come se fossero privi di una relazione che qualifichi la loro condotta. La loro responsabilità, anziché innestarsi sulla violazione degli obblighi familiari, ne vorrebbe prescindere, ancorandosi a un’idea di lesione della dignità della persona, la quale però non può essere quella dell’uomo qualunque, perché guadagna senso in queste ipotesi solo in quanto declinata nella relazione familiare²¹. La condotta viene invece dequalificata²², accantonandosi la prospettiva familiare, ossia il parametro di valutazione viene spostato fuori da essa. Non soltanto tale parametro prescinde dalla relazione concreta, ma prescinde altresì dalla relazione *tout court* per cercare la lesione di un diritto costituzionale di rilevanza generale, indipendentemente dal legame familiare. Forse è l’ennesimo caso di obliterazione, da parte della nostra giurisprudenza, della disciplina costituzionale della famiglia, proprio nella quale, invece, poteva ben trovarsi quella rilevanza costituzionale del danno non patrimoniale subito dal coniuge o dal familiare a causa dell’inadempimento di un obbligo appunto familiare. L’obliterazione, peraltro, spicca per contrasto rispetto al riconoscimento, da parte della medesima giurisprudenza, del danno da lesione del legame familiare a causa della morte di un congiunto derivata dal fatto illecito di un terzo. Paradossalmente il legame non conta tra le parti, ma rileva nei confronti del terzo che lo abbia spezzato, così come d’altra parte certi obblighi familiari sono prevalenti su altri verso soggetti esterni alla famiglia, come nel caso degli obblighi inerenti alla maternità o paternità nel rapporto di lavoro (art. 2110 c.c. e 37 Cost.)²³.

In ogni caso, è proprio l’inadempimento degli obblighi familiari che spiega meglio il fondamento di questo tipo di danno anche sotto il profilo della lesione, perché è la stessa appartenenza alla famiglia che rende principalmente ragione della lesione della dignità, la quale in questi casi viene in considerazione soprattutto come dignità di coniuge o di familiare, non già di mero singolo. Non è in-

²⁰ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 503.

²¹ La distinzione sembra rifiutata da C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., pp. 427 ss., 443 ss. la quale inopinatamente propone una prospettiva panaculiana in cui la responsabilità relazionale verrebbe addirittura assorbita in quella extracontrattuale (proiettando i rapporti coniugali nel prisma dell’interesse legittimo, categoria costituzionalmente riferita al diritto amministrativo). La prospettiva seguita è quasi all’opposto di quanto proposto in A. NICOLUSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 4, p. 837.

²² L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 25.

²³ Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 dove si afferma che «trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) (sent. n. 8827 e n. 8828/2003, concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto)».

somma in questione una condotta pregiudizievole proveniente da una persona qualunque, ma proprio da un familiare, né altrimenti avrebbe senso parlare di un illecito endofamiliare, perché se fosse irrilevante il legame familiare, il fatto illecito rileverebbe come tale e quindi la denominazione perderebbe di senso.

È perciò che una quindicina di anni fa avevo proposto di cercare il fondamento di questa responsabilità nella dimensione relazionale della famiglia, ovviamente in un modo compatibile con la disciplina di quest'ultima²⁴. Se infatti, da un lato, l'obbligazione tradizionale, ossia con prestazione, tralcima rispetto agli obblighi familiari di carattere personale e se, dall'altro, la responsabilità extracontrattuale si rivela un *ex abrupto*, perché prescinde proprio da quella relazione in cui riceve senso la responsabilità, si può trovare un *quid medium* proprio negli obblighi di protezione fondati sulla solidarietà familiare. In fondo, gli stessi obblighi di protezione sono nati in Germania come contrattualizzazione di ipotesi di responsabilità aquiliana. Per tale via l'illecito endofamiliare recupera, giusta la sua stessa qualificazione, la dimensione relazionale in cui si innesta. È la dimensione relazionale peraltro che rende anche una specifica ragione del requisito della gravità o serietà della lesione e che può meglio giustificare un bilanciamento con un obbligo di tolleranza derivante dalla comune appartenenza alla famiglia²⁵. Certo, la nostra giurisprudenza predica questo bilanciamento in

²⁴ A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 956 ss. Tale prospettiva è stata accolta anche in Germania, cfr. D. COESTER-WALTJEN, *Schuldrecht und familienrechtliche Rechtsverhältnisse*, in *Festschrift für Claus Canaris zum 70. Geburtstag*, I, Beck, München, 2007, p. 131 ss. La critica di Favilli (*La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., p. 425) secondo cui in Germania gli obblighi di protezione si fonderebbero su norme specifiche (§ 1359 BGB e § 1664 BGB), laddove in Italia si fonderebbero sulla buona fede in funzione integrativa del rapporto è fuori bersaglio: infatti, anche in Italia la categoria degli obblighi di protezione in seno alla famiglia vale a inquadrare la responsabilità per violazione degli obblighi familiari previsti dalla legge. Del resto, non si tratta di responsabilità per mera violazione dell'obbligo, come inopinatamente afferma l'autrice in parola evocando perfino la figura del danno *in re ipsa*, ma di una responsabilità che, giusta quanto applicato nel diritto vivente sulla risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito relazionale, deve implicare la lesione di una situazione giuridica soggettiva fondamentale. V. inoltre nota successiva.

²⁵ Questo aspetto viene ribaltato da E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Europa dir priv.*, 2010, p. 179, il quale nel difendere l'impiego della responsabilità del passante (2043 c.c.) nell'ambito dei rapporti di famiglia sostiene che il requisito della gravità della lesione ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale si giustificerebbe soltanto rispetto al danno non patrimoniale extracontrattuale, mentre con riguardo al danno non patrimoniale da inadempimento tale limite non entrerebbe in gioco. Si può ipotizzare che tale prospettiva di decontestualizzazione della questione del danno non patrimoniale in ambito familiare faccia velo altresì alla differenza tra il danno non patrimoniale da inadempimento della prestazione e quello da inadempimento di un obbligo di protezione. Del resto, i riferimenti alla causa del contratto che Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 contempla non solo denotano che la sentenza non ha riguardo a ipotesi di danno endofamiliare, ma sono pure limitati nella loro portata in funzione della circostanza che «l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona». Lo rileva anche F. ZECCHIN, *Il danno non*

generale anche per il danno non patrimoniale extracontrattuale²⁶, ma senza offrire argomenti ricavabili dagli artt. 2043 ss., mentre è chiaro che il principio di solidarietà all'interno della famiglia giustifica meglio un obbligo di tolleranza di quanto possa dirsi fra persone estranee. Ancora una volta, va ricordato che le situazioni giuridiche in questione ineriscono a *status* familiari, onde non possono essere concepite in modo isolato dal contesto.

Inoltre, in questa prospettiva di inquadramento, gli obblighi familiari acquistano quella forma giuridica che la dottrina da tempo andava cercando, ma faticava a trovare prima che nel diritto civile generale si sviluppasse la categoria degli obblighi di protezione come sottotipo dell'obbligazione in senso tradizionale²⁷. L'obbligo di protezione, infatti, a differenza dell'obbligo di prestazione che è dotato di una disciplina dell'adempimento e che trova tutela primaria nell'azione di condanna all'adempimento, rileva nel momento in cui l'inadempimento ha leso seriamente l'interesse negativo della persona beneficiaria dell'obbligo. Di qui in generale la mancanza di una tutela in forma specifica riservata alla prestazione, e quindi solo una tutela risarcitoria: ciò che in fondo corrisponde a quanto avviene nel diritto applicato in materia di illecito endofamiliare.

Un obbligo di protezione, peraltro, trova riconoscimento anche con riguardo alle convivenze senza matrimonio, in particolare per opera del comma 61 della legge n. 76/2016 che si riferisce direttamente al contratto di convivenza: in caso di recesso da parte del convivente che abbia la disponibilità esclusiva della casa familiare, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni concesso al convivente per lasciare l'im-

patrimoniale dal torto al contratto, Giuffrè, Milano, 2020, p. 232 s., il quale osserva, inoltre, che la tesi dottrinale del criterio della causa in concreto senza rilievo per la lesione di diritti fondamentali mira alla risarcibilità dell'interesse non patrimoniale positivo, ossia del danno da inadempimento della prestazione, il che chiaramente proietta il discorso ben al di là della questione degli obblighi di protezione. Per quanto concerne questi ultimi, peraltro, già osservavamo (*Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 663) che essi fuoriescono in generale dal sinallagma, il quale è limitato allo scambio delle prestazioni. Gli obblighi di protezione, da ultimo, sono oggetto di attenzione anche di F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, II ed., Utet, Torino-Milano, 2023, p. 52 ss.

²⁶ Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 dove si fa riferimento al «bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza». In tema F. ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, cit., p. 173 dove una proposta *de iure condendo*; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 65 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 111 ss. La tesi che sostiene la rilevanza di un bilanciamento tra obbligo di solidarietà e dovere di tolleranza è stata proposta da E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 801. È una tesi, peraltro, che sembra riflettere uno stato di disagio della dottrina e della giurisprudenza italiane nei confronti della adozione della tesi della atipicità degli illeciti e che, con riguardo al danno non patrimoniale, denota ulteriore problematicità, sollecitando l'adozione di correttivi extralegali come quello da ultimo considerato.

²⁷ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., pp. VII-VIII, 1 ss.

mobile. Tale regola, integrativa in via eteronoma del contratto, per certi versi può sembrare paradossale, visto che inerisce proprio all'ipotesi in cui la legge prevede la possibilità per le parti di una regolazione contrattuale dei loro rapporti. Ma proprio questo aspetto contribuisce a suggerire il fondamento della regola che è la tutela dell'affidamento provocato da una relazione ormai divenuta stabile. Vero che ricorre qui una regola di validità (del recesso) che evidentemente il legislatore ritiene più idonea a tutelare l'altro convivente, ma il principio di fondo – la tutela dell'affidamento – permette di cogliere il senso generale della regola; sicché su tali basi si può ritenere che, in mancanza di contratto di convivenza, il convivente che abbia la disponibilità esclusiva della casa familiare debba comunque concedere alla controparte un tempo adeguato (90 giorni) per uscire dall'abitazione. Naturalmente, in tale ipotesi, la conseguenza della violazione di tale obbligo di protezione, secondo la normalità, non potrà che essere di natura risarcitoria²⁸.

3. *Comminatoria e proiezione esterna degli obblighi familiari*

Nel diritto di legge scritta la tutela risarcitoria per le violazioni degli obblighi genitoriali risulta ulteriormente rafforzata dalla nuova versione dell'art. 709 *ter*, cod. proc. civ. – ora art. 473-*bis*.39 (*Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*) – nel quale si prevede che «il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore»²⁹. Il termine «inoltre» è riferito alle misure previste per l'inadempimento della condanna all'adempimento da parte del giudice e in particolare alla comminatoria (*astreinte*) prevista alla lettera «b) individuare ai sensi dell'articolo 614-*bis* la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del

²⁸ Cfr. A. NICOLUSSI-G. PORTONERA, *Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio*, Giapichelli, Torino, 2023, p. 83 ss.

²⁹ Art. 473-*bis*.39 (*Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*). «In caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: a) ammonire il genitore inadempiente; b) individuare ai sensi dell'articolo 614-*bis* la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento; c) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

Nei casi di cui al primo comma, il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

provvedimento». In altre parole, la norma conferma che l'inadempimento degli obblighi genitoriali comporta il risarcimento del danno mentre la comminatoria svolge una funzione sua propria che va tenuta distinta dal risarcimento³⁰.

La nuova formula della legge sembra altresì fornire un argomento a favore della natura non punitiva del risarcimento in questione distinguendolo nettamente dalla comminatoria. Quest'ultima è una misura coercitiva che sopperisce alla incoercibilità diretta dell'obbligo di fare, il quale in questo caso ha una natura schiettamente personale, rafforzando anche da questo punto di vista la tesi dell'obbligazione. La previsione, infatti, è rilevante per la comprensione degli obblighi genitoriali che pure quando abbiano natura personale possono essere assoggettati a una misura coercitiva. Ovviamente si tratta di coercizione indiretta, tramite la comminatoria e non di coercizione diretta, ma ciò non impedisce di cogliere in questi casi una tutela in forma specifica che li avvicina all'obbligazione con prestazione. La tutela dei figli può giustificare l'interferenza nella famiglia della terzietà giudiziale³¹.

Va sottolineato, del resto, che la disposizione normativa, coerentemente con l'idea di obbligazione, fa precisamente parola di inadempimento e che l'obbligo inadempito è tale sia verso il figlio sia verso l'altro genitore. È una estensione dell'idea maturata nel contesto matrimoniale – e che si conserva nell'art. 147 c.c. – a norma del quale l'obbligo genitoriale opera in due direzioni, non solo in quella scontata verso il figlio, ma anche in quella verso l'altro genitore con cui è, in un certo senso, solidalmente responsabile.

Infine, la rilevanza degli obblighi familiari si proietta anche all'esterno della famiglia come sopra menzionato. Anzitutto, si può menzionare il danno da lesione del legame familiare a causa della morte di un congiunto derivata dal fatto illecito di un terzo per il quale si prendono in considerazione gli stessi obblighi di mantenimento a carico della vittima nei confronti dei familiari. In secondo luogo, tale prospettiva fa da sfondo a una concretizzazione di un istituto del diritto delle obbligazioni che ha avuto origine nel diritto moderno in Germania, ossia l'inesigibilità. Infatti, nei casi più gravi, l'adempimento dell'obbligo verso un familiare può giustificare un inadempimento, almeno temporaneamente, di un obbligo ordinario, proprio perché giudicato prevalente nel nostro ordine costituzionale rispetto al diritto di credito disatteso³². Questo primato – come è noto – trova riscontro, oltre che in generale nella garanzia dei diritti della famiglia e dei doveri verso i figli, nell'art. 37 Cost., sebbene il testo letterale della norma oggi possa suonare non precisamente *politically correct*, e si debba piut-

³⁰ Mi permetto di rinviare al mio *Le obbligazioni*, Cedam, Padova, 2021, p. 184 ss.

³¹ Più in generale l'esigenza di figure terze nella tutela processuale dei minori è stata ulteriormente valorizzata dalla recente riforma c.d. Cartabia: cfr. F. DANOVÌ, *Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare*, in *Fam. e dir.*, 2023, pp. 913-914.

³² Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., p. 33 ss.

tosto ritenere che la tutela non vada più intesa con esclusivo riferimento alla donna, ma altresì al coniuge di sesso maschile. Un paio di altri esempi, per concludere, di proiezione verso l'esterno (della violazione) di un obbligo familiare interno si registrano in tema di responsabilità civile e di diritto di godimento della casa familiare. Da una parte, l'obbligo in capo ai genitori di educazione dei figli fonda la responsabilità dei genitori stessi per i fatti illeciti commessi dai figli nei confronti di terzi prevista dall'art. 2048 c.c.³³. Dall'altra, l'obbligo del coniuge proprietario della casa familiare di far godere l'altro coniuge della medesima prosegue in forma di diritto di abitazione del coniuge superstite. Persino il convivente, che non ha propriamente un diritto verso l'altro convivente proprietario della casa di comune residenza, può – in forza dell'art. 1, co. 42 della legge n. 76/2016 – continuare a vivere nella stessa casa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. In tal caso, addirittura il convivente risulta maggiormente tutelato rispetto ai terzi che non verso il proprio partner, il quale è tenuto solo a un preavviso di novanta giorni. La tutela del diritto di godimento in ordine alla casa familiare, inoltre, è prevista pure nell'ambito del contratto di locazione (art. 6, legge n. 392/1978): «in caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi»; «in caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo». Anche sotto questo profilo, vale un confronto con la disciplina della convivenza: l'art. 1, comma 44 della legge n. 76/2016 prevede che «nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto». Ne deriva che mentre il coniuge succede nel contratto di locazione solo se il giudice gliene abbia attribuito il diritto, il convivente di fatto succede (letteralmente: ha facoltà di succedere) automaticamente.

4. Responsabilità per la procreazione

Gli obblighi dei genitori attingono la garanzia della Costituzione che all'art. 30 li riconosce come sorgenti per il fatto stesso di avere messo al mondo dei figli

³³ In tema di responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli, cfr., *ex multibus*, M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 218 s.; C. RUSCONI, *Minore età e responsabilità dei genitori e degli insegnanti*, in *Jus Civile* (riv. telematica), 2014, p. 107; A. NICOLUSSI, *Cyberbullismo e responsabilità dei genitori. Tutele civili per il virtuale non virtuoso*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Jovene, Napoli, 2019, p. 519 s.

senza dare rilievo alla cornice matrimoniale o meno in cui la nascita avvenga. Di qui la ormai consolidata categoria della responsabilità per la procreazione che dall'art. 30 Cost. discende nella legge ordinaria agli artt. 315 e 315 *bis* dove significativamente si prevede il diritto del figlio di crescere nella *propria* famiglia, non semplicemente in una famiglia, e che può contare entro certi limiti anche sul riflesso della tutela penalistica dell'art. 540 c.p.³⁴ Si deve aggiungere che gli obblighi genitoriali sorgono sin dal momento della nascita del figlio anche in mancanza della formazione di uno *status* genitoriale, giusta l'art. 279 c.c. che impone in ogni caso l'obbligo del mantenimento, dell'istruzione e dell'educazione. In altre parole, la responsabilità per la procreazione non va confusa con lo *status* genitoriale cui può inerire, ma non necessariamente inerisce.

Come è noto, la giurisprudenza, fin dall'anno 2000, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, liquidato in via equitativa, al figlio naturale in conseguenza della condotta del genitore, riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza, con conseguente lesione di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore³⁵. Il mancato riconoscimento di un figlio è ritenuto una fattispecie di responsabilità purché sussista la gravità delle modalità nel caso specifico, la durata del tempo e il comportamento complessivamente tenuto quali indici di valutazione da utilizzare ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale nella sua interezza e ciò indipendentemente dall'accertamento in sede penale del reato.

In questo ambito, ai fini della quantificazione del danno penetra altresì l'idea della perdita di *chance* che sul piano esistenziale sembra adattarsi bene a questi casi e al contempo conferma l'impostazione nel senso della violazione dell'obbligazione. È infatti il rapporto che può giustificare un allargamento dell'idea di mancato guadagno fino a comprendere la c.d. perdita di *chance*, laddove sul piano della responsabilità extracontrattuale tale profilo appare una forzatura, la quale tra l'altro non tiene nemmeno in conto che l'art. 2056 cc. riduce il lucro cessante nel danno extracontrattuale a una valutazione equitativa del giudice³⁶.

³⁴ Secondo L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 159 «La locuzione responsabilità per la procreazione (artt. 30 e 315-*bis* c.c.) esprime una regola cogente, quand'anche la procreazione non fosse stata responsabile nel senso anzidetto», cioè involontaria: addirittura nel caso della genitorialità maschile l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità opererebbe quasi come la servitù coattiva nei diritti reali.

³⁵ Cass. 7 giugno 2000, n. 7713.

³⁶ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., p. 379. D'altra parte, il codice impiega due formule diverse – mancato guadagno nell'art. 1223 c.c. e lucro cessante nell'art. 2056 c.c. – che in generale dalla dottrina sono considerate sinonimi, sebbene sul piano semantico lucro cessante indica letteralmente un lucro che prima veniva ricavato e poi cessa di essere ricavato, laddove la formula mancato guadagno può ben riguardare anche situazioni che non abbiano una realtà previa, come ad esempio il lucro che un creditore si aspetta di ottenere dall'impiego di una certa prestazione dovutagli.

Anche in questo caso la prospettiva relazionale sembra fornire una cornice imprescindibile per la comprensione del fenomeno. La peculiarità della condotta illecita che colpisce la persona in formazione pregiudicandone lo sviluppo della personalità, quantomeno nei casi in cui il completo disinteresse del genitore inizia dalla nascita del figlio, è in grado di condizionare lo stesso esercizio della tutela risarcitoria, perché influenza la capacità del danneggiato di percepire correttamente (e dunque conseguentemente reagire al)la condotta posta in essere dal genitore, assumendo reattive decisioni di contrasto nei suoi confronti³⁷. La giurisprudenza parla precisamente di un diritto alla relazione filiale da cui discende «il nucleo costitutivo originario dell'identità personale e relazionale dell'individuo», il danno consistendo «nelle ripercussioni personali e sociali derivanti dalla consapevolezza di non essere mai stati desiderati ed accolti come figli». In quest'ottica, la Cassazione³⁸ ha precisato che l'illecito endofamiliare di protratto abbandono della prole da parte del genitore ha natura permanente ed è fonte di un danno non patrimoniale, di tipo strettamente psicologico-esistenziale, che incide direttamente sulla formazione della personalità del danneggiato, condizionando lo sviluppo delle sue capacità di comprensione ed autodifesa³⁹.

Tuttavia, questo riconoscimento ampio della tutela risarcitoria per la violazione degli obblighi inerenti alla genitorialità, sotto il profilo dell'abbandono della prole, deve fare i conti con altri dati normativi che nel diritto contemporaneo denotano una ambivalenza, in particolar modo con riguardo alla maternità. Infatti, la distinzione concettualmente chiara tra responsabilità per la procreazione e *status* genitoriale opera in un sistema normativo che condiziona l'effettività del diritto del figlio, in parte riflettendo ombre che si allungano dal passato e in parte per via di sbilanciamenti derivanti dalle nuove pratiche rese possibili dal progresso biotecnologico. Le ombre del passato consistono nel primato delle scelte dei genitori con riguardo alla filiazione fuori dal matrimonio, dove ancora opera la regola del riconoscimento, sebbene tale primato risulti sempre meno vero con riguardo alla paternità. Relativamente al progresso biotecnologi-

³⁷ Cass. 22 novembre 2013, n. 26205.

³⁸ Cass. 10 giugno 2020, ord. n. 11097.

³⁹ La Cassazione precisa che proprio la peculiare natura del danno ha indubbie conseguenze anche in termini prescrizionali, occorrendo che il danneggiato sia in grado di apprezzare e percepire completamente il danno; ciò non accade necessariamente al conseguimento della maggiore età ma nel momento in cui la vittima di abbandono si svincola dall'istintivo desiderio di un rapporto positivo con il genitore ed è in grado di percepire autonomamente la situazione pregiudizievole, accettando l'illiceità della condotta genitoriale e agendo per il risarcimento dei danni subiti in qualità di figlio rifiutato. Sicché, come già ritenuto da Cass. 22 novembre 2013, n. 26205, proprio la natura del diritto fatto valere rende giustificabile, in mancanza di limitazioni legali, l'esercizio del diritto al risarcimento in una fase di maturità personale della vittima, compatibile con il coinvolgimento personale ed emotivo connesso.

co, si allude ovviamente alle tecniche di fecondazione artificiale che ripropongono la possibilità, sotto rinnovate spoglie, di riesumare il primato della volontà degli adulti in materia di filiazione⁴⁰.

Anzitutto, si deve rilevare – con le parole di Sesta⁴¹ – che «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, legge 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 anche aggiungere quella relativa al riconoscimento del figlio nascituro che una interpretazione abrogante dell'art. 254 c.c. in funzione dell'art. 258, comma 2, c.c. («l'atto di riconoscimento non può contenere indicazioni relative all'altro coniuge»), nonché dell'art. 44, d.p.r. n. 396/2000, lo ammette a favore del padre soltanto in subordine al riconoscimento della madre: e ciò nonostante che il rapporto fra regola generale e regola speciale avrebbe potuto risolvere l'apparente collisione di norme in favore di quella dell'art. 254 c.c.⁴².

Tuttavia, le principali antinomie sistematiche cui va incontro la responsabilità per la procreazione si registrano con riguardo alla filiazione mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita nelle quali vengono utilizzati gameti di soggetti che non entrano in relazione con gli aspiranti genitori né col figlio. In queste ipotesi il paradigma volontaristico che insidia quello naturalistico fatto proprio dalla Costituzione (art. 30) si presenta nel modo più eversivo. La *ratio* della *imitatio naturae*, che paradossalmente soggiace alla disciplina di queste pratiche, fa ridurre la pluralità di soggetti coinvolti a una coppia di genitori c.d.

⁴⁰ Cfr. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e dir priv.*, 2019, p. 713 ss. e A. NICOLUSSI, *Paradigmi della filiazione*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 269 ss.

⁴¹ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 290.

⁴² La norma che prevede il riconoscimento prima della nascita potrebbe essere inquadrata come norma speciale rispetto a quella dell'art. 258 c.c., onde le eventuali indicazioni relative alla madre non costituirebbero motivo di invalidità dell'atto di riconoscimento, ma, necessarie ai fini della determinazione del figlio riconosciuto, rimarrebbero, invece, senza effetto ai fini della maternità. Del resto, una lettura sistematica che mette in collisione l'art. 258 c.c. con l'art. 254 c.c. ha per conseguenza inevitabile di abrogare o restringere al di là del ragionevole l'applicazione della prima delle due norme. Non sarebbe, infatti, praticamente possibile un atto di riconoscimento prima della nascita senza fare riferimento a colei che porta in grembo il nascituro riconosciuto dal padre. Ma può dirsi realmente corrispondere a un interesse presumibile del nascituro, e poi del nato, una interpretazione che lo privi dello *status* di filiazione paterna nonostante il riconoscimento del padre?

intenzionali, ossia impone di esonerare sia dalla responsabilità genitoriale sia dalla responsabilità per la procreazione il fornitore di gameti estraneo o addirittura la madre gestazionale. È un esito prevalentemente dovuto all'attività creatrice da parte della giurisprudenza.

Infatti, persino l'art. 9 della legge 40/2004 che prevede una soluzione ispirata a questo criterio costituisce una recezione della giurisprudenza, precedente alla legge, sulle preclusioni delle azioni volte a rimuovere uno *status* formatosi in capo ai soggetti di una coppia che abbia effettuato una fecondazione eterologa. Più precisamente 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 (o attribuzione) di paternità in capo al coniuge ove si tratti di coppia coniugata ovvero 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 consentito 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 il figlio stesso. 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 espressamente al figlio l'azione di disconoscimento o l'impugnazione per difetto di veridicità implica che quest'ultimo rimane legittimato a tali azioni. D'altra parte, 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 uomo⁴³.

Tuttavia, il silenzio della legge sulla legittimazione alle impugnative dello *status* da parte di moglie o compagna e figlio viene interpretato da diversi autori in modo opposto, privando il figlio di tale legittimazione proprio sull'assunto della assolutezza del principio volontaristico che l'eterologa introduce. 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 prevale sul diritto del figlio di rimuovere uno *status* non corrispondente alla sua storia genetica. Soprattutto, però, 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. A dispetto del principio dell'art. 30 Cost., si giunge così a esonerare il c.d. donatore di gameti finanche

⁴³ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 189.

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.

5. *Il fatto compiuto della maternità surrogata all'estero tra interesse in concreto del minore e principio di legalità. Ipotesi di non reciprocità per le nascite da pratiche vietate*

Nel diritto italiano di legge scritta, la maternità surrogata è vietata anche penalmente. Tuttavia, la pratica del c.d. turismo procreativo ha addirittura portato a una giurisprudenza sanante l'illecito commesso dalla coppia fino a sollecitare da parte della Corte costituzionale un intervento legislativo che procuri al genitore d'intenzione uno statuto giuridico equiparato a quello del genitore biologico. Chi ha reso possibile biologicamente queste nascite viene quindi esonerato dalla responsabilità genitoriale senza che in alcun modo venga in rilievo l'assoggettamento del minore a un contratto di alienazione nel quale è inevitabilmente e indegnamente oggetto.

In ogni caso secondo le Sezioni unite della Cassazione⁴⁴, il metodo del bilanciamento, per quanto riguarda la questione della posizione giuridica del cosiddetto genitore intenzionale, porterebbe a una soluzione accettabile *de iure condito* applicando con qualche emendamento l'istituto dell'adozione in casi particolari [art. 44, legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*)]: in particolare la disciplina di quest'ultima dovrebbe essere sottoposta a una "reinterpretazione" con la quale si riducono teleologicamente il requisito dell'assenso del genitore biologico e quello della volontarietà del genitore intenzionale. Era infatti con riguardo a questi requisiti che la Corte costituzionale aveva espresso i principali motivi di insoddisfazione nei confronti di tale soluzione⁴⁵.

La soluzione costituisce senz'altro una forzatura ermeneutica, ma ha dei vantaggi. Che sia una forzatura basti considerare che per 40 anni la legge è sempre stata applicata reputando ragionevole la priorità del genitore esercente la potestà genitoriale (ora responsabilità genitoriale) rispetto al coniuge che facesse richiesta di adozione in casi particolari. Inoltre, era ritenuto sensato che l'adozione in casi particolari richiedesse che il coniuge adottante ne facesse richiesta. In fin dei conti, la logica di tale adozione era – e sarebbe ancora – quella di istituzionalizzare un rapporto sorto a seguito della convivenza del coniuge con il genitore del minore adottando, e quindi anche con quest'ultimo. Ma in fondo si può guardare alla questione della maternità surrogata all'estero, che ora impone

⁴⁴ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

⁴⁵ Corte cost. n. 33/2021.

di rivederne i requisiti, anche come una conferma del fatto che l'adozione in casi particolari era stata concepita come adozione del coniuge (eventualmente, *de iure condendo*, estendibile al partner convivente), non come adozione di chi ha partecipato con il genitore biologico a un «progetto genitoriale» tramite tecniche di fecondazione eterologa o di maternità surrogata.

Tuttavia, la soluzione di ricorrere a tale forma di adozione nel caso del genitore intenzionale presenta dei vantaggi proprio con riguardo alla parte in cui invece la coppia committente può accostarsi alla coppia prevista originariamente dall'art. 44, lett. b) della legge n. 184/1983. Infatti, in questo come in quel caso si sottolinea la differenza che c'è, e non può essere negata, tra genitore biologico e genitore non biologico e si riabilita un principio implicito nella legge sull'adozione, ossia che in mancanza di legame biologico l'attribuzione di una responsabilità genitoriale richiede un controllo di idoneità e quindi un procedimento, come appunto è previsto dalla legge sull'adozione. La finzione di uguaglianza tra le due forme di filiazione, biologica e volontaristica, porta infatti all'estensione alla seconda dell'automatismo previsto per la prima, mentre si dovrebbe ricordare che anche i più acerrimi denigratori della legge n. 40, quando auspicavano la liceizzazione della fecondazione eterologa, non mancavano di ammettere l'esigenza di un controllo di idoneità degli aspiranti genitori⁴⁶.

Ma il risultato principale, oltre a quello appena menzionato, che la soluzione dovrebbe realizzare può essere rappresentato come una sorta di quadratura del cerchio, in quanto la tutela dell'interesse del minore può dirsi operare senza incoraggiare (troppo) la pratica vietata della maternità surrogata in frode alla legge, la quale, peraltro, già di per sé contrasta con l'interesse generale delle persone a nascere degnamente⁴⁷. È il punto di equilibrio che la stessa giurisprudenza della Corte Edu ha fissato nelle sue diverse sentenze in materia: non sacrificare del tutto l'interesse dello Stato alla effettività della sua legalità e quindi anche dei divieti legalmente stabiliti e tutelare l'interesse in concreto del minore ormai nato sul quale naturalmente non possono ricadere conseguenze di violazioni perpetrate da altri.

Occorrerebbe riconoscere, pertanto, un principio o regola generale per tutti i casi di nascita a seguito di pratiche (legalmente illecite), in base al quale la tutela del minore sia assicurata su un piano di non reciprocità nei riguardi degli adulti che assumono il ruolo genitoriale. Tale principio si può ricavare dall'istituto del matrimonio putativo che all'art. 128, comma 3, c.c. prevede appunto che gli ef-

⁴⁶ Cfr. C. FLAMIGNI-M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Ananke, Torino, 2014, p. 152, i quali affermano: «non troveremmo né strano né destabilizzante se una coppia che desidera avere accesso a una donazione di gameti potesse anche affrontare un qualche tipo di percorso, per esempio qualcosa di simile a quello delle coppie che vogliono adottare un figlio».

⁴⁷ È da ultimo la Corte Edu, *Affaire D.B. et autres c. Suisse* (Requêtes nos 58817/15 et 58252/15), Arrêt 22 novembre 2022 *définitif* 22 febbraio 2023, a confermare al punto 92 l'inquadramento in termini di frode alla legge e di fatto compiuto.

fetti favorevoli del matrimonio putativo non si applicano nei riguardi del coniuge di mala fede, ma solo a favore dei figli e del coniuge di buona fede⁴⁸. In una certa misura, una regola ispirata a un principio analogo è contenuta nell'art. 279 c.c.: «in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio [naturale] nato fuori del matrimonio può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Il figlio [naturale] nato fuori dal matrimonio se maggiorenne e in stato di bisogno può agire per ottenere gli alimenti, a condizione che il diritto al mantenimento di cui all'articolo 315 *bis*, sia venuto meno». L'art. 279 c.c., però, offre solo una conferma parziale, perché la tutela in esso prevista non si estende alla protezione del diritto del minore al riconoscimento dell'identità risultante dal progetto genitoriale nel quale è stato messo al mondo. Quest'ultimo, invero, è proprio il profilo di tutela che la Corte Edu reputa irrinunciabile⁴⁹. Ora, il principio di non reciprocità può essere desunto anche dalla disciplina dell'adozione in casi particolari (che invece non manca di offrire una tutela del profilo identitario). Infatti, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 55, legge n. 184/1983 è stata pronunciata solo con riguardo «alla parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante» (Corte cost. n. 79/2022). Come è noto, l'art. 55, legge n. 184/1983 non prevede soltanto un riferimento all'art. 300, ma altresì che «Si applicano al presente capo le disposizioni degli articoli 293, 294, 295, 299, 300 e 304 del codice civile». Ne deriva che l'incostituzionalità della norma che fissava la non estensione della parentela dell'adottante all'adottato non trascina con sé anche l'abrogazione della regola che esclude diritti successorî in capo all'adottante. Tale regola, invece, permane, non essendo oggetto di una specifica dichiarazione d'incostituzionalità.

A tale effetto, poi, almeno *de iure condendo*, si dovrebbe accompagnare la non reciprocità anche per quanto concerne mantenimento e alimenti.

⁴⁸ Ho argomentato tale prospettiva in *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 761 ss. ripreso da U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca ... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 910 ss.

⁴⁹ Questo aspetto rende non del tutto accettabile la proposta, in astratto ben congeniata, di A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascribibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti supreme e salute*, 2023, p. 21, la quale fa perno sull'art. 279 c.c. L'inaccettabilità deriva dall'inadeguatezza a tutelare tramite tale via l'identità socio-giuridica del minore. Naturalmente, non si tratta di una inaccettabilità sotto il profilo morale o politico, rivelandosi tale, invece, in funzione del principio convenzionale affermato dalla giurisprudenza della Corte Edu e accolto dalla giurisprudenza italiana. Cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 30 dicembre 2023, n. 38162. Sul punto si veda anche il Parere della Corte Edu, *AVIS CONSULTATIF relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande n° P16-2018-001)* Strasbourg, 10 avril 2019.

6. *Comunione de residuo e obbligazione*

Fuori dall'ambito dei rapporti personali, la categoria dell'obbligazione è stata utilizzata dalla giurisprudenza recente per risolvere l'annoso problema della qualificazione del diritto spettante al coniuge in base alla c.d. comunione *de residuo* al momento dello scioglimento della comunione. Le sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto preferibile l'orientamento che inquadra il diritto del coniuge non titolare alla stregua di un diritto di credito al valore dei beni residui non consumati dall'altro coniuge⁵⁰. La soluzione accolta evita l'imbarazzo, sotto il profilo concettuale, di accedere all'idea paradossale di un diritto che nello stesso momento in cui nasce già muore, come accadrebbe all'eventuale diritto reale a una quota di una comunione che si forma proprio quando la comunione si scioglie. Ma leggendo la sentenza non sembra che fosse questo l'ostacolo principale tenuto presente dalle sezioni unite. Esse si sono maggiormente preoccupate di valorizzare l'autonomia e la libertà di disposizione del coniuge titolare dei beni di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 177 c.c. e soprattutto dell'art. 178 c.c. che a loro giudizio dovevano ispirare l'inquadramento della questione, evitando di rendere la posizione del coniuge imprenditore meno favorevole nei confronti dei suoi creditori⁵¹. Il *favor commercii* sembra, insomma, la ragione superiore che si è voluto tutelare.

In ogni caso, quale che sia la valutazione di questo argomento (almeno in parte) orientato alle conseguenze, sembra opportuno sottolineare come lo strumento creditizio che opera nella c.d. comunione *de residuo* sia funzionale, per certi aspetti, a una dimensione comunitaria o solidaristica della famiglia, tanto che nel dibattito che si era aperto dopo la riforma del 1975 voci autorevoli prospettavano una applicazione generale di tale regola a prescindere dal tipo di regime patrimoniale adottato dai coniugi⁵². In effetti, perché mai, dopo lo scioglimento della comunione, rimettere al fatto che restino non consumati dei beni personali di uno dei coniugi la costituzione del diritto a favore dell'altro

⁵⁰ Vedi già di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (artt. 1173-1176), cit., p. 49.

⁵¹ Cass., sez. un., 17 maggio 2022, n. 15889 parla addirittura di «potenziale attentato che la tesi della natura reale è in grado di arrecare alla stessa sopravvivenza dell'impresa del coniuge», sostenendo altresì che «il passaggio automatico dei beni comuni *de residuo* dalla titolarità e disponibilità esclusive del coniuge al patrimonio in comunione si tradurrebbe in una menomazione dell'autonomia e della libertà del coniuge stesso, che il legislatore ha, invece, inteso salvaguardare nella fase precedente allo scioglimento (...)». In ogni caso, il principio di diritto affermato dalla sentenza è il seguente: «Nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella cd. comunione de residuo, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data».

⁵² Cfr. A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 629.

coniuge non titolare di una quota della comunione da sciogliere o, come ora stabilisce la Cassazione, di un diritto di credito alla metà del valore? Soltanto nella prospettiva della logica comunitaria la regola può acquistare una *ratio* più plausibile, perché in quest'ottica l'autonomia del coniuge prima del formarsi della comunione differita non può essere assolutizzata e la mancata consumazione può vedersi come frutto di una scelta di non consumazione che, nell'orizzonte della comunità familiare, implica la conversione del diritto individuale sui beni in valore da dividere. Certo, nel quadro della comunione legale si potrebbe concepire tale deroga alla comunione come un riespandersi di quest'ultima ai beni previsti dagli artt. 177 e 178 c.c.: il coniuge titolare può disporre di tali beni per eventuali suoi bisogni, ma se non lo fa, in tutto o in parte, la deroga alla comunione cede alla regola, sia pure nel senso creditizio riconosciuto dalle Sezioni unite. Tuttavia, questa regola della comunione *de residuo* potrebbe ben adattarsi anche alla separazione dei beni, la quale, del resto, non esclude l'obbligo di contribuzione previsto all'art. 143 c.c. e quindi non è incompatibile con la prospettiva che accoglie una dimensione comunitaria della famiglia. Tale obbligo di contribuzione, come già sottolineato in precedenza, è puntualmente previsto come funzionale ai bisogni della famiglia, così come la collaborazione cui i coniugi sono tenuti deve svolgersi nell'interesse della famiglia.

La medesima prospettiva comunitaria offre, inoltre, una giustificazione anche all'atteggiamento della giurisprudenza che responsabilizza il coniuge titolare del potere di disposizione in caso di sperpero o disposizione in mala fede ai danni dell'altro coniuge⁵³. Non pare, infatti, che possa prendersi sul serio l'idea di qualificare tali comportamenti reputati abusivi alla stregua di una responsabilità extracontrattuale. Riferirsi a essa non solo è in contrasto con la stessa relazione al codice n. 74 che ha espressamente rifiutato di ammettere la figura dell'abuso del diritto nella responsabilità extracontrattuale⁵⁴, ma altresì, dato il difetto di

⁵³ Cfr. Cass. 7 febbraio 2006, n. 2597 nella quale si afferma che «contro l'abuso che l'altro coniuge faccia delle proprie risorse economiche, disperdendole senza tenere conto delle esigenze proprie della famiglia, il coniuge non percettore potrebbe utilizzare strumenti di carattere più generale, come il risarcimento del danno in favore della comunione ex art. 2043 c.c., o il mezzo di tutela della garanzia patrimoniale costituito dall'azione revocatoria, accogliendo l'art. 2901 c.c., una nozione lata di credito, comprensiva della mera aspettativa, con conseguente irrilevanza delle relative fonti di acquisizione; ciò in coerenza con la funzione propria dell'azione, la quale non persegue scopi specificamente restitutori, ma mira a conservare la garanzia generica sul patrimonio del debitore in favore di tutti i creditori, compresi quelli meramente eventuali (difficile sostenere invece la possibilità di ricorrere alla azione surrogatoria implicante la qualità di creditore attuale nel soggetto agente)». In tema cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 84. La questione va tenuta distinta rispetto a quella più radicale circa la necessità o meno di destinare i proventi destinati alla comunione a un consumo per i bisogni della famiglia: in tal senso Cass. n. 9355/1997; *contra* Cass. n. 1344/2003 e la stessa Cass. 7 febbraio 2006, n. 2597.

⁵⁴ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 42.

un profilo di ingiustizia oggettiva del danno, si dà ingresso a una figura discutibile di danno meramente patrimoniale extracontrattuale⁵⁵. Soprattutto però si deve ripetere che tale inquadramento è segnato da un evidente scarto tra forma giuridica e realtà: si fa entrare in gioco una responsabilità – quella extracontrattuale – che dovrebbe operare tra soggetti che non sono in relazione fra di loro proprio in un caso in cui l'unica spiegazione per limitare la discrezionalità del potere di disposizione del soggetto titolare è precisamente la relazione particolare, di coniugio, tra le parti.

Dietro a questa applicazione della responsabilità in ambito familiare si può cogliere pertanto un'altra epifania dell'obbligo di protezione familiare che vale anche per il titolare del potere di disposizione su tali beni, nel senso che gli è vietato lo sperpero dei beni stessi, ossia una utilizzazione del tutto incurante degli interessi della famiglia. Si noti che non si tratta di una puntuale applicazione dell'obbligo di contribuzione che è strettamente funzionale ai bisogni della famiglia, sebbene una parentela tra i due obblighi non possa negarsi, ma propriamente di una conformazione *ex fide bona* del potere di disposizione dei beni riferibili alla cosiddetta comunione *de residuo*⁵⁶. Se si vuol cercare una assonanza nel codice civile, si potrebbe evocare la regola della buona fede che presidia l'aspettativa dell'acquirente sotto condizione secondo quanto prevede l'art. 1358 c.c. Naturalmente solo di una assonanza si tratta, non di una coincidenza, perché il coniuge beneficiario della comunione *de residuo* non sembra godere di una aspettativa di diritto vera e propria.

In conclusione, la famiglia non si rivela più il luogo di un diritto speciale immune e solitario rispetto alle categorie del diritto civile generale. Un canale di dialogo rimane aperto ed entro certi limiti può ben essere costruttivo anche per restituire al discorso giuridico della famiglia un minimo di verificabilità, appunto giuridica, e non lasciare che esso si risolva in mere affermazioni di principio. Le categorie del diritto civile generale, infatti, hanno il pregio di essere forgiate in contesti meno ingombri di precipitazioni ideologiche. Tuttavia, per ripetere le parole della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Obergefell v. Hodges*, la struttura del matrimonio permette a due persone di realizzare un tipo di vita che non può essere realizzato da soli, perché il matrimonio è più della mera somma di due persone (*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*), ossia permette di realizzare la coniugalità e più in generale la comunione familiare. Se questa con-

⁵⁵ Su questa figura e sulla sua incompatibilità con il danno ingiusto, cfr. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pp. 71, 153, 299 ss.

⁵⁶ In passato P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I ed., vol. I, Cedam, Padova, 1977, p. 381 ss. aveva prospettato un diritto a favore del coniuge non titolare dei beni destinati alla comunione differita di «informazione e di controllo sui redditi dell'altro».

cezione della famiglia conserva ancora un valore, il discorso giuridico che la riguarda deve altresì accettare che non tutto può essere intruso nella famiglia, ma occorre che le categorie del diritto generale non ostacolino la vocazione solidale di cui essa rimane portatrice.

A PROPOSITO DELLA SCOMPARSA (DEL PROGETTO COSTITUZIONALE DI PROMOZIONE) DELLA FAMIGLIA

Filippo Vari

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’interesse del diritto pubblico per la famiglia. – 3. Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione. – 4. L’amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia. – 5. La spinta della giurisprudenza della Corte Edu. – 6. Alla riscoperta delle ragioni dell’affermazione del *favor matrimonii* nella Costituzione.

1. *Introduzione*

Scopo di questo intervento è dimostrare come nell’ordinamento italiano assistiamo a un fenomeno apparentemente paradossale: da un lato, c’è il tentativo di un progressivo allargamento del concetto di famiglia non solo sul piano sociologico, ma anche su quello normativo; e, dall’altro, si è da tempo affermata una tendenziale svalutazione della famiglia all’interno delle politiche pubbliche, che trova il suo presupposto anzitutto nell’offuscamento delle ragioni alla base del disegno costituzionale in materia. Come ho sostenuto recentemente in un saggio pubblicato dal prof. Sesta su *Famiglia e diritto*, che questo intervento riprende: se tutto è famiglia, nulla è più famiglia¹.

Per dimostrare ciò, si partirà da alcuni richiami al modello costituzionale di famiglia. Successivamente, verrà analizzato il tentativo di estendere tale modello, anche in forza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Infine, s’illustreranno le ragioni per le quali questo allargamento si pone in contrasto con il disegno costituzionale e conduce alla scomparsa della famiglia dalle politiche pubbliche.

¹F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, 11, p. 1071 ss.

2. *L'interesse del diritto pubblico per la famiglia*

Prima di passare a trattare il tema è, però, opportuno chiedersi le ragioni per le quali la famiglia non interessa solo il diritto privato, ma anche quello pubblico, visto che a me, e cioè a un costituzionalista, è stato chiesto di prendere la parola oggi.

Tra i molteplici motivi vale la pena segnalarne qui tre in particolare. Anzitutto, un peso determinante ha, per riprendere le parole di Costantino Mortati, la funzione “sociale (anche se non pubblica) della famiglia”². Tale funzione, ancorché non sempre adeguatamente evidenziata dalla dottrina, è dato assai risalente anche nella nostra cultura. In essa, per riprendere le parole di Michele Sesta, la famiglia “costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona, dalla nascita alla morte, e la base della più ampia società civica e statale”³. In questa sede è sufficiente ricordare che già in Cicerone la famiglia è considerata *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*⁴. È particolarmente significativo che il medesimo concetto sia stato poi ripreso, dopo oltre sedici secoli, dal Vico con la definizione di famiglia quale *primulum rerum publicarum rudimentum*⁵.

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 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 ne-

² C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, IX ed. rielaborata e aggiornata, Cedam, Padova, 1976, p. 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*, Jovene, Napoli, 1961, p. 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, Universitas Studiorum, Firenze, 2017, p. 1 ss. dell'estratto disponibile on-line <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*, Ed. Foro it., Roma, 1981, p. 134; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 184.

³ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 1 s.

⁴ CICERONE, *De officiis*, I, 17, 54.

⁵ G.B. VICO, *De uno universi iuris*, CIII. Sul punto v. A. CICU, *Matrimonium seminarium rei publicae*, *Scritti minori*, I,1, Giuffrè, Milano, 1965, p. 214.

cessarie 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 persona⁶ 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 stessa⁷, 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”⁸. 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”⁹. La famiglia rientra senza dubbio nel novero delle comunità intermedie, 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. In questo periodo si torna a discutere di riforme costituzionali, ma vi è il rischio che la soluzione rappresentata dal presidenzialismo possa essere avvertita come una risposta semplice a problemi della società italiana che in realtà sono molto più complessi: a mio avviso, le cause della crisi che attanaglia da tempo il Paese vanno, infatti, rinvenute anzitutto nella difficile situazione in cui versano i corpi intermedi – tra i quali la famiglia – la cui vitalità è essenziale per la democrazia.

Ulteriore motivo per il quale la famiglia interessa il diritto pubblico è legato all'osservazione secondo la quale la disciplina di quest'ultima chiama in causa la “questione della composizione dell'antinomia fra autorità e libertà che in questo ambito risulta particolarmente accentuata”¹⁰. Ne discende che il rapporto tra la famiglia e lo Stato finisce per costituire 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.

⁶Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 184.

⁷E. MOUNIER, *Le personalisme*, 1949, trad. it. *Il personalismo*, AVE, Roma, 1964, rist. 1999, p. 148 s., definisce la famiglia come “cellula sociale”.

⁸F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁹G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 10 nota 16.

¹⁰R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 4.

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 giuristi. 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 sociale¹¹.

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 stessa¹².

3. *Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione*

Ferme tali (necessarie) premesse, passiamo al primo dei punti sopra richiamati, e cioè l'assetto costituzionale in materia di famiglia.

È noto che l'interesse della Carta fondamentale per le formazioni sociali e, in particolare, per la famiglia costituiva una novità nell'orizzonte del costituzionalismo italiano¹³.

Seguendo l'esempio della Costituzione di Weimar, infatti, per la prima volta in Italia, non senza i dubbi anche di autorevolissimi esponenti della scienza giuridica dell'epoca, la Costituzione aggiunge alla garanzia dei diritti di libertà, la protezione di quelli sociali: essa tutela, dunque, non solo diritti che s'ispirano alla *libertas silentium legum*, ma anche diritti a prestazione da parte dei poteri pubblici. Al tempo stesso, la Carta fondamentale valorizza al massimo il pluralismo sociale. Si spiega così una parte fondamentale e peculiare della Costituzione, dedicata ai “Rapporti etico-sociali”, nella convinzione che essi siano, anzitutto, uno strumento indispensabile per la realizzazione dell'uomo: esso è considerato, infatti, per riprendere una bella espressione del periodo weimariano, ricordata da Paolo Grossi¹⁴, un *Verbandmensch*, un uomo so-

¹¹ Sul tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Riv. AIC*, 2019, 4.

¹² G. LA PIRA, *Carissimo Totò (Pozzallo, 21 settembre 1925)*, in ID., *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, Studium, Roma, 1980, p. 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, vol. I, Cedam, Padova, 2003, disponibile anche in *Diritto@Storia*, 2006.

¹³ Al riguardo sia permesso rinviare a F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, I, Cacucci, Bari, 2004, p. 10 ss.

¹⁴ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

cializzato. Gli stessi rapporti rappresentano, inoltre, un formidabile anticorpo di fronte al virus del totalitarismo, che per quasi un quarto di secolo aveva infestato la società italiana.

In questa prospettiva alla famiglia, fondamentale strumento di realizzazione della persona e, al contempo, di limite al potere, è dedicata grande attenzione nella Costituzione.

Il disegno costituzionale in materia di famiglia, come è noto, è ispirato al *favor matrimonii*¹⁵ 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”¹⁶ basata su un istituto caratterizzato, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, dalla “diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio»”¹⁷.

La Costituzione, infatti, si pone in linea di continuità con una traduzione giuridica più che bimillenaria che, quanto meno in Occidente, affonda le proprie radici nel diritto romano.

Nel suo ultimo volume, dedicato appunto *Alle radici romane della Costituzione*, Valditara ha proprio evidenziato come “una importante, forse la più importante, applicazione concreta” della “particolare considerazione del diritto romano” da parte dei Costituenti “si ritrova nella discussione che portò poi alla concezione dell’art. 29” Cost.¹⁸

Nel sistema giuridico romano – dal quale il diritto moderno ha recepito la definizione di matrimonio¹⁹ – 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)²⁰.

¹⁵ Cfr., più ampiamente, F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., spec. p. 44 ss.

¹⁶ Cfr. Corte cost. sent. 18 gennaio 1996, n. 8.

¹⁷ Corte cost. sent. 15 aprile 2010, n. 138. Sul punto, nella vasta dottrina, v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 545 ss.; A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, p. 743 ss.

¹⁸ G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia, Stato, proprietà, libertà*, Guerini e associati, Milano, 2022.

¹⁹ Sul punto v., per tutti, P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, Butterworths, 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, Giuffrè, Milano, 1985, p. 190.

²⁰ 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*, n. 8, 14 aprile

Questa concezione, così la definisce Valditara, di famiglia viene promossa dalla Costituzione. La famiglia è, infatti, posta al centro di un fitto e ampio reticolato di norme, che superano l'impostazione propria dello Stato liberale. In esso le teorie individualistiche portavano invece "a guardare con sfavore e a comprimere tutte le forme di «comunità intermedie»"²¹, tra le quali la famiglia.

In antitesi anche all'assetto proprio dello Stato totalitario – che cercava di strumentalizzare la famiglia "come elemento di conservazione, di espansione, di potenza dello Stato"²² – la Carta repubblicana, in linea con il suo carattere personalista, non poteva non riconoscere che la famiglia ha un valore insostituibile per la crescita e lo sviluppo dell'uomo e rappresenta il luogo in cui egli "si forma e dà immediato sviluppo ai suoi diritti più personali (come il diritto alla vita, all'intimità, ecc.)"²³.

Di qui, accanto al riconoscimento, in apertura del Titolo II della Parte I della Costituzione, dei "diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29, comma I, Cost.), la previsione nello stesso Titolo e nel successivo III, dedicato ai Rapporti economici, di una fitta rete di diritti, tra loro intimamente collegati, che accordano alla famiglia, "in una prospettiva di evoluzione della società", una "posizione istituzionale di privilegio"²⁴. Da tale posizione è agevole ricavare l'esistenza, nell'ordinamento italiano, del c.d. *favor familiae*.

4. *L'amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia*

Se quello sopra descritto, sia pure per cenni, è il disegno costituzionale relativo alla famiglia, passiamo ora al secondo punto della mia trattazione, e cioè quello concernente la crisi dell'assetto tratteggiato e il tentativo di estendere il modello costituzionale.

Non spetta certo a un costituzionalista, in questo contesto, illustrare tutti i singoli passaggi che hanno portato a tale crisi. Per indagarne le ragioni e soprattutto l'approdo, però, si può segnalare la particolare utilità della lettura di un interessante volume di Zygmunt Bauman. Il teorico della società liquida ha scritto anche un libro specificamente dedicato all'amore e ai legami umani nella

1974, p. 5; P. CATALANO, «La famiglia sorgente della storia» secondo Giorgio La Pira, in *Index*, 1995, p. 27; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 3 ss.

²¹ R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968, p. 24.

²² Così F. MAROI, *Diritto civile e fascismo*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1935, p. 29.

²³ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., p. 184.

²⁴ M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1976, 1. Al riguardo sia consentito il richiamo a F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, in *Famiglia*, 2016, p. 204 ss.

nostra epoca. S'intitola *Liquid Love*, e come sottotitolo reca l'indicazione *On the Frailty of Human Bonds*²⁵. 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"²⁶.

Proprio il tipo di relazione affettiva che ricerca l'uomo senza parentela trova oggi soddisfazione nell'assetto giuridico del nostro ordinamento: divorzio, fondato anche sull'idea di un "recesso ad nutum"²⁷, divorzio breve, divorzio "consensuale"²⁸, unioni civili equiparate alla famiglia²⁹.

In tal modo, si sarebbe giunti al superamento, per riprendere la recente analisi di Lenti, dell'idea che "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"³⁰. La conseguenza ultima è l'esistenza di una pluralità di forme familiari che sono poste 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"³¹. Esse si contraddistinguono per essere "il luogo socialmente privilegiato degli affetti più intimi e profondi, il regno della gratuità e della condivisione"³². In sostanza, potremmo sintetizzare, l'unico legame che resiste è quello di sangue, mentre tutto il resto diventa disponibile e organizzabile dal singolo³³, senza alcuna stabilità, proprio come richiedono i dettami della società liquida e dell'amore liquido.

Questa visione trova spazio anche in un'interessante, recente e per diversi aspetti apprezzabile decisione delle sezioni Unite della Cassazione³⁴. In essa, riprendendo una nota e autorevolissima dottrina³⁵, si afferma che oggi "si assi-

²⁵ Z. BAUMAN, *Liquid Love. On the Frailty of Human Bonds*, trad. it. di S. Minucci, *Amore liquido: sulla fragilità dei legami affettivi*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

²⁶ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, cit., p. V.

²⁷ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2021, p. 646 s.

²⁸ R. LENTI, *op. ult. cit.*, p. 648 s.

²⁹ V. al riguardo F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, cit., 197 ss. Sui limiti di tale equiparazione v. E. BILOTTI, *La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, p. 445 ss.

³⁰ R. LENTI, *op. ult. cit.*, p. 10.

³¹ *Ivi*, p. 12.

³² *Ivi*, p. 13.

³³ Cfr., al riguardo, le riflessioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 9.

³⁴ Cass. civ., sez. un., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162.

³⁵ F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

ste” al “passaggio da una famiglia «isola» ad un «arcipelago» di famiglie”, con la conseguenza che “alla famiglia, rispettosa dell’immagine offerta dalla Costituzione, «fondata» sul matrimonio, si sono aggiunte altre famiglie. E la filiazione è divenuta il collante di diverse comuni di affetti. All’unità dello stato di figlio corrisponde la pluralità dei modelli familiari: lo stato di figlio è unico, mentre sono oramai numerosi i modelli normativi o sociali dei rapporti di coppia”³⁶.

Dunque, per riassumere, potremmo dire che si va dal *Verbandmensch* al *Mann ohne Verwandtschaften* e, corrispondentemente, dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla filiazione³⁷.

5. La spinta della giurisprudenza della Corte Edu

Un contributo importante, anche sul piano culturale, per rafforzare la tendenza ora descritta viene dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Ricordo in proposito che una parte tanto della giurisprudenza, quanto della dottrina leggono l’ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte Edu.

Esemplificativa al riguardo è una sentenza del 2012 della Corte di cassazione³⁸. In essa la Suprema Corte ha utilizzato un passaggio contenuto in una sentenza di rigetto di una sezione della Corte Edu relativa all’ordinamento austriaco³⁹ per trarre “conseguenze ritenute essenziali per il nostro ordinamento, e, anzi ... il grimaldello per scardinare «una consolidata e ultramillenaria tradizione»”⁴⁰, relativa ai concetti di matrimonio e famiglia.

Quanto alla dottrina, mi limito a richiamare il recente volume di Lenti, in cui si legge l’ordinamento interno subordinandolo ai modelli che vengono oggi dal

³⁶ Cass. civ., sez. un., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162, § 23 dei Motivi della decisione.

³⁷ Cfr. M. PARADISO, *Dal matrimonio alla famiglia. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 1042 ss.; M. SESTA, *Interesse del minore e stato giuridico della filiazione*, *ivi*, p. 1059 ss., il quale ricorda come già più di vent’anni fa KRASE, *Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex – or Not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 2000, 34, p. 271, avesse scritto: “marriage isn’t really the important issue, children are”. Sul tema v. i rilievi di E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Fam. Dir.*, 2022, p. 1038 ss.

³⁸ Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

³⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. I, sent. 24 giugno 2010, application n. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*.

⁴⁰ 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 *Riv. AIC*, 2/2012, p. 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)*, *ivi*, p. 1.

diritto europeo, soprattutto quello legato alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹, nonostante si parli nel volume di "ruolo spesso eversivo assunto dalla giurisprudenza"⁴² della Corte di Strasburgo.

Siffatte ricostruzioni appaiono a mio avviso non del tutto centrate⁴³. Infatti, come ho già più volte argomentato, 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, comma I, Cost., secondo il modello indicato dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle del 2007⁴⁴ e come problematicamente evidenziato dallo stesso giudice delle leggi nella successiva giurisprudenza⁴⁵. Il carattere concreto del giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo⁴⁶ 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 Paese⁴⁷. Ma è ancor meno plausibile dedurre conseguenze così importanti, come quelle "rilanciate" nell'ordinamento italiano dalla Cassazione, da una sentenza di rigetto⁴⁸. E ciò a maggior ragione ove si consideri che la stessa Corte Edu, nella sentenza su

⁴¹ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 18 ss.

⁴² *Ivi*, p. 61.

⁴³ Sul tema v. A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., p. 746 ss.

⁴⁴ Corte cost. sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e 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.associazionedei costituzionalisti.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, Giappichelli, Torino, 2012, p. 33 ss.

⁴⁵ V., in particolare, Corte cost. sent. 26 marzo 2015, n. 49.

⁴⁶ 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 § 92 della sentenza *S.H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010, application no. 57813/00).

⁴⁷ 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, p. 185 ss.

⁴⁸ Al riguardo acutamente I. MASSA PINTO, *"Fiat matrimonio!"*. *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo*, cit., p. 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!"

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”⁴⁹.

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”⁵⁰. Dunque, anche se dalla giurisprudenza sopra citata della Corte Edu si potevano trarre elementi determinanti 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 fondamentale⁵¹. Dunque, un modello di rapporti familiari indicato dalla giurisprudenza della Corte Edu, per essere accolto nel nostro ordinamento, dovrebbe essere conforme alla Costituzione. In alternativa, esso dovrebbe essere traspunto in iniziative volte a modificare, ammesso peraltro che sul tema sia possibile, la Carta fondamentale⁵². Ricordo che, recentemente, si è intervenuti sulla Costituzione, novellando addirittura la parte dedicata ai “Principi fondamentali”, e in particolare l’art. 9 Cost., per rafforzare nel nostro ordinamento la protezione dell’ambiente⁵³. Si è così dimostrato che quando esiste una effettiva e diffusa volontà di modificare la Carta fondamentale, si riesce con agilità a farlo. Non sembra, però, che ci siano iniziative nel senso sopra indicato per codificare lo “arcipelago familiare” di cui si è detto.

Occorre, inoltre, interrogarsi sulla democraticità degli interventi creativi della Corte Edu. In proposito, sembrerebbe giunto il momento di discutere anche

⁴⁹ § 103 della decisione.

⁵⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1661.

⁵¹ 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*, 2012, 18.

⁵² 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. GIOVA, ESI, Napoli, 2019, p. 42 s.

⁵³ Legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

in Italia delle gravi problematiche sollevate dalla Corte suprema degli Stati Uniti, oltretutto in un sistema di *common law*, con riferimento al ruolo del giudice nella creazione dei diritti. In particolare, la nota sentenza *Dobbs* evidenzia come la creazione di diritti a opera del giudice si traduce in un'operazione di natura profondamente antidemocratica⁵⁴. Al contrario, come evidenziato da tempo da Massimo Luciani, “una comunità politica ha la responsabilità di decidere sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi”⁵⁵.

E ciò vale a maggior ragione nel momento in cui il giudice si trova a decidere sulla base di una Carta, come la Cedu, che non ha una legittimazione democratica⁵⁶ a proprio fondamento, ma costituisce il frutto dell'accordo tra più governi su un testo che, in quanto trattato e dunque accordo tra le parti, dovrebbe essere interpretato secondo la volontà delle parti stesse, come richiesto dalla nota Convenzione di Vienna sui Trattati, ed è invece sottoposto a una continua opera di creazione di diritti, in quanto considerato un *living instrument*. A questo proposito appaiono molto interessanti le considerazioni svolte in una *dissenting opinion* in occasione della recente decisione *Fedotova* della Corte Edu⁵⁷. In particolare, il giudice Wojtyczek ha evidenziato due profili critici della tesi secondo la quale la Convenzione sarebbe un *living instrument*. Sotto il profilo formale, un primo rilievo evidenzia come “it would be incompatible with the underlying values of the Convention if rights not initially granted by the Convention could be inserted in it without being accepted by the majority – at the national level in all the States concerned – in the treaty-making procedure, as defined in the domestic constitutional law of the High Contracting Parties”. In altri termini, perché un diritto non riconosciuto direttamente dalla Cedu sia protetto dalla Corte di Strasburgo, è indispensabile passare attraverso le procedure previste per le modifiche/approvazioni dei Trattati nei singoli Stati, pena la violazione del principio democratico a fondamento delle liberal-democrazie. Il secondo rilievo

⁵⁴ Al riguardo v. F. VARI-M. VITTORI, *Prime note sulla sentenza Dobbs v. Jackson Women's Health Organization della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Foronews*, 26 luglio 2022. Su tale profilo, sia pure criticamente verso quanto stabilito dalla sentenza, v. ora M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023; M. VITTORI, *Attivismo giudiziario nel circuito delle alte corti per la creazione di nuovi diritti. Il caso Dobbs della Corte Suprema USA: una inversione di tendenza?*, in corso di pubblicazione in *Dir. Soc.*, 2023.

⁵⁵ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1663 s. Sul tema v. ora le riflessioni dello stesso A. contenute nel volume *Ogni cosa al suo posto*, cit., 109.

⁵⁶ Cfr. al riguardo M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1663.

⁵⁷ Grand Chamber, sent. 17 gennaio 2023, *Case of Fedotova and Others v. Russia* (Applications nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14), disponibile sul sito della Corte Edu all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-222750%22%7D>.

riguarda il riferimento che la Corte opera ai trend in atto negli Stati membri su cui fondare l'interpretazione dei diritti garantiti dalla Cedu: tale riferimento porta a chiedersi se sia “*compatible with the underlying values of the Convention for the exercise of Convention rights by a minority group*” il fatto che esso sia “*conditional on its being accepted in domestic legislation by the majority of States*”.

6. Alla riscoperta delle ragioni dell'affermazione del favor matrimonii nella Costituzione

Anche a voler prescindere dalle cause della situazione sopra descritta, resta il fatto che essa non appare coerente con il disegno costituzionale in tema di famiglia. Quest'ultimo, come già accennato, parte dall'idea che la famiglia ha da millenni le stesse caratteristiche, come ci ricorda anche la Corte costituzionale nel passo citato della nota sentenza n. 138/2010⁵⁸. 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 possano essere diverse situazioni in cui perseguire 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 invece il legislatore fondarsi sull'*id quod plerumque accidit*, il Costituente ha deciso di favorire la famiglia fondata sul matrimonio, recependo l'antico istituto romanistico, secondo quanto sopra ricordato.

Cosa stabilisce, allora, la Costituzione? Senza discriminare altre forme di convivenza, prevede una scelta preferenziale a favore della famiglia fondata sul matrimonio. In sostanza, si tratta di una visione analoga a quella originariamente sottesa all'art. 6 della Legge fondamentale tedesca: “*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*”.

La Costituzione stabilisce che la Repubblica “riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio” e, poi, che “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 famiglia⁵⁹. Ciò non esclude che sulla base di altre disposizioni costituzionali si possa giungere a garantire ad altre formazioni sociali analoga autonomia.

⁵⁸ V. *supra*, § 3.

⁵⁹ Sul tema v. F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia*, cit.

In secondo luogo, 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, tuttavia, in corrispondenza al tentativo di allargare il concetto di famiglia, ha avuto sempre più scarsa attuazione e attenzione nell'operato delle Istituzioni. Il *favor matrimonii* oggi appare sostanzialmente trascurato e anche ignorato.

Ricordo, ad esempio, che siamo in marcia verso il trentesimo 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 famiglia⁶⁰; 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 dalla Corte.

Proprio nella prospettiva dell'oblio del *favor matrimonii* è opportuno richiamare alcune statistiche, e in particolare, come la percentuale del PIL investita in politiche familiari in Italia risulti la terz'ultima all'interno dell'Unione europea. I dati sono un po' risalenti, ma sono gli ultimi disponibili. Per il 2019, secondo EUROSTAT, in Italia si è investito in politiche familiari e per i figli solo l'1,1% del PIL. Solo Cipro e Malta hanno fatto peggio⁶¹. Al contrario, in Francia siamo al 2,3% e in Germania, prima fra i Paesi UE, siamo al 3,3%. Infine, tanto per dimostrare l'inadeguatezza del sistema italiano, la media UE è del 2,3% del PIL, quindi più del doppio della percentuale italiana.

Pur essendo l'art. 31 Cost. uno dei meno attuati della Costituzione, il legislatore ha, anzi, esteso i pochi benefici previsti a favore dell'unione coniugale ad altre forme di convivenza e, anzi, la dottrina denuncia che più recentemente "il diritto della famiglia è uscito dall'agenda politica"⁶².

Si tratta tuttavia di un esito che a prima vista appare paradossale, ma è invece una conseguenza scontata dell'oscuramento del disegno costituzionale sulla famiglia: infatti, se quest'ultima perde stabilità, come aveva già intuito Esposito poco dopo l'entrata in vigore della Costituzione⁶³, 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. Come ho recente-

⁶⁰ Cfr. Corte cost. sent. 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, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 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, Utet, Torino, 2015, p. 413 ss.

⁶¹ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Social_protection_statistics_-_family_and_children_benefits#Family.2Fchildren_expenditure_in_2019.

⁶² R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 56.

⁶³ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951 ripubblicato in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 140 s.

mente sostenuto su *Famiglia e diritto*⁶⁴, se tutto è famiglia, nulla è più famiglia: rimane il singolo, con le sue libere scelte, e la famiglia scompare, anche nelle politiche pubbliche: E con essa, come si è cercato di dimostrare, una parte fondamentale del disegno costituzionale.

⁶⁴F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, cit.

“FAMIGLIA OMOAFFETTIVA” E DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ

Emanuela Migliaccio

SOMMARIO: 1. Il problema della “famiglia omogenitoriale”. Quesiti e metodo d’indagine. – 2. I rapporti omoaffettivi o di fatto e l’unicità del concetto di famiglia. – 3. Il diritto alla genitorialità (affermato) delle coppie eteroaffettive e (negato) delle coppie omoaffettive. L’interesse alla genitorialità: ricostruzione e contenuto. – 4. Il contrapposto (miglior) interesse del minore: ricostruzione e declinazioni. – 5. Presunta violazione del principio di eguaglianza e corretta selezione del *tertium comparationis*. Generazione, accudimento, accoglimento. – 6. Ricadute applicative e conclusioni.

1. Il problema della “famiglia omogenitoriale”. Quesiti e metodo d’indagine

Il lemma “famiglia omogenitoriale” si offre all’interprete come una provocazione. Una considerevole parte della dottrina nega infatti che l’unione omoaffettiva possa qualificarsi “famiglia” alla stessa stregua della famiglia eteroaffettiva; così come, unitamente a buona parte della giurisprudenza, esclude che l’unione omoaffettiva abbia attitudine alla generazione, accudimento ed accoglimento di figli, e che possano costituirsi *status* di figli in capo ai soggetti generati/accolti/accuditi nell’ambito della famiglia omoaffettiva, equivalenti agli *status* di quanti si collochino invece nell’ambito della famiglia etero-affettiva¹.

¹V. in particolare E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, II, p. 233 ss.; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 481 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 78 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1447 ss.; M. PARADISO, *Au bon marché des droits. Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, *ivi*, 2018, p. 983 ss.; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 952 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 713 ss.; E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, p. 430 ss.; ID., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 870; N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 1033 ss.

Il tema che mi è stato assegnato sollecita allora i seguenti quesiti con i quali ci si intende misurare:

- a) se la famiglia omo-affettiva sia “famiglia”;
- b) se in quanto famiglia – e dunque qualora possa ammettersi che lo sia – presenti attitudine alla generazione, accoglimento ed accudimento di figli;
- c) se sia compatibile con il sistema costituzionale e sovranazionale (e con il principio di eguaglianza-ragionevolezza) (*ex ante*) il diniego opposto alle coppie omoaffettive di accesso alle tecniche di procreazione artificiali e (*ex post*) il mancato riconoscimento di uno *status* pieno di figlio in capo al nato in conseguenza dell’utilizzo della pratica vietata.

Si tratta di problematiche alle quali occorre accostarsi con tutta la sensibilità che la delicatezza delle questioni richiede, e con l’ausilio indispensabile degli altri saperi, ma senza obliterare lo strumentario tecnico del giurista: sono domande che certo scuotono e sollecitano fortemente le nostre coscienze ma che, consci che tra etica e diritto non può mai esservi netta separazione, attendono risposte anche giustificabili sul piano delle regole e dei principi che l’ordinamento – *il nostro sistema italo-europeo* – esprime, secondo una ermeneutica coerente con esso. Di altro, quindi, non potrà trattarsi se non di analizzare e qualificare gli interessi in conflitto, per trovarne il punto di bilanciamento².

2. I rapporti omoaffettivi o di fatto e l’unicità del concetto di famiglia

È nota la formula, quasi abusata dai giuristi ma di grande efficacia, che descrive la famiglia come “isola” che il mare del diritto può solo lambire³, cui oggi si accostano formule altrettanto felici che, nell’aggiornarla, raccontano del passaggio dall’isola all’arcipelago⁴ o dalla famiglia alle famiglie⁵, dall’isola alla terraferma⁶,

² Temi a così alta densità assiologica riportano a quel “tormento del giurista” che trova conforto solo con la «fiducia nell’inessenzialità di un ruolo che nessun potere potrà mai annientare»: N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, p. 1.

³ L’espressione è di C.M. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, III-1949, p. 22. Sottolinea S. PATTI, *La famiglia dall’isola all’arcipelago*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 50 che, già all’epoca in cui Jemolo scriveva il diritto aveva invaso l’isola, «l’unica isola, costruendo bastioni e pilastri di grande consistenza».

⁴ F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.

⁵ V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia ad oggi*, *ivi*, p. 1043 ss.; prima ancora P. ZATTI, *Famiglia, familiae – Declinazione di un’idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, p. 13.

⁶ L. BALESTRA, *L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 1115 s.

dalla città alla metropoli (con lo stesso problematico rapporto centro storico-periferie)⁷.

L’idea che si tratti del «moltiplicarsi di modelli familiari» non appartiene a tutti, ed anzi non ha trovato riscontro formale nella legge n. 76/2016 che, tranne che con una eccezione (art. 1, comma 12, là dove si trova la formula “vita familiare”, che per molti è stato solo un refuso o uno “svolazzo della penna”), tanto per le unioni omoaffettive che per le convivenze evita accuratamente di utilizzare il termine *famiglia* o *rapporti familiari*, utilizzando la diversa espressione *formazione sociale*. Ad onor del vero anche nella giurisprudenza costituzionale esiste la medesima ritrosia (si pensi a Corte cost. n. 221/2019, che per le unioni civili rifiuta il termine famiglia ed utilizza “comunità di affetti” o “nucleo di affetti”⁸).

Ciò rispecchia la posizione abbastanza netta di quanti ritengono che l’unione omosessuale e la famiglia di fatto non trovino fondamento negli artt. 29 e 30 ma, al più nell’art. 2: riconosciute quindi come “formazioni sociali”, queste figure resterebbe eccentriche rispetto al modello tradizionale fondato sul matrimonio, unico che avrebbe piena, esplicita copertura costituzionale.

Guardando però all’essenza dei fenomeni, con una ermeneutica non strutturalista né formalista, ma sistematica ed assiologica⁹, emerge invece che vi sono aggregazioni plurali¹⁰ ma con caratteristiche funzionali comuni. La famiglia è la «risultante di una serie di tensioni individuali, volte a creare al di là di qualsiasi accidentalità o occasionalità, un rapporto di coppia o una relazione di tipo genitoriale ed educativo»¹¹; è «comunione di vita materiale e spirituale in funzione dello sviluppo della persona; e a poco rileva se la comunione origini da atti formalmente diversi o da nessun atto formale e da meri fatti»¹².

Aggregazioni tutte riconducibili ad un unico concetto di famiglia, anzi ad un unico «principio famiglia»¹³, che presenta caratteristiche comuni ed è destinato a un nucleo di diritti comuni.

⁷ F. TESCIONE, *La metropoli della famiglia come struttura sociale del terzo millennio*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 601 ss.

⁸ Si tratta di Cass., ord. n. 1842/2022, che distingue tra minore membro di una famiglia e minore membro di un «nucleo di affetti».

⁹ Per la quale, per tutti, v. P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l’irrelevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss. e prima ancora ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, *ivi*, 1982, p. 72 ss.; ID., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss. e in *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 417 ss.

¹⁰ F. PARENTE, *Realtà sociale e pluralizzazione dei modelli di organizzazione familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1217.

¹¹ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 8.

¹² G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 104.

¹³ S. PATTI, *Il «principio di famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in G. Iudica e G. Alpa (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2006, p. 245.

Ciò dovrebbe sollecitare un procedimento inverso, una *reductio ad unum*: abbandono dell'arcipelago e della metropoli e ritorno all'isola, senza che vi sia un ostacolo nella dizione letterale dell'art. 29. Poiché – si insegna autorevolmente – «nessun enunciato legislativo, quale che sia il suo rango nella gerarchia delle fonti, può ritenersi inossidabile in sede interpretativa, e quindi svincolato dall'influenza che l'evoluzione dei modelli culturali e dei costumi determina sull'attribuzione concreta di significati e sulla creazione finale del precetto»¹⁴.

Dopo avere risposto positivamente al primo quesito ed avere concluso che l'unione omoaffettiva è “famiglia”, occorre chiedersi *se, in quanto tale, abbia la medesima attitudine della famiglia etero-affettiva alla generazione, accudimento ed accoglimento di figli*. Il che si traduce, facendo sempre ricorso allo strumentario “tecnico” del giurista, in tre ulteriori questioni:

- a) se esiste ed è rilevante *sub specie iuris* un diritto alla genitorialità;
- b) se esiste ed è rilevante un diritto alla genitorialità anche del componente la coppia omoaffettiva;
- c) se sì, come operi il bilanciamento fra questo asserito diritto e gli altri interessi rilevanti.

3. *Il diritto alla genitorialità (affermato) delle coppie eteroaffettive e (negato) delle coppie omoaffettive. L'interesse alla genitorialità: ricostruzione e contenuto*

Troviamo l'affermazione della esistenza di un diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, affermazione strumentale alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui vieta alla coppia destinataria di tale legge [«coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»] (art. 5, comma 1, legge n. 40 del 2004), ma assolutamente sterile e infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa». Precisa la Corte che «[il] diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli [...] costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli art. 2, 3 e 31 Cost. [...], con incidenza sul diritto alla salute (inteso, nel significato proprio dell'art. 32 Cost., come comprensivo anche della salute psichica, oltre che fisica)»¹⁵.

¹⁴ N. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 6.

¹⁵ Si tratta di Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, I, p. 2324, con nota di G. CASABURI, “Requiem” (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; in *Dir. pers. fam.*, 2014, p. 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa*,

La nettezza di una affermazione di tal fatta si spiega forse con il fatto che essa riguardava l'accesso alla PMA eterologa da parte di *coppie eteroaffettive*, non si pensava – ingenuamente – che, affermato il diritto, sarebbe stato rivendicato dalle *coppie omoaffettive*.

Ciò che puntualmente accadde qualche anno dopo. E la Consulta del 2019 (n. 221)¹⁶, in occasione del ricorso teso alla declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, legge n. 40/2004, nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «coppie [...] di sesso diverso», questa volta esclude che siffatto diritto esista e distingue il desiderio di essere genitore dal diritto a divenirlo: all'ordinamento non può essere richiesto di assicurare la «soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»¹⁷. La contraria affermazione contenuta nella 162 del 2014 riguardava – si precisa – la specifica fattispecie della coppia eterosessuale affetta da patologie della fertilità.

Ed ancora nella sentenza 33 del 2021, in occasione della dichiarazione di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici di legittimità con l'ordinanza n. 8325 del 2020, la Corte ribadisce che dall'art. 2 «non deriva alcun diritto alle genitorialità» come «aspirazione a procreare e crescere figli»¹⁸.

Nell'ambito della dottrina conosciamo posizioni fortemente oppostive rispetto alla configurabilità di siffatto diritto¹⁹: riconoscerlo, si afferma, significa

ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare; in Eur. dir. priv., 2014, p. 1105, con nota di C. CASTRONOVO, Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale; in Fam. dir., 2014, p. 753, con nota di V. CARBONE, Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia.

¹⁶ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*; in *Foro it.*, 2019, I, c. 3798 ss. con nota di G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili); in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 s., con note di I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo* e M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*; in *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020, con nota di S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*; in *Forum Quad. cost.*, 2020, 2, p. 143 ss., con nota di M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*; in *Dir. giust.*, 24 ottobre 2019, con nota di G. MARINO, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*.

¹⁷ Corte cost. n. 221 del 2019, § 19.

¹⁸ Corte cost. n. 33 del 2012, § 2.2.4.

¹⁹ A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni unite*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 1178 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

accogliere una prospettiva “adultocentrica” anziché minoricentrica o puericentrica o paidocentrica²⁰, rispetto alla quale «i “bisogni” del minore di età quale persona unitariamente intesa in tutte le sue componenti – affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali – sembrano “dissolversi” al cospetto dei “bisogni” degli aspiranti genitori»²¹. «Essere genitore – si afferma – non costituisce un diritto suscettibile di tutela [poiché] oggetti di questo diritto sarebbe un soggetto (il figlio) che non si può “oggettivizzare” reclamandolo come bene ma soltanto renderlo destinatario di una relazione complessiva»²². «Il desiderio di avere un figlio – si legge ancora²³ – è pertanto più che legittimo» ma purché sia chiaro che «si tratta solo di un desiderio»²⁴.

Di che si tratta dunque? Di un desiderio, di un bisogno, di una esigenza, di un diritto fondamentale direttamente derivante dall'art. 2 Cost. come attributo della personalità?

Ebbene, la sensazione che si ha è che tutte le posizioni siano fortemente condizionate, oltre che dalla particolare sensibilità o visione etica che appartiene a ciascuno, dall'esisto cui l'affermazione o la negazione del diritto porterebbe. Una sorta di precomprensione (dalla quale non sarà forse sc evra neppure la lettura che si offrirà in questa sede).

Ma altro è riconoscere che esiste un interesse, altro è comprendere che situazione soggettiva può essere ricostruita intorno ad esso. Un aspetto attiene al piano del fatto, uno al piano del valore, della valutazione che ne operi l'ordinamento. Per rispondere al quesito (come in generale per conoscere ogni fenomeno potenzialmente rilevante per il diritto) occorre:

- a) recuperare la dialettica substrato materiale-elemento formale, realtà – se si vuole – pregiuridica ed ordinamento giuridico “qualificante”²⁵;
- b) rammentare l'idea della circolarità sulla quale si fonda l'esperienza giuridica come «processo che inizia con l'individuo e termina, per via di successivi,

²⁰M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 763 ss.

²¹G. RECINTO, da ultimo in *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni unite in tema di genitorialità*, cit., p. 430 v. altresì, tra gli altri scritti dell'a. sul punto, *Un pericolo “passo indietro” della Suprema Corte a proposito della c.d. maternità surrogata*, in *Diritto e religioni*, 1, 2020, p. 540 ss.

²²L. MORAMARCO, *Omogenitorialità e interesse del minore nella second parent adoption*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1204.

²³L. BOZZI, *La tutela del minore: un'analisi non retorica de iure condito e de iure condendo*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., p. 1067.

²⁴Ma al contempo altri pensa che «l'allevamento della prole sia la nuova funzione sociale, anzi individuale, il fine, la causa esterna del gruppo familiare» (M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., p. 1046).

²⁵G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 152.

continui e collegati sviluppi, nell’ordine giuridico»²⁶. È «alla realtà sociale [che] è demandata la creazione di nuove esigenze» mentre all’ordinamento non resta che «seguire questo movimento [...] con prevalente funzione di tutelare, [e/o] di limitare». ²⁷ Affinché l’atto individuale divenga un fatto sociale occorre che «il processo che inizia con l’atto individuale prosegua in un insieme di atti individuali, attraverso forme di condotta o regole di azione uniformi e costanti»²⁸. È la «normatività sociale originaria» di una data comunità²⁹ che avrà la sua ricaduta in senso discendente con una regola, la cui condivisione da parte dei consociati si traduce, *ex post*, in effettività. È stata la parabola della legge n. 40, è stata la parabola del testamento biologico³⁰ (prima ancora della legge sull’aborto e sul divorzio).

Ebbene vi sono indici, ad avviso di chi scrive, della ricorrenza e uniformità del “desiderio razionalizzato” in cui consiste l’interesse, della tensione dell’individuo verso quel bene della vita che è, nella specie, la genitorialità³¹. Ne sono prova la numerosità di condotte volte a realizzarla nella pratica, l’entità del contenzioso giunto sino alle più alte corti di coloro che rivendicano una genitorialità³².

Interesse, parte dell’esperienza giuridica nel suo aspetto sociale o materiale, meritevole in quanto «esperienza esistenziale fondamentale, che riguarda il sentimento e l’affettività»³³ (da ricondurre all’art. 2 Cost.), la cui mancata realizzazione porta ferite profonde (lo sanno in molti), e che attende oggi di essere tutelato o limitato dall’ordinamento. Ma comunque valutato.

Chiaro essendo che la ricorrenza/uniformità del fenomeno nella realtà sociale, la esistenza dell’interesse cioè, nulla ci dice ancora dell’intensità del potere da cui è assistito, quindi della natura della situazione soggettiva che esso giustifica.

Tornano qui più che mai utili gli studi di teoria generale sulle situazioni soggettive, sulla loro complessità, potenziale atipicità³⁴ (si pensi all’“interesse giuri-

²⁶ G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 192.

²⁷ G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 194.

²⁸ G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 206

²⁹ E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1038.

³⁰ L. LENTI, *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., p. 1066; p. 1078.

³¹ L. BOZZI, *La tutela del minore: un’analisi non retorica de iure condito e de iure condendo*, cit., p. 1067.

³² V. ROTONDO, *I requisiti di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 130.

³³ Ancora L. BOZZI, *op.cit.*

³⁴ Per tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile secondo il sistema italo-europeo della fonti*, cit., *passim*.

dicamente protetto” elaborato inventato da Rubino per la responsabilità patrimoniale)³⁵.

Se si volesse provare a descrivere questa situazione (in una primissima approssimazione)³⁶ potrebbe dirsi che si tratta non certamente di un diritto soggettivo dell’adulto (tipicamente assistito da una logica individualistica, volontaristica e negoziale), non solo e non tanto per inidoneità del minore ad esserne punto di riferimento oggettivo, ma per la sua dimensione invece necessariamente relazionale e la sua particolare complessità. In quanto interesse che trova fondamento negli artt. 8 e 9 della Carta di Nizza, 8 della Convenzione, 29 e 30 Cost., ma soprattutto 2 Cost., dal quale ultimo soprattutto mutua la necessità di coniugare «la realizzazione del se» con il «dovere inderogabile verso l’altro» che la solidarietà impone, la relativa situazione diviene più responsabilità procreativa che diritto alla genitorialità³⁷. Una situazione di potere condizionato al prioritario soddisfacimento di un interesse altrui, quello cioè del minore.

4. *Il contrapposto (miglior) interesse del minore: ricostruzione e declinazioni*

Ed allora, se esiste un interesse alla genitorialità, nel senso descritto, in capo alla coppia eteroaffettiva, capace di tradursi nel diritto di accesso agli strumenti di procreazione alternativi a quella biologica in caso di infertilità o malattie genetiche (legge n. 40/2004), incarna una violazione del principio di eguaglianza impedire alle coppie omosessuali l’accesso alla medesima strada – come lamentato affermato da Corte cost. n. 227/2019 più sopra richiamata – e ad ogni altra tecnica sostitutiva di quella biologica (in special modo alla surrogazione)?

Afferma la Corte nella più volte richiamata Cost. n. 221/2019 che le limitazioni poste all’accesso alla PMA eterologa alle coppie omoaffettive trova giustificazione nell’idea di fondo che «che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato». E ciò «a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch’esse, *all’occorrenza*, le funzioni genitoriali» (corsivo nostro).

³⁵Sul quale sia consentito rinviare a E. MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale e natura dell’interesse del creditore sul patrimonio del debitore*, in Domenico Rubino, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Esi, Napoli, 2019, p. 597 ss.

³⁶E senza voler neppure per un attimo ignorare le feroci critiche mosse al diritto all’autodeterminazione da C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1122.

³⁷Sul punto v. le attente osservazioni di A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e cambiamento*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., p. 1055.

Dinanzi ad una affermazione di tal fatta, si replica che è irragionevole ammettere la capacità genitoriale della coppia omoaffettiva in situazioni di necessità e negarla in via generale, reclamando il bisogno del minore *ab inizio* attenzione. «L’interesse da perseguire è soddisfare è sempre il medesimo, tanto nel momento della nascita che in un altro momento della vita del minore, sebbene con diverse specificità dettate dai peculiari stati dell’età anagrafica, o il nucleo omosessuale è ritenuto sempre potenzialmente idoneo a soddisfare detto interesse o non lo è mai»³⁸.

Si obietta, cioè: se l’interesse del minore ad essere accudito è sempre lo stesso, e la famiglia omoaffettiva è “famiglia”, è irragionevole ammettere la genitorialità delle coppie eteroaffettive e negarla per quelle omoaffettive.

Sebbene non sia peregrina, l’osservazione è però costruita con un tipico procedere di tipo sillogistico (premessa maggiore + premessa minore = conclusione) che, di là dalla logica sulla quale sempre si fonda, presenta sempre il limite di non garantire la bontà delle premesse.

Si è così sicuri, per l’appunto, che l’interesse del minore sia sempre lo stesso?

Sull’interesse del minore – che entra in bilanciamento con il preteso interesse alla genitorialità – tanto si è detto e scritto: che è il nuovo «principio sistematico organizzatore del diritto minorile» e di famiglia³⁹; che è però dotato di «ontologica vaghezza»⁴⁰; addirittura nuovo «interesse superiore della famiglia» (rilevante sub art 144 c.c.)⁴¹; una delle tante «formule magiche» alle quali si è soliti ricorrere quando non si rinviene un criterio univoco e sicuro di decisione⁴²; principio «polivalente»⁴³ del quale bisogna assicurare oltre che la proclamazione anche l’effettività⁴⁴.

Cionondimeno, non può negarsi che il «miglior interesse del minore»:

– per quanto «concetto indeterminato» (concetti indeterminati quanto mai necessari, però, come valvole di adeguamento dell’ordinamento alla mutevolezza della realtà sociale) presenta un ancoraggio forte e una tutela dall’«arbitrio» e

³⁸ V. ROTONDO, *I requisiti di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 140.

³⁹ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 407.

⁴⁰ M. BIANCA, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. XV.

⁴¹ M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, cit., 1046.

⁴² V. SCALISI, *o.u.c.*, p. 411 ed ivi ulteriori riferimenti.

⁴³ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 64 ss.

⁴⁴ V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 408. Sul punto altresì v. le considerazioni di L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86.

dall'«ideologismo» nell'assetto valoriale che il nostro ordinamento esprime, «che non può che essere quello solidaristico-personalista del pieno e integrale sviluppo della persona umana enunciato dall'art. 3 Cost. della Costituzione italiana, ma anche più volte richiamato dalla Convenzione ONU del 1989 (artt. 18, comma 1; 27 comma 1; 29 comma 1, lett. a); 32, comma 1»⁴⁵. Come segnalato dal Comitato dei diritti del fanciullo⁴⁶ nel suo Commento generale n. 14 (2013) è un concetto triplice: è principio giuridico interpretativo fondamentale; diritto sostanziale (esso sì, qualificabile se si vuole alla stregua di un diritto soggettivo) e regola procedurale. «Nella sua dimensione procedurale il superiore interesse presuppone che ogni qual volta si assume una decisione concreta che riguardi il minore, [...] si dovrà valutare l'impatto positivo o negativo che quella decisione determina»⁴⁷;

– in quanto consistente in un diritto sostanziale al «miglior tipo di esistenza per esso realmente possibile e praticamente realizzabile»⁴⁸, «in atto e in prospettiva futura, con riferimento all'aspetto fisico e psichico, materiale e spirituale, morale e sociale», afferente ad una persona in evoluzione, l'interesse del minore non è sempre lo stesso, non è unico e monolitico, ma presenta declinazioni che lo connotano imprescindibilmente.

Prima ancora cioè che essere «interesse a vedere mantenuto e formalizzato il rapporto anche con il genitore di affezione nel luogo in cui si svolge la propria vita familiare» (come da ultimo nella ordinanza di rimessione 1842 del 2022), quel «migliori tipo di esistenza» del minore deve guardarsi al momento della generazione/procreazione/gestazione; successivamente al momento della sua venuta al mondo, e di lì in avanti (si pensi a quello che sarà il diritto all'ascolto o ad essere interpellato nelle decisioni che lo coinvolgono).

L'interesse si evolve, cioè, come si evolve la persona di cui è connotato, condizionando gli esiti del bilanciamento che lo vedono protagonista.

5. Presunta violazione del principio di eguaglianza e corretta selezione del tertium comparationis. *Generazione, accudimento, accoglimento*

Allora, nel valutare se incarna una violazione del principio di eguaglianza-

⁴⁵ V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 413; quello solidaristico e personalista del pieno e integrale sviluppo della persona umana: P. PERLINGIERI, *il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., § 1.

⁴⁶ E ricordato da V. BARBA, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 833.

⁴⁷ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 413; V. BARBA, *o.l.u.c.*

⁴⁸ V. SCALISI, *op. l. ult. cit.*

ragionevolezza impedire alle coppie omo-affettive l’accesso ad ogni altra tecnica sostitutiva di quella biologica (PMA eterologa e surrogazione di maternità) che soddisfi il loro interesse alla genitorialità, essendo l’interesse contrapposto del minore – si diceva – *non* sempre lo stesso, si tratta selezionare correttamente il cd. *tertium comparationis*.

Ebbene, (a) rispetto alla *generazione*, le coppie eteroaffettive ed omoaffettive non sono uguali, molto banalmente potendo le prime biologicamente, naturalmente procreare e le altre no. Questo però non esaurisce il problema, poiché la scienza ed il pensiero liberista spostano il confine di ciò che si può fare: si può procreare, cioè, mediante ricorso ad un donatore anonimo nella PMA eterologa o con maternità surrogata, così ripristinando il binomio biologico mancante. Allora, perché se la scienza consente di superare la differenza naturalistica tra le coppie, non lo consente altresì l’ordinamento?

Soccorrono le considerazioni spese oramai nel ’89 dall’illustre Maestro Luigi Lombardi Vallauri che già allora si interrogava su questioni di manipolazione genetica prenatale⁴⁹. E soccorre in particolare quello che lui chiamava il *principio di venerazione*, e non solo di rispetto, «nel toccare quella minuscola, misteriosa articolazione de visibile e dell’invisibile, dell’esteso e del cosciente, del fisiologico e del simbolico, del temporale e del (forse) per-sempre» che è la vita umana, sin dal suo inizio.

Principio che porta ad una quasi presunzione di illiceità di ogni tecnica manipolatoria di cui non si dimostri la *vantaggiosità* per il nascituro o quanto meno la *innocuità*⁵⁰. E al rifiuto per qualunque strumentalizzazione del minore ad un interesse altrui, questa volta all’interesse alla genitorialità dell’adulto⁵¹.

Si rinviene una concordanza nel pensiero più recente di chi traduce l’apparentemente banale principio di dignità in un complesso e completo statuto antropologico della persona umana intesa in ogni parte del suo materiale organico, da cui deriva uno scudo normativo di intangibilità per ciascun essere umano e di indisponibilità verso lo stato e verso i privati⁵².

Ed allora, fermo restando che molte valutazioni saranno di tipo «chiaroscuro», con approvazioni e dinieghi condizionati⁵³, e che le condotte non presentano tutte il medesimo contenuto di disvalore, il miglior interesse del minore, riguardato e declinato al momento della *generazione*, è interesse a preservare la sua identità e la sua dignità; valori rispetto ai quali le tecniche non sono innocue né vantaggiose.

⁴⁹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre, Vita e Pensiero*, Milano, 1989, p. 129.

⁵⁰ L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 129, p. 157, p. 129.

⁵¹ Così Corte cost. 33/2021.

⁵² G. LA ROCCA, *La genitorialità omoaffettiva tra artt. 2 e 29 cost.: la Corte costituzionale sollecita il Parlamento su questioni sensibili non solo eticamente*, in *Il caso.it*, 25 ottobre 2021, p. 12.

⁵³ L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre*, cit., p. 130.

Quanto alla gestazione per altri, come noto, la donna che porta in grembo un bambino costruisce durante la gravidanza un rapporto chiamato di *cross-talk*, di comunicazione e conoscenza molecolare, mediante segnali biochimici⁵⁴. L'epigenetica insegna che quanto avviene nell'ambiente ormonale uterino condiziona la specifica individualità di quel nato⁵⁵. A questa visione di maternità corrisponde, si è detto molto opportunamente, una certa visione *dell'umano e dell'umanità*⁵⁶. La surrogazione – di là dalla difficoltà di iscriverla nello statuto generale dell'obbligazione⁵⁷ – presenta quindi un importante contenuto di disvalore, nel privare scientemente il minore del rapporto fondamentale (direi *fondativo*) con la sua madre gestante. La lesione del suo interesse si coglie in termini di grave lesione dell'identità personale del nato (una cui componente è certamente l'identità genetica e biologica), menomato, direi, per sempre, della figura della madre che lo ha generato (e nel caso di omogenitorialità maschile, di qualunque altra figura materna – per quanto possibile – sostitutiva).

Presenterà invece un contenuto di disvalore minore la PMA eterologa femminile, nella quale siffatta menomazione non sussiste, ma ad essere lesa è – il pur importantissimo – interesse alla bigenitorialità genetica, anch'esso impingente nell'identità personale e nella dignità propria dell'umano.

Quanto invece (b) all'*accudimento* e all'*accoglimento*, a mio avviso non vi sono elementi di differenziazione giustificabili tra coppia omoaffettiva e coppia eteroaffettiva non potendosi condividere l'affermazione su esposta della Corte secondo la quale «una famiglia composta da due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresent[a] [...] il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato».

Essa andrebbe rettificata nel senso che il luogo più idoneo ad accogliere e crescere un figlio sono la madre che lo ha generato in grembo e che, in un *continuum* di rapporto con lui, lo accoglie e lo accudisce dalla nascita in poi, ed il padre biologico; in mancanza dei quali qualunque *famiglia* che lo voglia accogliere sarà ugualmente idonea.

L'interesse superiore del minore, come interesse all'*accudimento* e all'*accoglimento*, si coniuga (e non confligge) con l'interesse alla genitorialità della coppia etero affettiva, omoaffettiva ed anche della persona singola che con un minore voglia costituire la famiglia, condizionatamente alla inesistenza o impossibilità della famiglia che lo ha generato biologicamente (in ossequio anche all'art. 1, legge n. 184/1983).

⁵⁴ G. RECINTO, *Un pericoloso “passo indietro” della Suprema corte a proposito della cd. “maternità surrogata*, cit., p. 545.

⁵⁵ G. LA ROCCA, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁵⁶ G. LA ROCCA, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁵⁷ A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 480.

Ad una valutazione *ex ante* circa la ragionevolezza delle scelte normative, appaiono dunque tuttora giustificati il divieto di fecondazione eterologa per coppie dello stesso sesso e viepiù il divieto di surrogazione anche se gratuita⁵⁸. Su quest’ultimo aspetto, innanzi tutto vi sarebbero indagini da fare circa la presunta gratuità della maternità surrogata “altruistica”, nella quale «spesso si annidano clausole di rimborso o di indennizzo a favore della gestante, come, ad esempio, quelle relative ai cd. mancati guadagni, che “nascondo” dei veri e propri compensi»⁵⁹; ma, anche ove mai realmente altruistica, essa non cesserebbe di arrecare lesione alla dignità della gestante⁶⁰, e certamente continuerebbe a ledere la dignità e l’identità del nascituro per le medesime ragioni suesposte.

6. Ricadute applicative e conclusioni

Con riguardo invece alle ricadute *ex post* non si può fare a meno di considerare che «altro è il discorso sull’*an* dell’inseminazione [e della surrogazione di maternità], altro quello sulle sue conseguenze. Queste non possono essere ignorate dal giurista. Anche se l’*an* non fosse conforme [come non è conforme] all’ordinamento, le conseguenze dovrebbero comunque essere previste in modo da non pregiudicare il nato»⁶¹.

Il parere consultivo 10 aprile 2019 della Grand Chambre C.Edu⁶² chiede il riconoscimento della relazione del minore con il c.d. genitore intenzionale, che passi per il riconoscimento/trascrizione o altri strumenti, purché le modalità previste dal diritto interno garantiscano una attuazione celere ed effettiva.

La Corte costituzionale (32 e 33 del 2021) chiede una «riscrittura delle previ-

⁵⁸ La possibilità di considerare legittima la surrogazione a seguito di un bilanciamento in concreto dei valori costituzionali in conflitto (*melius*, in concorso) in considerazione della legislazione del paese in cui è praticata, delle motivazioni che hanno mosso la donna e se ne sia stata garantita la scelta libera e revocabile, senza corrispettivo economico, è la proposta che la Prima Sez. della Corte di Cassazione (Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Famiglia*, 2022, p. 235 con nota di A. FEDERICO, *La «maternità surrogata» torna alle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1047; R. TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*, p. 253 ss.; in *D&G*, 2022, 24 gennaio, con nota di K. Mascia; in *GiustiziaCivile.com*, 1 giugno 2022, con nota di L. Passafiume) sottopone al vaglio e poi sconfessata delle Sezioni unite, con sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022.

⁵⁹ G. RECINTO, *Un pericoloso “passo indietro” della Suprema Corte*, cit., p. 545; anche A. MORACE PINNELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita*, cit., p. 1179, nota 26.

⁶⁰ G. RECINTO, *op. l. ult. cit.* Nello stesso senso M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica*, cit., p. 775.

⁶¹ P. PERLINGIERI, *il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 780.

⁶² Corte eur. dir. uomo, G.C. 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001, con nota di A.G. Grasso, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2019, p. 757.

sioni in materia di riconoscimento» oppure «l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione».

La dottrina per parte sua propone soluzioni differenziate, che da un riconoscimento pieno arrivano alla necessaria adottabilità del minore nato da surrogazione⁶³.

Ebbene, quanto alla surrogazione, secondo le note Sezioni unite del 2019⁶⁴, il divieto di maternità surrogata è principio di ordine pubblico internazionale, quindi «prevalente a priori sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto». Il divieto penale posto dall'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004 consentirebbe quindi «un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero» dal minore, e la compromissione del suo superiore interesse alla conservazione del rapporto di filiazione.

Ma se, da un lato, la pratica deve essere ancora condannata, anche nella sua forma gratuita, è inammissibile, dall'altro, che l'interesse del minore, alla identità personale, prima, e alla bigenitorialità e alla vita familiare, poi, si affievolisca in ragione del contegno illecito dei genitori. Ciò (che ci riporta all'epoca della ghetizzazione dei figli naturali e incestuosi) strida con i valori espressi dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali e dalle norme ordinarie⁶⁵, da cui emerge che rispetto ad ogni altro principio, se non se ne vuole ammettere la superiorità, l'interesse del minore deve comunque porsi in una logica di parità⁶⁶.

«L'ordine pubblico, interno o internazionale, allora, va soltanto correttamente e sistematicamente inteso, ponendo al centro del bilanciamento dei contrapposti interessi il valore preminente per il nostro ordinamento, ed ormai anche per quello sovranazionale, ovvero la persona umana, ed in questo caso il minore di età»⁶⁷.

⁶³ In questo senso G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 821. Nel mezzo, soluzioni che nel tentativo di accordare tutela piena al minore, non rinunciano a preservare un regime sanzionatorio per i genitori: A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 761.

⁶⁴ Si tratta di Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1951; in *Riv. dir. int.*, 2019, 4, p. 1225; in *Giust. civ. Mass.*, 2019; in *D&G*, 2019, 8 maggio; in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, p. 1287; in *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, I, p. 1062.

⁶⁵ Artt. 3, 8, 9 *Convenzione di New York*, 1 e 6 *Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*; artt. 8, 9, 10, 22, 23, 28, 33 *Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore* del 1996, l'art. 24 della Carta di Nizza, artt. 2, 30 Cost.

⁶⁶ G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità. Un (necessario) aggiornamento*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, § 3.

⁶⁷ G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 96; G. FERRANDO, *op. l. ult. cit.*

Se l'ordine pubblico ingloba l'interesse del minore, direi in tutte le sue declinazioni, e quest'ultimo reclama nel concreto, la migliore realizzazione possibile, non può mai conoscere affievolimento dinanzi alla necessità di scoraggiare una pratica illecita⁶⁸.

È il medesimo principio di venerazione che non consente la strumentalizzazione del minore, come prima all'interesse dell'adulto, così ora a quello superiore dell'ordinamento.

In secondo luogo, quanto alla PMA, la non contrarietà all'ordine pubblico della norma di divieto dell'art. 4 della legge n. 40 ha consentito che l'atto di nascita formato all'estero e di cui si chiede la trascrizione possa contenere l'indicazione delle donne come due genitrici. Viceversa, il medesimo rapporto di genitorialità piena viene negato in caso di nascita in Italia⁶⁹ e l'adozione in casi particolari, (riformulata)⁷⁰, torna ad essere il punto di «equilibrio tra le molteplici istanze implicate nella complessa vicenda».

La questione però non pare risolta. Innanzi tutto, a seconda che la nascita avvenga in Italia o fuori, con la medesima condotta quanto meno elusiva del divieto di fecondazione eterologa, si accede ad uno *status* di genitori/filiazione pieno nel caso di atto di nascita formato all'estero o ad uno *status* “incompleto”, fondato su riconoscimento + adozione mite, in caso di nascita in Italia.

Ebbene, a mio avviso:

a) La differente localizzazione della nascita non è circostanza idonea ad asurgere a ragionevole criterio di differenziazione, tra due situazioni recanti il medesimo disvalore. Insegnano gli studi sul principio di eguaglianza, che si deve scegliere la assimilazione-inclusione o la discriminazione-esclusione sulla base di differenze tra fattispecie *qualificanti* rispetto alla *ratio* della norma, laddove la nascita in Italia o all'estero rappresenta circostanza di fatto meramente contingente. Quindi o entrambe le fattispecie vengono regolate con il riconoscimento/trascrizione della doppia maternità o entrambe con la combinazione riconoscimento + adozione mite.

b) Peraltro, non convince l'idea che la condotta di chi accede alla tecnica di PMA fuori dai casi consentiti dalla legge n. 40 (nella specie della coppia omoaffettiva femminile) sia illecita, ma non tanto da intaccare l'ordine pubblico per il sol fatto che la norma di divieto non è assistita da sanzioni penali: le sanzioni penali nella surrogazione non sono il fondamento dell'illiceità che riposa invece

⁶⁸In questo senso anche G. SALVI, *op. l. ult. cit.*

⁶⁹Da ultimo con Cass. 23320 e 23321 del 2021.

⁷⁰Le sentenze surrichiamate intervenivano a valle della pronuncia della Corte cost di inadeguatezza dello strumento della adozione mite (Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), ma a monte della sua ripristinata operatività ai sensi della successiva Corte cost. n. 79 del 2022: lo stato dell'arte era dunque che il lamentato vuoto di tutela (creato dalle richiamate Corte cost. nn. 32 e 33/2021) non dovrebbe più sussistere.

nella violazione degli artt. 2, 3, 29, 30, 32 c.c., nello zoccolo duro dei principi di dignità della persona e solidarismo, i medesimi principi che giustificano anche il divieto la PMA omogenitoriale.

In sostanza, la surrogazione di maternità e la PMA utilizzate da coppia omoaffettiva, la cui illiceità presenta uguale fondamento ma diversa gradazione, dovrebbero essere sottoposte al medesimo trattamento con differente intensità della sanzione, pur nella consapevolezza che «è molto difficile rendere efficace e davvero pienamente operativo il divieto [...] senza con ciò ledere i diritti e gli interessi tanto del nato quanto del padre genetico»⁷¹.

Nell'insufficienza oramai conclamata, la soluzione (pur geniale) dell'adozione in casi particolare (che aveva una ispirazione anche sanzionatoria, o 'simbolica') dovrebbe altresì cadere, senza l'ipocrisia di un suo smantellamento progressivo, pezzo per pezzo⁷²; e dovrebbe darsi spazio ad una più ampia riforma dell'adozione che raccolga le istanze che provengono dall'attuale contesto sociale⁷³:

- di maggior celerità dei procedimenti;
- di apertura alla legittimazione di tutti alla adozione come riflesso del diritto di ogni famiglia alla genitorialità di *accoglienza*⁷⁴;
- di affermazione di unicità dello stato filiale non solo nell'ambito della discendenza biologica, ma anche con riferimento alla filiazione adottiva⁷⁵ lasciando ad una valutazione del caso concreto la rottura del legame con la famiglia d'origine ed ogni altra declinazione⁷⁶;

⁷¹ L. LENTI, *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., p. 1083.

⁷² Essendo irragionevoli gli ulteriori elementi di differenziazione, alla luce della *ratio* dell'intervento demolitorio della Corte, come la dottrina attenta non ha mancato di rilevare: R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 952 ss.

⁷³ L. BOZZI, *La tutela del minore: un'analisi non retorica de iure condito e de iure condendo*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., p. 1067.

⁷⁴ Che l'adozione di persona sola non contrasti con gli artt. 3, 29 e 30 Cost. e con l'ordine pubblico costituzionale avevano già affermato Corte cost. n. 183/1994 e Cass. n. 3572/2011, né mancano progetti di legge in questo senso. È stata invece dichiarata inammissibile per carenza di motivazione la relativa questione di legittimità costituzionale (Cost. n. 252/2021). Quanto all'adozione da parte di coppia omoaffettiva, è significativa la recente Cass., sez. un., n. 9006/2021 che ha dichiarato legittima la trascrizione di un provvedimento di adozione (piena) conseguito all'estero da coppia omoaffettiva».

⁷⁵ V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 503.

⁷⁶ Un'apertura in questo senso dalla recente Cass. n. 1476/2021 che raccomanda al giudice una valutazione caso per caso della decisione circa la rottura del legame con la famiglia di origine che corrispondo o meno all'interesse del minore, per quelle ipotesi di semiabbandono – capacità genitoriali deficitarie o altalenanti – per le quali l'adozione legittimante è sproporzionata.

– di effettività dell’attuale art. 1, legge n. 184/83, e del principio del diritto del minore a crescere nella la propria famiglia naturale⁷⁷, sì che la sottrazione (e la adottabilità) sia sempre l’*extrema ratio* (che non intervenga per indigenza – ma ci si adoperi a sostegno delle famiglie; né, mai, per violazioni commesse dai genitori foss’anche dei genitori entrambi sociali)⁷⁸: avendo l’interesse un suo contenuto relazionale rispetto agli altri interessi con i quali si misura, ma anche al suo interno potendo ammettere una pluralità di modalità di attuazione, giammai la scelta comparativamente migliore sarà la sottrazione alla famiglia con la quale aveva comunque instaurato una, sia pur minima, iniziale vita di comunione affettiva, e l’affidamento ad un istituto per l’avvio di un procedimento di azione che chissà come e chissà quando – e chissà se – si realizzerà.

Ne beneficerebbe anche il principio di coerenza del sistema, nel senso della ricostituzione della corrispondenza illecità/irricognoscibilità automatica e del binomio genitorialità volontaria(adozione)-naturale (riconoscimento), le uniche due verso la genitorialità coerenti con il valore della persona umana⁷⁹. *Tertium non datur*: il comune progetto genitoriale non pare autonomo criterio di imputazione della filiazione.

Residuano in chiusura, due interrogativi.

Cosa resta del principio di legalità? Se non si può pensare a soluzioni quali l’introduzione di sanzioni amministrative pecuniarie (che si appuntino anche sui genitori, per entrambe le condotte, ma diversamente modulate) o alla degradazione a filiazione adottiva anche della filiazione biologica, quanto meno per la surrogazione⁸⁰, forse bisogna arrendersi alla impossibilità di rendere realmente efficace il divieto, senza però rinunciare ad esso e alla sua proclamazione.

Secondariamente. In attesa della tanto auspicata riforma della disciplina dell’adozione, è forse lecito chiedersi se il rimedio può essere adottato dall’interprete in funzione vicaria. Si tratta di forzare il dato normativo, disapplicando in sostanza il presupposto della situazione di «abbandono» per dare luogo all’adozione piena, o parificando completamente l’adozione in casi particolari

⁷⁷ Diritto qualificato come diritto fondamentale del minore che si pone accanto a quelli proclamati dall’art. 315-*bis* c.c. da C.M. BIANCA, *Commento all’art. 1*, in C.M. BIANCA E L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Commentario alla legge 28 marzo 2001, n. 149. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori*, in *Nuove leggi civ.*, 2002, p. 909; nello stesso senso A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita*, cit., p. 1178.

⁷⁸ Si pensi a notissimo caso Paradiso/Campanelli c. Italia, per il quale v. per tutti L. TULLIO, *Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Menneson*, in *Dir. succ. fam.*, 3 del 2020, p. 1035 ss.

⁷⁹ Ancora, V. CALDERAI, *op. l. ult. cit.*

⁸⁰ È la interessante proposta di E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 923 s.

all'adozione piena quanto ad effetti. Certo, un'operazione ermeneutica forte, direi sovversiva; ma non sarebbe la prima volta: lo hanno fatto Cassazione e Corte costituzionale (n. 170/2014) con la sentenza del divorzio imposto, obliterando il presupposto della eterosessualità dei nubendi per il matrimonio, prima dell'entrata in vigore della legge n. 76.

Che questa sia una strada che rifletta e soddisfi le attese della realtà sociale, non si può dire, né che ricadute avrebbe in punto di effettività. Proprio in ciò però consiste quel «tormento del giurista» che trova il suo conforto nella fiducia nell'essenzialità del suo ruolo che nessun potere potrà mai annientare⁸¹. Laddove non lo fosse e, acquisite come pratiche legittime la surrogazione e la PMA eterologa da parte di coppie omoaffettive, si giungerà a parlare tra una manciata d'anni di utero meccanico, forse si sarà avverato il rischio paventato dal prof. Lombardi Vallauri, il quale avvertiva: la scienza ci darà sempre più strumenti per "ricreare" la vita umana ma sempre meno ragioni per farlo⁸².

⁸¹ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 2.

⁸² L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre*, cit., p. 158.

L'INTERESSE DEL MINORE
E LA SUA TUTELA NEL PROCESSO

INTERESSE DEL MINORE E VERITÀ BIOLOGICA NELLE AZIONI DI STATO

Michele Sesta

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interesse del minore nelle azioni di stato. – 3. Disconoscimento della paternità. – 3.1. Nomina del curatore speciale. – 4. Ascolto del minore nei procedimenti in materia di *status filiationis*. – 5. Termini per l'esercizio delle azioni di stato. – 6. Impugnazione del riconoscimento del figlio. – 7. Conclusione.

1. Premessa

Il titolo di questo convegno evidenzia i due opposti poli tra i quali oscillano le questioni attinenti il diritto di famiglia: natura e storia, potremmo dire natura e cultura. Quanto sia rilevante e significativo nel nostro ordinamento il richiamo alla natura non abbisogna di dimostrazioni: basti pensare alla formula dell'articolo 29 Cost., che tanto ha fatto discutere i giuristi nei decenni che ci separano dalla sua entrata in vigore¹. Una formula che da alcuni è stata interpretata alla stregua di un riferimento al diritto naturale, come se la famiglia rappresentasse un'entità immutabile, sempre uguale a se stessa². Da altri, per contro, come una formula aperta, che consente di dare ingresso nell'ordinamento alle concrete variegate modalità attuative delle relazioni familiari rinvenibili in un determinato momento storico³. Quest'ultima visione, riproposta non molto

¹ M. SESTA, *sub art. 29 Cost.*, in ID. (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 80 ss.

² C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in P. CALAMANDREI-A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, p. 285; C. GRASSETTI, voce *Famiglia (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 48. Cfr., altresì, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, II ed., Utet, Torino, 1949, p. 499. A proposito dei lavori costituzionali, v. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 503 ss.

³ T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 220; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 780 ss.; M. BESSONE, *sub art. 29 Cost.*, in *Comm. cost. Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-

tempo fa da Roberto Bin⁴, consente di riconoscere legittimità ai vari modelli di famiglia che si sono presentati negli ultimi decenni, che in vario modo si discostano da quello fondato sul matrimonio. Ed è significativo ricordare che la recente riforma processuale ha istituito il tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie, consapevole della pluralità che le relazioni familiari hanno assunto nel nostro ordinamento⁵.

2. *L'interesse del minore nelle azioni di stato*

Come è stato scritto, «Fra gli strumenti di protezione e di promozione dei diritti del minore la necessità prioritaria di perseguire il suo benessere, vale a dire appunto ciò che comunemente si indica con la formula interesse del minore, ha un rilievo particolarmente alto. I minorenni, dunque, hanno il diritto a che ciò abbia un valore prioritario per le decisioni che li riguardano e che queste siano prese a conclusione di una valutazione personalizzata delle circostanze. Oltre a indirizzare la condotta dei genitori che esercitano la responsabilità parentale – come prescritto dall'art. 18 della citata Convenzione di New York e dall'art. 315-*bis* c.c. – questo deve anche essere lo scopo che regge ogni decisione giudiziaria o amministrativa che li riguardi, che incida sulla loro vita»⁶.

Questa affermazione è particolarmente sfidante nell'ambito delle regole di attribuzione dello stato di filiazione e delle azioni volte ad accertarlo o a contestarlo, azioni in cui la dialettica tra interesse del minore e verità biologica della filiazione è particolarmente complessa.

Accogliendo l'invito a fare un po' di storia, occorre allora ricordare che prima delle riforme degli anni Settanta le azioni di stato si uniformavano al principio del *favor legitimitatis*. Emblematica, in questo senso, era la disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità, che ne consentiva l'esercizio al solo marito, il quale doveva promuoverla subito dopo la nascita del figlio. Ciò garantiva la stabilità della famiglia e dello stato del figlio, ma sacrificava l'emersione della verità genetica della filiazione, qualora in contrasto con quella legalmente determinata. Per contro, l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità – spettante al figlio naturale ma inibita a quello adulterino – doveva essere promossa entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del figlio,

Roma, 1976, *passim*. Più di recente, A. MORRONE, *sub art. 2 Cost.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 3 ss.

⁴R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità alle leggi. Il caso della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 514 ss.

⁵M. DOGLIOTTI, *La riforma della giustizia familiare e minorile: dal Tribunale per i minorenni al Tribunale per le persone, i minorenni, le famiglie*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 333 ss.

⁶L. LENTI, *Note critiche sull'interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 97 ss.

mentre l'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio naturale era esperibile da chiunque ne avesse interesse ed era imprescrittibile, proprio in considerazione del fatto che in quell'epoca il figlio concepito fuori del matrimonio non disponeva di una piena e incondizionata tutela e soprattutto non era giuridicamente inserito in una rete di rapporti familiari (v. l'art. 258 c.c. nel testo precedente la modifica del 2012).

In breve, l'accertamento della verità della procreazione era sacrificato sull'altare della istituzione familiare fondata sul matrimonio.

Solo grazie alla riforma del diritto di famiglia del 1975 ha trovato ingresso il principio della verità nei rapporti di filiazione, che poteva essere accertata in un tempo anche molto successivo a quello della nascita. Occorre anche ricordare che il principio della verità poteva finalmente imporsi grazie ai progressi delle scienze mediche che, a partire dagli anni Ottanta, consentivano sia di escludere che di determinare con certezza la paternità del nato.

Molti anni dopo, il legislatore della riforma della filiazione ha posto nuovamente limiti temporali all'accertamento della verità, ma a tali limiti tuttavia non soggiace il figlio, per il quale le relative azioni sono imprescrittibili. Per gli altri, e particolarmente per colui che viene indicato come padre, decorsi cinque anni dalla nascita, le azioni di disconoscimento e di impugnativa del riconoscimento non sono più esperibili e lo stato di filiazione si consolida, anche se successivamente si scopra che esso non corrisponde alla verità biologica della procreazione (art. 244, comma 5, c.c. e art. 263, comma 4, prima parte, c.c.).

Così, l'elemento genetico ha perduto quella primaria rilevanza che gli era stata attribuita dalla riforma del 1975 ed è stato sostituito dall'interesse del figlio – che, a ben vedere, riflette anche l'interesse più ampio dell'intera società – alla stabilità della relazione con chi risulti suo genitore, affinché sia accudito e mantenuto nel contesto relazionale in cui è rimasto collocato per un tempo significativo. Come è stato scritto, 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. Il minore, come detto, rimane uno degli ultimi elementi di stabilità a partire dal quale il legislatore potrà ricostruire il diritto della famiglia»⁷.

3. *Disconoscimento della paternità*

Muovendo alla ricerca dei rapporti tra interesse del minore e verità biologica nella concreta disciplina delle azioni di stato, può principiarsi dall'azione di disconoscimento della paternità.

La legittimazione attiva all'azione compete al marito, alla madre ed al figlio

⁷ P. MALAURIE-H. FULCHRON, *Droit de la famille*, in P. MALAURIE-L. AYNES, *Droit civil*, V ed., LGDJ, Paris, 2018, p. 382.

(art. 243-*bis*, comma 1, c.c.), con l'esclusione del preteso padre biologico. Il che appare coerente con le distinte modalità di attribuzione dello stato di figlio a seconda della sussistenza o meno del legame matrimoniale tra i genitori⁸.

Nel caso di minore età del figlio legittimato all'azione, la stessa potrà essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che abbia compiuto i quattordici anni, o del pubblico ministero o dell'altro genitore quando si tratti di minore infraquattordicenne (art. 244, comma 6, c.c.).

La disposizione dell'art. 244, comma 6, c.c. merita un approfondimento perché ha dato origine a notevoli incertezze applicative che hanno a che fare col tema qui trattato. Essa fu originariamente introdotta dall'art. 81, legge n. 184/1983, che, per la prima volta, consentiva che l'azione in questione fosse promossa, ancorché mediante un curatore speciale del minore, a iniziativa di un soggetto estraneo alla famiglia, qual è il pubblico ministero. La norma in questione – piuttosto che consentire l'affermazione incondizionata della verità biologica, anche contro la volontà e gli interessi dei familiari, e assecondare la pur legittima intenzione del preteso padre biologico di far risultare la propria genitorialità⁹ – è diretta a garantire un intervento giudiziale in situazioni nelle quali la difformità tra verità legale e verità biologica possa arrecare nocimento al figlio. A seguito della riforma della filiazione del 2012/2013, la norma è stata ulteriormente modificata, con l'aggiunta della previsione, per quanto attiene al figlio infraquattordicenne, che l'istanza per la nomina del curatore speciale può provenire, oltre che dal pubblico ministero, anche dall'«altro genitore», che, secondo l'opinione preferibile, deve identificarsi con la madre e/o col marito decaduti dall'azione *ex art.* 244, commi 1 e 4, c.c., per decorso dei termini ivi previsti¹⁰.

3.1. *Nomina del curatore speciale*

Si tratta dunque di mettere a fuoco in primo luogo i presupposti dell'esercizio del potere attribuito al pubblico ministero. Sul punto la legge è laconica, prevedendo l'assunzione di sommarie informazioni solo con riferimento alla

⁸ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2023, p. 260 ss.

⁹ La Corte costituzionale (Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 385 ss.), nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 244, comma 4, c.c., sollevata con riferimento all'art. 3 Cost., ha dichiarato che l'inclusione del preteso padre naturale tra i soggetti legittimati ad agire in disconoscimento implica scelte discrezionali ed incensurabili del legislatore. In argomento v. M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione, adozione, alimenti, Il diritto di famiglia*, t. 4, in *Trattato Bessone*, vol. IV, Utet, Torino, 2011, p. 192.

¹⁰ M. SESTA, voce *Filiazione (azioni di stato)*, in F. MACARIO (diretto da), *Famiglia, I tematici*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 532.

nomina da parte del giudice, e non specificamente con riguardo alla precedente istanza del pubblico ministero.

La prassi ha evidenziato situazioni nelle quali il pubblico ministero – a seguito di notizie riferitegli per lo più dal preteso padre naturale circa una sua relazione con la madre – chiede puramente e semplicemente al tribunale di disporre la nomina del curatore.

Non pare che una simile prassi sia condivisibile, dovendosi ritenere che l'istanza del pubblico ministero debba necessariamente essere avanzata all'esplicito fine di tutelare un concreto interesse del figlio minore a che venga rimossa la paternità legale; il che, naturalmente, richiede che l'istanza, ai fini della sua ammissibilità, alleggi e documenti circostanze di fatto tali da far risultare l'esistenza di tale interesse. Diversamente, essa avrebbe un carattere esplorativo della verità biologica e potrebbe, per il solo fatto della sua presentazione, recare pregiudizio alla stabilità della famiglia in cui il minore è inserito e, quindi, in definitiva, nuocere al suo stesso interesse.

In ogni caso l'apprezzamento della sussistenza dell'interesse del minore è compito preciso del tribunale adito. Appare quindi del tutto condivisibile un provvedimento inedito del Tribunale di Bologna, il quale ha rilevato che «la proponibilità dell'azione di disconoscimento in nome del minore infraquattordicenne è quindi soggetta prima alla valutazione del PM, che valuta se proporre o meno l'istanza al tribunale, che valuta se nominare o meno un curatore per la proposizione dell'azione di disconoscimento. Il tribunale deve effettuare autonomamente tale valutazione, apprezzando l'interesse effettivo del minore all'azione, non essendo sufficiente alla nomina del curatore la preliminare valutazione favorevole del PM»; da ciò si conferma come anche costui sia tenuto ad effettuare la relativa delibazione.

Come detto, l'unica finalità della nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 244, comma 6, c.c., tale da renderla costituzionalmente compatibile, è quella di assicurare l'attuazione di un concreto e non altrimenti tutelabile interesse del minore, di guisa che il procedimento in questione può essere eccezionalmente avviato ad opera di un soggetto diverso dal figlio, dalla madre e dal marito, a condizione che il giudice sia messo in grado di valutare che, all'esito di tale procedimento e subordinatamente alla prova del mancato rapporto di filiazione, la rimozione dell'esistente stato di figlio matrimoniale produca un effetto positivo – e non già pregiudizievole – nella sfera del minore, e corrisponda, quindi, a un suo reale, attuale e non procrastinabile interesse.

Ciò può ricavarsi già da quanto fu stabilito a chiare lettere dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 429/1991¹¹, nella quale fu precisato che, mentre il minore ultrasedicenne (oggi ultraquattordicenne) può valutare autonomamente il proprio interesse all'azione, qualora l'iter processuale venga avviato dal pub-

¹¹ Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, cit.

blico ministero, il giudice richiesto di nominare il curatore deve valutare l'interesse attuale del minore, della cui sussistenza il tribunale è tenuto a dar conto nel provvedimento di nomina.

Più di recente la Prima Sezione della Corte di Cassazione¹², annullando la sentenza di appello – che aveva ritenuto nella specie non rilevante l'accertamento relativo all'interesse del minore ai fini del disconoscimento – ha chiarito che la tutela del predetto interesse è centrale anche nelle azioni di stato, e che la ricerca della verità biologica non ha preminenza assoluta, in quanto il quadro normativo attuale impone il suo bilanciamento «con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggior considerazione del diritto all'identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia. Tale bilanciamento, trsguardato nell'ottica dell'interesse superiore del minore, non può costituire il risultato di un valutazione astratta: in proposito deve richiamarsi il costante orientamento di questa Corte in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale». È altresì significativo il passo della motivazione in cui si afferma che occorre «sgombrare il campo dalla suggestione che il giudice investito della domanda dal curatore speciale sia esonerato dalla valutazione della rispondenza o meno degli effetti del disconoscimento all'interesse del minore, perché già effettuata in relazione all'istanza del pubblico ministero in relazione alla nomina del curatore speciale stesso»: dal che risulta evidente che la valutazione dell'interesse del minore deve essere effettuata non solo nel procedimento *ex art.* 244, comma 6, c.c., ma anche nel giudizio di merito¹³.

Per contro, la medesima sez. I¹⁴ ha confermato una decisione di merito, la quale aveva accolto la domanda di disconoscimento della paternità promossa da un curatore speciale, senza aver valutato, a quanto risulta dalle censure sollevate dal ricorrente, l'interesse del minore rispetto alle conseguenze della decisione sul suo equilibrio nella fase preadolescenziale in cui si trovava. Secondo il ricorrente non doveva essere riconosciuto un valore preminente alla verità biologica, essendo il suo accertamento precluso all'esito della valutazione di opportunità

¹² Cass., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Foro it.*, 2017, I, c. 119 ss.; nello stesso senso, da ultimo Cass., sez. I, 6 marzo 2019, n. 6517; Cass., sez. I, 6 ottobre 2021, n. 27140.

¹³ Cfr., sul punto, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè-Francis LeFebvre, Milano, 2021, p. 223; A. RICCI, *Presunzione di paternità. Prove della filiazione. Azione di disconoscimento e azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Libro I, *Persone e famiglia (Art. 231-249)*, Zanichelli, Bologna, 2022, p. 432 ss.

¹⁴ Cass., sez. I, 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Corr. giur.*, 2017, p. 450, con nota di V. CARBONE, *Azione di disconoscimento di paternità: il favor veritatis prevale sul favor legitimitatis*.

attinente alla condizione del minore. La Cassazione, da un lato, in guisa di *obiter dictum*, ha ritenuto che la Corte di merito avesse argomentato in ragione all'interesse del minore «evidenziando il valore positivo della conoscenza della verità, non contrastata da elementi idonei a far presumere il rischio di un concreto pregiudizio»; dall'altro, richiamando le sentenze della Corte cost. n. 322/2011¹⁵, n. 216/1997¹⁶ e n. 112/1997¹⁷, ha esplicitamente statuito che l'apprezzamento dell'interesse del minore «trova istituzionale collocazione nel procedimento diretto a quella nomina [del curatore speciale] – essendo, nel corso di esso, possibile l'acquisizione di necessari elementi di valutazione e dovendosi, col provvedimento conclusivo, [omissis] giustificare congruamente le conclusioni raggiunte in ordine alla sussistenza dell'interesse – ma non anche nel successivo giudizio di merito. [omissis] Una diversa interpretazione in base alla quale la valutazione dell'interesse del minore dovrebbe essere effettuata anche nel giudizio di merito, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di disconoscimento proposta dal curatore, non solo è priva di basi normative, [omissis] ma rappresenterebbe un'inutile duplicazione di un'indagine già compiuta e sottoposta al vaglio del giudice ai fini della nomina del curatore».

Il contrasto sul punto rispetto alla sentenza della Cassazione n. 26767/2016 è, all'evidenza, netto.

Dopo pochi mesi, sempre la Prima Sezione¹⁸, accogliendo il ricorso avverso la pronuncia di merito che aveva disposto il disconoscimento del figlio, ha affermato i seguenti principi:

- 1) il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta;
- 2) l'esaltazione dell'interesse del minore e la necessità di una sua costante valutazione impone anche una verifica condotta in termini di attualità, in sede di merito e anche di appello, cosicché è proprio nella sede di merito che il controllo della sussistenza dell'interesse del minore va operato in termini sindacabili dalla Corte.

Come affermato dalla Consulta¹⁹, le considerazioni che precedono valgono

¹⁵ Corte cost. 25 novembre 2011, n. 322, in *Corr. giur.*, 2012, p. 478 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, e in *Fam. e dir.*, 2012, p. 548 ss., con nota di C. CILLA, *La sospensione del termine per l'azione di disconoscimento opera anche per l'incapace naturale affetto da "abituale infermità di mente"*.

¹⁶ Corte cost. 3 luglio 1997, n. 216, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1108 ss.

¹⁷ Corte cost. 22 aprile 1997, n. 112, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 411 ss., con nota di A. FIGONE, *Interesse del minore ed impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*.

¹⁸ Cass., sez. I, 3 aprile 2017, n. 8617, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 848 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*. Per la disamina della giurisprudenza v. M. MANTOVANI, *Artt. 231-249*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 233 ss.

¹⁹ Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ.*, 2018, I, p. 540 ss., con nota di A.

anche con riferimento all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 264 c.c.).

4. *Ascolto del minore nei procedimenti in materia di status filiationis*

Tanto precisato, merita porre il problema dell'ascolto del minore *ex* art. 315-*bis*, comma 3 nell'ambito dei procedimenti di cui si è detto, specie di quello attinente alla nomina di un curatore speciale ai sensi degli artt. 244 o 264 c.c. Il problema pare particolarmente complesso perché l'audizione del minore in questi casi significa svelargli le pretese di un soggetto che intende contestare il suo stato di filiazione, il che può sicuramente recare grave nocumento alla sua integrità psicologica.

Peraltro, il nuovo art. 473-*bis*.8, comma 3, 2° periodo, c.p.c., aggiunto dalla recente riforma del processo, statuisce un generale dovere in capo al curatore di ascoltare il minore, «ai sensi dell'articolo 315-*bis*, terzo comma, del codice civile, nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473-*bis*.4», c.p.c., alla cui stregua «il giudice non procede all'ascolto [...], se esso è in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato».

5. *Termini per l'esercizio delle azioni di stato*

Il rapporto dialettico tra verità biologica e interesse del minore si ripropone anche con riguardo ai termini di esercizio dell'azione, considerando: 1) l'imprescrittibilità dell'azione con riferimento al figlio, ai sensi dell'art. 244, comma 5, c.c.; 2) la improponibilità dell'azione decorsi cinque anni dalla nascita, prevista a carico della madre nonché del padre che si trovava al tempo della nascita nel luogo in cui la stessa è avvenuta (art. 244, comma 4, c.c.).

La scelta dell'imprescrittibilità è coerente con l'interesse del figlio, perché gli conferisce il potere incondizionato di rimuovere in ogni tempo uno status fittizio.

Per contro, la previsione della decadenza quinquennale a carico della madre e del padre, pur essendo stata dettata in considerazione di comprensibili ragioni di tutela della stabilità dello stato del figlio, genera non pochi dubbi di coerenza sistematica. In base alla norma, infatti, decorsi cinque anni dalla nascita (*rectius*,

GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 499 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*. Sulla pronuncia v. anche U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, II, p. 552 ss.

dalla formazione del corrispondente titolo di stato), il marito non può più agire, anche se abbia scoperto la propria impotenza o l'adulterio della moglie in epoca successiva. A tal proposito, devono richiamarsi le già citate sentenze con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo l'art. 244, comma 2, c.c. – nel testo risultante dalla riforma del 1975 – nella parte in cui non disponeva che il termine dell'azione di disconoscimento decorresse dal giorno in cui il marito fosse venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie o della propria impotenza a generare, ed altresì allo stesso modo con riferimento alla decorrenza del termine per la moglie venuta a conoscenza dell'impotenza a generare del marito²⁰. La Consulta aveva evidenziato che, in caso di incolpevole ignoranza di un fatto costitutivo dell'azione, la decorrenza del termine dall'evento nascita poteva in concreto vanificare il diritto di azione, il che contrasta con i principi costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale dei diritti. Analoghe considerazioni sono state svolte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Qualche anno fa il dubbio è emerso in un'ordinanza, invero riguardante l'impugnazione del riconoscimento non veridico, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, poi respinta, dell'art. 263, ult. comma, c.c., laddove non impedisce il decorso del termine quinquennale in caso di ignoranza incolpevole dell'attore²¹. La Corte ha dichiarato non fondata la questione assumendo che il termine di cinque anni «radica il legame familiare e sposta il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul consolidamento dello *status filiationis*, in una maniera tale da giustificare che la prevalenza di tale interesse sia risolta in via automatica dalla fattispecie normativa». Con riferimento alla ricordata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Consulta ha obiettato che tali precedenti censurano termini più brevi, annuali²² o semestrali²³, non paragonabili pertanto a quello quinquennale.

Può allora ribadirsi che, mentre negli ultimi decenni il diritto della filiazione era stato caratterizzato dal passaggio dal *favor legitimitatis* al *favor veritatis*²⁴, le successive regole sembrano aprire un ulteriore percorso, che si indirizza verso la tutela della stabilità dello stato di filiazione, prima ancora che della verità della procreazione; a fronte di questo nuovo bene – rappresentato dall'esigenza di

²⁰ Corte cost. 14 maggio 1999, n. 170, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 313 ss., con nota di A. FIGONE, *Impotenza a procreare e azione di disconoscimento di paternità* e Corte cost. 6 maggio 1985, n. 134, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 459 ss., con nota di F. SALVO, *La decadenza del termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità*.

²¹ Corte cost. 25 giugno 2021, n. 133, in *Nuova giur. civ.*, 2021, I, p. 1371 ss., con nota di L. LENTI, *Impugnazione del riconoscimento e termini di decadenza*.

²² Corte eur. dir. uomo, 10 gennaio 2007, *Paulik c. Slovacchia*, ricorso n. 10699/05 (dove il termine decorre dalla conoscenza della mancata genitorialità biologica).

²³ Corte eur. dir. uomo, 10 settembre 2018, *Doktorov c. Bulgaria*, ricorso n. 15074/08.

²⁴ In argomento sono sempre di grande interesse le considerazioni di M.J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, LGDJ, Paris, 1970, *passim*.

impedire a tutti i soggetti diversi dall'interessato di rimuovere lo stato di filiazione in cui questi si trova – soccombono, unitamente al principio di verità, le ragioni del presunto padre, nonché, in caso di tardiva scoperta dell'impotenza del marito, anche quelle della madre.

6. Impugnazione del riconoscimento del figlio

L'art. 263, comma 1, c.c. stabilisce che il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse²⁵. Dunque, legittimato attivo è chiunque abbia un interesse apprezzabile e attuale²⁶, quindi anche l'altro genitore e il figlio riconosciuto cui spetterebbe il titolo di figlio nato nel matrimonio, oltre che il marito di colei che abbia riconosciuto il proprio figlio come nato fuori del matrimonio anziché come figlio del marito²⁷. In questo caso il difetto di veridicità potrà essere dimostrato mediante accertamenti genetici da cui risulti la paternità del marito della donna che ha riconosciuto come non matrimoniale il proprio figlio; rimosso il riconoscimento, il figlio dovrà esercitare l'azione di reclamo.

Per lungo tempo la giurisprudenza ha negato che potesse respingersi la domanda di impugnativa del riconoscimento non veridico alla luce della sua contrarietà all'interesse del minore²⁸, sulla scorta del rilievo per il quale la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale del diritto all'identità del minore e comporta l'affermazione di un rapporto di filiazione veridico²⁹. Solo con la sentenza n. 272/2017 la Corte costituzionale ha affermato come anche all'impugnativa *ex art. 263* non sia estranea la valutazione in merito all'interesse del minore, così di fatto uniformandola alla disciplina delle altre azioni di stato. Successivamente la Cassazione 27 ottobre 2021, n. 30403 ha sta-

²⁵ Con specifico riferimento alla legittimazione attiva all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità cfr. Cass., sez. I, 22 novembre 1995, n. 12085, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 129 ss., con nota di G. AMADIO, *Sulla legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità*. In dottrina v. anche G. CHIAPPETTA, *L'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità* (Artt. 263, 264 e 267), in C.M. BIANCA (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 499 ss.; F. FAROLFI, *sub art. 263-268 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 1042 ss.

²⁶ C.M. BIANCA, *La famiglia*, t. 2.1, VII ed. a cura di M. BIANCA-P. SIRENA, *Diritto civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2017, p. 452.

²⁷ P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato Vassalli*, III, t. 2, Utet, Torino, 1987, p. 134.

²⁸ Corte cost. 12 gennaio 2012, n. 7, in *Giur. cost.*, 2012, I, p. 45 ss. Cfr. *amplius* M.N. BUGETTI, *Riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*, cit., p. 237 nota 52.

²⁹ Corte cost. 12 gennaio 2012, n. 7, cit.

tuito che la valutazione dell'interesse del minore nell'impugnativa del riconoscimento impone un bilanciamento tra diritto all'identità biologica del minore e stabilità dei rapporti familiari, di guisa che, qualora non si ravvisi l'interesse del minore, l'azione di impugnativa promossa dal curatore speciale all'uopo nominato è inammissibile³⁰.

L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio (art. 263, comma 2, c.c.), mentre l'autore del riconoscimento deve proporre l'azione entro un anno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, salvo che dia prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, nel qual caso il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza (art. 263, comma 3). Come è dato constatare, nulla prevedeva il testo della disposizione, invece, per la scoperta tardiva da parte di colui che ha effettuato il riconoscimento di rapporti sessuali intrattenuti all'epoca del concepimento dalla madre con altri, diversamente da quanto disposto dall'art. 244 c.c. a proposito dell'azione di disconoscimento della paternità. Tale discrasia è stata ricomposta da un intervento della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 263, comma 3, c.c. nella parte in cui non prevede che per l'autore del riconoscimento il termine annuale per proporre l'azione di impugnazione decorra dal giorno in cui ha avuto conoscenza della non paternità, a prescindere da quale ne sia la causa³¹.

Nello stesso termine annuale, anche la madre che abbia effettuato il riconoscimento «è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre» (art. 263, comma 3, c.c.).

In ogni caso, l'azione non può essere proposta – dall'autore del riconoscimento o dalla madre – oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento (art. 263, comma 3, ult. parte). Detto ultimo termine si applica anche nei confronti degli altri legittimati (art. 263, comma 4, c.c.)³².

7. Conclusione

Tornando al titolo del nostro convegno, la vicenda sinteticamente ricostruita dei rapporti tra emersione della verità biologica e interesse del minore conferma che le relazioni familiari non sono informate ad un unico ed immutabile modello, quello che deriverebbe dalla natura, ma risentono inevitabilmente del continuo divenire dei valori che si produce nel corso del tempo.

³⁰ Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit. Sul punto v. M. MANTOVANI, *Lo stato di figlio*, cit., p. 33 ss.; Cass., sez. I, 27 ottobre 2021, n. 30403, in *Dir. & giust.*, 2021, p. 207 ss.

³¹ Corte cost. 25 giugno 2021, n. 133, cit.

³² Corte cost. 25 giugno 2021, n. 133, cit., come ricordato ha escluso la illegittimità costituzionale del predetto termine.

INTERESSE “SUPERIORE” DEL MINORE E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI

Enrico Moscati

1. Se si volesse dare un titolo a queste mie riflessioni, si dovrebbe dire che non si tratta puramente e semplicemente di parlare dell'interesse «superiore» del minore e delle sue implicazioni sull'evoluzione del diritto minorile e dello stesso diritto di famiglia, ma piuttosto del significato da attribuirsi a questa specificità dell'interesse del minore e della sua comparazione con gli interessi di altri soggetti con i quali il minore abbia a venire in contatto¹.

Non mi soffermerò più di tanto sulle trasformazioni del diritto minorile alla luce dell'interesse «superiore» del minore. In passato già altri se ne sono occupati in modo egregio² e altrettanto egregiamente se ne sono occupati in questo Convegno nella Sessione del 27 gennaio 2023, anch'essa ricca di spunti di riflessione³.

2. Il diverso approccio nei confronti del minore rispetto al passato è sotto gli occhi di tutti. A titolo di esempio, è eloquente la diversità di impostazione tra un manuale tradizionale di diritto privato, sul quale si sono formate intere generazioni di giuristi, e un manuale più recente, ma appartenente alla medesima scuola, quella padovana⁴.

¹ Si chiede, infatti, R. SENIGAGLIA, *I princípi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO-R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, ESI, Napoli, 2022, p. 40, che cosa significhi che «l'interesse del minore, nelle decisioni che lo riguardano, deve godere di una considerazione preminente?». Per questo Autore la risposta è una sola: «... Significa decidere in modo da sostenere e incrementare il suo benessere».

È questo il punto di maggiore criticità, quantomeno nella nostra esperienza, della formula anglosassone del «best interest of child».

² La letteratura sull'interesse del minore è pressoché sterminata. Per una prima informazione si vedano i riferimenti bibliografici in alcuni dei contributi più recenti: ad es., v. gli elenchi di E. BILLOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età. Itinerari del diritto minorile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, pp. 39-41; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato Iudica e Zatti*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 114-118.

³ Si fa riferimento in particolare alle relazioni di M. SESTA (*Interesse del minore e verità biologica nelle azioni di stato*) e di E. LAMARQUE (*Diritti fondamentali della persona di minore età all'interno della famiglia e best interests of the child*).

⁴ Qui si allude da un lato alle *Istituzioni di diritto civile* di A. TRABUCCHI, giunte alla 46ª edi-

Nel primo si parla di «protezione o di sfiducia nel soggetto» per ragioni che riguardano «l'attitudine a dirigersi nella vita», come cause di incapacità connesse con la personalità fisica della persona, precisando che «il minore è descritto in questa sede sotto il profilo dell'incapacità di agire ...»⁵; nell'altro l'approccio non è più di tipo paternalistico e si evidenzia che «il potere di indirizzare il comportamento del minore, e di decidere riguardo ai suoi interessi ... ha un'estensione sempre minore ... man mano che il minore cresce e acquista una capacità di valutazione autonoma», concludendo, nel senso diametralmente opposto, che «questo graduale acquisto di libertà da parte del minore si riflette anche all'esterno, cioè sulla sua capacità di compiere atti giuridici»⁶.

In pratica, il diverso approccio all'interesse del minore ha portato a una rilettura dell'equazione minore età/incapacità di agire correlando la capacità di agire del minore di età alla capacità di discernimento a prescindere dal dato anagrafico dell'età⁷, ha portato anche al superamento della rigida contrapposizione tra atti di carattere personale e atti di contenuto patrimoniale⁸. Di qui, ad esempio,

zione (a cura di G. TRABUCCHI), e dall'altro ai *Lineamenti di diritto privato* di P. ZATTI-V. COLUSSI, giunti alla 14^a edizione, entrambi comparati allo stesso anno (per entrambi, Cedam, Padova, 2013).

⁵ A. TRABUCCHI, *op. cit.*, pp. 266-268 (i corsivi sono dell'Autore).

⁶ P. ZATTI-V. COLUSSI, *op. cit.*, p. 158 (anche qui i corsivi sono degli Autori).

⁷ È questo l'auspicio della nostra dottrina più attenta alle esigenze del minore nella scia della soluzione normativa accolta da alcuni ordinamenti stranieri, come, ad es., quello spagnolo per i diritti della personalità (comma 2, art. 162 c.c. sp.) e per i contratti dai quali sorge a carico del minore un obbligo di eseguire prestazioni di carattere personale (comma 3, art. 162 c.c. sp.), ove nell'una e nell'altra ipotesi è sufficiente per la validità dell'atto il requisito della maturità del minore ("condiciones de madurez"). Su questa soluzione del diritto spagnolo v. per una prima indicazione J. DELGADO ECHEVERRÍA (a cura di), *Elementos de derecho civil*, I, *Parte General*, t. 2, *Personas*, IV ed., Dykinson, Madrid, 2004, pp. 129-134. Presso di noi, soprattutto per quanto riguarda gli atti tra vivi di carattere personale, per i quali si riteneva fin dagli anni '80 sufficiente la maturità di giudizio, v. F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 62. Tra gli aa. più recenti, v. S. BOSA, *Atti della vita quotidiana e tutela civile dell'incapace*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 95 ss., spec. pp. 109-110, il quale per gli atti della vita quotidiana suggerisce di spostare l'attenzione dal requisito legale della capacità di agire al dato altrettanto positivo della capacità di discernimento; R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., pp. 27-28. La sussistenza della capacità di discernimento in capo al minore non consentirebbe l'impugnazione dell'atto data la valenza dello stesso «a realizzare la personalità del minore» e ciò nonostante la mancanza «delle ragioni di necessità o utilità evidente» (così M.L. CHIARELLA, *Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, pp. 92-93).

⁸ È questa la conclusione alla quale giunge R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 48, per il quale sulla base dei principi del diritto minorile deve ritenersi superata «la rigidità della distinzione tra atti non patrimoniali e atti patrimoniali» del minore e, quindi, va respinta «l'idea che al minore dotato di discernimento debba essere riconosciuta la capacità di compiere i primi mentre deve essere affermata l'incapacità di agire rispetto ai secondi». Del resto, in molti dei sistemi di *civil* come di *common law* è caduta da tempo a livello di diritto

la categoria dei «grandi minori»⁹ e il fatto illecito del quasi maggiorenne¹⁰.

3. Ancora più paradigmatico è il disposto dell'art. 1426 c.c. Qui, la conservazione del contratto concluso dal minore che con raggiri abbia occultato la sua

positivo l'equazione minore età/incapacità di agire, tanto è vero che si considerano validi gli atti della vita corrente del minore e gli atti che a lui non rechino pregiudizio ancorché abbiamo contenuto patrimoniale sempre che il minore abbia la capacità di discernimento. È evidente che in tutti questi casi ciò che giustifica a livello di principio la validità dell'atto del minore è sempre e soltanto il fatto che si tratti di atti che rispondono all'interesse sostanziale del minore. Per un approfondimento di questi aspetti e per più precisi riferimenti agli ordinamenti di *civil law* come di *common law* in tema di atti della vita corrente del minore ci permettiamo di rinviare al ns. *Il minore nel diritto privato da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1154-1159.

⁹ A livello ordinamentale di non pochi sistemi di diritto codificato e di *common law* si tende a identificare nell'ambito della categoria del minore di età una figura di minore caratterizzata dalla capacità di discernimento al quale, in quanto tale, si riconosce una dignità non inferiore a quella della persona adulta. Questa figura di minore nella giurisprudenza francese è qualificata come «grande minore» e viene contrapposta ad un'altra categoria di minori indicati alla stregua di «piccoli minori». In pratica, a quanto è dato di capire, il «grande» minore è il minore infradiciottenne nell'arco di tempo compreso tra l'acquisto della capacità di discernimento e il raggiungimento della maggiore età. Questa contrapposizione tra «piccoli» e «grandi» minori ha acquistato una ulteriore valenza nell'ambito degli atti della vita quotidiana per quanto riguarda l'uso di *internet* e il commercio elettronico, dando vita alla nuova figura del minore «consumatore», di fronte al quale emergono ancora di più esigenze di protezione e di tutela rispetto al maggiore di età. Su tutti questi aspetti v. per una prima informazione M.L. CHIARELLA, *Paradigmi della minore età*, cit., pp. 75 ss., 121 ss.; S. BO-SA, *Atti della vita quotidiana*, cit., pp. 101 ss., 151 ss. (quest'ultimo a. ritiene alla nota 104 di p. 154 che la distinzione tra «piccoli» e «grandi» minori sia stata accolta indirettamente nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 31 del Codice del Consumo – d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2006).

¹⁰ Di fronte al fatto illecito del minore infradiciottenne, ma pienamente capace di discernimento, si tende a escludere una responsabilità vicaria dei genitori non essendo ravvisabile un difetto di sorveglianza, né giustificabile una censura per non avere dato al minore un'educazione idonea. Non essendo concepibile pretendere dai genitori un controllo capillare sul minore dotato di maturità adeguata, una responsabilità dei genitori nei confronti di un «grande» minore finirebbe per tramutarsi da una responsabilità per colpa (ma quale?) in una responsabilità oggettiva che in questi casi sarebbe una costruzione del tutto artificiosa, come nella nostra dottrina non si era mancato di rilevare fin dagli anni Sessanta da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 158-159. Di qui, l'assunto che la progressiva autonomia raggiunta dai minori induce a rivedere anche il campo di applicazione dell'art. 2048 c.c. escludendone «i grandi minori» con la considerazione della piena responsabilità del «minore ormai prossimo al raggiungimento della maggiore età e in possesso di una maturità psico-fisica pari a quella dell'adulto» (testualmente il ns. *Il minore nel diritto privato*, cit., p. 1157, ove alle note 52-53 le necessarie indicazioni ricavabili dalle esperienze francese e tedesca.). Alla luce della capacità di discernimento del minore si è anche proposta una revisione del rapporto tra gli artt. 2047 e 2048 c.c., precisando che l'art. 2047 presuppone l'incapacità di discernimento del minore e, quindi, dà luogo a una responsabilità piena dei genitori, mentre l'art. 2048 presuppone invece la capacità (di discernimento) del minore e riconduce la responsabilità dei genitori «in una dimensione rispondente alla realtà sociale e agli standard comportamentali richiesti e normalmente esigibili nei confronti dei genitori» (così M.L. CHIARELLA, *Paradigmi della minore età*, cit., p. 163).

minore età, non è più visto in funzione della tutela dell'affidamento dell'altro contraente¹¹, ma si giustifica per il fatto che il minore, ricorrendo ai raggiri sulla sua minore età, ha dimostrato di avere una capacità di discernimento sufficiente alla stipula di quel contratto¹² da lui fortemente voluto perché risponde al suo interesse. In altre parole, qui il contratto non è impugnabile proprio perché risponde all'interesse del minore tanto è vero che per stipularlo è ricorso a raggiri al fine di occultare la sua minore età¹³. Del pari, sempre nell'ottica della tutela dell'interesse del minore si spiega anche il disposto del comma 3 dell'art. 320 c.c. che rimodula il ruolo della potestà genitoriale consentendo ai genitori di compiere atti di straordinaria amministrazione per conto e in nome del minore ma alla condizione che questi atti rispondano a «necessità o utilità evidente del figlio» e sempre che vi sia l'«autorizzazione del giudice tutelare»¹⁴.

¹¹ Lo ricorda F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., p. 69. In dottrina, per questa ratio della norma, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e minore età*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 131-132; M.L. CHIARELLA, *Paradigmi della minore età*, cit., pp. 88-89 nota 96. Diverso appare il discorso per i contratti conclusi in via telematica, ove per la modalità di conclusione e della dichiarazione di essere maggiorenne (un semplice «segno di spunta: il c.d. *point and click*») «non può essere tutelato l'affidamento dell'altra parte, facendo salvi gli effetti del contratto», in quanto il semplice «segno di spunta» del minore contraente assume «verosimilmente tutte le fattezze del raggio» trattandosi di un contesto «che presenta, oggettivamente, caratteristiche idonee a ingannare l'altra parte» come, del resto, chiarito dalla stessa giurisprudenza in riferimento alla valutazione del silenzio in genere (v. Cass. civ. 20 gennaio 2017, n. 1585, in *Rep. Foro. it.*, 2017, voce *Contratto in genere*, n. 391). Su questi specifici aspetti della conclusione dei contratti per via telematica v. per un maggior approfondimento R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., pp. 56-57, di cui si sono riportati i passaggi più significativi.

¹² Era questa l'originaria motivazione della non annullabilità del contratto concluso dal minore (v. per tutti, il classico F. MESSINEO, *Annulabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 476) e che successivamente è stata abbandonata (ma ancora ricordata nei contributi sul contratto: v., ad es., V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 770) e che, ora, è tornata di moda con la considerazione che «la funzione dell'annullabilità è ... proteggere il best interest of the child ... il rimedio non ha ragione di operare rispetto a un contratto posto in essere da un minore capace di discernimento, che abbia effettivamente agito nella piena conoscenza e consapevolezza delle ricadute della scelta sulla propria sfera di interessi» (così, testualmente, R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 55).

¹³ In questo senso R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 56.

¹⁴ Con questa chiave di lettura è stato riconsiderato anche il potere del rappresentante legale di agire per l'annullamento del contratto. Anche questo potere deve essere esercitato nell'esclusivo interesse del minore, altrimenti costituisce un vero e proprio abuso del diritto da parte del legale rappresentante. In altre parole, come è stato correttamente sottolineato, se il contratto è stato concluso dal minore nel suo interesse, «l'annullamento, nella dimensione rimediale non ha ragione di operare» (ancora R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 55). Quanto ora detto, che si aggiunge alle considerazioni che precedono svolte nel testo, è la riprova più eloquente che la minore età non è una causa automatica dell'annullabilità del contratto stante la necessità dell'autorizzazione del giudice tutelare e della sussistenza delle circostanze di necessità o di utilità evidenti dell'annullamento per il minore (in questo senso v. il ns. *Il minore*

4. Se a quanto detto si aggiungono le numerose norme del codice civile e della legislazione speciale che prevedono un diritto del minore di essere ascoltato o di dare il suo assenso¹⁵, il quadro è completo. Appare, infatti, indubitabile che il dogma dell'interesse del minore sia elevato a principio fondamentale dell'ordinamento, nel senso di valore apicale del sistema non solo del diritto minorile, ma dello stesso diritto di famiglia¹⁶.

5. In primo luogo, quando si parla dell'interesse del minore va chiarito che l'accezione di «superiore» ha una valenza propositiva e non soltanto negativa¹⁷. In buona sostanza, la tutela dell'interesse del minore non significa che sia diretta a evitare un pregiudizio per il minore secondo una concezione paternalistica della minore età, come status di persona bisognosa di protezione¹⁸, bensì ha una portata ben più incisiva perché è finalizzata alla realizzazione di un determinato interesse del minore secondo principi di ragionevolezza e di proporzionalità¹⁹.

nel diritto privato, cit., p. 1150). In conclusione, anche dal dato positivo emerge con chiarezza il principio che l'incapacità di agire del minore non può essere posta sullo stesso piano delle altre figure di incapacità di agire, come, ad es., l'incapacità giudiziale o legale dell'interdetto.

¹⁵ La dottrina più recente non ha mancato di evidenziare l'importanza di queste norme per la tutela dei diritti del minore e per lo sviluppo della sua personalità, tanto più che in buona parte di questi casi il mancato ascolto del minore può dare luogo alla nullità del provvedimento del giudice ovvero il consenso del minore è determinante per la produzione degli effetti dell'atto (ad es., per il riconoscimento del figlio naturale ultrasedicenne o per l'inserimento del figlio naturale riconosciuto nella famiglia del figlio legittimo ultrasedicenne). Al diritto di essere ascoltato, che prescinde dall'età del minore, non corrisponde un obbligo del giudice di ascoltarlo se l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore. Su questi aspetti e sull'art. 315-bis c.c. che menziona il diritto di ascolto tra i diritti del minore v. E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 22 ss.; R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 42 ss.

¹⁶ In questo senso si esprimono gli aa. citt. *supra* alla nota prec., soprattutto E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 35, che concorda con la valutazione che l'interesse del minore ha assunto il ruolo di «nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz'altro dire di tutto il diritto famiglia». Più sfumata appare la posizione di R. Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 40, che fa riferimento al solo «ordinamento giuridico minorile».

¹⁷ Secondo R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 35, è questo il duplice contenuto degli obblighi che la Convenzione di New York del 1989 impone agli Stati aderenti nel senso che da un lato questi ultimi non possono interferire nelle scelte educative dei genitori, dall'altro hanno un obbligo positivo di istituire forme di aiuto per i genitori attraverso l'introduzione di meccanismi per «vigilare sul benessere del fanciullo».

¹⁸ In questa chiave di lettura il dogma dell'interesse del minore viene a sovrapporsi ai diritti di quest'ultimo operando «come uno strumento di controllo autoritario sulla sua vita in funzione delle esigenze degli adulti titolari dei poteri di cura su di esso». È la valutazione negativa dell'interesse del minore per E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 35, se inquadrato in una visione paternalistica della tutela del minore.

¹⁹ Così R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 41, il quale aggiunge che sulla base di questi due principi è possibile individuare tra le varie soluzioni possibili quella che risulta più favorevole per il minore. Infatti, secondo questo a. la realizzazione del *best interest of the child* è finalizzata al mantenimento e all'incremento del suo benessere (*ivi*, p. 40).

In tal modo, l'interesse superiore del minore non diviene un valore generale e astratto ma è un valore che va correlato a quell'interesse specifico e concreto del minore nel contesto in cui è destinato a realizzarsi²⁰. Questa precisazione è doverosa perché secondo una parte della dottrina l'interesse del minore può essere visto in riferimento a un duplice piano concettuale, cioè come principio astratto o come valore nel caso concreto²¹, e secondo due diverse prospettive, quella paternalistica e quella dell'autodeterminazione del minore capace di discernimento²².

6. Ma attenzione. Se si fa coincidere l'interesse superiore del minore con il diritto dello stesso minore, purché capace di discernimento, all'autodeterminazione, si rischia di farne una formula vuota e inutile mentre invece va evitato di costruirlo come una sorta di clausola generale buona per tutti gli usi da concretizzarsi secondo le circostanze del singolo caso e in base agli umori e ai convincimenti personali dell'interprete²³.

²⁰ In riferimento al diritto alla bigenitorialità è questa la metodologia seguita di recente da Cass. civ. 24 marzo 2022, n. 9691, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2629-2630, sul presupposto, condiviso dall'annotatore (B. AGOSTINELLI, *La PAS, la bigenitorialità e i limiti intrinseci di un diritto «bifronte»*, *ivi*, p. 2630 ss.), che si tratta in primo luogo di un diritto del minore rifiutando decisamente il ricorso a una formula astratta indifferente alle congruenze sulla vita del minore, bensì utilizzando «criteri e modalità concrete che siano dirette a realizzare *in primis* il migliore interesse del minore» (*ivi* in motivazione, p. 2630. Il corsivo è nostro).

²¹ Su questa duplice possibile valutazione dell'interesse dei minori, e sui pericoli del fermarsi a una valutazione astratta, v. R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., pp. 40-41; E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 36. Il primo dei due aa. ritiene che l'interesse del minore debba essere distinto dall'interesse dei minori ove le soluzioni proposte attengono a una determinata tipologia di minori. Questa soluzione generalizzata non è confacente nell'ipotesi del migliore interesse di un minore che si trovi in un particolare contesto. Qui, infatti, «dal livello astratto del migliore interesse dei minori occorre passare a quello concreto» per tenere conto delle storie di quel determinato minore poiché solo in questo specifico contesto si può definire «ciò che per quel minore integra il migliore interesse, che può anche non corrispondere a quello individuabile in astratto» Di qui, la conclusione che l'interesse del minore è un concetto «flessibile e poroso, strettamente legato e necessariamente funzionale all'identità personale» (testualmente R. SENIGAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 41). La medesima preoccupazione è manifestata dall'altro a. il quale sottolinea che una valutazione in astratto «finisce per prestarsi a un uso puramente retorico» che può portare a «una visione del tutto avulsa dall'interesse del concreto minore coinvolto» (così E. BILOTTI, *op. loc. ult. cit.*).

²² Sui rischi e pericoli di entrambe queste prospettive, in cui il dogma dell'interesse del minore finisce per divenire una formula vuota se inteso «come un interesse generale ed astratto, individuabile *a priori* e una volta per tutte» ovvero «come un interesse riferito unicamente al futuro, all'adulto che il minore è destinato a diventare» v., per tutti, E. BILOTTI, *op. cit.*, pp. 35-36. Sulla seconda di queste due prospettive v. anche *infra* al n. 6, testo e nota 23.

²³ A completamento di quanto si è già detto nelle note 21 e 22 che precedono, la preoccupazione che il riferimento all'«interesse» del minore si riduca «a una clausola di stile» è manifestata da L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 74, che evidenzia anche i pericoli del ricorso alle clausole generali, qualora se ne sottovalutino i rischi per un valore altrettanto importante, quale è quello della certezza del diritto. Sul pericolo dell'uso «puramente retorico» dell'interesse del minore il cui ruolo in tal caso «è del tutto svalutato» v. ancora E. BILOTTI, *op. loc. ult. cit.*

Di qui, la necessità di porre un freno alla discrezionalità del giudice, in quanto l'accezione di «superiore», che accompagna l'interesse del minore, non significa affatto che vi sia in astratto una prevalenza in assoluto degli interessi del minore, quasi che si trattasse di un postulato, di un dogma, di una formula magica che faccia prevalere l'interesse del minore su tutto e su tutti dando luogo, come è stato detto, a una sorta di «tirannia valoriale» del minore rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento²⁴. Piuttosto, se si vuole che quel connotato di «superiorità», che caratterizza l'interesse del minore, abbia un senso nel sistema dei valori, occorre un bilanciamento degli interessi in gioco attraverso una soluzione equilibrata²⁵, come è accaduto, ad esempio, per la soluzione del problema del segreto sull'identità della madre, ove vi è stato un giusto bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, o per la soluzione dell'altro problema dei figli delle coppie separate, ove l'interesse del figlio a vivere pari tempo con entrambi i genitori è stato escluso in presenza di figli minori molto piccoli o è stato correlato al concreto assetto logistico della coppia separanda²⁶. Del pari, sempre sulla base di un giusto bilan-

²⁴ Questa espressione è di R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., pp. 41-42. Analogamente L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 92, che parla, altrettanto significativamente, di interesse del minore come «un diritto "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette» se «sottratto a un bilanciamento ragionevole con altri interessi che potrebbero contrapporglisi». Qui il secondo a. si riporta alla motivazione di Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1923, precisando che questi altri interessi, con i quali va bilanciato l'interesse del minore, devono essere anch'essi di «rango elevato», cioè deve trattarsi di interessi che costituiscono «diritti fondamentali delle persone». Come ricorda il medesimo a., è principio costante nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che il dogma dell'interesse del minore «non può essere sottratto a un bilanciamento ragionevole con altri interessi» (v. anche Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, *ivi*, 2018, I, c. 5 ss.). Sempre l'a. in questione stigmatizza con forza la retorica cui si vorrebbe sottrarre l'interesse del minore a ogni bilanciamento e con onestà intellettuale parla di «società che si dichiara puerocentrica, la cui cultura ... è intrisa di proclami astratti e generali sull'intangibilità e la superiorità dei diritti fondamentali dei minori. Proclami gridati a voce tanto più alta quanto meno corrispondono alla realtà socio-culturale effettiva, ...» (*ivi*, loc. cit.) In giurisprudenza, da ultimo, contro una ricostruzione del «superiore» interesse del minore alla stregua di «un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona» con molta chiarezza si esprimono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, in *De Jure* (in motivazione, *ivi*, pp. 21-28).

²⁵ È questo l'auspicio fortemente sentito dalla dottrina e dalla giurisprudenza più sensibili. A titolo di esempio v., in aggiunta agli aa. e alle decisioni della Corte costituzionale cit. alla nota prec., E. BILOTTI, *Diritti e interessi del minore*, cit., p. 37. Per questo uso del bilanciamento degli interessi da parte della giurisprudenza di legittimità e di merito v. subito dopo, testo e note 26-29.

²⁶ Queste due ipotesi sono ricordate con favore da R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 42, come esempi di «giusto bilanciamento» tra «interessi antagonisti parimenti meritevoli di tutela». Per un'applicazione di questa metodologia in materia di segreto sull'identità della madre v. Cass. civ. 9 agosto 2021, n. 22497, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce *Filiazione*, nn. 106-107. La stessa metodologia è stata seguita da un giudice di merito per escludere in

ciamento degli interessi in gioco, è stato risolto il conflitto del figlio minore con il padre pretermesso sul diritto alla bigenitorialità attraverso l'adozione di un provvedimento limitativo di un diritto di libertà di quest'ultimo non potendo il diritto del padre alla bigenitorialità compromettere il preminente interesse del figlio a una crescita equilibrata²⁷.

7. Del resto, la stessa accezione di «superiore», che accompagna tradizionalmente l'interesse del minore, è una cattiva traduzione dell'espressione inglese «*best interest of the child*» presente tanto nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (comma 1, art. 3) quanto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (comma 2, art. 24)²⁸. In realtà, se si

presenza di determinate circostanze (le esemplificazioni nel testo) l'interesse del figlio di una coppia separata a vivere pari tempo con entrambi i genitori (v. Trib. Catanzaro 28 febbraio 2019, n. 443, in *De Jure*).

²⁷ A questa conclusione giunge la già ricordata Cass. civ. 24 marzo 2022, n. 9691, cit., p. 2629 ss., la quale, dopo avere precisato in motivazione che «il diritto alla bigenitorialità ... è, anzitutto, un diritto del minore prima ancora dei genitori» sicché è destinato «a realizzare *in primis* il miglior interesse del minore», enuncia il principio che «il diritto del singolo genitore a realizzare e consolidare relazioni e rapporti continuativi e significativi con il figlio minore presuppone il suo perseguimento nel miglior interesse di quest'ultimo, e assume carattere recessivo se ciò non sia garantito nella fattispecie concreta» (*ivi*, p. 2630). Come si è accennato alla nota 20, la sentenza è stata favorevolmente commentata da B. AGOSTINELLI, *La PAS, la bigenitorialità e i limiti intrinseci di un diritto "bifronte"*, cit., p. 2630 ss., che ne evidenzia i pregi valorizzando la metodologia seguita dalla Corte di Cassazione di rifuggire da formule astratte e di perseguire l'effettiva tutela del minore, in quanto «il diritto del padre a non essere pretermesso non può compromettere l'interesse del figlio, in quanto preminente» (*ivi*, p. 2634). Il medesimo criterio metodologico è stato seguito dalla recentissima Cass. civ. 31 gennaio 2023, n. 2881, in *De Jure*, per valutare il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minori *ex art. 317-bis c.c.*, che «costituiscono situazioni giuridiche "serventi" focalizzate sul primario interesse del minore» (*ivi*, pp. 4-5).

²⁸ L'insoddisfazione per il modo in cui è stato reso nella versione italiana il testo inglese della Convenzione di New York, ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176, è palese nella più attenta dottrina italiana che parla ora di traduzione approssimativa e sbrigativa (così E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 37) ora di un «lemma di valore semantico ben diverso» che costituisce «un primo fattore di confusione» (testualmente L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., pp. 74-75). Quest'ultimo a. ricorda che la versione italiana, ove, come è noto, si parla di interesse «superiore» del minore, ha recepito il testo francese della Convenzione di New York nel quale l'aggettivo «best» della versione originaria in inglese è stato reso in modo inappropriato nel senso di «supérieur», con la conseguenza di fare dell'interesse del minore una nozione ambigua sia dal punto di vista della sua funzione sul piano della politica del diritto sia dal punto di vista di strumento «che permette al giudice di disapplicare singole regole di diritti» attribuendo alla clausola generale dell'interesse del minore «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» (*ivi*, pp. 75-77. I corsivi sono dell'a.). Di qui, la conclusione dello stesso a. che l'interesse del minore è una nozione «indeterminata e sfuggente ... che si trasforma, che cambia continuamente contenuto, manifestando una natura proteiforme» (*ivi*, p. 74). Sulla diversità concettuale della

voleva rimanere fedeli al testo inglese, si sarebbe dovuto parlare di «migliore» e non già di «superiore» interesse del minore²⁹. Nella formula originaria esula qualsiasi riferimento a una superiorità dell'interesse del minore³⁰, anche se poi l'accezione di un «superiore» interesse del minore si è consolidata nella nostra esperienza ed è divenuta di uso comune risolvendosi in un comodo espediente per giustificare interventi legislativi o provvedimenti giudiziari per così dire «creativi»³¹, con il risultato di liberare il giudice da ogni vincolo sistematico in modo da superare, in nome dell'interesse appunto «superiore» del minore, assetti legislativi ritenuti non più al passo con i tempi³².

Esempi di utilizzo per così dire creativo del principio dell'interesse «superio-

versione italiana rispetto al testo inglese v. anche R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 41.

²⁹ Come ritengono gli aa. citt. alla nota prec. La più precisa nozione di «migliore», anziché di «superiore», interesse del minore fa fatica a farsi strada tra gli interpreti che talvolta usano promiscuamente le due nozioni, anche se quando parlano di «superiore interesse del minore» non escludono, anzi auspicano che la «superiorità» di tale interesse consegua all'esito di «un doveroso, delicato bilanciamento ... con un altro interesse, potenzialmente confliggente» (così, di recente, B. AGOSTINELLI, *La PAS, la bigenitorialità e i limiti intrinseci di un diritto "bifronte"*, cit., p. 2634, nella nota di commento a Cass. civ. 24 marzo 2022, n. 9691, cit., ove in motivazione si parla di interesse «superiore» del minore, mentre nella massima non ufficiale di «miglior» interesse del minore).

³⁰ In questo senso, con grande chiarezza, E. BILOTTI, *Diritti e interessi del minore*, cit., p. 37. Analogamente quegli aa. i quali sottolineano che la considerazione «preminente» dell'interesse del minore non significa che «in tutte le questioni che interessano il minore il suo interesse debba sempre prevalere su ogni altro» (così, ad es., R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., p. 41) ma piuttosto che la priorità dell'interesse del minore debba essere valutata «sempre all'interno di un ragionevole bilanciamento con altri diritti e interessi» (testualmente L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 75).

³¹ È questo il severo giudizio di E. BILOTTI, *op. cit.*, pp. 37-38, di fronte alla prassi diffusa nella nostra esperienza di utilizzare la formula del «superiore» interesse del minore come «un comodo e inattaccabile argomento retorico – ma in realtà privo di qualsiasi fondamento – utile al fine di motivare interventi legislativi o singole decisioni giudiziali».

³² In questo senso ancora E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 38, il quale peraltro aggiunge che in questi casi non è sufficiente «limitarsi a mettere a nudo la creatività di certe soluzioni giurisprudenziali», ma occorre prendere atto che la giurisprudenza «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 ... dia luogo a esiti contraddittori rispetto alla prospettiva di un'autentica promozione umana» (*ivi*, pp. 38-39). Su questo utilizzo del principio v. anche L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 76, che vede nell'interesse del minore una «valvola di sfogo rispetto a eventuali rigidità del sistema legislativo» che «consente ... di decidere il singolo caso concreto in modo difforme dalle norme di legge e dai precedenti giurisprudenziali, per dare in un singolo, determinato caso concreto una decisione "giusta"» in modo da «realizzare il maggior benessere per quel determinato minore» (corsivo dell'a.). Lo stesso a., tuttavia, non si nasconde subito dopo il pericolo che questo uso dell'interesse del minore potrebbe entrare in conflitto con il principio di legalità (*ivi*, p. 77. Corsivi dell'a.). Su quest'ultimo specifico punto v. anche *supra* alla nota 28 per ulteriori considerazioni dell'a.

re» del minore si sono avuti a proposito della formalizzazione di rapporti di fatto con il genitore di intenzione in caso di ricorso in altri Paesi alla pratica della maternità surrogata o nel caso di fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne³³. In questi casi non consentiti dalla legge italiana³⁴ il ricorso al principio dell'interesse «superiore» del minore è stato utilizzato per autorizzare la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziale straniero che attestava il rapporto genitoriale con il partner del genitore biologico³⁵. In pratica, invocando il «superiore» interesse del minore, si è esclusa in entrambi i casi la contrarietà all'ordine pubblico internazionale della trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento del giudice³⁶.

³³ Entrambi questi casi sono ricordati da E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 38.

³⁴ Il divieto della maternità surrogata è disposto dal comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, che punisce questa pratica con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000,00 a un milione di euro, mentre la pratica della fecondazione eterologa da parte di coppie dello stesso sesso è punita dal comma 2 della stessa norma con la sanzione amministrativa da 200.000,00 a 400.000,00 euro. Sulle problematiche delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e sulle sue vicende a livello di Corte europea di diritti dell'uomo e di Corte Costituzionale italiana v. per una prima informazione M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Cedam, Padova, 2019, p. 397 ss., *ivi*, p. 405 ss.

³⁵ Lo ricorda ancora E. BILOTTI, *Diritto e interesse del minore*, cit., p. 38, il quale aggiunge che, in alternativa alla trascrizione dell'atto o del provvedimento, si ammette nell'interesse del minore il ricorso all'adozione «particolare», prevista dal comma 1, lett. d), dell'art. 44, legge 4 maggio 1983, n. 184, anche nell'ipotesi di un minore che non possa essere dichiarato in stato di abbandono.

³⁶ Così E. BILOTTI, *loc. ult. cit.* La contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata è stata affermata più volte dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione: limitando i riferimenti alle decisioni più recenti, v. rispettivamente Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit., e Cass. civ. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1951, con nota di G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, *ivi*, c. 2003 ss. Quest'ultima decisione ha avuto ampio risalto ed è stata pubblicata in numerose riviste e oggetto di note e commenti in dottrina (v., ad es., U. SALANITRO, *Ordine Pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737 ss.). In particolare, la Corte costituzionale ha respinto l'ipotesi della trascrivibilità dell'atto o del provvedimento straniero ancorché la trascrizione risponda all'interesse del minore. Al tempo stesso, la Corte ha auspicato una soluzione che non contraddica il divieto di maternità surrogata suggerendo un rimedio che operi *ex post* e all'esito di una verifica, da parte del giudice, della rispondenza all'interesse del minore della formalizzazione del rapporto di cura genitoriale in atto con il committente privo di legame biologico e ha invitato il legislatore a risolvere il problema con urgenza. Nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale si è auspicata la revisione del divieto di maternità surrogata riconsiderando la decisione n. 12193/2019. Quanto al divieto di fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne, tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di Cassazione hanno riconosciuto più volte la costituzionalità del divieto, ribadendo che l'Ufficiale dello Stato Civile non può firmare un atto di nascita che accerti una doppia maternità (soprattutto dopo Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, c. 3782, con nota di G. CASABURI, «*Qui sto-Non posso fare altrimenti*»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla pma delle coppie omosessuali (femminili), *ivi*, c. 3798, v. tra le più recenti Cass. civ. 13 luglio 2022, n. 22179, in *De Jure*). A questo orientamento fa eccezione da ultimo Cass. civ. 23 agosto 2021, n.

8. Tirando le fila del discorso, l'auspicio è che il criterio dell'interesse «superiore» del minore non debba essere imposto a priori a scapito dei diritti fondamentali di altri soggetti³⁷, ma che vada calibrato piuttosto secondo le circostanze del caso concreto attraverso un sapiente ricorso al principio del prudente apprezzamento del giudice³⁸. Questo, però, sta a significare una cosa e una cosa sola: che deve trattarsi di un giudice che non sia versato soltanto in cose giuridiche, come è ovvio che sia, ma deve essere anche un giudice «che sia soprattutto consapevole che il suo compito è quello di risolvere al meglio il caso specifico venuto alla sua attenzione e non quello di perseguire, attraverso le sue pronunce, un qualsiasi obiettivo di rinnovamento sociale»³⁹.

23319, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce *Stato Civile*, n. 25, che ha ritenuto in caso di nascita all'estero la non contrarietà dell'ordine pubblico, e quindi la trascrivibilità, dell'atto o del provvedimento del giudice straniero che accerti una doppia maternità quando una stessa donna ha fornito il materiale genetico e ha portato avanti la gravidanza, mentre l'altra ha concorso al progetto genitoriale senza offrire alcun apporto genetico o biologico. La questione rimane comunque dibattuta tanto è vero che è stata portata all'attenzione delle Sezioni Unite le quali con l'ordinanza n. 38162 del 30 dicembre 2022, cit., nell'occuparsi dello stato civile di un bambino nato in Canada attraverso la pratica della maternità surrogata, alla quale aveva fatto ricorso una coppia di uomini, cittadini italiani, uniti in matrimonio in Canada con atto trascritto in Italia nel Registro delle Unioni civili, ha escluso la trascrivibilità dell'atto di nascita che indicava quale genitore il padre di intenzione. Le Sezioni Unite hanno precisato anche che l'automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione «non è funzionale alla realizzazione del migliore interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi» (*ivi*, pp. 22-28).

³⁷ È, infatti, da respingere che il minore «debba ritenersi per ciò solo più uguale degli altri». Del pari l'interesse «superiore» del minore non può condurre «ad esiti contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento», cioè in primo luogo «con le esigenze poste dal rispetto del valore sovrautilitaristico della persona». Su entrambi questi aspetti testualmente E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 37.

³⁸ Parla di «un giudice equilibrato e adeguatamente formato» al quale va affidata la «concretizzazione sapiente» di una nozione «sfumata e dai contorni indefiniti» come è quella dell'interesse del minore, E. BILOTTI, *op. loc. ult. cit.* L'a. parte dal presupposto che l'interesse del minore per poter promuovere «il pieno sviluppo» di quest'ultimo «tenendo conto dei suoi concreti bisogni affettivi ed educativi» deve essere costruito come una clausola generale (*ivi*, p. 36), allontanandosi in tal modo da quanto ritiene altra parte della dottrina (v. L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 74) sulla quale v. *supra*, nota 23.

³⁹ È questo il modello di giudice che E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 37, auspica per il raggiungimento delle finalità che sono sottese al parametro del «migliore» interesse del minore.

PESARE LE PAROLE.
IL PRINCIPIO DEI *BEST INTERESTS OF THE CHILD*
COME PRINCIPIO DEL MIGLIOR INTERESSE
DEL MINORE

Elisabetta Lamarque

SOMMARIO: 1. Le parole sono importanti. – 2. Nessuna superiorità gerarchica, nessuna automatica prevalenza, nessuna tirannia del principio. – 2.1. Le origini. – 2.2. La giurisprudenza di Strasburgo. – 2.3. Chiarezza concettuale e precisione lessicale nella più recente giurisprudenza costituzionale. – 3. Flessibilità delle regole legislative. – 4. Che cosa ci attende nel prossimo futuro.

1. *Le parole sono importanti*

Qualche anno fa Gustavo Zagrebelsky aveva condotto una riflessione sui contenuti minimi dell'*ethos* democratico, proponendo un decalogo di ciò che è – o che sarebbe – necessario preservare in una democrazia. Una voce di questo elenco era “la cura delle parole”, ritenuta dall’autore fondamentale perché la democrazia è una “convivenza basata sul dialogo”¹. Scriveva tra le altre cose Zagrebelsky che “le parole devono rispettare il concetto, non lo devono rompere. Altrimenti il dialogo diventa un inganno, un modo di trascinare gli altri dalla tua parte con mezzi fraudolenti”².

Ho sempre creduto anche io nella responsabilità che deriva dalla scelta delle parole nella comunicazione personale (il vostro parlare sia sì sì no no, dicono i Vangeli), una responsabilità che forse è ancora più grande quando le parole sono rivolte a un numero indefinito di persone: “la scelta delle parole è un atto cruciale e fondativo”, perché le parole “sono dotate di una forza che ne deter-

¹G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2005, p. 35. Il titolo del paragrafo richiama invece un brano molto noto del film di Nanni Moretti *Palombella Rossa* che consiglio a tutti di rivedere su YouTube.

²*Ivi*, p. 36.

mina l'efficacia e che può produrre conseguenze"³. Inutile aggiungere che l'efficacia delle parole è tanto maggiore, e le conseguenze tanto più rilevanti, se le parole provengono da un organo pubblico dotato di poteri coercitivi sulle persone.

È stato forse proprio l'amore per le parole, il desiderio di averne cura, la consapevolezza del peso che hanno quando sono utilizzate nell'esercizio del potere che qualche anno mi aveva spinto a scrivere un libretto sui *best interests of the child* nella prospettiva del diritto costituzionale⁴.

In quel libretto, infatti, avevo provato a combattere l'uso retorico che gli operatori del diritto – giudici, avvocati ma anche la dottrina – spesso facevano del principio del preminente, o superiore, interesse del minore, locuzione che allora – ma per fortuna forse non più oggi, come argomenterò più avanti – con poca consapevolezza invariabilmente si preferiva per rendere in italiano il principio appunto dei *best interests of the child*.

Quel principio, invece, avrebbe richiesto di essere maneggiato dagli giuristi italiani con maggiore attenzione, addirittura con prudenza, essendo nato ed essendosi sviluppato in un ambiente culturale profondamente diverso dal nostro, quello angloamericano, ed essendosi proprio da lì diffuso sulla scena internazionale grazie soprattutto alla Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, che lo enuncia in via generale all'art. 3⁵, per poi consolidarsi in ambito europeo prima tramite la giurisprudenza di Strasburgo e poi attraverso la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Avevo scelto di occuparmi del principio dei *best interests*, dunque, proprio perché mi ero accorta che il principio era invocato in tutte le occasioni nelle quali veniva in rilievo la posizione di una persona di minore età quasi come formula di stile, in modo indiscriminato e a volte anche a sproposito, e avevo constatato con preoccupazione che troppo spesso gli interpreti ne facevano un

³ G. CAROFIGLIO, *La nuova manomissione delle parole*, Feltrinelli, Milano, 2021, p. 27.

⁴ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016. Molte delle osservazioni svolte nel presente contributo sono tratte, anche testualmente, da quel volume e da altri miei scritti successivi sul tema, tra i quali segnalo soltanto E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, 140 ss., in *open access* all'indirizzo www.garanteinfanzia.org e, da ultimo, G. MINGARDO-E. LAMARQUE, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto. Problemi aperti e sfide future*, a cura di F. PESCE, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 123 ss.

⁵ Art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – *Convention on the Rights of the Child (CRC)*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con legge n. 176/1991: "*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*".

uso poco avvertito, superficiale, generico e dunque appunto retorico, se non addirittura strumentale, servendosene da pretesto per ‘coprire’ scelte volte a favorire – nel singolo caso concreto – gli interessi degli adulti.

In effetti, il “superiore” interesse del minore è un’espressione efficace, perché mette tutti a tacere. Chi oserebbe sostenere oggi l’idea opposta, che il bene degli adulti viene prima di quello dei bambini?

Ed è anche un abito buono per tutte le stagioni e per tutte le occasioni. Quanto volte abbiamo visto, soprattutto in passato, nei discorsi politici e giornalistici, ma spesso purtroppo anche in quelli dei giuristi⁶, che nel suo nome si vuole giustificare una soluzione a un problema sociale, etico e giuridico, ma anche la soluzione esattamente contraria?

Quanto ai contenuti di quello studio, che risale al 2016, ormai otto anni fa, avevo innanzitutto approfondito un aspetto che già a quei tempi era dato per scontato, e cioè la circostanza che nel nostro ordinamento il principio dei *best interests* si collochi a livello costituzionale, si imponga quindi alla legislazione primaria. Che il principio abbia rango costituzionale si ricava infatti sia da una lettura sistematica ed evolutiva della Costituzione italiana – una lettura che peraltro allora non tutti ricordavano che la Corte costituzionale avesse già offerto nel lontano 1981⁷ –, sia da una ricognizione degli effetti sull’ordinamento costituzionale dei *bill of rights* internazionali e sovranazionali. Su questo punto non serve ora ritornare.

Per il resto, avevo raggiunto alcune conclusioni – due le principali – riguardo alla portata del principio che allora mi parvero non banali, e che qui è utile richiamare per metterle a confronto con i più recenti sviluppi giurisprudenziali.

Erano tuttavia due punti fermi – se di punti fermi è mai possibile parlare, nel campo del diritto – entrambi di segno negativo, relativi a ciò che il principio dei *best interests* certamente non vuole, non impone, non richiede. Eugenio Montale ha reso meglio di chiunque altro questa sensazione di avere colto una qualche verità, ma solo per esclusione: *Codesto solo oggi possiamo dirti, ciò che non siamo, ciò che non vogliamo*⁸.

In primo luogo, avevo concluso che il principio dei *best interests* non impone affatto all’interprete di far prevalere sempre e comunque i diritti del bambino o dell’adolescente sui diritti degli adulti che si trovano in relazione con lui o su altri beni della collettività del medesimo rango costituzionale, al contrario di ciò

⁶Lo nota, con particolare riferimento ai temi legati alla PMA, M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Quest. giust.*, 2019.

⁷Corte cost. sent. n. 11/1981, redattore Leopoldo Elia. Ora invece questa sentenza capostipite è ricordata come tale dalla Corte costituzionale (si vedano, ad es., il punto 4.1 del *Considerato in diritto* di Corte cost. sent. n. 102/2020, il punto 5.3 del *Considerato in diritto* di Corte cost. sent. n. 33/2021 e il punto 5.2.3 del *Considerato in diritto* di Corte cost. sent. n. 79/2022).

⁸E. MONTALE, *Non chiederci la parola*, in *Ossi di seppia*, Piero Gobetti Editore, Torino, 1925.

che sembrerebbe suggerire l'espressione italiana che lo traduce nei termini di "preminente" o "superiore" interesse del minore.

In secondo luogo, avevo constatato che principio dei *best interests* non sopporta – o, meglio, male sopporta – gli automatismi, o comunque più in generale diffida delle previsioni legislative rigide, prive di flessibilità, che impediscono all'organo pubblico incaricato di decidere nel caso concreto (un giudice, di solito, ma anche un altro operatore) di compiere una scelta ritagliata, modellata, sulle peculiarità, sulle sfumature, che quel caso presenta.

2. Nessuna superiorità gerarchica, nessuna automatica prevalenza, nessuna tirannia del principio

Prendiamo dunque le mosse dal primo punto: il principio dei *best interests of the child* non impone che l'interesse della persona di minore età debba sempre automaticamente prevalere su tutto e su tutti.

Ce lo insegnano la nascita e gli sviluppi storici del principio; ce lo fa chiaramente capire la Corte di Strasburgo; ma soprattutto ce lo dice esplicitamente da qualche anno – almeno dal 2017 – la nostra Corte costituzionale.

Motiverò ora brevemente, nell'ordine, tutte e tre queste affermazioni, partendo dalle origini storiche del principio.

2.1. Le origini

Nella preistoria del principio, nell'Ottocento, la *best interests of the child doctrine* nasce, nei paesi di *common law*, per consentire, nel caso di separazione o divorzio, singole eccezioni alla rigida regola, tipica di una società patriarcale, che imponeva di affidare i figli al padre.

L'affidamento alla madre all'inizio era disposto dalle corti in casi rarissimi, se i figli erano molti piccoli e quando il padre legale era all'evidenza del tutto inadatto, ad esempio perché vagabondo, alcolizzato o violento.

A un certo punto, però, e siamo già nella seconda metà del secolo scorso, il principio dei *best interests* esce dal ristretto ambito del diritto di famiglia – affidamento e adozione – e diventa uno dei cardini del vastissimo dibattito sui *children's rights* in ambito nord americano.

Si tratta di un dibattito per noi europei continentali molto difficile da comprendere perché controverte su ciò che da noi è invece dato sempre per scontato, e cioè sulla circostanza che i bambini, in quanto persone umane, siano titolari di diritti fondamentali.

Nel dibattito nord americano sui *children's rights*, infatti, si contrappongono – semplificando molto – due orientamenti.

Da una parte stanno coloro che ritengono che anche i bambini e gli adole-

scenti siano titolari di *rights*, intesi naturalmente come in generale sono intesi i *rights* in quell'area culturale, e cioè come diritti di autodeterminazione in tutte le sfere della propria vita.

Si tratta dell'orientamento dell'*autonomy* o della *self-determination*, che denuncia l'ingerenza del potere pubblico nelle decisioni che riguardano la vita di una persona di minore età e che per questo motivo ritiene che i bambini e gli adolescenti siano soggetti oppressi, *the last minority*, "l'ultima minoranza" da liberare, dopo le donne, i neri e gli omosessuali.

Dalla parte opposta si situano invece coloro che tremano al pensiero di abbandonare i bambini e gli adolescenti ai loro diritti, e cioè alle loro scelte, le quali possono sempre ritorcersi a loro danno, e sostengono che sia piuttosto necessario intervenire per compensare la loro debolezza e vulnerabilità.

È questo l'orientamento della *protection* o della *salvation*, a volte denominato anche *nurturance orientation*.

È esattamente al cuore di questo secondo orientamento che nasce e si sviluppa il nostro principio. Secondo questa linea di pensiero, infatti, ai *children* non devono essere garantiti *rights*, intesi nel senso di poteri di autodeterminazione, ma al contrario *protection*, e a tale scopo altri soggetti (pubblici o privati, ma su questo punto le varie concezioni divergono) devono essere incaricati di decidere per loro e al posto loro in che cosa consistano i loro *best interests*, e cioè in quale modo si realizzi meglio il loro *welfare* o il loro *well-being* (termini che non a caso nella tradizione anglo-americana dei *children's rights* sono spesso utilizzati come sinonimi dei *best interests*).

Per spiegare il significato del principio dei *best interests* nell'area culturale dove è storicamente nato – un significato che certamente il principio porta con sé quando irrompe sulla scena internazionale e sovranazionale – si potrebbe allora dire così.

In base a questo principio, chi si trova a dover prendere una decisione che riguarda la vita di una persona di minore età – che di solito da noi è un'autorità pubblica come un giudice o un assistente sociale – deve abbandonare ogni preconcetto e ogni idea personale per mettersi nei panni del bambino (*in the child's skin*), e da questa prospettiva deve individuare ciò che conta di più per la vita del bambino e che gli garantisce il massimo benessere possibile (*well-being* o *welfare*, appunto).

Ne consegue che la decisione finale dovrà tendere a realizzare la soluzione migliore per il bambino che si trova in quella determinata situazione concreta, senza tuttavia trascurare o pretermettere i diritti degli adulti che sono in relazione con lui e le altre eventuali esigenze proprie della società. Diritti ed esigenze, dunque, che continuano a mantenere un peso nel bilanciamento e che richiedono di essere considerati ai fini della decisione stessa.

Lo stesso tenore testuale dell'espressione inglese va inequivocabilmente in questa direzione. *Interests* è al plurale e dunque la parola indica i vari possibili

interessi/esigenze/bisogni che ogni bambino nutre; *best* è il superlativo relativo di *good*, buono. L'espressione inglese richiede quindi semplicemente che 'i migliori' – e cioè i più significativi, i più importanti – tra i numerosi interessi/esigenze/bisogni del bambino siano tenuti in conto e garantiti da chi deve decidere al posto suo. E il 'pacchetto' dei più significativi tra questi interessi/esigenze/bisogni primari della persona di minore età è proprio ciò che le assicurerà il benessere, e cioè il *welfare* e il *well-being*.

Già allora, di conseguenza, proponevo che l'espressione inglese *best interests of the child* fosse resa in italiano con locuzioni più vicine al suo reale significato, e meno ingannevoli, quali ad esempio 'il migliore interesse' o 'il massimo benessere possibile' della persona di minore età, oppure ancora 'la soluzione migliore' (tra tutte quelle possibili) per il bambino o l'adolescente.

Queste traduzioni, alternative a quella corrente, assicurano che il superlativo relativo resti tutto interno al novero degli interessi della stessa persona di minore età, interessi dei quali i più importanti devono essere considerati e protetti.

Al contrario, con queste traduzioni rimane correttamente assente l'elemento della comparazione con altre esigenze e diritti tutelati dall'ordinamento, sui quali il 'pacchetto' di interessi/esigenze/bisogni, e anche diritti, del bambino e dell'adolescente non è detto che debba sempre prevalere, al contrario di ciò che suggerisce la più tradizionale traduzione italiana nei termini di "superiore" o "preminente" interesse del minore'.

2.2. La giurisprudenza di Strasburgo

I segnali che provengono dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vanno inequivocabilmente in quest'ultimo senso.

Lasciamo perdere il fatto che ci sarebbe molto da dire sulla alluvionale giurisprudenza di Strasburgo sui *best interests*, e molto anche da criticare: quanto all'incertezza del fondamento del principio nella Cedu (art. 8 primo o secondo paragrafo?), quanto all'incoerenza di molte sue applicazioni, ma anche quanto alla contraddittorietà stessa di alcune sue affermazioni di principio contenute in quella parte sempre uguale delle sentenze di Strasburgo che precede l'applicazione della Convenzione al caso di specie, in cui a volte si legge, a distanza di poche righe e magari all'interno della stessa pagina, un'affermazione e anche il suo contrario.

Il punto che qui interessa è invece chiaramente enucleabile da tutta la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e può essere riassunto nel modo che segue.

È vero che l'interesse del bambino e dell'adolescente ha sempre "particolare importanza", ma quando l'interesse del minore e quello ad esempio dei suoi genitori biologici sono in conflitto, l'art. 8 Cedu "esige che le autorità nazionali garantiscano un giusto equilibrio tra tutti questi interessi – da noi si dice *un ragio-*

nevole bilanciamento tra diritti fondamentali – nel quale l’interesse del minore, “a seconda della sua natura e complessità”, può – attenzione: può, non deve! – avere la precedenza su quello dei genitori.

Esemplare, in questo senso, tra le moltissime, la nota sentenza *Strand Lobben* del 2019, seguita da altre più recenti, tra le quali anche sentenze di condanna dell’Italia, come ad esempio *A.I.* del 2021⁹.

Nella giurisprudenza di Strasburgo l’idea che l’interesse e i diritti del minore debbano essere sottoposti a bilanciamento, e non debbano al contrario automaticamente prevalere su ogni altro interesse o diritto altrui, è sempre presente e soprattutto sempre praticata.

È interessante notare che ciò accade anche quando sull’altro piatto della bilancia, rispetto ai diritti e agli interessi del minore, non ci sono i diritti degli adulti ricorrenti davanti alla Corte di Strasburgo (tipicamente, per fare un esempio, il diritto dei genitori biologici a non vedersi spezzato il legame con il figlio), bensì ci sono interessi generali della società, come ad esempio quelli che vengono in rilievo quando si tratta di riconoscere una surrogazione di maternità avvenuta all’estero. In questo è chiarissima, tra le altre, la recente sentenza *K.K.* del 2022¹⁰.

2.3. Chiarezza concettuale e precisione lessicale nella più recente giurisprudenza costituzionale

Ancora più significativa, oltre che molto più coerente al proprio interno, è la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, che almeno a partire dal 2017 presenta una chiarezza concettuale sempre crescente.

Prendiamo, tra le molte, la nota sentenza n. 33 del 2021, che dichiara inammissibile per discrezionalità del legislatore la questione relativa alla possibilità di iscrivere all’anagrafe come figlio della coppia committente il bambino nato all’estero a seguito di una pratica di gestazione per altri¹¹.

⁹Corte eur. dir. uomo, *Strand Lobben e altri contro Norvegia*, Grande Camera, 1 settembre 2019, n. 37283/13, §§ 204 e 220 e *A.I. contro Italia*, sez. I, 1 aprile 2021, n. 70896/17, §§ 87 e 94.

¹⁰Corte eur. dir. uomo, *K.K. contro Danimarca*, sez. II, 6 dicembre 2022, n. 25212/21, § 57.

¹¹Si occupano di questa sentenza e di quella che immediatamente la precede (Corte cost. sentt. nn. 32 e 33/2021), tra i molti, M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale ‘fil rouge’ dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7; M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via di inammissibilità è l’unica percorribile?*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori?*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7; G. RECINTO, *Le “pericolose oscillazioni” della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in *Fam. e dir.*, 2021, 11; R. BIN, *L’interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, 2; M.N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall’introduzione dello stato unico di filiazione. Un ‘excursus’ giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. e dir.*, 2022, 8-

C'è, nella sentenza n. 33, la massima attenzione a sottolineare che “l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco”. E ciò perché “se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”.

Ne consegue che gli interessi del bambino possono e devono essere sottoposti a un equo bilanciamento con diritti fondamentali altrui ed esigenze e interessi di pari rango costituzionale.

Non è un caso, allora, che i termini “bilanciamento” e “bilanciati” ricorrano ben cinque volte nel Considerato in diritto della sentenza n. 33 la quale, come noto, conclude: “gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore”.

A una simile ritrovata chiarezza concettuale corrisponde, nella motivazione delle sentenze costituzionali più recenti, la ricerca di nuove espressioni linguistiche per indicare il nostro principio, differenti da quella tradizionale e capaci di sgombrare il campo da ogni residua possibilità di fraintendimento.

In alcune importanti sentenze del 2020 (la 102, sulla sospensione della responsabilità genitoriale per il reato di sottrazione di minore)¹², e del 2021 (la

9; R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *Riv. di Biodiritto*, 2021, 3; M. ACIERNO, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Quest. giust.*, 2021; E. FRONTONI, *L'adozione in “casi particolari” non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso maternità surrogata*, in *Nomos*, 2021, 2; F. ASTONE, *Procreazione di coppie ‘same sex’ e ‘status’ dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2021, 2; V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 2; M. CALDIROLI, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta*, in *Riv. di Biodiritto*, 2022, 2; M. CALDIROLI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Oss. cost.*, 2021, 3; G. D'AMICO, *La Corte e il “non detto”. Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4; G. D'AMICO, *La preminente ... discrezionalità del legislatore e il “giuoco delle parti”*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2021, 3; G. MINGARDO, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *Riv. AIC*, 2021, 3; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Riv AIC*, 2021, 3; F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, ‘best interest of the child’ e ‘famiglia naturale’: un problema ancora irrisolto*, in *Giur. cost.*, 2021, 2; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta online*, 2021, 1; U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4; S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9; P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *Riv. di Biodiritto*, 2021, 3.

¹²Su cui, tra gli altri, P. PITTARO, *La sospensione della responsabilità genitoriale come pena accessoria. incostituzionale se automatica*, in *Fam. e dir.*, n. 10/2020; G. MATUCCI, *“Cecità” della legge*

sentenza n. 32, ad esempio, e ancora una volta la n. 33)¹³ la Corte costituzionale è esplicita nel proporre un nome più adeguato per il nostro principio, suggerendo di chiamarlo principio della “soluzione ottimale per il minore”, o della “soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore”, o ancora “principio del miglior interesse del minore”.

Tuttavia, nella motivazione di quelle stesse sentenze del 2020 e del 2021 gli aggettivi “superiore” e “preminente”, o “superiori” e “preminenti”, accompagnati a “interesse” o “interessi” del minore o del bambino, riaffiorano a tratti, quasi per abitudine o inerzia.

La svolta si ha invece nella più recente sentenza sull’adozione in casi particolari, la n. 79 del 2022, con la quale la Corte costituzionale estende all’adottato la parentela con i parenti dell’adottante¹⁴.

Nella motivazione di questa pronuncia la Corte costituzionale si riferisce sempre al principio “del miglior interesse del minore”, oppure qualifica tale interesse come “primario” – e dunque, attenzione, come un interesse molto importante, ma non già per forza prevalente su qualsiasi altro¹⁵ – mentre gli aggettivi “preminente” e “superiore” compaiono solo come relitti del passato, nelle citazioni testuali di atti meno recenti.

La stessa accuratezza nella scelta delle parole, invece, non si ritrova ancora

e interesse concreto del minore. Sull’incostituzionalità dell’automatica sospensione della responsabilità genitoriale, in *Giur. cost.*, 2020, 3; G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla “cecità” dell’automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. e pro. pen.*, 2020, 4; L. DELLI PRISCOLI, *Sottrazione internazionale dei minori e “the best interest of the child” quale interesse alla bigenitorialità*, in *Giust. pen.*, 2020, 8-9.

¹³ Si veda *supra*, nota 6.

¹⁴ Su questa sentenza M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della “familiarità sociale”*, in *Consulta online*, 2022, 3 e M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Oss. cost.*, 2022, 3.

¹⁵ Analogamente Corte cost. sent. n. 33/2021 aveva ritenuto che agli interessi del minore dovesse essere assegnato uno speciale peso in ogni bilanciamento, ma aveva subito chiarito che ciò non significa assegnare all’interesse del minore una assoluta prevalenza sugli altri diritti individuali e interessi della collettività: “la frequente sottolineatura della ‘preminenza’ di tale interesse ne segnala bensì l’importanza, e lo speciale ‘peso’ in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all’interesse del minore non può non rammentarsi che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”.

È davvero curioso notare che, tutto all’opposto, nella giurisprudenza costituzionale più antica, precedente Corte cost. sent. n. 11/1981, cit., lo speciale peso nel bilanciamento con gli interessi della persona minore di età sembrava doversi assegnare “al superiore interesse della società” (così Corte cost. sent. n. 156/1967, tra l’altro relativa al delicatissimo tema dell’ispezione corporale dell’imputato minorenni).

nella giurisprudenza della Cassazione dove – si pensi ad esempio alla sentenza delle Sezioni Unite di fine 2022 sullo *status* del nato all'estero da surrogazione di maternità¹⁶ – convivono pacificamente la versione 'ripulita' e aggiornata del nome italiano del principio dei *best interests* e la formulazione tradizionale, con tutta la sua pericolosa carica di ambiguità.

Non bisognerebbe mai dimenticare, invece, che la formulazione tradizionale consente di utilizzare il principio nelle nostre aule giudiziarie in modo vuoto, retorico o addirittura fraudolento, dato che – al contrario della più corretta traduzione in termini di *principio del miglior interesse della persona di minore età* – autorizza il giudice a non motivare in modo approfondito sulle circostanze di fatto del singolo caso concreto, alle quali invece la sua decisione dovrebbe sempre correlarsi.

3. *Flessibilità delle regole legislative*

Passo ora, molto molto più brevemente, al secondo punto, che dopo quello che ho detto finora risulterà chiarissimo.

Il principio dei *best interests* non ama gli automatismi legislativi, e anzi è ontologicamente incompatibile con le soluzioni legislative rigide che non consentono all'organo pubblico che deve in un determinato momento assumere una decisione che riguarda la vita di un bambino o di un adolescente di modularla su tutte le circostanze di fatto a sua conoscenza – che siano circostanze positive o negative, risorse o difficoltà –, comprese quelle relative al passare del tempo e all'avvenuto consolidamento di alcune situazioni di fatto¹⁷. E ciò allo scopo di assicurare a quel bambino o a quell'adolescente di godere, nei limiti del possibile, date appunto le circostanze in cui si trova, degli interessi/delle esigenze/dei bisogni più importanti, fondamentali per il suo pieno sviluppo.

Ma come si fa se la legge è rigida, se prevede un automatismo? La risposta è ovvia: se il testo della legge, o l'intero sistema legislativo, impone al giudice un'unica soluzione, la quale appare al giudice stesso dissintona rispetto alle esigenze del minore in carne e ossa che ha di fronte, il giudice non ha altra strada, per recuperare il potere di decidere diversamente, che adire la Corte costituzionale, chiedendole di cambiare, di manipolare, la legge per introdurvi la flessibilità richiesta dal principio dei *best interests*.

¹⁶ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. I, *T.C. contro Italia*, 19 maggio 2022, n. 54032, §§ 57-58, oltre a quelle richiamate al § 349 della guida all'art. 8 Cedu, predisposta dalla cancelleria della stessa Corte di Strasburgo (*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, Updated on 31 August 2022, all'indirizzo https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf).

Le manipolative di accoglimento della Corte costituzionale che rispondono positivamente a simili accorati appelli dei giudici comuni sono molto numerose. Tra le più antiche, esemplare è la sentenza dell'inizio degli anni Novanta che introduce la possibilità per il giudice di derogare al limite dei quaranta anni massimi di differenza di età tra adottante e adottato nell'adozione internazionale, qualora lo richieda l'interesse del figlio¹⁸, che è poi stata seguita da molte altre successive, in tutti i settori del diritto, dal diritto civile, a quello penale, processuale penale e dell'esecuzione penale.

Negli anni più vicini a noi, ad esempio, sono molto note e commentate le sentenze che eliminano l'automatica applicazione della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale per i delitti di soppressione e di alterazione di stato¹⁹, o più di recente la sentenza che fa fuori l'automatismo nella sospensione della responsabilità genitoriale per il ben più grave delitto di sottrazione e mantenimento del minore all'estero²⁰.

4. *Che cosa ci attende nel prossimo futuro*

In conclusione di queste riflessioni vorrei richiamare due casi recenti per i quali auspico che possano presto intervenire analoghe pronunce costituzionali manipolative.

In primo luogo segnalo un'ordinanza di rimessione della Cassazione, prima sezione civile, depositata a inizio gennaio 2023, che chiede alla Corte costituzionale di rendere flessibile la rigidissima regola della legge sull'adozione del 1983 secondo cui con l'adozione piena, legittimante, cessano irreversibilmente i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine, intesa come comprensiva dei parenti fino al quarto grado²¹.

Viene quindi sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale una regola legislativa che nei suoi primi quarant'anni di vita non era mai stata messa in di-

¹⁸ Corte cost. sent. n. 148/1992.

¹⁹ Corte cost. sentt. n. 31/2012 e n. 7/2013.

²⁰ Corte cost. sent. n. 102/2020, cit.

²¹ Cass. civ., sez. I, 5 gennaio 2023, n. 230, R.O. n. 11/2023. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, in realtà, la Corte costituzionale ha deciso le questioni con una pronuncia interpretativa di rigetto, che raggiunge quindi in via interpretativa il medesimo risultato auspicato dalla Corte di Cassazione. Corte cost., sent. n. 183/2023, rel. Navarretta, infatti, ha dichiarato "non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 27, terzo comma, della legge n. 184 del 1983, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli artt. 3, 20, comma 3, e 21 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 20 maggio 1991, n. 176, dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, con l'ordinanza indicata in epigrafe".

scussione proprio perché era universalmente ritenuta indispensabile per mettere al sicuro, in una botte di ferro, tutti gli adottati, sancendone l'esclusiva appartenenza alla nuova famiglia adottiva.

Oggi invece, la Cassazione ritiene che, se riferita a un caso difficile come quello sottoposto al suo giudizio, di due fratelli rimasti orfani di madre a seguito di un femminicidio, tale regola contrasta con il principio dei *best interests* proprio perché eccessivamente rigida. Essa infatti vieta, una volta dichiarata l'adozione piena dei due bambini – o, meglio, una volta dichiarato lo stato di abbandono che prelude all'adozione – di mantenere vivi i loro rapporti con tutti i parenti di sangue anche se la relazione con alcuni di loro, se coltivata “secondo le modalità stabilite in via giudiziale”, potrebbe contribuire al benessere dei bambini.

Un secondo caso di notevole attualità è quello che riguarda l'adozione in casi particolari del nato all'estero da surrogazione di maternità da parte del partner del genitore biologico che aveva condiviso il progetto procreativo.

Qui mi spiace un po' intervenire in senso leggermente critico, o perlomeno dubbioso, sulla sentenza delle Sezioni Unite dello scorso dicembre, già richiamata²², che – tengo a precisare – condivido invece pienamente nel suo esito.

Al § 11 le Sezioni Unite ricordano che secondo la stessa Corte costituzionale uno degli aspetti di inadeguatezza della soluzione di compromesso – di negare la trascrizione della doppia genitorialità e di consentire invece l'adozione in casi particolari da parte del genitore non biologico – risiede nel fatto che, seguendo il dettato della legge del 1983, sarebbe impossibile pronunciare l'adozione quando manca l'assenso del genitore biologico.

Ebbene, le Sezioni Unite affermano che i giudici, in casi come questi, sono chiamati a considerare “le potenzialità dell'interpretazione costituzionalmente conforme” per superare, se l'interesse del figlio lo richiede, il dissenso del genitore biologico all'adozione da parte del genitore non biologico, “senza che occorra sollevare, persistendo l'omissione da parte del legislatore, una questione di legittimità costituzionale”.

Non condivido questo suggerimento.

È vero che le Sezioni Unite non avrebbero potuto sollevare loro stesse il dubbio di costituzionalità per carenza assoluta di rilevanza.

Tuttavia, in un diverso futuro giudizio, instaurato proprio da un genitore non biologico che volesse superare il rifiuto da parte del genitore biologico, a mio parere la lettera della legge sull'adozione, che testualmente richiede sempre il suo consenso, non potrebbe essere aggirata in via interpretativa.

Pronunciare lo stesso l'adozione in casi particolari nonostante il dissenso del genitore biologico sarebbe come disapplicare la legge nel caso concreto: opera-

²² Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

zione che, in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, al giudice non è mai consentita.

Al contrario, il giudice potrebbe, e dovrebbe, attivare un nuovo incidente di costituzionalità per ottenere dalla Corte costituzionale – con il consueto meccanismo – una manipolazione del rigido testo di legge che dia ingresso alla valutazione caso per caso, da parte del giudice stesso, della rispondenza della richiesta adozione ai bisogni fondamentali del nato dalla pratica di surrogazione di maternità.

Senza contare che l'intervento solitario di un giudice che opera un'interpretazione conforme della legge vale solo provvisoriamente, salvo impugnazione della sua sentenza, e comunque vale soltanto per le parti del suo giudizio.

Al contrario, se quello stesso giudice si rivolge alla Corte costituzionale, la Corte può rimuovere il problema una volta per tutte, non solo per tutti i casi futuri ma anche per quelli *in itinere*, con benefici e stabili effetti *erga omnes*.

Alla continua correzione dei testi di legge da parte del virtuoso raccordo Corte costituzionale-giudici comuni, del resto, siamo da tempo tutti abituati, nel campo del diritto di famiglia come in molti altri settori dell'ordinamento, dato l'endemico ritardo, la colpevole inerzia, dei nostri legislatori di ogni colore, incapaci di adeguare tempestivamente il tessuto normativo ai mutamenti già avvenuti nelle relazioni umane in seno alla società.

LE ADOZIONI «IN CASI PARTICOLARI»: *THROUGH THE BARRICADES**

Giovanni Iorio

SOMMARIO: 1. Piano di indagine. – 2. Le «adozioni in casi particolari»: il «preminente interesse del minore». – 3. Le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *a*) e *c*) della legge n. 184/1983. – 4. Le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *b*) e *d*) della legge n. 184/1983. – 5. Spunti per una nuova disciplina sull'adozione «mite». – 6. L'adozione da parte di persone omosessuali e dei *single*.

1. *Piano di indagine*

La velocità con cui tutto succede, nei tempi moderni, non risparmia certo gli istituti giuridici: l'interprete, così, si ritrova talvolta a discettare di disposizioni che un «tempo» (in realtà pochi lustri prima) avevano un ruolo centrale nel sistema giuridico e poi sono state relegate ai margini dell'ordinamento (se non proprio cancellate); talaltra, vede sbucare dal nulla (o meglio, dalla considerazione marginale che i più avevano) fattispecie ridisegnate – spesso in non lieve misura – dal diritto pretorio.

La materia del diritto di famiglia, non vi è dubbio, costituisce il terreno d'elezione per verificare i percorsi carsici di taluni istituti che, dopo il buio o la penombra, rivendicano il loro spazio alla luce del sole. E intendono rimanerci. Una di queste figure è l'adozione «in casi particolari» (art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184).

Basterà sfogliare i manuali di diritto privato di qualche anno fa per comprendere il ruolo «ancillare» riservato ad essa: poche righe per poi lasciare il proscenio all'adozione «legittimante», «piena», quella riservata alla coppia spo-

* Il presente contributo costituisce risultato degli studi condotti nell'ambito del «JUST PARENT. Legal Protection for Social Parenthood», progetto finanziato dal *Justice Programme* dell'Unione Europea (2021-2027) Numero di progetto: 101046382. Il contenuto di questo scritto rappresenta solo il punto di vista dell'Autore ed è di sua esclusiva responsabilità. La Commissione europea non assume alcuna responsabilità per l'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute.

sata. Questa scarsa considerazione scientifica, del resto, corrispondeva alla *vulgata* (la cui forza pervasiva giungeva anche nelle aule di tribunale), che considerava adozione di serie A quella «legittimante»; di serie B quella «in casi particolari». Per l'adozione «vera», dunque, occorre essere genitori sposati da almeno tre anni (senza alcun episodio di separazione nei pregressi tre anni di matrimonio); per la seconda, invece, in alcuni casi poteva non servire la patente di persona sposata.

Le cose non stanno più così. La Corte costituzionale, come meglio si vedrà nel prosieguo, negli ultimi anni ha insegnato che: (i) le differenze fra l'adozione «piena» e quella «in casi particolari» si sono assottigliate; (ii) talvolta, all'adozione «piena» deve essere attribuito un ruolo «residuale», dovendosi privilegiare in prima battuta l'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983. Si tratta, come è facile intendere, di un deciso cambio di rotta (un'ulteriore «rivoluzione copernicana» del diritto di famiglia), i cui artefici principali sono stati non soltanto i giudici delle leggi, ma anche quelli di merito e di legittimità. Pure a certa dottrina, peraltro, va attribuito un ruolo importante nel processo di cambiamento.

Ebbene, se i sommovimenti in materia sono sotto gli occhi di tutti (tanto da avere eco nelle cronache dei giornali), l'impianto generale della disciplina sulle «adozioni in casi particolari», nonostante alcuni interventi demolitori della Consulta, attualmente sopravvive (dire «gode di ottima salute» sarebbe troppo, francamente). Così come immutate nel tempo risultano essere le regole sull'adozione «piena». Questa invarianza appare oggi anacronistica e deve sollecitare un'attenta e urgente riflessione da parte del legislatore.

Nel quadro appena tratteggiato si inseriscono le considerazioni di questo studio che, attraverso l'indagine dell'art. 44 della legge n. 184/1983 per classi «omogenee» (da un lato le lett. *a* e *c*), dall'altro le lett. *b* e *d*), intende dimostrare come la disciplina delle «adozioni in casi particolari» sia «inattuale». La maggior parte delle fattispecie oggetto dell'art. 44, cioè, dovrebbe essere oggetto della (riformata) disciplina dell'adozione «piena», mentre soltanto alcune fattispecie (le c.d. «adozioni miti») andrebbero ricondotte nell'alveo delle «adozioni in casi particolari» (secondo, però, un sistema di regole più moderno rispetto a quello attuale).

Va da sé che il ripensamento del diritto delle adozioni, nel senso appena accennato, dovrà accompagnarsi ad una radicale riformulazione dei requisiti per l'adozione «piena», consentendo la stessa anche a coppie non sposate o a persone singole che abbiano l'idoneità a diventare «genitori sociali». Si constaterà che, pure sotto questo profilo, la disciplina delle «adozioni in casi particolari» fornisce già ora utili chiavi di lettura: ci parla di un «futuro» che è già «adesso». Non rimane dunque che dargli una veste normativa.

2. Le «adozioni in casi particolari»: il «preminente interesse del minore»

La legge sull'adozione prevede la «adozione in casi particolari» (così è rubricato il titolo IV della legge n. 184/1983)¹. L'art. 44, comma 1, stabilisce che i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 7, comma 1 (che si riferisce allo «stato di adottabilità»):

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre;

b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;

c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3, comma 1°, della legge n. 104/1994 e sia orfano di padre e di madre;

d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Nei casi di cui alle lett. a), c) e d) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.

Si tratta di fattispecie eterogenee². Infatti, mentre per l'adozione «piena» si può ragionare attorno ad alcuni punti fermi («stato di abbandono» e «stato di adottabilità»; venir meno definitivo dei rapporti giuridici con i genitori di sangue), di fronte all'adozione in esame si dovrà distinguere: talvolta saremo in presenza di uno stato di adottabilità del minore; altre volte si prescindereà da questo stato. Ancora, in alcune circostanze non vi sarà più alcun vincolo con un genitore di sangue; in altri casi questo vincolo sussisterà e potrà avere giuridica rilevanza.

Un minimo comune denominatore, tuttavia, esiste: l'interesse del minore. Si deve ricordare che ai fini della pronuncia della sentenza di adozione, il tribunale non soltanto dovrà verificare l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 44 della legge n. 184/1984; accerterà pure se l'adozione «realizza il preminente interesse del minore» (cfr. l'art. 57, comma 1, legge n. 184/1983).

Ora, realizza appieno l'interesse del minore una disciplina la quale, attraverso il richiamo all'art. 300 c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non crei alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante³?

¹ Sull'estrema attualità dell'istituto in esame v., nell'ambito di tematiche di cui non ci si occupa in questa sede, N. CHIRICHALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*, in *Famiglia*, 2021, 3, p. 421 ss., nota a Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33.

² B. POLISENO, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari fra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Quest. giust.*, 2019, 2, p. 101 ss.

³ A norma dell'art. 55 legge n. 184/1983, alle adozioni particolari si applicano «le disposizioni degli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304 del c.c.».

La Corte costituzionale, nel marzo 2022, ha dato una risposta negativa⁴: l'adozione «in casi particolari», si è affermato, lungi dall'assecondare il mero desiderio di genitorialità, «*dimostra una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore*»⁵, che si realizza riconoscendogli lo *status* di figlio. Entro questo quadro, l'adottato in casi particolari «*si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge (art. 57, comma 2, l. n. 184 del 1983), a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello status di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo*»⁶. Irragionevolmente, spiegano i giudici delle leggi, un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, quale è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie. In tal modo, la norma censurata (l'art. 55, legge n. 183/1983, nella parte in cui richiama l'art. 300 c.c.) «*priva il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni*»⁷.

L'intervento della Consulta, è evidente, avvicina in maniera significativa – sotto l'aspetto appena studiato – la disciplina dell'adozione «in casi particolari» a quella piena. Certo, le differenze fra i due istituti permangono (e, almeno per alcuni aspetti, un regime in parte differenziato merita approvazione)⁸.

In particolare, l'adottante ha l'obbligo di mantenere l'adottato, istruirlo, educarlo ed assisterlo moralmente, conformemente a quanto prevede il nuovo art. 147 c.c. Se l'adottato ha beni propri, l'amministrazione di essi, durante la minore età, spetta all'adottante, il quale non ne ha l'usufrutto legale (ecco un tratto di disciplina differente rispetto all'adozione «piena»), ma può impiegarne

⁴ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79. Per un approfondito commento di questa pronuncia v., fra gli altri, M. SESTA, *Stato giuridico della filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 904 ss.; I.L. NOCERA, *Adopcion en casos especial y unidad del status filiationis en el derecho italiano: ¿ cómo repercute en el plano sucesorio? in Actua-lidad Jurídica Iberoamericana*, 17-bis, 2022, p. 2310 ss.

⁵ V. anche Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 12, I, c. 3782; in *Dir. & giust.*, 24 ottobre 2019; in *Giur. cost.*, 2019, 5, c. 2597; Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, in *Giur. cost.*, 2021, 2, c. 306; in *Foro it.*, 6, I, c. 1923.

⁶ Cfr. la nuova versione dell'art. 74 c.c.

⁷ In definitiva la norma censurata, per i giudici delle leggi, si pone in contrasto con gli artt. 3, e 31, comma 2, Cost., nonché con l'art. 117, comma 2, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁸ Si rimanda, sul punto, al § 5.

le rendite per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del minore, con l'obbligo di investire l'eccedenza in modo fruttifero (art. 48, comma 3, legge n. 184/1983).

Qualora l'esercizio della responsabilità genitoriale, da parte dell'adottante, cessi, è previsto che il tribunale per i minorenni, su istanza dell'adottato, dei suoi parenti o affini o del pubblico ministero, o anche d'ufficio, possa emettere i provvedimenti opportuni circa la cura della persona dell'adottato e dei suoi beni, «anche se ritiene conveniente che l'esercizio della responsabilità genitoriale sia ripreso dai genitori» (art. 50, legge n. 184/1983).

Ancora, l'art. 55 della l. n. 184/1983 richiama, in materia, alcune disposizioni che regolano l'adozione dei maggiorenni: artt. 293, 294, 295, 299 e 304 c.c. (in base al comma 1 di quest'ultimo articolo «*la adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione*»).

Infine, a differenza di quello che accade nell'adozione piena (caratterizzata dalla irrevocabilità), la adozione in casi particolari può essere revocata nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 51 e 53, legge n. 184/1983).

3. *Le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a) e c) della legge n. 184/1983*

Se è vero che nelle adozioni «in casi particolari» sono rinvenibili diverse situazioni di partenza, non sembra sia preclusa all'interprete la possibilità di distinguere le stesse in base a due distinte classi di appartenenza. Si tratta di un'opera di sistemazione cui si sono dedicati di recente i giudici delle leggi, affermando che da un lato vi sono le adozioni caratterizzate dal fatto che determinati soggetti si stanno occupando del minore (art. 44, comma 1, lett. *a* e *b*); dall'altro vi sono le adozioni il cui tratto distintivo risiede nella difficoltà o nell'impossibilità di taluni minori di accedere all'adozione piena (art. 44, comma 1, lett. *c* e *d*)⁹.

Ai fini che qui interessano, tuttavia, mette conto procedere ad una diversa classificazione delle adozioni in casi particolari: in primo luogo, ci si occuperà delle adozioni di cui all'art. 44, comma 1, lett. *a* e *c*); in secondo luogo, di quelle disciplinate dall'art. 44, comma 1, lett. *b*) e *d*).

Qual è un significativo tratto comune delle prime due fattispecie? In esse la responsabilità di entrambi i genitori è cessata definitivamente, in quanto defunti. Si potrà dire, è vero, che nelle adozioni di cui alla lett. *a*) si rinviene un nucleo di persone (i parenti sino al sesto grado e gli affidatari) presenti nella vita del

⁹Corte cost. n. 79/2022, cit. In dottrina, per lo studio delle adozioni sotto il prisma della responsabilità genitoriale, cfr. G. CASABURI, *In tema di adozioni di minori e limitazione della responsabilità genitoriale*, in *Foro it.*, 2018, 4, c. 1428 ss.

minorenne, il quale non verserà in uno stato di abbandono; e che nelle adozioni di cui alla lett. *c*), al contrario, il minorenne (che sia dichiarato o meno adottabile) potrà incontrare – a cagione della situazione di salute in cui si trova – più difficoltà ad essere inserito in una famiglia adottiva. Non vi è dubbio, però, che le due situazioni sono accomunate dalla circostanza che la responsabilità dei genitori è definitivamente cessata.

Se è così, non si comprende perché l'adottato «in casi particolari» (che, si ripete, è definitivamente privato delle cure dei genitori) sia sottoposto ad una disciplina *minor* (ad esempio, mancanza di usufrutto legale in capo agli adottanti, esclusione del diritto di successione di quest'ultimi nei confronti dell'adottato, revoca dell'adozione).

Ritengo che sia utile riflettere sulla recente pronuncia della Corte costituzionale (la quale ha dichiarato l'incostituzionalità del sistema attuale, nella parte in cui non consentiva di riconoscere vincoli familiari giuridicamente rilevanti fra l'adottato ed i parenti dell'adottante)¹⁰, per affermare che la disciplina delle adozioni «in casi particolari» qui in considerazione appare irragionevole e discriminatoria. Non vi è alcuna plausibile ragione, in sostanza, per cui il minorenne adottato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *a*) e *c*) sia sottoposto ad una disciplina diversa (oggettivamente meno tutelante) rispetto a quella prevista per l'adozione legittimante.

L'impressione (o, se si vuole, l'auspicio) è che l'arresto della Corte costituzionale del marzo 2022 farà da apripista a ulteriori interventi in grado di superare una disciplina la quale, nelle sue applicazioni concrete, non tutela adeguatamente gli interessi dei minori adottati. La materia, peraltro, non dovrebbe essere rimessa esclusivamente alle pronunce dei giudici delle leggi e dei giudici di legittimità. Il legislatore, di fronte a movimenti tellurici così rilevanti, ha il compito di uscire dal suo torpore al fine di dettare un sistema moderno e coerente del diritto delle adozioni. Tanto più che alle incongruenze appena rilevate se ne aggiungono altre, riguardanti le fattispecie di adozioni «in casi particolari» di cui ora ci si deve occupare.

4. *Le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b) e d) della legge n. 184/1983*

Si è detto poc'anzi che il legislatore, nella materia di cui ci si sta occupando, è un convitato di pietra. Talvolta, si badi, è intervenuto a modificare il corpo normativo del 1983; si sente la necessità, però, di un'organica disciplina di riforma che tenga conto del nuovo volto del diritto di famiglia, quale si è delinea-

¹⁰Corte cost. n. 79/2022, cit.

to attraverso le riforme del 2012/2013 e all'introduzione nel 2016 della normativa sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto.

Nel frattempo, è la giurisprudenza a farla da padrona, come emerge dall'analisi delle fattispecie di cui all'art. 44, comma 1, lett. *b)* e *d)*¹¹. Si cominci il discorso da quest'ultima lettera.

Da qualche anno i tribunali italiani consentono l'adozione alle coppie omosessuali in applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. *d)* della legge n. 184/1983. È noto a tutti che, in un primo momento, la giurisprudenza aveva interpretato la «impossibilità di affidamento preadottivo» come un'impossibilità di fatto: di essa si sarebbe dovuto discutere, in sostanza, nei casi in cui non fosse stato possibile dare in affidamento il minore, già dichiarato in stato di abbandono, a causa delle sue precarie condizioni di salute o per l'indisponibilità di una famiglia ad accoglierlo¹². La giurisprudenza romana, invece, ha iniziato a interpretare la constatata impossibilità di affidamento preadottivo come impossibilità non solo di fatto, ma anche di diritto. In tal modo si può applicare l'art. 44, comma 1, lett. *d)* anche ai casi in cui il minore, in quanto accudito, non può essere dichiarato in stato di abbandono e, conseguentemente, posto in affidamento preadottivo¹³.

L'indirizzo della giurisprudenza di merito è stato recepito, nel 2016, anche dalla Suprema Corte: «*in tema di adozioni in casi particolari, l'art. 44, comma 1, lettera d) della l. n. 183/1984, integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppati con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della condicio iuris della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica e adottiva, come impossibilità 'di diritto' di procedere all'affidamento preadottivo*»¹⁴. Aggiungono i giudici di legittimità: «*la*

¹¹ Nel prosieguo del discorso, dopo aver passato in rassegna le due figure di adozione in casi particolari, si ragionerà su alcuni elementi «selettivi» che possono accomunare le stesse.

¹² Trib. min. Ancona 15 gennaio 1998, in *Giust. civ.*, 1998; Trib. min. Potenza 15 giugno 1984, in *Dir. fam.*, 1984, p. 1039.

¹³ App. min. Roma 23 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, 2, I, c. 699. Nello stesso senso, ormai *ex multis*, Trib. min. Roma 22 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, 1, I, c. 339, con nota di G. CASABURI; Trib. min. Roma 30 dicembre 2015, in *Infamiliari*.it, 2016; App. min. Torino 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, 6, I, c. 1910, con nota di G. CASABURI; Trib. min. Genova 3 luglio 2019, in *Infamiliari*.it, 2019. Cfr. anche, sull'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», Corte cost. 18 luglio 1986, n. 198 n. 198, in *Giur. it.*, 1987, 1, I, c. 1336, richiamata dai giudici romani.

¹⁴ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Dir. & giust.*, 2016, 23 giugno, con nota di A. FIGONE; in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 4, p. 1013. Si veda anche Cass. 26 giugno 2019, n. 17100, in *Infamiliari*.it, 2019.

mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse dei minori), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio partner»¹⁵.

A chi si riferisce, dunque, l'orientamento appena ricordato? Da un lato, viene in considerazione il convivente di diverso sesso del genitore biologico, che non rientra nella lett. b), riguardante il solo coniuge¹⁶. Dall'altro, il *partner* in un'unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest'ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero, posto che la legge 19 febbraio 2004 n. 40 (recante le «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») consente l'accesso alla PMA alle sole coppie di diverso sesso.

Non solo. L'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 183/1984 torna ad invocarsi di fronte a quella che, sempre più comunemente, viene definita la adozione «aperta» o «mite»¹⁷. Si tratta di quei casi, come ricordano di recente i giudici delle leggi, in cui «il minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici versino in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (cosiddetto “semi-abbandono permanente”), può sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei, tramite l'adozione in casi particolari, che viene applicata sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'adozione piena (art. 44, comma 1, lett. d), impossibilità dovuta proprio alla mancanza di un abbandono in senso stretto»¹⁸. L'adozione «in casi particolari», che non recide i legami con la famiglia di origine¹⁹, «consente, pertanto, di non forzare il ricorso all'adozione piena. Quest'ultima, in difetto di un vero e proprio abbandono, andrebbe a ledere il “diritto al rispetto della vita familiare” dei genitori biologici, come sottolinea la Corte EDU, la quale cautamente suggerisce

¹⁵ L'indirizzo affermatosi, va pur detto, è stato sottoposto talora a serrate critiche a causa della «torsione normativa» operata. Cfr., *ex multis*, A. NOCCO, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura eversiva dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 209 ss.

¹⁶ Sul tema dell'adozione piena del convivente dello stesso sesso, pronunciata in un altro Paese, v., fra i tanti contributi, S.P. PERRINO, *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2017, 6, p. 559 ss.

¹⁷ Sul rapporto tra il procedimento di dichiarazione dello stato di abbandono e quello per adozione mite v., oggi, Cass. 1° luglio 2022, n. 21024, in *Dir. & giust.*, 4 luglio 2022. Sulla differenza fra adozione «mite» e adozione «piena» v. Cass. 23 giugno 2022, n. 20322, in *Mass. giust. civ.*, 2022.

¹⁸ Corte cost. n. 79/2022, cit.

¹⁹ Cass. 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Guida dir.*, 2020, 18, p. 53; Cass. n. 12692/2016, cit.

proprio il percorso della adozione semplice»²⁰. In questo modo, finisce per rovesciarsi l'originaria configurazione dell'adozione «in casi particolari», quale *extrema ratio* rispetto all'adozione piena²¹.

Si passi, ora, all'art. 44, comma 1, lett. *b*), della legge n. 183/1984. Non era difficile pronosticare, pure di fronte a questa fattispecie, un allineamento della giurisprudenza di legittimità all'interpretazione evolutiva già prospettata per la lett. *d*) della disposizione. Ed infatti, la Corte di Cassazione, nell'aprile del 2022, ha censurato la pronuncia del giudice di appello, il quale aveva escluso l'adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. *b*), sul solo presupposto che, non sussistendo lo stato di abbandono della minore, la stessa coesistenza dei rapporti tra quest'ultima, il padre e il ricorrente (nuovo marito della madre pienamente accettato dalla bambina), non corrispondesse al suo concreto interesse²². Invero, osservano i giudici di legittimità, l'impossibilità del padre biologico di far fronte al mantenimento della figlia, «nella sua incontrovertibile nettezza, per ragioni afferenti alla sfera economica, unitamente al pieno consenso dell'adozione, denota una manifestazione d'intenti apprezzabile nel senso che essa risponde al miglior interesse della minore, garantendole un contesto familiare più adeguato per lo sviluppo della sua personalità, in piena sintonia con i principi affermati dalla Corte costituzionale». Anche per questa fattispecie, dunque, vale la considerazione per cui il minore non abbandonato, il cui genitore però versi in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (c.d. «semi-abbandono permanente»), può sfuggire al destino del ricovero in istituto tramite l'adozione in casi particolari; adozione, fra l'altro, che consente l'inserimento del minore in un ambiente familiare caratterizzato da rapporti giuridicamente vincolanti con i parenti dell'adottante²³.

Il quadro normativo e l'evoluzione giurisprudenziale tratteggiata possono essere ordinati, con riferimento alle figure esaminate nel presente paragrafo, in questo modo. Fra le fattispecie esaminate ve n'è una che muove dallo stesso presupposto che riguarda l'adozione piena: ed infatti, l'art. 44, comma 1, lett. *d*) (o meglio, la sua interpretazione tradizionale) si riferisce al minore che sia stato dichiarato in stato di abbandono e, dunque, sia adottabile; tuttavia, vi è un'impossibilità di fatto di procedere all'affidamento preadottivo. Ed ancora, fra le fattispecie esaminate ve ne sono alcune caratterizzate dal fatto che il minore

²⁰ V., ancora, Corte cost. n. 79/2022, cit. I giudici delle leggi si riferiscono alle seguenti pronunce della Corte Edu: sentenza 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, § 60; Grande Camera, sent. 10 settembre 2019, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, §§ 202-213; sent. 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, §§ 48-50 e 57.

²¹ Così Cass. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Dir. & giust.*, 17 dicembre 2021; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 2055.

²² Cass. 5 aprile 2022, n. 10989, in *rivistafamilia.it*, 7 aprile 2022, con nota adesiva di R. TREZZA.

²³ Corte cost. n. 79/2022, cit.

adottato non ha (al di fuori del rapporto che si instaura con l'adottante e di quello pregresso con un genitore biologico) vincoli giuridicamente rilevanti con l'altro genitore biologico. Ci si riferisce, in particolare, ai seguenti casi: (i) adozione del convivente di diverso sesso del genitore biologico, in circostanze in cui l'altro genitore biologico sia defunto (art. 44, comma 1, lett. *d*), legge n. 184/1983); (ii) adozione da parte del *partner*, nell'unione civile, del genitore biologico o del convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno condiviso con lo stesso un percorso di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero (art. 44, comma 1, lett. *d*), legge n. 184/1983); (iii) adozione da parte del coniuge del genitore biologico, in circostanze in cui l'altro genitore biologico sia defunto (art. 44, comma 1, lett. *b*), legge n. 184/1983).

Ebbene, non si comprende perché nelle descritte fattispecie (in cui si fa palese l'interesse del minore all'instaurazione in via definitiva di un rapporto di filiazione), il regime giuridico sia diverso (*rectius*: meno tutelante) rispetto a quello che si rinviene nell'adozione piena. La disparità, anche alla luce dell'unificazione dello *status* di figlio all'interno della famiglia, appare non più giustificabile. Essa andrebbe corretta non solo grazie ad un intervento dei giudici delle leggi, ma soprattutto in virtù di un ripensamento generale della materia da parte del legislatore. La necessità di un nuovo diritto delle adozioni si evidenzia alla luce delle ulteriori considerazioni che ci si accinge a compiere.

5. Spunti per una nuova disciplina sull'adozione «mite»

Un profilo di omogeneità presentano altre due fattispecie ricavabili dalla disciplina qui in considerazione: ci si riferisce all'adozione «mite» da parte del coniuge (art. 44, comma 1, lett. *b*), legge n. 184/1983) o da parte del convivente (art. 44, comma 1, lett. *d*), legge n. 184/1983)²⁴. In queste vicende, lo si è detto, il genitore biologico continua a mantenere una relazione giuridicamente rilevante con il minorenne. Il che giustifica alcuni tratti di disciplina i quali, inevitabilmente, si devono distaccare dal corpo normativo riguardante l'adozione piena.

Questo non vuol dire, però, che l'attuale disciplina sulle adozioni «in casi particolari» meriti di essere confermata integralmente. Le ragioni per una significativa modifica della stessa, in realtà, sono molteplici. A tal fine converrà fissare alcuni brevi appunti di lavoro:

a) l'adozione «mite» nasce da questo presupposto iniziale: il minore non può considerarsi *tout court* abbandonato. Accade però che uno dei genitori versi in una condizione che impedisce in maniera permanente l'effettivo esercizio della

²⁴ Per un inquadramento della figura, anche alla luce dell'esperienza europea, v. A. THIENE, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. e dir.*, 2020, 11, p. 1067 ss.

responsabilità genitoriale: di fronte al c.d. «semi-abbandono permanente» si inserisce l'adozione del coniuge o del convivente. È dunque indispensabile che ci sia l'assenso dei genitori dell'adottando, come attualmente previsto dalla legge sulle adozioni (art. 46, comma 1, legge n. 184/1983). È altrettanto necessario che il diritto positivo disciplini i casi in cui non consti il consenso dei genitori²⁵, nonché la materia della revoca del consenso²⁶. A quest'ultimo proposito, essendo l'assenso del genitore biologico direttamente collegato all'esercizio della responsabilità genitoriale dell'adottante (art. 48, legge 183/1984)²⁷, ed essendo il suo esercizio legato alla precedente valutazione del giudice circa gli interessi del minore (che saranno tutelati al meglio attraverso l'adempimento di questo ufficio), si deve concludere che non sarà consentita una revoca *ad libitum* dell'assenso da parte del genitore biologico. Correttamente, dunque, la legge sulle adozioni esclude la possibilità di una revoca dell'assenso allorché l'esercizio della responsabilità genitoriale dell'adottante inizi a dispiegarsi (ossia dal momento della pronuncia della sentenza *ex art. 47, comma 1, legge n. 184/1983*)²⁸.

b) Nell'adozione «mite», dunque, nonostante il fatto che l'adottante, previo assenso, possa essere chiamato ad esercitare la responsabilità genitoriale, non viene meno il rapporto giuridico fra il genitore biologico e il minore. Del resto, la stessa disciplina sull'adozione in casi particolari prevede che, nel momento in cui cessi l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante, il tribunale è chiamato a valutare se l'ufficio in parola possa essere ripreso dai genitori (art. 50, legge n. 184/1983).

Di fronte alla questione del «controllo» sull'esercizio della responsabilità genitoriale, la legge n. 184/1983 però tace. Non si vuol dire, con ciò, che il sistema non offra delle risposte: basterà avere riguardo, infatti, alla disciplina civilistica sulla «crisi» della famiglia e, in particolare, al terzo comma dell'art. 337-*quater*

²⁵ V. l'art. 46, comma 2, legge n. 184/1983.

²⁶ V. l'art. 47, comma 1, legge n. 184/1983. Di recente, v. Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., secondo cui, in tema di adozione «in casi particolari», ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), legge n. 184/1983, «l'effetto ostativo del dissenso del genitore biologico all'adozione da parte del genitore sociale deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, sicché il genitore biologico può validamente negare l'assenso all'adozione del *partner* solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure, pur avendo partecipato al progetto di procreazione, abbia poi abbandonato *partner* e minore».

²⁷ Il comma 2 di questa disposizione stabilisce che «l'adottante ha l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'articolo 147 del codice civile».

²⁸ Converrà aggiungere che, pur in presenza dell'assenso all'adozione, l'interesse del minore all'adozione non potrà considerarsi «presunto», dovendo quest'ultimo essere accertato di volta in volta, in relazione alle condizioni personali e sociali dei soggetti coinvolti (cfr., in questo senso, App. min. Bologna 27 gennaio 2021, in *Ius Explorer*, 2021; sull'accertamento dell'idoneità dei ricorrenti v., in generale, Cass. 13 febbraio 2019, n. 4247).

c.c., secondo cui «salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse». Il genitore non affidatario, dunque, non ha la responsabilità genitoriale; tuttavia, ha il diritto ed il dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione del minore.

Ci si deve chiedere, però, se la disposizione appena ricordata sia soddisfacente anche ai fini dell'adozione «mite», la quale si è fatta strada nelle aule dei tribunali e, per ciò stesso, non è attualmente assistita da una normativa che tenga conto delle plurime questioni da essa nascenti. Non è chi non veda, infatti, che le vicende della separazione e del divorzio di cui si occupa la disciplina codicistica sono ben diverse da quelle che riguardano l'adozione mite: mentre nel primo caso il genitore non affidatario si dovrà relazionare (soltanto) con il genitore affidatario, nel secondo, il genitore biologico che si trova in difficoltà avrà, come interlocutori, sia l'ex coniuge o l'ex convivente sia l'adottante. Si tratta di una differenza, come è facile intendere, non soltanto numerica, che impone all'interprete (e al legislatore che verrà) di riflettere su quali siano gli strumenti più efficienti per consentire al genitore biologico di non rimanere completamente estraneo al percorso educativo e di istruzione del minore. Converrà forse pensare a soluzioni legislative che diano un adeguato spazio alla valutazione discrezionale del giudice, il quale dovrà essere chiamato ad adottare i provvedimenti più opportuni avendo riguardo, primariamente, agli interessi del minore²⁹.

c) Una nuova disciplina sulla adozione «mite» non dovrà rinunciare ad occuparsi di alcune questioni successorie. In particolare, si deve ricordare che attualmente, a seguito della ricordata sentenza n. 79/2022 dei giudici delle leggi, l'adottato «in casi particolari» ha pieni rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante: il che vuol dire che da un lato egli acquista diritti successori nei confronti dei parenti; dall'altro, pure quest'ultimi entrano nella categoria dei successibili alla morte dell'adottato. Per espressa previsione legislativa, invece, l'adottante continua a non avere diritti successori nei confronti dell'adottato (cfr. l'art. 55, legge n. 184/1983, che richiama l'art. 304 c.c.). L'esito, se si vuole, è paradossale. Non sembra, però, che esso possa essere corretto così facilmente per via interpretativa: ed infatti, qualora si voglia ritenere che nel caso di morte di morte prematura del figlio partecipino alla successione sia i genitori biologici

²⁹ Talché non si dovrà escludere che, in alcune ipotesi, l'interesse del minore sia assicurato attraverso un'adeguata condivisione, da parte del genitore biologico, del percorso educativo portato avanti dal genitore affidatario e da quello adottante; altre volte, invece, si potrà pensare (sempre in ossequio al *best interest of the child*) che il genitore non facente parte quotidianamente dell'ambiente familiare in cui è inserito il minore non venga coinvolto (o coinvolto tenuamente) nelle vicende riguardanti la vita dello stesso.

sia i genitori adottivi, si prospetterebbe una non codificata (e dunque difficilmente ammissibile) forma di concorso fra le suddette categorie di genitori³⁰. Più in generale, ci si deve domandare se un moderno diritto sulla adozione «mite» possa accontentarsi di un richiamo ad alcune disposizioni sull'adozione del maggiorenne, ossia ad un istituto che è ispirato principalmente a logiche patrimoniali e successorie.

d) La riforma organica sul diritto delle adozioni (impostata secondo le linee di fondo su cui sin qui ci si è intrattenuti) dovrà pure affrontare altri snodi rispetto ai quali attualmente non vi è un'adeguata riflessione. In particolare, se è vero che la disciplina sulla adozione «mite» merita di essere oggetto, sotto alcuni profili, di un trattamento *ad hoc*, non pare però meritevole di conferma l'attuale previsione che esclude la possibilità per l'adottante di essere titolare dell'usufrutto legale sui beni del minore, potendo semmai impiegare le rendite dei beni di quest'ultimo per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione (art. 48, comma 2, legge n. 184/1983). Se, come sembra, l'usufrutto legale appare lo strumento più idoneo al fine di amministrare i beni del minore³¹, non si vede il motivo per cui esso non debba essere dispiegato pure per le ipotesi di adozione «mite».

e) L'attuale disciplina prevede che la revoca dell'adozione in casi particolari possa avvenire a seguito dell'accertamento di fatti gravi compiuti dall'adottato nei confronti dell'adottante (art. 51, legge n. 184/1983), oppure di fatti gravi compiuti dall'adottante nei confronti dell'adottato (art. 52, legge n. 184/1983). Si stabilisce, infine, che «la revoca dell'adozione può essere promossa dal pubblico ministero in conseguenza della violazione dei doveri incombenti sugli adottanti» (art. 53, comma 1, legge n. 184/1983). Si dovrà pure riflettere, nel designare normativamente la figura giurisprudenziale della adozione «mite», se mantenere l'attuale regime delle revoche o se meglio adattarlo alle figure in esame. In effetti, se si considera che la revoca dell'adozione appare funzionale all'eventuale (piena) ripresa dei rapporti con il genitore biologico, si potrebbe integrare la disposizione da ultimo ricordata con una previsione del seguente tenore: «il tribunale, nel revocare l'adozione, valuta in via prioritaria la possibilità che sia ripreso l'esercizio della responsabilità genitoriale dei genitori». Inoltre, l'inserimento, sempre nell'art. 53, legge n. 184/1983, di una formula più generica circa i casi di revoca (ad esempio: «il tribunale dispone la revoca dell'adozione, a seguito di iniziativa del pubblico ministero o su domanda degli interessati, in conseguenza della violazione dei doveri incombenti sugli adottanti, e tut-

³⁰ I.L. NOCERA, *Adopcion en casos especiale y unidad del status filiationis en el derecho italiano: ¿ cómo repercute en el plano sucesorio?*, cit., p. 2335.

³¹ Si ricordi che, in base all'art. 325 c.c., «gravano sull'usufrutto legale gli obblighi proprio dell'usufruttuario».

te le volte in cui il proseguimento dell'adozione pregiudichi gli interessi del minore») potrebbe rendere superflue le odierne fattispecie legislative di revoca dell'adozione (artt. 51 e 52, legge n. 184/1983).

6. L'adozione da parte di persone omosessuali e dei single

La Corte di Cassazione, occupandosi di adozioni in casi particolari, oggi lo dice a chiare lettere: «*la mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse dei minori), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio partner*»³². Si tratta di conclusioni che non possono essere più messe in discussione³³.

Ebbene, stando così le cose, vi sono ampi spazi per pensare ad un nuovo diritto dell'adozione «piena» che superi gli angusti requisiti soggettivi oggi richiesti agli adottanti³⁴.

Si consideri. L'attuale sistema di diritto positivo prevede che, in determinate ipotesi, l'adozione in casi particolari possa essere disposta anche a favore di persone *single* (art. 44, comma 3, legge n. 184/1983). In proposito, si è sopra rilevato che l'adozione da parte di persone non coniugate riguarda anche fattispecie caratterizzate dalla tendenziale «definitività» del rapporto di filiazione; tanto che – in una prospettiva futura – queste fattispecie dovrebbero ricevere lo stesso trattamento normativo dettato per l'adozione «piena»³⁵. Se questo è vero, non si vede perché il quadro normativo non possa essere aggiornato prevedendo

³² Cass. n. 12962/2016, cit. V. anche Cass. n. 17100/2019, cit.

³³ Per un inquadramento della materia alla luce dei principi costituzionali v. F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Riv. AIC*, 2021, 4, p. 228 ss.; C. ATTANASIO, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore*, in *Familia*, 2021, 3, p. 335 ss., nota a Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32.

³⁴ Nella nuova disciplina dell'adozione «piena» si dovranno tenere in considerazione anche le questioni attualmente pendenti davanti alla Corte costituzionale: v., in particolare, Cass. 5 gennaio 2023, n. 230, che ha rimesso alla Consulta la questione della legittimità costituzionale dell'art. 27, comma 3, legge n. 184/1983, nella parte in cui stabilisce che con l'adozione legittimante (derivante dall'accertamento dello stato di abbandono e dalla dichiarazione di adottabilità) cessano irreversibilmente i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine entro il quarto grado, escludendo la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli secondo le modalità stabilite in via giudiziale.

³⁵ V. *retro*, §§ 3 e 4.

espressamente la legittimazione anche del *single* all'adozione piena³⁶. L'uomo o la donna non sposati, già in base al diritto vigente, sono legittimati ad adottare in casi particolari: casi che mettono capo a fattispecie omogenee a quelle che giustificano l'adozione piena. Il riconoscimento espresso dell'adozione legittimante a favore della persona singola, dunque, non deve considerarsi un'innovazione radicale ma un adeguamento coerente alle trame dello *ius positum*.

Il fatto è che l'adozione costituisce un «atto di responsabilità» soggetto a controllo giudiziale diretto a verificare, in concreto, l'idoneità della persona che si vuole assumere la responsabilità genitoriale a soddisfare gli interessi del minore. Impostato in questo modo il discorso, si potrà sicuramente dire che, in determinati casi, il giudice riterrà preferibile disporre l'adozione a favore di una coppia sposata; questo non per un ossequio formale all'istituto del matrimonio, ma perché avrà ritenuto che quelle persone, insieme, siano in grado di occuparsi al meglio delle esigenze dell'adottando. Parimenti, altre volte saranno da preferire persone conviventi di fatto, unite civilmente o persone singole. Non si tratta, dunque, di mettere davanti a tutto la "veste" familiare con cui gli adottanti si presentano, bensì la serietà dell'impegno e la loro idoneità ad essere genitori.

³⁶V., alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, gli attenti rilievi di E. PESCE, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del "single": una decisione originale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 2, p. 149 ss.

IL CONFLITTO DI INTERESSI NELLA RAPPRESENTANZA LEGALE TRA CODICE CIVILE E CODICE DI RITO

Ugo Salanitro

SOMMARIO: 1. Il ruolo di Pugliatti nella teoria del conflitto di interessi. – 2. Le caratteristiche del conflitto nella rappresentanza legale. – 3. Le questioni controverse alla luce della riforma.

1. Il ruolo di Pugliatti nella teoria del conflitto di interessi

Nel codice civile del 1865 mancava una disciplina generale del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato. Il tema fu affrontato in un lungo saggio di Salvatore Pugliatti¹, il quale si intestò l'idea secondo cui il rappresentante, nell'agire in nome altrui, attraverso la *contemplatio domini*, non poteva che esprimere l'interesse del rappresentato². In tal modo l'illustre studioso risolveva due questioni di particolare interesse in quel momento storico: in primo luogo, negava l'astrattezza della procura, sostenendo che il rappresentante agisse comunque nell'interesse del rappresentato o per un mandato tacito o attraverso la *negotiorum gestio*³; in secondo luogo, fondava la invalidità degli atti compiuti dal rappresentante volontario in conflitto di interessi, ancorché nel silenzio del legislatore⁴.

Quella riflessione era basata sull'analisi delle disposizioni che vietavano il conflitto di interessi nella rappresentanza legale, disposizioni che erano formulate in termini non troppo diversi da quelli che troviamo nella disciplina vigente: per cui molte delle idee emerse anche in tema di conflitto di interessi nella rap-

¹ S. PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante. Contributo alla teoria generale della rappresentanza*, Estratto dagli *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Regia Università di Messina*, vol. II, 1928, *passim*.

² *Ivi*, p. 49 ss.

³ *Ivi*, p. 10 ss.

⁴ *Ivi*, p. 72 ss.

presentanza volontaria, ancorché formulate dalla dottrina che ha operato sotto il codice vigente e dopo la riforma del diritto di famiglia, sono tributarie, attraverso l'autorità del Pugliatti⁵, di analisi che avevano quale unico punto di riferimento normativo il conflitto di interessi nella rappresentanza legale⁶.

La disciplina del conflitto di interessi nel caso di rappresentanza legale era, ed è, regolata sia nel Codice civile, sia nel Codice di procedura civile. La dottrina, sin dai tempi di Pugliatti, ha sostenuto che le norme sul conflitto di interessi facessero riferimento al medesimo concetto e, pertanto, si dovessero applicare, ad entrambe le discipline, i medesimi principi⁷.

Nel Codice civile regola il conflitto di interessi l'ultimo comma dell'art. 320, a tenore del quale “*Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà genitoriale, la rappresentanza dei figli spetta all'altro genitore*”⁸. Gli atti compiuti in conflitto di interesse sono annullabili, ai sensi dell'art. 322 c.c., su istanza dei genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, o del figlio, o dei suoi eredi o aventi causa.

Secondo la dottrina prevalente, l'atto compiuto in conflitto di interessi è annullabile anche se è stato autorizzato dal giudice tutelare, ai sensi del comma 3 dell'art. 320, e anche se il conflitto di interessi non fosse conosciuto né conoscibile dal terzo che ha contrattato con il rappresentante⁹. Dal punto di vista rimediabile, quindi, la disposizione del libro quarto in tema di conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, contenuta nell'art. 1394 c.c., nella parte in cui richiede che il conflitto di interessi sia riconoscibile dal terzo, si distacca dalla disciplina rimediabile della rappresentanza legale¹⁰.

⁵ *Ivi*, p. 65 ss.

⁶ Sull'origine della regola del conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, cfr. D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁷ Con riferimento all'art. 136, comma 3, c.p.c. del 1865, a tenore del quale “*Se manchi la persona che deve rappresentare o assistere il convenuto o la medesima abbia interesse opposto a quello del convenuto o non vi sia chi la supplisca, il presidente della corte o del tribunale, il pretore o il conciliatore davanti cui è portata la causa nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto*”, cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 65 nota 2.

⁸ Il Pugliatti poteva condurre le sue riflessioni in base all'art. 224, commi 3 e 4, c.c. del 1865, che recitava: “*Nascendo conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi ed il padre, sarà nominato ai figli un curatore speciale. La nomina del curatore sarà fatta dall'autorità giudiziaria ordinaria davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile*”.

⁹ Per tutti M. FACCIOLO, *La responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. del genitore per l'annullamento del contratto concluso in conflitto d'interessi con il figlio minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 195 ss.

¹⁰ D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 453 ss.

In questa sede intendo esaminare gli approdi dottrinali e giurisprudenziali, anche al fine di valutare l'incidenza della recente modifica degli artt. 78 e 80 c.p.c., ora racchiusa nell'art. 473-*bis*.8, sulla nozione di conflitto di interesse¹¹.

2. Le caratteristiche del conflitto nella rappresentanza legale

Perché sussista conflitto di interessi occorre che gli interessi del rappresentante siano antitetici e incompatibili rispetto agli interessi del rappresentato: gli interessi devono essere contrastanti, nel senso che il vantaggio dell'uno comporta il danno per l'altro¹². Non vi è conflitto di interessi nel caso in cui il genitore abbia un interesse comune o concorrente nell'affare del figlio, per cui gli interessi di entrambi siano suscettibili di essere soddisfatti dalla stipulazione del negozio, ovvero dall'accoglimento o dal rigetto della domanda giudiziale che li vede coinvolti¹³. Si pensi al caso in cui i genitori e i figli siano comproprietari di un immobile che si intende vendere a terzi: i genitori hanno interesse a vendere il bene comune al prezzo più alto e, almeno in questa prospettiva, hanno un interesse comune a quello dei figli.

Il conflitto di interessi deve riferirsi agli interessi immediati direttamente connessi con il negozio da compiere, in modo che il rappresentato e il rappresentante assumano nel negozio stesso posizioni contrastanti, in rapporto al fine da eseguire: in questo senso si parla di conflitto diretto, che si riferisce ai casi in cui il pericolo di danno deriva dalla circostanza che il rappresentante non possa eseguire l'incarico nell'interesse esclusivo del rappresentato, o perché nell'affare da concludere ha un proprio interesse contrastante, o perché è stato incaricato dalla controparte, della quale deve curare gli interessi¹⁴.

Il conflitto di interessi può essere anche indiretto ed è rilevante, in quanto la situazione viene valutata alla luce di elementi che non si collocano nella struttura del contratto per cui viene esercitato il potere rappresentativo, ma tenendo presente un elemento esterno, che attiene ai rapporti patrimoniali del rappre-

¹¹ Per una prima valutazione sulla riforma: G.O. CESARO, *L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 48 ss.; M.G. D'ETTORE, *Il pregiudizio e il conflitto di interesse*, in AA.VV., *Il curatore speciale del minore*, a cura di A. CAGNASSO, Giuffrè, Milano, 2022, p. 63 ss.

¹² Per tutti: S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 90.

¹³ Tra gli altri, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori: rapporti patrimoniali*, sub art. 320-323, Giuffrè, Milano, 2007, p. 143 s.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2007, p. 383 s.; E. LA ROSA, *Sub art. 320, Commentario codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, vol. II, Utet, Torino, 2018, p. 763 ss.

¹⁴ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 96 s.

sentante con il terzo¹⁵: il classico esempio di conflitto indiretto si ha nel caso in cui il genitore venda il bene del figlio a una società di cui è socio¹⁶.

Nell'art. 320 si parla di conflitto di interessi patrimoniali, formula che non ricorre invece, né nell'art. 1394, né nel codice di rito. La dottrina prevalente ritiene che il conflitto debba sussistere solo tra interessi che abbiano rilevanza economica¹⁷. Una posizione minoritaria, ma autorevole e non isolata, è nel senso che il conflitto possa riguardare anche interessi morali¹⁸: in tal senso si è sostenuto che l'art. 320, riguardando l'amministrazione dei beni dei figli, debba essere interpretato in linea con l'art. 1174, cioè nel senso che il conflitto deve avere riguardo a rapporti il cui contenuto o il cui effetto sia patrimoniale; tuttavia, gli interessi delle parti in conflitto possono anche non essere di rilevanza patrimoniale¹⁹. Si suppone in questa prospettiva che, nella disposizione dell'art. 320, il legislatore non sia stato in grado di formulare il precetto in maniera appropriata, pur essendo il tema controverso sotto la disciplina abrogata²⁰.

Nei conflitti indiretti si può dubitare che possa essere rilevante l'interesse morale nel rapporto tra rappresentante e terzo: se così fosse, non si spieghereb-

¹⁵ Nella concezione restrittiva di S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 98 ss., il conflitto di interessi indiretto non assumerebbe rilevanza nel caso di sussistenza di un rapporto di parentela tra il rappresentante che deve procedere ad una divisione e uno dei condividenti, neanche nel caso in cui il rappresentante possa aspirare a divenire erede del condividente. Piuttosto l'A. ritiene che si avrebbe conflitto di interessi ogni qualvolta il rappresentante abbia stipulato un contratto con il condividente, con cui questi si obblighi a trasferire ad un determinato prezzo parte della proprietà da dividere.

¹⁶ Così A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriali*, Cedam, Padova, 2017, p. 173.

¹⁷ In tal senso tra gli altri, sostenendo che la sfera di interessi non patrimoniali è regolata dagli artt. 330 e 333 c.c., A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 2014 ss., dove riferimenti ai precedenti giurisprudenziali e ai lavori preparatori; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 384; E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 765 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in *Trattato di diritto famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. II, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2012, p. 1410. Nello stesso senso, ritenendosi vincolati al dato letterale, A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 4, t. III, Utet, Torino, 1997, p. 637; M. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 200; M. SESTA, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. IV, t. IV, Giappichelli, Torino, 2011, p. 134; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia, Trattato Bonilini-Cattaneo*, vol. III, Utet, Torino, 2007, p. 348. Critica la scelta legislativa A.C. PELOSI, *Sub art. 320 c.c.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, t. I, parte II, Cedam, Padova, 1977, p. 783.

¹⁸ L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, sub art. 320, *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1988, 98 ss.; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 139 ss.

¹⁹ F. RUSCELLO, *ibidem*.

²⁰ Nella vigenza della disciplina abrogata non si poneva espressamente il limite della rilevanza patrimoniale del conflitto e le opinioni erano divergenti: cfr. A. BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 159. La rilevanza degli interessi morali era prospettata da A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, vol. III, t. II, Utet, Torino, 1951, p. 304; era negata invece da A. TORRENTE, *La donazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1956, p. 372 ss.

be la disciplina, invero molto criticata²¹, che consente al coniuge di essere rappresentante del figlio nell'atto in cui l'altro coniuge è in conflitto di interessi²².

Il discorso potrebbe cambiare nel conflitto diretto: in particolare, si fa riferimento al caso in cui il genitore venda un bene che ha in comunione con il figlio a un prezzo vantaggioso, ma il figlio ha un interesse esistenziale a non venderlo (perché, ad esempio, lo usa come sala per la registrazione della musica). In tal caso, ci si domanda se l'interesse del minore, pur rilevante, anche sul piano del diritto sovraordinato, non debba essere valutato al fine di nominare un curatore speciale. Non vi è dubbio, infatti, che l'interesse del minore sia valutabile dal giudice in sede di autorizzazione dell'atto; lo stesso interesse deve essere valutato dal giudice nel giudicare il comportamento del rappresentante legale che di tale interesse non abbia tenuto conto nell'esercizio della responsabilità. In senso contrario, si può sostenere che tale interesse, rilevante in queste altre sedi, non lo sia per l'annullamento del contratto concluso dal rappresentante legale, anche al fine di evitare di fare ricadere sui terzi, che potrebbero subire l'annullamento pur essendo in assoluta buona fede, le conseguenze di questo tipo di conflitti.

Se si muove da questa prospettiva, si comprende la diversa soluzione nel caso di conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, dove è espressamente tutelata la buona fede del terzo, attraverso il presupposto della riconoscibilità del conflitto d'interessi.

Discorso più complesso vale invece per la regola nel codice di rito: la disciplina del conflitto di interessi, infatti, riguarda non solo giudizi in cui il contratto attenga a pretese di carattere patrimoniale (ad es. revocatoria della donazione tra genitori e figli), ma si riferisce prevalentemente a vertenze in cui gli elementi di valutazione sono essenzialmente personali ed extrapatrimoniali, quali le procedure di adozione e i giudizi *de potestate*²³.

Secondo una tradizione risalente, ma ancora attuale nella letteratura giuridica²⁴, il conflitto di interessi è una "situazione" che comporta un pericolo di danno per il rappresentato.

Le norme sul conflitto di interessi, quantomeno nella rappresentanza legale, sono considerate tecniche giuridiche volte ad eliminare preventivamente gli inconvenienti derivanti dalla situazione anomala dalla quale scaturisce il pericolo di danno per il rappresentato: a tale fine si provvede alla nomina del curatore speciale, la quale presuppone che il negozio non sia stato ancora con-

²¹ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 783 ss.; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 144 ss.

²² L. FERRI, *op. cit.*, p. 100, che coerentemente nega rilevanza al conflitto indiretto; anche M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 385.

²³ E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 766.

²⁴ La tesi si trova già in S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 86 ss.; più di recente, si veda F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 142 ss.

cluso e che il danno debba essere valutato *ex ante*, quale pericolo di danno²⁵.

Il discorso si complica al cospetto della seconda tecnica rimediale, che interviene *ex post*, sia nel diritto sostanziale, con l'annullamento dell'atto negoziale, sia nel diritto processuale, con la nullità della sentenza.

La questione non si dovrebbe porre per l'annullamento *ex art.* 322, che consegue meccanicamente alla violazione delle discipline richiamate e quindi al contratto per il quale, stante il conflitto di interessi *ex ante*, si sarebbe dovuto nominare il curatore speciale.

Piuttosto il problema è emerso nella rappresentanza volontaria, in cui si sta diffondendo l'idea che il conflitto di interessi debba avere provocato un effettivo pregiudizio al rappresentato, valutabile *ex post*, perché questi possa agire per l'annullamento del contratto. La tesi non trova fondamento nella storia della disciplina (anche alla luce dell'origine pugliattiana), né nel sistema dato, in cui la rilevanza del pregiudizio è limitata a talune fattispecie, ma può giustificarsi sul piano assiologico al fine di restringere l'ambito di applicazione del rimedio, che si rivela squilibrato in presenza di comportamenti meramente colposi, in quanto, riservando la legittimazione al soggetto leso, lo renderebbe arbitro della convenienza dell'operazione negoziale per un periodo oggettivamente troppo lungo rispetto alle esigenze di certezza dei traffici economici.

Nella rappresentanza legale, il tema si ripropone nel contrasto tra il linguaggio della dottrina e quello delle corti, dove si discute se il conflitto di interessi debba essere attuale o potenziale²⁶. Si può tuttavia affermare che dietro questa controversia interpretativa vi sia stata, almeno in passato, più che una divergenza operativa, una differenza di significati nei termini utilizzati. In giurisprudenza si ritiene che sia sufficiente un conflitto meramente potenziale²⁷; in passato la giurisprudenza ha sostenuto che il conflitto, essendo potenziale, pretendeva che la sua valutazione del conflitto fosse effettuata in astratto ed *ex ante*, non essendo rilevante quale atteggiamento avessero tenuto il rappresentato e il rappresentante; e ciò valeva sia per la rappresentanza legale nel contratto, sia per la rappresentanza legale nel processo. La dottrina, invece, ha tradizionalmente continuato a sostenere che il conflitto di interessi debba essere attuale; ma, almeno per il passato, non intendeva proporre una soluzione diversa da quella illustrata per la giurisprudenza, in quanto al medesimo risultato si perveniva attraverso la nozione di pericolo di danno²⁸. L'uso di questa terminologia, per taluni aspetti

²⁵ Sottolinea la differenza con l'art. 1394 c.c. D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 452 ss.

²⁶ Per tutti, si rinvia a M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 201 ss., il quale rileva che in giurisprudenza si è da tempo adottata una concezione di conflitto di interesse per cui sarebbe sufficiente che "sussistano condizioni tali da rendere possibile la sua concretizzazione futura", mentre in dottrina quella per cui "siano già presenti circostanze obiettive idonee a generare il pericolo di abuso".

²⁷ Così M.G. D'ETTORE, *op. cit.*, p. 76 ss., il quale segnala che la posizione giurisprudenziale sarebbe in corso di superamento (ma cfr., da ultimo, Cass. 9 marzo 2022, n. 7734).

²⁸ A. GORGONI, *op. cit.*, p. 173; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 384; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 142.

controintuitiva, si deve, come già rilevato, all'autorità del Pugliatti, il quale distingueva tra conflitto di interessi, che deve essere attuale, e pregiudizio, che può essere futuro, potenziale o eventuale²⁹. La questione, tuttavia, è diventata incerta e non più soltanto nominalistica alla luce delle argomentazioni e delle soluzioni che si trovano nella giurisprudenza più recente.

3. Le questioni controverse alla luce della riforma

La questione ha assunto criticità nella più recente giurisprudenza sull'art. 78 del codice di rito, dove si tende ad articolare la soluzione in relazione alle diverse procedure: a fronte di taluni procedimenti in cui si ritiene che il conflitto di interessi emerga già in astratto³⁰, in altri casi si pretende che il conflitto di interessi debba essere valutato in concreto, sulla base di quanto emerge dal comportamento processuale. In questa prospettiva, si tende a far coincidere la valutazione in concreto con la rilevanza *ex post* del conflitto, utilizzando un termine di significato incerto, che in altro luogo è stato ritenuto espressivo della sussistenza di un danno effettivo per la posizione del rappresentato.

In realtà parte della giurisprudenza, che richiede una valutazione in concreto, è ben consapevole che il conflitto debba essere accertato pur sempre *ex ante*, riguardando un pregiudizio potenziale³¹.

²⁹ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 103 ss.

³⁰ Ad esempio, nel caso di giudizi *de potestate*: G.O. CESARO, *op. cit.*, p. 54 ss.; in giurisprudenza, tra le più recenti: Cass. 21 aprile 2022, n. 12802; Cass. 16 dicembre 2021, n. 40490; Cass. 6 dicembre 2021, n. 38720; Cass. 2 novembre 2018, n. 29001, con nota di A. FRASSINETTI, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 368 ss.; Cass. 6 marzo 2018, n. 5256; nel procedimento di adozione piena: M.G. D'ETTORE, *op. cit.*, p. 83; F. TOMMASEO, *Giudizi di adottabilità: il ruolo del tutore, del tutore provvisorio e del curatore speciale*, in *Fam. e dir.*, 2019, pp. 721 ss., 727 s.; in giurisprudenza: Cass. 8 giugno 2016, n. 11782; Cass. 18 giugno 2012, n. 9948, con nota di L. GIORGIANNI, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 1118 ss.; nelle azioni di stato: Cass. 2 febbraio 2016, n. 1957, con nota di A. NASCOSI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1032 ss.

³¹ Si veda, in particolare, Cass. 9 marzo 22, n. 7734, secondo la quale “*Nei giudizi aventi ad oggetto la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, ove i genitori siano divenuti tali in assenza di legami sentimentali e di un progetto parentale comune ma a seguito di un incontro volutamente episodico a fini esclusivamente procreativi tra persone mai viste prima, conosciutesi tramite un sito internet dedicato, e a tale genesi dell'evento procreativo segua in modo univoco una gestione 'sui generis' della genitorialità e/o la volontà di ciascuno dei genitori, o anche di uno solo di essi, di escludere l'altro da ogni rapporto con il figlio, è ravvisabile un potenziale conflitto di interessi tra genitori e figlio, che impone la salvaguardia dell'interesse del minore tramite la nomina del curatore speciale*”; anche Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, secondo la quale “*Nel procedimento di adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, non è configurabile un conflitto di interessi 'in re ipsa', anche solo potenziale, tra il minore adottando ed il genitore-legale rappresentante, che imponga la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., dovendo, anzi, individuarsi nella necessità dell'assenso del genitore dell'adottando, di cui all'art. 46 della legge cita-*

In altri casi, tuttavia, si nega espressamente che la valutazione possa essere *ex ante*, sostenendo piuttosto che debba essere *ex post*, sulla base del concreto atteggiamento processuale dei genitori: questa sembra essere una linea innovativa rispetto al passato, in cui si tendeva a svalutare il concreto comportamento delle parti del processo.

Siffatta linea argomentativa si trova nella più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, in caso di revocatoria della donazione, nega che vi sia conflitto di interessi tra il genitore donante e il figlio donatario³². Conflitto di interessi che viene negato in astratto, in quanto i due interessi sono convergenti per sottrarre la donazione alla revocatoria; e che viene negato anche in concreto, sulla base delle concrete difese delle parti, perché la posizione adottata dal genitore in giudizio era in linea con l'interesse del figlio. La ragione per cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla valutazione in concreto, che potrebbe apparire superflua, è dettata dalla volontà di superare alcuni precedenti, in cui il curatore del fallimento del genitore imprenditore ha agito in revocatoria contro il figlio, nei quali si era sostenuta la sussistenza del conflitto di interessi tra genitore e figlio minore, secondo una valutazione in astratto, ritenendo che il genitore potesse avere interesse al recupero del bene nell'attivo fallimentare. In realtà in questa vicenda, di rilevanza patrimoniale, sembra che la giurisprudenza di legittimità abbia soltanto modificato la propria valutazione sulla rilevanza degli specifici interessi oggettivamente riferibili alle parti.

Un altro ambito in cui sembra ammettersi che il giudice possa accertare la situazione di conflitto di interessi in base al concreto comportamento processuale delle parti, si trova, ad esempio, nel giudizio di separazione coniugale, ogni qualvolta i comportamenti delle parti tendano ad impedire una adeguata valutazione dell'interesse del minore o a frapponersi al diritto del minore ad essere ascoltato dal giudice³³.

Si pone perciò il problema se si sia consolidata una divaricazione, nell'individuazione delle caratteristiche del conflitto di interessi nella rappresentanza legale, tra la tradizione conformata sul diritto sostanziale e gli orientamenti della giurisprudenza più recenti riferiti al diritto processuale. Tanto più che tali orientamenti giurisprudenziali sembrano avere trovato conforto nella novella dell'art. 78 (ora riversata nell'art. 473-bis.8) c.p.c., la quale per un verso ha confermato alcune fattispecie in cui la valutazione andrebbe formulata in astratto³⁴, mentre,

ta, un indice normativo contrario all'ipotizzabilità astratta di un tale conflitto, che, invece, va accertato in concreto da parte del giudice di merito".

³² Si vedano Cass. 29 gennaio 2016, n. 1721; Cass. 5 aprile 2018, n. 8438.

³³ Cass. 24 maggio 2018, n. 12957; nello stesso senso anche Trib. Torino 21 dicembre 2018, con nota di F. DANNOVI, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 695 ss.

³⁴ In particolare, per i procedimenti per la decadenza della responsabilità genitoriale chiesta nei confronti di entrambi i genitori o dall'uno nei confronti dell'altro, nonché per i procedimenti

per altro verso, sembra richiamare un potere di valutazione non solo in concreto, ma anche *ex post* non soltanto quando nel processo *i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati alla rappresentanza del minore*³⁵, ma soprattutto *nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore*³⁶.

Trattasi di questioni interpretative di spettanza del processualista, rispetto alle quali mi limito a formulare delle domande e ad avanzare con cautela qualche ipotesi.

Il tema è quello del rapporto tra la disciplina generale del conflitto di interessi richiamata nel comma 2 dell'art. 78 e le fattispecie specificamente introdotte nei commi successivi (e ora nell'art. 473-*bis*.8) dalla novella. Se queste fattispecie siano articolazioni dei principi sottostanti la regola generale, estensibili analogicamente dagli interpreti, come sembra suggerire la loro origine dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 78, ovvero siano norme speciali o eccezionali, che pongono regole alternative ai principi generali.

Nelle fattispecie in cui il conflitto di interessi debba essere considerato *in re ipsa*, si potrebbe sostenere che, ove ricorre un conflitto di interesse così significativo da non soffrire limitazioni, il legislatore abbia inteso riaffermare il criterio generale che nega al giudice il potere di valutare i concreti atteggiamenti processuali delle parti. Si pone comunque il dubbio se tali discipline siano coerenti con l'idea, invalsa in dottrina e giurisprudenza, secondo la quale l'interesse del minore deve essere valutato dal giudice in relazione ad ogni singola controversia e non può essere rimesso ad una valutazione vincolante del legislatore.

In relazione alle altre fattispecie, per un verso, sembra confermato il principio della valutazione in concreto, per altro verso, sembra ammettersi che tale valutazione debba essere effettuata sulla base dell'atteggiamento processuale delle parti e non, come sarebbe stato coerente con la tradizione, sulla base delle specifiche caratteristiche della controversia; il riferimento al pregiudizio, inoltre, sembra suggerire che la valutazione non debba essere effettuata *ex ante*, in vista di un pericolo di danno, ma *ex post*.

Si tratta di due questioni che non vanno sovrapposte e meritano risposte distinte.

Sulla prima questione, si può avanzare il dubbio che l'attribuzione di una specifica rilevanza al comportamento delle parti in giudizio sia coerente con la natura diacronica di quei riti la cui particolare struttura consente di tenere con-

di allontanamento del minore dalla famiglia e di affido eterofamiliare: G.O. CESARO, *op. cit.*, p. 61 ss., a p. 64.

³⁵Regola che può applicarsi pacificamente ai giudizi di separazione e divorzio: G.O. CESARO, *op. cit.*, p. 66 ss.

³⁶Il riferimento è al caso in cui il PM abbia agito per la decadenza di uno solo dei genitori o il provvedimento richiesto abbia quale oggetto la sospensione o la limitazione della responsabilità genitoriale: G.O. CESARO, *op. cit.*, p. 63 ss.

to delle sopravvenienze e di dare rilevanza all'evoluzione delle relazioni familiari, anche e soprattutto nelle loro componenti extrapatrimoniali. I giudizi familiari e minorili, infatti, interessando il rapporto tra i genitori e i minori, nella loro continuità esistenziale, non consentono di definire le posizioni processuali sulla base delle caratteristiche della controversia e richiedono che la verifica in concreto abbia ad oggetto gli interessi che, di tempo in tempo, emergono dalle risultanze processuali³⁷.

Sulla seconda questione, mi sembra sostenibile l'idea che il richiamo al pregiudizio sia da intendere, seguendo uno schema generale di tutela preventiva, quale indice di emersione del conflitto di interessi, idoneo a prospettare ulteriori pericoli per il minore, imponendo la tempestiva nomina del curatore speciale, secondo un modello equilibrato di gestione del processo.

³⁷ Si cfr., al riguardo, Cass. 20 aprile 2023, n. 10666 e Cass. 31 gennaio 2023, n. 2829, secondo le quali *“In tema di procedimenti instaurati per la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, l'ampliamento in sede di reclamo del thema decidendum a comportamenti dei genitori pregiudizievoli al minore, rilevanti ex art. 333 c.p.c., comporta per il giudice, oltre al dovere di sollecitare il contraddittorio sul nuovo oggetto di indagine ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c., anche quello di nominare un curatore speciale al figlio per il sopravvenuto conflitto di interessi con i genitori, la cui inottemperanza determina la nullità del giudizio di impugnazione e, in sede di legittimità, la cassazione con rinvio alla Corte d'appello, dovendo escludersi il rinvio al primo giudice, perché contrario al principio fondamentale della ragionevole durata del processo (espresso dall'art. 111, comma 2, Cost. e dall'art. 6 CEDU), di particolare rilievo per i procedimenti riguardanti i minori, e comunque precluso dalla natura tassativa delle ipotesi di cui agli artt. 353, 354 e 383, comma 3, c.p.c., che non comprendono quelle in esame, ove le nullità attengono al solo giudizio di reclamo”*.

IL CURATORE SPECIALE DEL MINORE

Valentina Piccinini

SOMMARIO: 1. La tutela degli interessi del minore nel processo civile prima della Riforma di cui alla legge 26 novembre 2021, n. 206 (e successivi decreti attuativi) e il contributo delle fonti internazionali. – 2. L’acquisizione della centralità della figura del minore all’interno del processo nell’evoluzione della giurisprudenza. – 3. Le modifiche introdotte dalla legge n. 206/2021 e dai successivi decreti di attuazione: le ipotesi di nomina obbligatoria del curatore speciale del minore e quelle di nomina facoltativa. – 3.1. Le ipotesi di nomina obbligatoria. – 3.2. Le ipotesi di nomina facoltativa. – 4. I poteri di rappresentanza sostanziale e le ipotesi di revoca del curatore speciale del minore. – 5. Il curatore del minore e il curatore speciale del minore: quali differenze tra la figura prevista dall’art. 473-bis.7, comma 2, c.p.c. e quella prevista dall’art. 473-bis.8 c.p.c.? – 6. Conclusioni.

1. La tutela degli interessi del minore nel processo civile prima della Riforma di cui alla legge 26 novembre 2021, n. 206 (e successivi decreti attuativi) e il contributo delle fonti internazionali

Per lungo tempo il soggetto minore d’età non è stato considerato portatore, all’interno processo, di interessi specifici propri: il codice civile aveva espressamente previsto, sia pure con diverse declinazioni delle rispettive discipline, solamente la rappresentanza legale, sia sul piano negoziale sia sul piano processuale, per i diritti patrimoniali (artt. 320 e 321 c.c.), la nomina di un curatore speciale per l’assistenza alla stipulazione della convenzioni matrimoniali (art. 90 c.c.) e la nomina di un curatore nel caso di azioni di stato. Ciò in quanto il minore era considerato un soggetto che, nel processo, doveva e poteva solo trovare protezione. Poiché incapace di agire, non poteva assumere la qualifica di parte processuale e, per questo motivo, ogni decisione riguardante la sua vita e i suoi interessi, anche quelli personali, era lasciata ai genitori (o al tutore) o, al limite, al giudice.

È stato solo successivamente, anche grazie alla transizione dal concetto di potestà genitoriale a quello di responsabilità genitoriale, che si è acquisita la consapevolezza che il minore è pur sempre un soggetto di diritto dotato di capacità giuridica e quindi, come tale, dotato di interessi propri che possono entrare in conflitto con quelli dei genitori o, comunque, dei suoi rappresentanti. Da qui ha

fatto seguito la constatazione che egli, in quanto parte processuale, necessita di un rappresentante appositamente nominato che lo rappresenti e che si faccia portatore dei suoi interessi in giudizio¹.

Il cambiamento di questa prospettiva si deve in particolare alle fonti internazionali² che hanno evidenziato come «il minore è titolare di diritti e interessi suoi propri, distinti da quelli del nucleo familiare a cui appartiene»³.

Già la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989⁴ aveva sancito (art. 3) che l'interesse superiore del minore doveva avere una considerazione preminente in tutte le decisioni di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi e aveva previsto il diritto del minore capace di discernimento ad essere ascoltato, in ogni procedura che lo riguardava, o personalmente o tramite un rappresentante o un organo appropriato (art. 12).

Successivamente, la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996⁵, all'art. 5, ha previsto che gli Stati riconoscano ai minori il «diritto di esercitare, completamente o parzialmente, le prerogative di una parte» all'interno di un processo attraverso la nomina di un rappresentante qualora sussista un conflitto di interessi con i genitori o, in ogni caso, con chi esercita la responsabilità genitoriale.

Giova in questo contesto ricordare, pur se sprovviste di efficacia vincolante, anche le Linee guida per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010. In particolare, al punto 37 si afferma che «I minori dovrebbero avere il diritto di essere rappresentati da un avvocato in nome proprio, nei procedimenti in cui vi è, o vi potrebbe essere, un conflitto di interessi tra il minore e i genitori o altre parti coinvolte»; ed ancora al punto 42 si prevede che «Nel caso di conflitto di interessi tra i genitori e i minori, l'autorità competente dovrebbe designare un tutore *ad litem* o altra figura indipendente atta a rappresentare i punti di vista e gli interessi del minore».

Un contributo di rilievo si deve, infine, anche alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Più nello specifico, si fa riferimento alla sentenza

¹ Si veda G.O. CESARO, *Il curatore speciale e la protezione dei best interest of the child: la tecnica del bilanciamento*, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 871 ss.; F. DANOVÌ, *Il curatore speciale del minore quale (ulteriore) raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 696 ss.; E. ITALIA, *La partecipazione del minore nel processo civile*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 988 ss.

² In particolare, v. M. BIANCA, *Le fonti del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO-R. SENIGALIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, ESI, Napoli, 2022, p. 5 ss.; J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*.

³ Così R. RUSSO, *Il Curatore speciale del minore: prospettive de iure condendo*, in *ilFamiliari-sta.it*.

⁴ Ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

⁵ Ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77.

*A. e B. contro Croazia*⁶, in cui la Corte Edu ha affermato, per la prima volta in modo espresso, la necessità della presenza di un curatore speciale per il minore nel caso di esistenza di un conflitto di interesse, anche solo potenziale, tra il minore e uno o entrambi i genitori.

2. *L'acquisizione della centralità della figura del minore all'interno del processo nell'evoluzione della giurisprudenza*

Dal punto di vista del formante legislativo, la figura del curatore speciale del minore era stata inizialmente circoscritta ai soli procedimenti di adottabilità. La legge 28 marzo 2001, n. 149, in sede di modifica della legge 4 maggio 1983, n. 184, aveva disposto che il procedimento di accertamento dello stato di adottabilità deve svolgersi, sin dalla sua apertura, con l'assistenza legale del minore (art. 8, ult. comma). La stessa legge aveva, inoltre, modificato l'art. 336, comma 4, c.c. prevedendo, nei procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, l'assistenza del minore da parte di un difensore.

Il cambiamento nella considerazione del ruolo del minore all'interno del processo, da soggetto bisognoso di tutela a soggetto titolare di interessi propri, è testimoniato anche dall'evoluzione della giurisprudenza di merito, di legittimità come pure di quella costituzionale. Prendiamo le mosse dall'esame di quest'ultima.

Ancora nel 1986 la Corte costituzionale⁷, dichiarando infondata l'eccezione di incostituzionalità, con riferimento agli artt. 3, 24 e 30 Cost., dell'art. 5, comma 1 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 e dell'art. 708 c.p.c., aveva escluso la necessità di nominare un curatore speciale al minore nei procedimenti di separazione e di divorzio in quanto questi giudizi non hanno conseguenze sullo *status* dei figli e, inoltre, essendo preordinati a scegliere la soluzione migliore per gli interessi del minore, questi ultimi non rimangono senza tutela, ma sono garantiti da una serie non indifferente di misure.

Nel 2011⁸, invece, in un giudizio di costituzionalità relativo all'art. 250 c.c., la Corte costituzionale, dopo aver statuito che il minore costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica, ha concluso che il giudice, nel suo prudente

⁶CEDU, *A. e B. contro Croazia*, 20 giugno 2019, ric. 7144/2015, all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194217>. Su questa pronuncia, v. G.O. CESARO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 937.

⁷Corte cost. 14 luglio 1986 n. 185, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2679.

⁸Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1289; in *Fam. e dir.*, 2011, p. 545 ss. con nota di F. TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; in *Giur. it.*, 2012, I, 1, p. 270 ss. con nota di G. GRISI, *Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto 83/2001*.

apprezzamento, quando ricorrono casi di conflitto di interesse tra il minore e i genitori (o comunque colui che esercita la responsabilità genitoriale) può procedere, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., alla nomina di un curatore speciale. Ciò in quanto, secondo i giudici, da un lato, l'art. 78 c.p.c. non ha carattere eccezionale, ma è espressione di un principio di carattere generale destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante al soggetto incapace⁹, dall'altro lato, l'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti nei procedimenti di cui è parte.

Nella giurisprudenza di merito, prima dell'entrata in vigore della riforma, si era già consolidato un orientamento che, pur in assenza di un dato legislativo espresso, aveva ritenuto di considerare il curatore speciale quale soggetto garante del minore, sia dal punto di vista sostanziale sia processuale.

Ad esempio, nell'ambito dei procedimenti di separazione dei coniugi e di divorzio, i giudici di merito avevano ammesso la nomina del curatore speciale quando si sono trovati a dover assumere decisioni destinate ad incidere sui diritti e sugli interessi di minori nel caso in cui la conflittualità era tale da fare ritenere gli stessi, anche solo temporaneamente, incapaci di rappresentare adeguatamente gli interessi dei figli¹⁰. L'orientamento è stato successivamente fatto proprio dalla Corte di Cassazione la quale ha affermato che la sussistenza del conflitto di interessi tra i genitori e il minore ai fini della nomina del curatore speciale *ex art. 78, comma 2, c.p.c.*, in un procedimento nel quale si discute del suo affidamento, deve essere valutata in concreto, avuto riguardo all'incapacità, anche temporanea, dei genitori a tutelare la posizione del figlio.

La giurisprudenza (sempre prima quella di merito¹¹ e in seguito quella di legittimità¹²) è poi giunta a ritenere obbligatoria la nomina del curatore speciale

⁹ L'art. 78 c.p.c. è la norma che, in generale, disciplina l'istituto del curatore speciale. Inizialmente, non era stata pensata per trovare applicazione nei procedimenti familiari, ma solo a favore dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta quando manca la persona «a cui spetta la rappresentanza e l'assistenza o vi sono ragioni di urgenza» oppure sussiste «un conflitto di interessi» tra rappresentante e rappresentato. Sul tema, v. F. DANOVÌ, *op. ult. cit.*, p. 696.

¹⁰ Si vedano, *ex multis*, Trib. Milano 25 febbraio 2019, in *ilFamiliarista.it*; Trib. Torino 21 dicembre 2018, *ivi*. Da ultimo, Trib. Treviso 26 aprile 2022, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 1013 ss., con nota di F. ZANOVELLO, *Poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore tra riforma del processo civile e anticipazioni giurisprudenziali*.

¹¹ Cfr. App. Milano 26 agosto 2019, in *ilFamiliarista.it* in cui il collegio ha osservato che nei giudizi *de potestate* il minore è parte necessaria del procedimento e il contraddittorio deve essere integrato anche nei suoi confronti attraverso la nomina di un curatore speciale, pena la nullità del procedimento.

¹² Si vedano, *ex multis*, Cass. 9 marzo 2002, n. 7734, in *Giust. civ. Mass.*, 2002; Cass. 13 marzo 2019, n. 7196, in *Dir. & giust.*, 14 marzo 2019; Cass. 2 febbraio 2016, n. 1957, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1271.

dapprima in tutti i procedimenti aventi ad oggetto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di uno o entrambi i genitori e, successivamente, in tutti i procedimenti aventi ad oggetto provvedimenti anche solo limitativi di questa aggiungendo che, in caso di mancata nomina, il procedimento deve ritenersi nullo per vizio inerente la costituzione del rapporto processuale.

Con gli anni si è, dunque, consolidato l'orientamento della Cassazione secondo cui i giudizi *de potestate* sono procedimenti di carattere contenzioso che incidono su diritti di rango costituzionale e, pertanto, necessitano della partecipazione del minore rispetto al quale deve essere garantito il contraddittorio, previa eventuale nomina di un curatore speciale ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, in quanto sussiste sempre un conflitto di interessi verso entrambi i genitori¹³. Sempre secondo questo orientamento, nei procedimenti in esame, il conflitto di interessi deve ritenersi *in re ipsa* in quanto la posizione del figlio è sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche se il provvedimento viene richiesto solo nei confronti di uno di essi, in quanto non è possibile stabilire *ex ante* l'interesse dell'altro genitore¹⁴.

3. Le modifiche introdotte dalla legge n. 206/2021 e dai successivi decreti di attuazione: le ipotesi di nomina obbligatoria del curatore speciale del minore e quelle di nomina facoltativa

La riforma del processo civile, che ha preso avvio con legge 26 novembre 2021, n. 206 “*Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*”, nel contesto degli interventi sul processo di famiglia e minorile, è intervenuta in modo definitivo e innovativo in tema di nomina del curatore speciale del minore, modificando le disposizioni di cui agli artt. 78 e 80 c.p.c. dedicate, più in generale, al curatore speciale.

I successi decreti legislativi di attuazione – d.lgs. 10 ottobre 2022, nn. 149, 150, 151 – hanno poi provveduto a trasporre l'intervento normativo negli artt. 473-*bis*.2 e 473-*bis*.8 c.p.c. Con questo intervento legislativo¹⁵, viene dunque

¹³ Così Cass. 21 aprile 2022, n. 12802, in *Ilfamiliarista.it* secondo cui, nei giudizi relativi all'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale riguardanti entrambi i genitori, sussiste *in re ipsa* un conflitto di interessi del minore verso i genitori.

¹⁴ Così Cass. 6 marzo 2018, n. 5256, in *Guida dir.*, 2018, 22, p. 53.

¹⁵ Tra i primi commenti si vedano, *ex multis*, B. POLISENO, *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Giappichelli, Torino,

confermata la centralità dell'interesse del minore, sia dal punto di vista del diritto sostanziale sia dal punto di vista del diritto processuale, nell'ambito di ogni procedimento che lo riguarda e ciò al fine di garantirgli il pieno accesso ai suoi diritti all'interno del processo.

L'art. 473-bis.2 c.p.c. "*Poteri del giudice*", collocato all'interno del Titolo IV-bis "*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*", dispone che, a tutela dei minori, il giudice può, d'ufficio¹⁶, nominare il curatore speciale nei casi previsti dalla legge. La disposizione rinvia ai casi previsti dal successivo art. 473-bis.8 c.p.c. "*Curatore speciale del minore*"¹⁷ con cui il legislatore ha stabilito, anche considerando quanto statuito in precedenza dalla giurisprudenza, casi in cui la nomina del curatore speciale del minore è prevista come obbligatoria, pena la nullità (radicale e insanabile con rimessione della causa al primo giudice¹⁸) degli atti dell'intero procedimento per difetto di contraddittorio e casi in cui la nomina è facoltativa, allorquando i genitori appaiono, per gravi ragioni, temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

Vediamo ora le diverse ipotesi nei particolari.

3.1. *Le ipotesi di nomina obbligatoria*

La prima ipotesi (art. 473-bis.8 comma 1, lett. a), c.p.c.) riguarda i casi in cui il pubblico ministero chiede la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori o in cui uno dei genitori chiede la decadenza dell'altro. Nel primo caso, il minore è, in assoluto, privo di rappresentanti, mentre nel caso in cui sia uno dei genitori a chiedere la decadenza dell'altro siamo di fronte a un conflitto di interessi tra il minore e il genitore attore. In quest'ultimo caso, il legislatore ha ritenuto la sussistenza *in re ipsa* del conflitto di interessi tra il genitore attore e il minore di età, accogliendo dunque l'orientamento giurisprudenziale formatosi, sul punto, negli anni precedenti (anche se non nella sua interez-

2023, p. 59 ss.; R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 978 ss.; A. ARCERI, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 380 ss.; D. D'ADAMO, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1318; M.G. RUO, *Il "nuovo" curatore speciale (art. 78 ss. c.p.c.)*, in ID. (a cura di), con la collaborazione di E. CASTAGNOLA, *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile*; R. RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 645.

¹⁶I decreti attuativi hanno così colmato la lacuna rilevata nell'art. 79 c.p.c. che non prevedeva la possibilità che il giudice del procedimento potesse nominare d'ufficio il curatore speciale del minore. Sul punto, v. R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, cit., p. 981.

¹⁷Anche l'art. 473-bis.7.

¹⁸V. A. CORDIANO, *Il curatore del minore nei procedimenti de responsabilitate. Luci e ombre di un percorso*, in *Familia*, 2022, p. 547.

za) in quanto l'interpretazione letterale della norma porta, ad escludere l'obbligatorietà della nomina (ma non, previa valutazione in concreto della sussistenza di un conflitto di interessi, la facoltatività) nel caso in cui il pubblico ministero chieda la decadenza dalla responsabilità genitoriale di uno solo dei genitori, come pure nel caso in cui ad agire siano gli altri legittimati attivi.

Rispetto alle conclusioni cui era giunta la giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore della riforma, inoltre, non è stata prevista la nomina del curatore speciale per i provvedimenti solo limitativi della responsabilità genitoriale. Casi che, in ogni caso, ritengo possano essere ricondotti nell'ambito di applicazione della successiva lett. c)¹⁹.

Ai casi appena descritti, fa seguito (art. 473-bis.8 comma 1, lett. b), c.p.c.) quello di nomina in caso di adozione di provvedimenti confermativi dell'allontanamento del minore dalla casa familiare ex art. 403 c.c. ("*Intervento della pubblica autorità a favore dei minori*") per i casi in cui il minore si trovi in stato abbandono morale o materiale o quando si trovi, nell'ambiente familiare, esposto a grave pregiudizio o pericolo per la sua integrità psico-fisica. A questo caso si aggiunge l'ipotesi di affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 ss. della legge 4 maggio 1983, n. 184, anche qui confermando le conclusioni precedentemente raggiunte dalla giurisprudenza²⁰. Si tratta di nuovo, per entrambi, di casi in cui il legislatore ha ritenuto che il conflitto di interessi sussista *in re ipsa*.

Viene poi (art. 473-bis.8 comma 1, lett. c), c.p.c.) il caso in cui «dai fatti emersi nel procedimento affiori una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori». A differenza delle precedenti ipotesi, in cui il legislatore ha ritenuto che il conflitto di interessi esista *in re ipsa*, in questo caso il giudice deve valutare, in concreto, la sussistenza non solo dell'esistenza di un conflitto di interesse ma anche del fatto che esso sia tale da rendere i genitori non in grado di rappresentarlo. Ritengo, anche in ragione di quanto detto prima, che questa disposi-

¹⁹ In senso conforme a questa conclusione, G.O. CESARO, *L'estensione e la valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 63; G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia"* (D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). *Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, *ivi*, p. 1435 ss.; B. POLISENO, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *La riforma del processo civile*, l. 26 novembre 2021, n. 206 e d.leg. 10 ottobre 2022, n. 149 e n. 151, in *Foro it.*, 2023, I, c. 354. *Contra*, R. SENI-GAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, *cit.*, p. 986.

²⁰ Così, Cass. 8 giugno 2016, m. 11782, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 349 ss., con nota di L. GALANTI, *Il minore come parte: finalmente il riconoscimento della Cassazione*, in cui i giudici hanno affermato che il procedimento avente ad oggetto l'accertamento dello stato di adottabilità deve svolgersi, fin dalla sua apertura, con l'assistenza legale del minore, il quale ne è parte, e, in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo di un rappresentante legale ovvero, nel caso in cui sussista un conflitto di interessi, di un curatore speciale, ai quali compete la nomina di un difensore tecnico.

zione possa trovare applicazione a tutti i casi che rimangono fuori dall'ambito di applicazione della lett. a) relativi ai procedimenti di decadenza dalla responsabilità genitoriale come pure a tutti i procedimenti limitativi della stessa.

Ultima e del tutto nuova è l'ipotesi (art. 473-*bis*.8 comma 1, lett. d), c.p.c.), in cui a fare richiesta della nomina è il minore che ha compiuto quattordici anni. A fronte della richiesta da parte del minore ultraquattordicenne, il giudice è tenuto alla nomina del curatore speciale senza alcun vaglio di meritevolezza²¹. Di per sé la disposizione pare non lasciare spazio a contestazioni circa il diritto qui riconosciuto al minore, senonché il legislatore ha mancato di indicare con quali modalità il minore può formulare la domanda e, ancor prima, chi informa il minore di tale diritto, posto che non è pensabile che ne sia autonomamente a conoscenza. A questo ultimo proposito, viene in rilievo l'art. 473-*bis*.5, comma 4, c.p.c. che prevede, in sede di ascolto del minore, l'obbligo del giudice di informarlo in merito alla possibilità di chiedere la nomina del curatore speciale anche se, mi pare chiaro, questa ipotesi non può ritenersi esaustiva. L'altro interrogativo di assoluta rilevanza che deve porsi l'interprete concerne l'ambito all'interno del quale il minore può avanzare questa richiesta. In altre parole, e richiamando quanto già detto poc'anzi, vi è da chiedersi se questo diritto sussista anche al di fuori del processo con riferimento ad atti per i quali il minore ritenga di non poter essere adeguatamente rappresentato dai genitori (mi vengono in mente, a questo proposito, i casi in cui i minori chiedevano di poter ricevere il vaccino contro il Sars-Cov2 contro la volontà dei genitori).

3.2. *Le ipotesi di nomina facoltativa*

Il comma 2 dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c. dispone che, in ogni caso, il giudice può nominare, con provvedimento succintamente motivato, un curatore speciale quando i genitori appaiono, per gravi ragioni, temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore. La norma fa riferimento a ipotesi transitorie in cui, per ragioni che il legislatore ha disposto debbano essere "gravi", il minore non può essere adeguatamente rappresentato dai propri genitori. Si tratta di ipotesi in cui i minori non sono parti processuali ma solo parti sostanziali, ipotesi come quelle che possono emergere nei procedimenti di separazione dei coniugi e di divorzio e di modifica delle statuizioni relative ai figli nonché in quelli relativi all'affidamento, nel caso di genitori non uniti in matrimonio.

L'introduzione di questa disposizione recepisce quella giurisprudenza di merito che aveva affidato al curatore la possibilità di decidere sulle scelte di vita quotidiane del minore, soprattutto nell'ambito di affidamenti condivisi particolarmente conflittuali oppure di affidamento del minore a un ente territoriale,

²¹ In questo senso, A. ARCERI, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 387.

fermo restando che, in ogni caso, il giudice deve puntualmente individuare i poteri del curatore nel provvedimento di nomina.

Qui una delle questioni interpretative più importanti concerne il concetto di “inadeguatezza” dei genitori o, per essere più precisi, di loro “inadeguatezza temporanea” che deve discendere da “gravi ragioni”. Una prima lettura della norma, in coordinamento con le disposizioni contenute nelle altre, farebbe concludere nel senso che si tratterebbe dei casi in cui i genitori non si trovano necessariamente in una situazione di conflitto di interessi con il minore, ma non sarebbero in grado, per gravi ragioni, di comprendere il suo interesse che, per tanto, potrebbe trovare miglior tutela tramite la nomina di un curatore speciale.

4. I poteri di rappresentanza sostanziale e le ipotesi di revoca del curatore speciale del minore

Il terzo comma dell’articolo in esame dispone, invece, la possibilità di attribuire al curatore speciale del minore specifici poteri di rappresentanza sostanziale nonché l’obbligo, per lo stesso, di procedere all’ascolto del minore.

Per quanto concerne l’obbligo di procedere all’ascolto del minore, i decreti attuativi hanno avuto cura di precisare che egli procede al suo ascolto ai sensi dell’art. 315-*bis*, comma 3, c.c. ai sensi del quale “il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano” dettando, quindi, una forma di partecipazione diversa rispetto a quella prevista per l’ascolto nel processo²².

Da ultimo, viene disciplinata l’ipotesi di revoca dellanomina del curatore: la legittimazione è attribuita al minore ultraquattordicenne, ai genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, al tutore o al p.m.; la nomina può essere revocata per gravi inadempienze o perché mancano o sono venuti meno i suoi presupposti (sostanzialmente, al pari di quanto accade per il curatore e il tutore nei casi di inabilitazione e interdizione). Non si comprende, tuttavia, perché legittimati a chiedere la revoca del provvedimento di nomina del curatore speciale siano i genitori titolari della responsabilità genitoriale e non anche i destinatari di provvedimenti di limitazione.

²² Su quest’ultimo, *ex multis*, v. F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 995 ss.; E. ITALIA, *L’ascolto del minore*, in *Fam. e dir.*, 2020, 713 ss.; M. ACIERNO, *Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D.Lgs. n. 154/2013?*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1274; P. VIRGADAMO, *L’ascolto del minore in famiglia e le procedure che lo riguardano*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1656 ss.

5. *Il curatore del minore e il curatore speciale del minore: quali differenze tra la figura prevista dall'art. 473-bis.7, comma 2, c.p.c. e quella prevista dall'art. 473-bis.8 c.p.c.?*

Prima di giungere al termine di questa relazione, mi pare opportuno, sia pur brevemente, soffermare l'attenzione sulla figura del curatore del minore prevista dall'art. 473-bis.7 c.p.c., per distinguerlo dal curatore speciale del minore oggetto di questo intervento.

Il comma 2 dell'articolo citato²³, rubricato "*Nomina del tutore e del curatore del minore*", prevede, oltre alla nomina di un tutore, la nomina, facoltativa, di un curatore all'esito del procedimento di limitazione delle responsabilità genitoriali. Per questi procedimenti, il legislatore della riforma ha definitivamente previsto la nomina di un tutore²⁴ e la possibilità di nominare un "*curatore del minore*". La relazione illustrativa ai decreti attuativi della legge n. 206/2021 delinea in modo preciso la differenza tra quest'ultimo e il "*curatore speciale del minore*", disciplinato dall'articolo successivo e oggetto della presente relazione. Mentre il "*curatore del minore*" è figura da assimilare al tutore, sia pur con compiti più limitati che il giudice deve specificare nel provvedimento di nomina, ed è dunque "figura che appartiene all'ambito sostanziale", il "*curatore speciale del minore*" è figura squisitamente processuale "chiamato a rappresentare il minore nei casi di conflitto di interessi con i genitori (...) ovvero nei casi in cui vi sia espressa richiesta del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età" che esaurisce il suo ruolo con la definizione del procedimento.

E, in effetti, la differenza tra le due figure emerge anche da diversi tratti della disciplina: mentre la nomina del curatore del minore *ex art. 473-bis.7, comma 2, c.c.* è sempre facoltativa e può avvenire solo all'esito del giudizio (senza, dunque, che gli possano essere attribuiti poteri di rappresentanza processuale), la nomina del curatore speciale del minore, come abbiamo visto, può essere anche obbligatoria e può avvenire solo in corso di giudizio giacché, come previsto dalla norma, l'incarico termina con la sua definizione, elemento che fa comprendere come il curatore speciale del minore sia in effetti da annoverare tra le figure strettamente processuali giacché anche gli eventuali poteri sostanziali che gli dovessero essere attribuiti sono destinati a cessare al termine del giudizio.

²³ Di attuazione del principio di delega di cui all'art. 1, comma 23, lett. *dd*), legge n. 206/2021 che aveva disposto che fosse prevista "la possibilità di nomina di un tutore del minore, anche d'ufficio, nel corso ed all'esito dei procedimenti di cui alla lettera a), ed in caso di adozione di provvedimenti ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile". Sul punto, v. M. VELLETTI, *Il tutore e il curatore del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 934 ss.

²⁴ Come si può leggere nella relazione ai decreti legislativi di attuazione della legge n. 206/2021 (pubblicati in G.U. 19 ottobre 2022), tale previsione è stata dettata dalla necessità di porre fine all'esistenza di prassi non uniformi, sul punto, nell'intero territorio nazionale.

Se questo è vero, resta tuttavia da capire se, limitatamente a questi procedimenti, in qualche modo queste figure possano coincidere: ad esempio, se il curatore “generale” possa assumere il ruolo anche di curatore speciale nel processo o se quest’ultimo possa, all’esito del procedimento, eventualmente continuare nel ruolo di curatore “generale”.

6. Conclusioni

Il curatore speciale del minore è dunque divenuto la figura atta a far valere gli interessi del minore nel processo. La riforma appena esaminata ha certamente il pregio di avere definitivamente previsto delle ipotesi di nomina obbligatoria del curatore speciale, il riconoscimento allo stesso di poteri di rappresentanza anche sostanziale, la legittimazione ad agire dell’ultraquattordicenne nonché l’obbligo di audizione del minore.

A fronte di ciò rimangono alcune perplessità, di non scarsa rilevanza, soprattutto dal punto di vista pratico. Pensiamo, solo per citare le più evidenti, alle modalità con cui il minore può chiedere la nomina del curatore speciale, alle modalità con cui quest’ultimo può procedere all’ascolto, alla sua formazione, al coordinamento con la disciplina di figure ad esso affini ma previste solo per specifiche e singole fattispecie. Non può sfuggire come colmare al più presto queste lacune sia essenziale per il successo di questa riforma.

LA TUTELA DEL MINORE

Angela Liquindoli

SOMMARIO: 1. Il superiore interesse del minore. – 2. Evoluzione normativa nell'ambito del diritto di famiglia. – 3. L'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano. – 4. Il Curatore Speciale del minore: *a)* Tutore e Curatore Speciale; *b)* Avvocato / Curatore Speciale del Minore – Doveri deontologici: le linee guida del CNF; *c)* Il ruolo del Curatore Speciale nel processo.

1. Il superiore interesse del minore

In materia di diritto di famiglia, il legislatore nazionale, internazionale ed europeo, a partire dal secondo dopoguerra, ha dato viepiù rilievo e importanza ai minori, quali soggetti maggiormente vulnerabili e, dunque, da proteggere.

Ed è in questo senso che ben si inserisce la riflessione dell'educatore infantile Dottor Ginott, allorché associa i bambini al “cemento umido”, che viene plasmato e a cui viene data forma delle mani di chi lo lavora, ovvero, in primo luogo, i genitori e chi ne faccia le veci.

“Mantra”, se così può definirsi, pur se a-tecnicamente, del diritto di famiglia è ormai divenuto il concetto di “superiore interesse del minore” o di “best interest of the child”, stigmatizzato a livello legislativo nell'ambito della Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (Convention on the Rights of the Child – CRC), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore l'anno successivo.

La CRC rappresenta il riconoscimento, da parte dell'intera comunità internazionale, della necessità di uno strumento dotato di forza obbligatoria specificamente dedicato all'infanzia.

In virtù di essa, risulta ormai conclamato che l'interesse del minore deve essere sempre assunto come criterio informatore primario sia nell'emanazione delle leggi sia nella pronuncia dei provvedimenti giudiziari sia nell'educazione familiare, personale e relazionale, dei minori.

La nozione legislativa di “superiore interesse del minore” è volutamente ampia e generica, onde consentire a ciascun operatore del diritto vivente (giudice, tutore, Curatore Speciale, ecc.) di riempirla di significato al bisogno, in funzione

servente rispetto alla specifica situazione in cui in concreto il minore si trova inserito.

Sono proprio l'ambiguità e la multifunzionalità del concetto stesso a costituire le chiavi del grande successo della formula, caratterizzata attualmente da una potenzialità applicativa crescente e non predeterminabile; di talché, è sostanzialmente impossibile pervenire a una nozione univoca di esso, come dimostra la circostanza che la parabola del *best interest of the child* nelle pronunce giudiziali non ha un percorso lineare. Il principio è prevalentemente utilizzato in funzione "servente" del risultato e del bilanciamento che la Corte è tenuta, di volta in volta, a realizzare, nella concreta valutazione delle peculiarità della situazione sottoposta al suo esame.

2. Evoluzione normativa nell'ambito del diritto di famiglia

Attesa la fervente evoluzione culturale e sociale, cui, di necessità, il diritto ha dovuto adeguarsi con tempestività, sia in ambito internazionale ed europeo sia in ambito nazionale, la materia del diritto di famiglia negli ultimi anni è stata oggetto di plurime importanti riforme.

Sul primo fronte, *inter alia*, si ricorda che, da ultimo, a innovazione del precedente regolamento europeo n. 2003/2201, nel 2019 è stato emanato il Nuovo Regolamento Europeo della Famiglia 2019/1111 UE (presentato per la prima volta in Europa nella città di Matera – capitale europea della cultura), che è entrato in vigore il 22 luglio 2022 con applicabilità dal 1° agosto 2022.

Detto regolamento è relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale dei minori. La novità del Regolamento sottolinea l'imprescindibile sinergia e la cooperazione giurisdizionale tra Avvocatura e Magistratura.

Sul fronte interno, il primo vero cambio di rotta rispetto alla precedente impostazione si può far risalire all'emanazione della legge n. 2019/2012, attuata a mezzo del d.lgs. n. 154/2013, che, abolendo la previgente differenziazione tra figli legittimi (derivanti da unione matrimoniale) e figli naturali, all'art. 315 c.c., ha introdotto lo "stato unico della filiazione", garantendo la pienezza dello status di figlio, dapprima esclusiva prerogativa dei soli figli legittimi, a tutti i figli, con rilevanti conseguenze non solo sul piano delle parentele e delle successioni ereditarie ma anche dei diritti e doveri nei rapporti genitori-figli, sino ad allora contenuti nell'ambito della disciplina dei doveri nascenti dal matrimonio.

Inoltre, tramite tale riforma, il legislatore ha altresì riconosciuto sul piano del diritto il mutamento di prospettiva nel rapporto genitori-figli, già manifestatosi a livello sociale, modificando la locuzione di "potestà genitoriale" (prima ancora, "patria potestà") in "responsabilità genitoriale".

Il legislatore, in tal modo, ha inteso abbandonare definitivamente l'antico schema, che evocava la soggezione dei figli minorenni al potere su di essi esercitato dai genitori, ponendo al contrario l'accento sui doveri di cura volti all'attuazione dell'interesse del figlio, rispetto al quale il ruolo dei genitori si configura alla stregua di una vera e propria funzione.

Il legislatore, nel richiamare, all'art. 315-*bis* c.c., il diritto del figlio a vedere rispettare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del minore, pone a carico dei genitori il correlativo dovere di crescere il figlio, modellando il suo carattere nel rispetto della sua irripetibile personalità.

Nella medesima direzione di valorizzazione della personalità del figlio, si colloca il diritto di essere ascoltato, a certe condizioni, nelle questioni e nelle procedure che lo riguardano, così indicando anche ai genitori un criterio pedagogico nella relazione educativa col figlio, basato sul dialogo e sulla valorizzazione della sua persona.

Da ultimo, coerentemente al rinnovato panorama europeo, la Riforma Cartabia, legge n. 206/2021, entrata in vigore, per quanto qui d'interesse, in parte il 22 giugno 2022 (proprio in concomitanza con l'applicazione del Regolamento europeo della Famiglia 2019/1111, di cui prima s'è detto), in parte il 28 febbraio 2023, è nuovamente intervenuta in materia di diritto di famiglia, sconvolgendo l'attuale impostazione processuale.

Fra le novità più rilevanti di detta legge, promulgata onde dettare misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie, vi è la previsione dell'istituzione del *Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, prevista per il 2025, che assorbirà la competenza per tutte le questioni relative al diritto di famiglia, attualmente ripartite tra il Tribunale ordinario e il Tribunale per i minorenni.

Inoltre, la Riforma Cartabia, modificando l'attuale struttura del codice di rito, ha abrogato il Capo I del Titolo II del Libro IV (*Procedimenti speciali*) e, parallelamente, ha inserito nel Libro II (*Processo di cognizione*) il *Titolo Quarto-Bis c.p.c., intitolato Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie, artt. 473-bis s.s.*, applicabile con decorrenza dal 28 febbraio 2023.

Per quanto qui d'interesse, si evidenzia che la Riforma Cartabia, nell'ottica di dare sempre maggiore rilievo alla voce del minore, ha altresì modificato, espandendone il contenuto, le norme sul curatore Speciale del minore, riformando le disposizioni degli artt. 78 e 80 c.p.c. e riordinando le ipotesi in cui al minore deve essere riconosciuta la qualità di parte nel processo e deve essergli quindi riconosciuto, a mezzo di apposita nomina giudiziale, un rappresentante *ad hoc*, che prende, appunto, il nome di Curatore Speciale, di cui si dirà più oltre.

3. *L'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano*

Essenziale, nell'ambito dei procedimenti di diritto di famiglia, è il momento di "ascolto del minore" da parte del Giudice e/o dei suoi ausiliari, che cala nel concreto l'astratto concetto del "superiore interesse del minore".

Insomma, per rispondere alla domanda, che il Magistrato deve porsi allorché è chiamato a pronunciarsi in procedimenti che riguardino anche un minore, "che cosa è maggiormente conforme, in questa situazione, agli interessi del minore?", la soluzione è ... chiederglielo!

L'audizione del minore, comunque, come uniformemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, non viene ritenuta quale mezzo di prova, bensì quale strumento di tutela del minore stesso.

Il legislatore cristallizza l'istituto in una norma di legge con contorni stringenti.

Infatti, se prima dell'entrata in vigore della Riforma Cartabia, l'ascolto del minore era disciplinato in maniera più generica e blanda dall'art. 336-*bis* c.c. (inserito con il d.lgs. n. 154/2013, abrogato), ora è inserito nel codice di rito all'art. 473-*bis*.4 c.p.c.

Ai sensi di detta disposizione normativa, la regola generale vuole ora che il minore sia sempre ascoltato dal Giudice (e/o i suoi ausiliari) nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano.

In via di eccezione, il Giudice potrà – dandone atto con provvedimento motivato – non procedere all'ascolto del minore soltanto se esso risulti in contrasto con l'interesse del minore stesso o manifestamente superfluo, o in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato.

In tutti gli altri casi, "le opinioni del minore devono essere tenute in considerazione, avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità".

Ciò, in ogni caso, non significa che i desiderata espressi dal minore saranno necessariamente accolti, rimanendo comunque imprescindibile il vaglio del Giudice e le considerazioni espresse dal Curatore Speciale e dalle altre parti del processo in corso di causa.

4. *Il Curatore Speciale del minore*

a) Tutore e Curatore Speciale

Innanzitutto, appare opportuna una breve premessa chiarificatrice circa le differenze esistenti tra le figure di tutore e di Curatore Speciale, tra le quali potrebbe crearsi confusione.

Entrambe, infatti, sono figure preposte dall'ordinamento a rappresentare il minore, ma le differenze tra esse sono sostanziali.

Il tutore ha la cura della persona del minore, ha la sua rappresentanza generale, è la figura vicaria in toto dei genitori; viene nominato quando mancano o sono sospesi o sono dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale i genitori.

È tale figura che, in ipotesi, può fare istanza al Tribunale di nomina di un Curatore Speciale o nominare egli stesso un Difensore per il minore.

Tutt'altro è il Curatore Speciale del minore, che è una figura relativamente nuova e inedita nel panorama normativo, istituita a livello internazionale a mezzo della Convenzione di Strasburgo del 1996 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 77/2003) e che ha il precipuo fine, scolpito all'art. 1 della convenzione stessa, di *“promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria”*.

Il Curatore Speciale, dunque, è colui il quale, nominato dal Giudice per il compimento di specifiche attività sostanziali (Curatore *ad actum*) o processuali (Curatore *ad processum*), allorquando sussiste un conflitto di interessi tra il minore e i suoi rappresentanti legali (genitori o tutore o protutore), rappresenta e dà voce, nell'ambito dei procedimenti che li riguardano, agli interessi dei minori, che, in quanto tali, sono privi della capacità di agire.

La giurisprudenza di legittimità, comunque, appare conforme nell'affermare che la rappresentanza del minore a mezzo di Curatore Speciale è una materia che non può essere affidata in astratto al legislatore, ma che deve calarsi necessariamente nella realtà del conflitto e valutata in concreto.

b). Avvocato / Curatore Speciale del Minore – Doveri deontologici: le linee guida del CNF

Accade di frequente che sia nominato Curatore Speciale un Avvocato, che cumuli in sé i due ruoli di Curatore e di Difensore del minore nel processo, espletando dunque anche compiti di assistenza tecnica in un processo o nel compimento di determinati atti o attività¹.

L'avvocato, però, per statuto professionale, non può compiere scelte di tipo esistenziale, mentre il Curatore deve compierle.

Tale duplice funzione, pertanto, oltre a necessitare di un'adeguata formazione interdisciplinare sulle esigenze specifiche dei minori, in ragione dell'elevato profilo costituzionale dei diritti di cui trattasi, riconducibili agli artt. 2 e 30 Cost., merita attenzione peculiare anche dal punto di vista deontologico.

¹ Cumulabilità di funzioni, stigmatizzata anche dalla Corte cost. n. 83/2011 sulla scorta degli artt. 5b e 9 della Convenzione di Strasburgo del 1996, la quale eleva a principio ordinamentale di carattere generale quello per cui occorre garantire in giudizio una rappresentanza e una difesa autonoma al figlio minore.

All'uopo, la Commissione diritto di famiglia costituita in seno al CNF, in collaborazione con le associazioni specialistiche di riferimento (tra le quali, Camera Cammino), ha stilato e diffuso specifiche Raccomandazioni, contenute in una "mini guida", dedicata agli Avvocati che ricoprono anche il ruolo di Curatore Speciale del minore.

Nelle Raccomandazioni, *in primis*, il CNF ricorda che l'incarico di Curatore Speciale dovrà essere svolto nel rispetto dei diritti del minore, specialmente quelli garantiti dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali e, a tal fine, il professionista incaricato dovrà garantire assoluta indipendenza, correttezza, lealtà e spirito di massima collaborazione, nonché adeguata competenza.

Citando testualmente: "*Il Curatore Speciale del minore deve comportarsi sempre avendo a mente la ricorrenza dei principi generali che costituiscono gli imprescindibili canoni deontologici contenuti agli artt. 9, 14 e 15, e 19 del Codice Deontologico Forense*".

Per la preparazione al ruolo, il CNF raccomanda l'acquisizione di adeguata formazione multidisciplinare e aggiornamento professionale nelle materie del diritto della famiglia, delle persone e dei minori.

Nella guida viene posto un accento particolare sui doveri del Curatore di ricerca e cura degli interessi del minore. Per questo, al Legale incaricato viene raccomandato di adoperarsi con il massimo impegno per mantenere rapporti collaborativi con tutti i soggetti coinvolti nel processo nonché di colloquiare con le opportune modalità con il minore capace di discernimento, prestandogli attento ascolto, anche in relazione all'età e al suo sviluppo psicofisico.

c) Il ruolo del Curatore Speciale nel processo

Negli ultimi anni tale ruolo ha vieppiù riscosso consensi nel diritto vivente, inducendo il Legislatore ad ampliare le ipotesi di intervento nel processo e i compiti ad esso assegnati.

Specificamente, da ultimo, la Riforma Cartabia, tenute ferme le ipotesi di nomina obbligatoria di un Curatore Speciale nei casi di conflitto di interesse con un genitore, ha tipizzato delle ipotesi in cui la nomina del Curatore Speciale del minore è obbligatoria da quelle in cui è facoltativa, disciplinate dagli artt. 473-bis.7 e 473-bis.8 c.p.c.

La nomina del Curatore Speciale del minore è obbligatoria, a pena di nullità degli atti del procedimento, nei casi di decadenza dalla responsabilità genitoriale, di provvedimento confermativo dell'allontanamento familiare *ex art. 403 c.c.*, di affidamento etero-familiare, di procedimenti per la dichiarazione dello stato di abbandono, nonché in ipotesi di situazioni di pregiudizio del minore, emerse dai fatti esposti nel processo, tali da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale, di richiesta effettuata dal minore ultraquattordicenne.

La nomina del Curatore Speciale del minore è facoltativa nel caso di tempo-

ranea inadeguatezza dei genitori per gravi ragioni a rappresentare interessi del minore nonché nel caso in cui, all'esito del procedimento, il Giudice disponga limitazioni della responsabilità genitoriale.

Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c., il Giudice può attribuire al Curatore Speciale specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

Nel qual caso, si evidenzia che la norma impone, a determinate condizioni, anche al Curatore l'obbligo di ascolto del minore, che dovrà essere svolto secondo modalità consone all'età e alla capacità di discernimento del minore stesso, rendendogli chiaro e comprensibile il contesto nel quale è chiamato a esprimere la propria opinione, i propri sentimenti e i propri desiderata.

Una volta nominato, il Curatore assumerà con tempestività le informazioni necessarie dalle parti e dai soggetti coinvolti, ascolterà il minore, esaminerà gli atti e i documenti per procedere alla costituzione in giudizio nel preminente interesse del minore e nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, partecipando personalmente alle udienze.

Nell'adempimento del proprio mandato, il Curatore Speciale del minore dovrà mantenere continui contatti e rapporti, improntati a correttezza e lealtà, con tutti i soggetti coinvolti nel processo, che ruotano intorno al minore (genitori / tutore / ente affidatario, servizi sociali, educatori e insegnanti, ecc.). I contatti con genitori, parenti e parti private dovranno sempre avvenire per il tramite dei rispettivi difensori, in ossequio alle norme deontologiche forensi.

Qualora venissero meno i presupposti che avevano condotto alla nomina del Curatore Speciale o nel caso di gravi inadempienze da parte di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c., su istanza di parte, potrà essere richiesta la revoca della nomina.

Concludendo, la sensibilizzazione, manifestatasi a livello sociale nei riguardi delle tematiche inerenti i minori, si è positivamente riflessa nel dettato normativo, a garanzia della difesa dei diritti e degli interessi dei bambini, "cemento umido" della società.

LA CIRCOLAZIONE DEGLI *STATUS* FAMILIARI
E IL PROBLEMA DEI NATI
DA MATERNITÀ SURROGATA

LA PROSPETTIVA DELL'UNIONE EUROPEA SULLA MATERNITÀ SURROGATA: DALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE ALLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI FILIAZIONE

Maria Caterina Baruffi, Costanza Honorati

SOMMARIO: 1. Introduzione: la competenza dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia. – 2. Il metodo del mutuo riconoscimento o “dello Stato d'origine”. Dai principi generali alla sentenza *Coman* sullo *status* di coniuge ... – 3. ... alla sentenza *Pancharevo* sul riconoscimento dello *status* di figlio. – 4. Il ricorso al diritto internazionale privato e la proposta della Commissione sulla filiazione. – 5. La reazione dell'Italia alla proposta.

1. *Introduzione: la competenza dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia*¹

Nel settembre 2020, nel suo primo discorso sullo Stato dell'Unione, tenuto pochi mesi dopo il suo insediamento, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen pronunciava una frase destinata ad avere grande risonanza, dichiarando che colui o colei che è genitore in uno Stato, deve essere considerato un genitore in ogni altro Stato dell'Unione². Un manifesto programmatico, evidentemente espressione dell'accordo politico che sosteneva la neo-insediata Commissione, che è non è passato inosservato a chi si occupa di relazioni familiari transnazionali nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione europea. Si tratta infatti di affermazione pretestuosa e che riposa su un'ambiguità di fondo poiché, come è noto, l'Unione è priva della competenza a disciplinare, sotto il profilo sostanziale, la materia del diritto di famiglia, né tantomeno quella inerente agli *status* personali.

¹ Il presente contributo è aggiornato al dicembre 2023.

² Discorso sullo Stato dell'Unione pronunciato dalla Presidente von der Leyen nella sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 settembre 2020, reperibile al sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_20_1655.

È altrettanto noto, però, che le numerose modifiche apportate ai Trattati nel tempo hanno arricchito il novero delle competenze dell'Unione e queste si sono estese, seppur con non poche difficoltà, al diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere. È infatti solo con riguardo a questo specifico e molto limitato frammento del diritto di famiglia che esiste una base normativa per l'attribuzione di competenza all'Unione.

A seguito della comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile, avvenuta nel 1997 con il trattato di Amsterdam, l'Unione europea ha iniziato ad adottare regolamenti in materia di diritto di famiglia, sottoposti – come di consueto – al vaglio della Corte di giustizia. Il Trattato di Lisbona ha poi definitivamente razionalizzato la competenza dell'Unione in materia di famiglia, inserendola nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), di cui al titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), al capo 3, dedicato alla cooperazione giudiziaria civile ed ancorandone il fondamento alla realizzazione dei diritti fondamentali degli individui.

La realizzazione dello SLSG – che figura oggi tra le competenze concorrenti tra Unione europea e Stati Membri (v. art. 4, lett. j) TFUE) – costituisce oggi «uno degli assi portanti dell'Unione»³, non solo in termini quantitativi per la produzione legislativa in materia, ma in particolare per la garanzia dei diritti in esso assicurati. L'art. 81 TFUE⁴ attribuisce all'Unione la competenza ad adottare, mediante la procedura legislativa ordinaria, atti volti a «ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (par. 1), elencando al par. 2 l'oggetto di tali misure, tutte riguardanti il diritto internazionale privato e processuale⁵. Con riguardo alla cooperazione giudiziaria in materia di famiglia, però, l'art. 81, par. 3 differenzia le modalità di adozione delle decisioni da tutte le altre oggetto di cooperazione giudiziaria civile. In deroga alla regola generale, costituita dalla procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE, per il diritto di famiglia con implicazioni transnazionali si richiede infatti che le istitu-

³ Così F. POCAR, *Osservazioni introduttive: Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Brexit e diritti fondamentali*, in A. DI STASI-L.S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 19.

⁴ Per un commento alla norma v. R. CLERICI, *Art. 81 TFUE*, in F. POCAR-M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2014, p. 503.

⁵ Le misure adottabili, se necessarie al buon funzionamento del mercato comune, possono avere ad oggetto il riconoscimento reciproco delle decisioni, sia giudiziarie sia extragiudiziali, e la loro esecuzione (lett. a), la notifica e, in genere, la comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali (lett. b), la compatibilità delle regole sui conflitti di legge e di giurisdizione applicabili negli Stati membri (lett. c), la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova (lett. d), l'accesso effettivo alla giustizia (lett. e), l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei provvedimenti civili, anche promuovendo la compatibilità delle norme nazionali di procedura civile (lett. f), lo sviluppo di metodi alternativi di soluzione delle controversie (lett. g), nonché un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari (lett. h).

zioni deliberino secondo una procedura legislativa speciale, che prevede la consultazione del Parlamento europeo ed il voto all'unanimità del Consiglio, lasciando così in mano agli Stati il controllo finale sull'adozione dell'atto⁶. È vero che lo stesso art. 81 TFUE prevede una norma passerella (il par. 3, comma 2⁷) che attribuisce al Consiglio la possibilità, su proposta della Commissione e consultato il Parlamento europeo, di deliberare all'unanimità il passaggio alla procedura legislativa ordinaria di determinati aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali, ma l'opposizione di un qualsiasi parlamento nazionale è sufficiente per impedire l'adozione di tale decisione⁸. Si tratta, quindi, di un sistema fortemente limitante l'esercizio delle competenze della UE, che configura un diritto di veto considerato senza esempi nel processo di normazione comunitaria. Esso può essere visto, però, come espressione del rispetto all'identità nazionale degli Stati membri con riguardo all'adozione di atti nel settore del diritto di famiglia, un ambito in cui ciascun parlamento nazionale ha la possibilità di preservare la competenza nazionale bloccando il passaggio del Consiglio ad un *quorum* deliberativo a maggioranza⁹.

Passando allo specifico ambito che rileva ai fini del presente scritto, e cioè quello della filiazione, è pacifico che la definizione delle condizioni per l'attribuzione dello *status* di figlio e quelle corrispondenti per lo *status* di genitore non rientrino nei poteri e nelle attribuzioni dell'UE, ma restino nel dominio riservato degli Stati membri, espressione di quella identità nazionale che l'Unione nel complesso dichiara di voler rispettare, conformemente all'art. 4, par. 2, TUE.

⁶L'opposizione di un parlamento nazionale deve avvenire entro sei mesi dalla ricezione dell'informazione della proposta di decisione da parte del Consiglio. Sulle difficoltà di raggiungere l'unanimità in seno al Consiglio e la possibilità per ogni parlamento nazionale di bloccare l'iter legislativo, v. L. CARPANETO-F. PESCE-I. QUEIROLO, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 46 ss. La Danimarca non è vincolata dalla normativa UE in questione (protocollo n. 22 allegato ai Trattati UE). Tuttavia, vi è chi ritiene che «la potestà ed il controllo degli Stati membri sulla materia in esame stiano inesorabilmente affievolendosi a favore di quelli sovranazionali», come confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (L. PANELLA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia*, in A. DI STASI-L.S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 220).

⁷In merito v. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di riforma e nel trattato costituzionale*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Cedam, Padova, 2008, p. 95 s.

⁸In via generale, ai parlamenti nazionali deve essere comunque inviata in via preventiva, da parte della Commissione, ogni proposta normativa, in modo che nelle successive otto settimane essi possano emettere il parere motivato in merito al rispetto del principio di sussidiarietà. Si tratta del meccanismo di verifica *ex ante* del rispetto del principio in parola, sul quale sia consentito rinviare a M.C. BARUFFI, *Art. 5 TUE*, in F. POCAR-M.C. BARUFFI, *op. cit.*, p. 31 s.

⁹M.G. CUBEDDU, *La competenza dell'Unione europea nel diritto internazionale privato della famiglia*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 35.

Fermo restando dunque questo caposaldo concettuale, è da tempo che si assiste ad una progressiva “erosione” della competenza riservata agli Stati membri in materia di diritto di famiglia. Il fenomeno è stato lento e graduale ma appare irreversibile e inesorabile¹⁰. Va infatti tenuto presente che gli Stati, anche quando esercitano la loro attività normativa nelle materie di competenza riservata, sono tenuti a rispettare gli obblighi e i limiti derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. L'erosione della competenza nazionale, con un suo graduale ma effettivo trasferimento alla competenza dell'Unione europea, si è dunque sviluppata lungo direttrici diverse per effetto di meccanismi giuridici e istituzionali diversi.

La principale direttrice attraverso cui questa contaminazione di competenze si è affermata in passato, e continua ad avvenire oggi, è il diritto dei cittadini alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea. Tale diritto, un tempo strumento per la realizzazione del mercato unico, costituisce oggi la più rilevante espressione della cittadinanza europea¹¹ nonché il fondamento delle politiche europee in materia di famiglia, grazie in particolare alla interpretazione della Corte di giustizia¹². Al fine di garantire un'effettiva libertà di circolazione è infatti indispensabile che i rapporti interpersonali siano riconosciuti e tutelati anche al di fuori dei confini statali, rendendo necessario un intervento a livello europeo al fine di evitare, o quanto meno ridurre, i rischi di discontinuità nella vita giuridica dei soggetti causati dalla differenza delle norme nazionali¹³. Il principio di libera circolazione delle persone diviene dunque il punto di sintesi e bilanciamento tra competenze attribuite all'Unione e competenze rimaste in capo agli Stati membri, il varco attraverso il quale l'Unione realizza di fatto, sebbene in modo strisciante e frammentario, un'armonizzazione delle politiche materiali nel diritto di famiglia degli Stati membri.

L'azione della UE e l'effetto armonizzante che ne consegue si è svolta ricorrendo a diverse tecniche normative. In particolare, nella materia che qui interessa, l'Unione è intervenuta con due diversi approcci, che vengono talvolta contrapposti l'uno all'altro ma che possono dirsi procedere nella medesima direzio-

¹⁰ Già rilevato in C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 3 ss.

¹¹ Per una ricostruzione dell'istituto v., per tutti, A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI-R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 51 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 101 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 115 ss.

¹² Sul tema cfr., in particolare, C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 137 ss.

¹³ Così L. CARPANETO-F. PESCE-I. QUEIROLO, *op. cit.*, p. 10. In merito si veda ampiamente L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2007.

ne di rispondere alle esigenze sociali e giuridiche sottese agli *status* familiari, ivi inclusa la maternità surrogata.

Il primo metodo – che chiameremo, semplificando, “del mutuo riconoscimento” o “dello Stato d’origine” – è fondato sul fondamentale principio di libera circolazione delle persone, e quindi direttamente sul diritto primario, in particolare sull’art. 21, par. 1, TFUE che sancisce il diritto di tutti i cittadini UE a circolare e soggiornare liberamente all’interno degli Stati membri, nonché sugli atti di diritto derivato che danno attuazione al principio di libera circolazione (*in primis*, la direttiva 2004/38/CE¹⁴). Come vedremo (*infra* par. 2 e par. 3), si tratta di un metodo puntuale e specifico, che, facendo leva su norme UE direttamente applicabili, conduce alla immediata disapplicazione di quelle singole norme interne che contrastino con questi principi, risolvendo in modo conforme ai principi UE il singolo caso concreto. Benché dunque molto efficiente nel singolo caso concreto, il suo effetto è inevitabilmente circoscritto e frammentario ed esso appare nel complesso non soddisfacente ad una finalità di disciplina e tutela di carattere sistematico.

Il secondo metodo è più ortodosso rispetto all’obiettivo, perché è fondato sul ricorso a norme di diritto internazionale privato, vale a dire sulla posizione di norme uniformi per l’esercizio della giurisdizione, la determinazione della legge applicabile e le condizioni per il riconoscimento delle decisioni e degli atti provenienti da Stati UE, come previsto dall’art. 81 TFUE. Gli atti finora adottati¹⁵ hanno tuttavia un ambito settoriale, con non poche difficoltà nella loro applicazione pratica a causa della conseguente frammentazione delle fonti che regolano la materia¹⁶. Anche con riguardo alla filiazione, la posizione di norme di conflitto uniformi costituirebbe una strada più organica e sistematica, capace di conciliare da un lato la sovranità degli Stati membri e dall’altro garantire una tutela più piena dei diritti delle persone. Come vedremo (*infra* par. 4), però, la proposta presentata dalla Commissione nel dicembre 2022, pur molto avanzata nelle soluzioni giuridiche individuate, appare incerta quanto alle possibilità concrete di trasformarsi in diritto positivo. All’analisi di questi due metodi, diversi e contrapposti dal punto di vista della tecnica normativa ma funzionali ad un medesimo risultato, sono dedicati i paragrafi che seguono.

¹⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, pp. 77-123.

¹⁵ Tutti i regolamenti UE sinora adottati nella materia del diritto di famiglia e delle successioni sono raccolti, unitamente alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, in C. HONORATI-M.C. BARUFFI, *Codice del diritto internazionale privato della famiglia*, II ed., Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

¹⁶ Per un’esemplificazione in materia di divorzio, si rinvia a M.C. BARUFFI, *Il divorzio nel diritto dell’Unione europea*, in *Fam. e dir.*, 2021, 1, p. 99.

2. Il metodo del mutuo riconoscimento o “dello Stato d’origine”. Dai principi generali alla sentenza Coman sullo status di coniuge ...

Una prima, indiretta e parziale, armonizzazione del diritto di famiglia a livello europeo è avvenuta facendo leva sui meccanismi propri del diritto comunitario, e in particolare sul principio, fondamentale per l’instaurazione del mercato interno, della libera circolazione. Corollario giurisprudenziale di tale libertà è il principio del mutuo riconoscimento della situazione esistente dello Stato d’origine, elaborato dalla Corte di giustizia inizialmente con riguardo alle merci¹⁷, e poi via via esteso a lavoratori e servizi e poi a decisioni civili e penali. In parole semplici: affinché la circolazione all’interno della UE sia davvero libera, ciascun cittadino UE (o merce o servizio) deve poter circolare con il bagaglio di situazioni e di *status* di cui gode nello Stato d’origine, senza che lo Stato ospitante (cioè lo Stato di destinazione, in un’ottica di libera circolazione) possa frapporre ostacoli giuridici o pratici, che di fatto limiterebbero l’esercizio di questa libertà fondamentale. Secondo la Corte, infatti, i cittadini UE possano esercitare pienamente i loro diritti di libera circolazione solo quando possono mantenere lo *status* personale o i rapporti familiari instaurati nello Stato membro di origine. Di conseguenza, dal diritto alla libera circolazione, quale diritto derivante dalla cittadinanza europea e che costituisce lo “status fondamentale dei cittadini degli Stati membri”¹⁸, discende un diritto alla continuità (o portabilità) transfrontaliera dello *status* personale e familiare, cui corrisponde l’obbligo per gli Stati membri di riconoscere la situazione giuridica validamente costituita nello Stato membro d’origine¹⁹. Il fondamento di tale diritto è stato poi ulteriormente rinvenuto in una pluralità di disposizioni dei Trattati UE: non solo le norme sulla cittadinanza dell’Unione e la libertà di circolazione (artt. 20 e 21 TFUE), ma anche il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità (art. 18 TFUE) e la leale cooperazione tra gli Stati membri (art. 4, par. 3, TUE).

¹⁷ Sul principio del mutuo riconoscimento applicato alle merci in una prospettiva di diritto comunitario, tra i molti, v. S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2005, e ancor prima L.S. ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune: delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁸ Secondo la formula utilizzata dalla Corte di giustizia dapprima nella sentenza 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk c. Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, ECLI:EU:C:2001:458, punto 31, e costantemente ribadita nella successiva giurisprudenza relativa ai diritti derivanti dalla cittadinanza europea.

¹⁹ Per una ricostruzione teorica del principio, cfr., tra gli altri, R. BARATTA, *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2007, pp. 4-11; M. FALLON, *Constraints of Internal Market Law on Family Law*, in J. MEEUSEN ET AL. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007, pp. 149-181; L. TOMASI, *op. cit.*, p. 95 ss.; e, ancora prima, R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2002, 1, pp. 16-18.

Essendo stato elaborato quale derivazione del principio dello Stato d'origine e del meccanismo del riconoscimento reciproco proprio della disciplina del mercato interno dell'UE, l'operare di tale principio implica che lo Stato membro ospitante è tenuto a riconoscere lo *status* personale come stabilito nello Stato membro d'origine, a prescindere dal consueto operare delle pertinenti norme di conflitto, che in questi casi vengono derogate²⁰.

Il diritto alla continuità transfrontaliera dello *status* personale e familiare è stato affermato dalla Corte di giustizia fin dagli anni novanta mediante diverse pronunce che hanno riguardato, in una prima fase, alcuni aspetti dell'identità personale quali gli atti di stato civile e la determinazione del nome; solo da ultimo il principio è stato esteso agli *status* di coniuge e di figlio.

Già alla fine degli anni novanta, infatti, decidendo con riguardo alla circolazione di atti relativi allo stato civile, la Corte ha stabilito che le autorità amministrative e giudiziarie dello Stato membro ospitante «sono obbligate ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile che provengono dalle competenti autorità degli altri Stati membri»²¹; diversamente, verrebbe ostacolato l'esercizio dei diritti derivanti dalla libertà di circolazione, di cui la produzione di tale documento costituisce una condizione.

All'inizio degli anni 2000, l'ampia giurisprudenza sul diritto al nome ha inciso direttamente sullo *status* personale dei cittadini dell'Unione, sancendo il diritto del cittadino UE, cui venga attribuito un nome alla nascita o per matrimonio in uno Stato membro a vedersi riconosciuto tale nome anche nel diverso Stato di destinazione, nonostante vi siano in vigore regole diverse²². La Corte ha peraltro ammesso la possibilità di opporsi al riconoscimento quando questo sia in contrasto con obiettivi costituzionali fondamentali dello Stato membro di destinazione, ritenuti in tal caso integrare considerazioni di ordine pubblico, ma solo nella misura in cui dal riconoscimento derivi una «minaccia reale e suffi-

²⁰ Il principio del mutuo riconoscimento di origine comunitaria è stato trasposto sul piano internazionale-privatistico nel metodo del rinvio all'ordinamento giuridico straniero competente, quale inizialmente delineato da P. PICONE, *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1981 e *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1986 e poi ripreso, tra gli altri, da R. BARATTA-G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Cedam, Padova, 2002.

²¹ Corte giust. 2 dicembre 1997, causa C-336/94, *Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, ECLI:EU:C:1997:579, punto 19.

²² In questo filone giurisprudenziale, v. Corte giust. 30 marzo 1993, causa C-168/91, *Konstantinidis c. Stadt Altensteig e Landratsamt Calw*, ECLI:EU:C:1993:115; 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539; 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, ECLI:EU:C:2008:559; 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291; 8 giugno 2017, causa C-541/15, *Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432. Per un'analisi, si rinvia a C. HONORATI, *Free circulation of names for EU citizens?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 379-401.

cientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività»²³. Il limite così individuato si inserisce in una consolidata impostazione adottata in altri ambiti per valutare la legittimità degli ostacoli alle libertà di circolazione nel mercato interno. Essa però non dà adeguato rilievo alla tutela dei diritti fondamentali, derivante dai principi costituzionali nazionali e rispettata a livello UE attraverso la clausola di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE, rispetto alle disposizioni in materia di libera circolazione.

Il principio generale così illustrato è stato poi successivamente applicato a fattispecie concernenti gli *status* personali e familiari, dapprima quello di coniuge e poi quello di figlio, che più interessano il presente lavoro.

Dello *status* di coniuge la Corte si è occupata nel 2018 nel noto caso *Coman*²⁴. Il sig. Coman, cittadino statunitense e rumeno, lavorava in Belgio e, nel 2010, si era unito in matrimonio con il sig. Hamilton, cittadino statunitense, in conformità alla legge belga. I coniugi avevano in seguito deciso di stabilirsi in Romania e, pertanto, il sig. Coman aveva fatto domanda di un permesso di soggiorno a favore del marito affinché potesse risiedere e lavorare in quel paese come familiare di un cittadino dell'Unione, sulla base del diritto al ricongiungimento familiare previsto dalla direttiva 2004/38. La richiesta veniva respinta dalle autorità rumene in quanto le unioni tra partner dello stesso sesso non sono ammesse (in alcuna forma) dal diritto nazionale.

²³ Come precisato nelle sentenze della Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, punto 86, e 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401, punto 67. Questo approccio è stato criticato in dottrina non solo perché tende a confondere le giustificazioni relative all'identità nazionale (sancita dai principi costituzionali) e all'ordine pubblico, ma anche perché non considera adeguatamente la salvaguardia delle diversità nazionali prevista dall'art. 4, par. 2, TUE: in questo senso, R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionali ed europei e sviluppi nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 215-239, a p. 227.

²⁴ Corte giust. 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Relu Adrian Coman e altri c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385. Nell'ampia dottrina si vedano, per tutti, G. ROSSOLILLO, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, 08/07/2018, reperibile al sito <http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-giustizia-matrimonio-tra-persone-dello-stesso-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/>; I. SUMNER, *Groundbreaking decision or a tiny tremor? The Court of Justice decision in Coman*, in *Netherlands Private International Law*, 2018, p. 469 ss.; J.J. RIJPMAN, *You Gotta Let Love Move*. CJEU 5 June 2018, Case C-673/16, Coman, Hamilton, Accept v. Inspectoratul General pentru Imigrări, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 324 ss.; D.V. KOCHENOV-U. BELAVUSAU, *After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, p. 549 ss.; D.V. KOCHENOV-U. BELAVUSAU, *Same-Sex Spouses: More free movement, but what about marriage?* Coman, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 227 ss. Cfr. anche A. TRYFONIDOU-R. WINTEMUTE, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, Studio PE 671.505, marzo 2021, reperibile al sito [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)671505](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)671505).

La Corte di giustizia esclude l'applicabilità della direttiva 2004/38 nel caso di specie, ma fonda il diritto di soggiorno del familiare cittadino di un paese terzo direttamente sull'art. 21, par. 1, TFUE. L'efficacia di tale fondamentale disposizione del diritto primario richiede, infatti, che i diritti così conferiti siano fatti valere anche nei confronti dello Stato di propria cittadinanza. In particolare, un cittadino dell'Unione che abbia esercitato i propri diritti di circolazione e goda di una vita familiare in uno Stato membro diverso dallo Stato di propria cittadinanza, ha diritto di continuare tale vita familiare anche nello Stato di propria cittadinanza al quale voglia fare ritorno. Nel caso di specie ciò significa che, quando un cittadino UE come il sig. Coman voglia fare ritorno nel proprio Stato di origine (la Romania), tale Stato debba concedere un diritto di soggiorno derivato al suo familiare, cittadino di un paese terzo (il sig. Hamilton), poiché, in assenza di ciò, egli sarebbe dissuaso dall'esercitare il proprio diritto di libera circolazione. Ulteriormente, tale diritto di soggiorno derivato non può essere subordinato a condizioni più severe di quelle previste dalla direttiva 2004/38, e questa deve applicarsi in via analogica alla situazione del caso di specie, sebbene «ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato»²⁵.

La Corte ha quindi proceduto all'esame della nozione di "coniuge" ai fini della direttiva in parola. A tal proposito osserva che la direttiva non ne fornisce una definizione esplicita e neppure fa un rinvio alle legislazioni nazionali degli Stati membri, effettuato invece per la definizione di "partner registrato". La Corte ne conclude che si tratta di nozione «neutra dal punto di vista del genere e che può comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato»²⁶. Ne consegue che, ai soli fini della concessione di un diritto di circolazione e soggiorno derivato, uno Stato membro non può invocare la propria normativa nazionale per opporsi al riconoscimento dello *status* di coniuge legittimamente acquisito in un altro Stato membro da un cittadino di un paese terzo unito in matrimonio con un cittadino dell'Unione. Diversamente, qualora cioè gli Stati potessero rifiutare il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso sulla base della propria legislazione nazionale, i diritti di libera circolazione previsti dal diritto UE sarebbero esercitati in modo condizionato e in misura diversa nei vari Stati membri, se non addirittura preclusi, venendo così privati della loro piena efficacia.

Seguendo l'approccio consueto in materia di libertà di circolazione (anche di merci e servizi), dopo avere accertato che l'applicazione della normativa nazionale costituisca una restrizione alle libertà previste dal Trattato, la Corte valuta se sussistono ragioni oggettive di interesse pubblico e di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito dalla legge nazionale che ne giustifichino il mantenimen-

²⁵ Corte giust., *Coman*, cit., punto 36.

²⁶ Corte giust., *Coman*, cit., punto 35.

to. In particolare, era stato sostenuto, non solo dal governo bulgaro ma anche da altri Stati intervenienti in giudizio, che il rifiuto di riconoscere un matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso in un altro Stato sarebbe giustificato da motivi di ordine pubblico e di interesse generale connessi all'identità nazionale quale espressa nella Costituzione.

La Corte in effetti dà spazio a considerazioni basate sul rispetto per l'identità nazionale e ribadisce che gli Stati membri sono liberi di prevedere o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso poiché l'istituto del matrimonio è definito dal diritto nazionale e rientra nella competenza degli stessi. Ritiene però che il riconoscimento «ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato ad un cittadino di un paese terzo» non attenti all'identità nazionale né minacci l'ordine pubblico. In altre parole, il diritto UE impone agli Stati il riconoscimento solo al fine di consentire l'esercizio dei diritti di circolazione, senza imporre loro di prevedere, nel loro diritto nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso²⁷. È questo il punto centrale della sentenza, che circoscrive e limita la portata dell'obbligo imposto agli Stati membri. La Corte ha poi aggiunto che qualsiasi restrizione all'esercizio della libertà di circolazione deve essere coerente con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. A questo proposito, tuttavia, ha svolto solo considerazioni sommarie, confermando che le relazioni tra persone dello stesso sesso rientrano nella nozione di “vita privata” e “vita familiare” tutelate dall'art. 7 della Carta UE, con lo stesso significato e la stessa portata delle corrispondenti previsioni di cui all'art. 8 CEDU²⁸.

3. ... alla sentenza Pancharevo sul riconoscimento dello status di figlio

L'approccio inaugurato dalla Corte di giustizia nella decisione *Coman* e incentrato sulla salvaguardia dei diritti di libera circolazione, che risultano però

²⁷ Ne consegue che le autorità nazionali dispongono di un «margin of discretion within the limits imposed by the Treaties», quale conseguenza del «room for diversity» conferito dalla clausola di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE, come sostenuto da K. LENAERTS, *National identity, the equality of Member States before the Treaties and the primacy of EU law*, in *Atti della Giornata di Studio tra Corte costituzionale della Repubblica italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea “Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali”* (5 settembre 2022), 2022, p. 9 ss., alle pp. 20-21, reperibile al sito https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Cc-Cgeu-Def.pdf. L'Autore fa riferimento al caso *Coman* come esempio paradigmatico dei limiti di tale margine di discrezionalità, in base al quale «it is for each Member State, according to its own identity, to decide the meaning of the institution of marriage [without going] as far as adversely affecting the free-movement rights of same-sex couples that got legally married in another Member State» (p. 21).

²⁸ Corte giust., *Coman*, cit., punti 47-50.

artificialmente disconnessi dal riconoscimento dello *status* personale presupposti da tali diritti, è stato ripreso nel 2021 in relazione alla genitorialità di una coppia *same-sex* di genere femminile con la sentenza VMA (nota anche come *Pancharevo*)²⁹.

Il caso riguardava una coppia di donne di diversa cittadinanza, una bulgara e l'altra inglese, residente in Spagna dal 2015 dove aveva contratto matrimonio nel 2018. Nel 2019, con l'ausilio di tecniche di procreazione medicalmente assistita, nasce una figlia. L'atto di nascita spagnolo menziona entrambe le donne come genitrici, senza ulteriori specificazioni in merito alle generalità della madre biologica. Avendo deciso di trasferire la famiglia in Bulgaria, la madre di nazionalità bulgara chiede al Comune di Sofia, distretto Pancharevo, il rilascio di un passaporto o di un documento di viaggio per la minore. A tal fine presenta l'atto di nascita spagnolo, in cui entrambe le donne sono menzionate come madri. Il Comune di Sofia, rilevando che il modello di atto di nascita bulgaro consente l'indicazione di un solo nome per ciascuna delle caselle "madre" e "padre", le chiede di indicare quale sia la madre biologica della minore. Al rifiuto della cittadina bulgara, l'autorità rigetta la domanda, adducendo sia la mancanza di informazioni sull'identità della madre biologica, sia il contrasto con l'ordine pubblico poiché in Bulgaria il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è consentito.

Come nel caso precedente, il ragionamento della Corte è incentrato sull'art. 21 TFUE, che garantisce ai cittadini UE la libertà di circolare e di soggiornare in

²⁹ Corte giust. 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon "Pancharevo"*, ECLI:EU:C:2021:1008. Sulla decisione si veda: N. CHIRICHALLO, *La libera circolazione delle persone e la (quasi) libera circolazione dello status di figlio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2021, p. 543 ss.; M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Fam. e dir.*, 4-5, 2022, p. 1098 ss.; EAD., *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 13 ss.; O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello "status" di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionale/privatistica della sentenza "Pancharevo"*, in *Riv. dir. internaz.*, 2022, 2, p. 564 ss.; M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2022, 3, p. 591 ss.; A. TRYFONIDOU, *The ECJ recognises the right of rainbow families to move freely between EU Member States: the VMA ruling*, in *European Law Review*, 2022, p. 534 ss. In realtà, il caso in questione non costituisce un precedente isolato, in quanto in contemporanea ad esso pendeva, sempre avanti la Corte di giustizia, un'altra questione, analoga alla precedente: in questo secondo caso era la Polonia che opponeva il rifiuto alla trascrizione del certificato di nascita rilasciato dalle competenti autorità di un altro Paese membro, sempre la Spagna, con l'indicazione di due persone dello stesso sesso (femminile) quali genitori, con la conseguente impossibilità di ottenere in quello Stato il documento di identità per il minore. La decisione della Corte di giustizia, intervenuta il 24 giugno 2022 (causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, ECLI:EU:C:2022:50), a seguito delle insistenze del giudice remittente polacco ad ottenere comunque una decisione, ricalca la precedente *V.M.A.*

Stati membri diversi da quelli di origine, avvalendosi dei diritti connessi³⁰. Come già affermato in *Coman*, infatti, dall'art. 21, par. 1 TFUE deriva il diritto del cittadino UE di condurre la normale vita familiare, già goduta nello Stato membro di soggiorno, anche nello Stato di cui abbia la cittadinanza e nel quale voglia fare ritorno unitamente al proprio familiare, senza che tale Stato possa addurre una violazione dell'ordine pubblico o dell'identità nazionale per contrasto con la propria normativa. Il punto sul quale il caso *Pancharevo* si differenzia dal caso *Coman* è che i diritti così conferiti dall'art. 21 TFUE – nonché dal diritto secondario adottato per la sua applicazione, tra cui in particolare la direttiva 2004/38 – sono estesi a chi non se ne è mai avvalso, essendo nato nello Stato ospitante i genitori³¹.

Applicato al caso del minore che sia nato in Stato diverso da quello del quale ha la cittadinanza, il principio impone a quest'ultimo Stato di rilasciare ai propri cittadini, ex art. 4 della direttiva 2004/38, un documento di viaggio o un passaporto che indichi la cittadinanza e il cognome del minore conformemente a quanto risulta dall'atto di nascita emesso nello Stato in cui questi è nato³². Lo Stato di cittadinanza non può dunque né rifiutare il riconoscimento dell'atto straniero, né invocare il proprio diritto per subordinare il rilascio del documento di identità alla previa emissione di un atto di nascita nazionale. Diversamente ragionando, infatti, verrebbe compromesso il diritto di tale minore, anche se mai entrato nel territorio dello Stato del quale ha la cittadinanza, «di esercitare senza impedimenti», con ciascuno dei due genitori il cui *status* sia stato accertato dallo Stato membro ospitante e aventi pertanto il diritto di affidamento, «il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»³³.

Da segnalare il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia per confutare le argomentazioni della Bulgaria, mantenendosi nei limiti molto stretti delle proprie competenze. Come già avvenuto nel caso *Coman*, la Bulgaria fa valere la clausola che impone il rispetto dell'identità nazionale, sottolineando che la Costituzione e il diritto di famiglia bulgaro non conoscono né il matrimonio né la genitorialità tra persone dello stesso sesso, e che dunque riconoscere tale situazione integrerebbe una violazione dell'identità nazionale della Bulgaria e del suo ordine pubblico.

³⁰ La Corte di giustizia, seguendo l'impostazione offerta dall'Avvocato generale Kokott, tratta invero le questioni sottoposte distinguendo l'ipotesi in cui la minore abbia la cittadinanza di uno Stato membro da quella in cui, invece, ne sia priva, giungendo, tuttavia, in entrambe le situazioni alla medesima conclusione.

³¹ Corte giust., *V.M.A. cit.*, punto 42. Secondo A. TRYFONIDOU, *op. cit.*, pp. 534-549 questo costituisce uno degli aspetti lasciati "unclear" dalla Corte di giustizia. Sull'incidenza del principio del riconoscimento automatico si veda O. FERACI, *op. cit.*, p. 571 ss.

³² Corte giust., *V.M.A. cit.*, punto 45.

³³ Corte giust., *V.M.A. cit.*, punto 49.

Per quanto riguarda il limite dell'ordine pubblico, la Corte ribadisce la propria costante giurisprudenza secondo cui gli Stati non possono determinare discrezionalmente la portata dell'eccezione dell'ordine pubblico per giustificare la deroga ad una libertà fondamentale prevista dal Trattato, poiché questo può essere invocato «solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società»³⁴.

Maggiore rilievo è dato, almeno a parole, al principio che impone il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri *ex art. 4, par. 2, TUE*. Si manifesta qui la ricerca di un delicato equilibrio tra competenze dell'Unione (e quindi primato del principio di libera circolazione) e competenze degli Stati membri (e quindi libertà di mantenere al proprio interno norme che esprimano le proprie caratteristiche sociali, culturali, storiche e religiose). Equilibrio che è mirabilmente rinvenuto nel fatto che lo *status* di figlio non viene riconosciuto in modo pieno e assoluto (poiché questo risultato non è di competenza della UE e dunque è precluso dal principio di attribuzione), ma solo ai fini della libera circolazione del minore e di entrambi i suoi genitori (che è invece di competenza della UE garantire).

Anche la sentenza *Pancharevo*, come già la *Coman*, dunque, non impone di riconoscere in modo pieno il rapporto di filiazione acquisito in altro Stato membro tra un minore e le persone indicate come genitori, né a fortiori di introdurre al proprio interno norme che riconoscano tale possibilità in termini generali nei confronti dei propri cittadini. Ciò che invece è richiesto è di riconoscere lo *status* di filiazione al solo fine di garantire l'«esercizio dei diritti che (...) derivano dal diritto dell'Unione»³⁵.

È questo il punto più delicato delle sentenze *Coman* e *Pancharevo*, e quello più difficile da comprendere per i giuristi di diritto interno, abituati a gestire contesti normativi più organici e privi di questo genere di limitazioni concettuali. Non è invero di immediata comprensione apprezzare cosa significhi che lo stato di figlio – e correlativamente quello di genitore – è riconosciuto ai soli ai fini dell'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno. Negli ordinamenti nazionali gli *status* personali (e dunque sia quello di figlio sia quello di genitore), sono per definizione *status* assoluti e efficaci *erga omnes*, che siamo abituati a considerare indivisibili e inscindibili. La Corte di giustizia, invece, muovendosi in un mondo rarefatto e astratto, compressa tra l'esigenza di garantire la libera circolazione ad ogni costo e la necessità di non travalicare le proprie competenze, segna una nuova tappa della propria inventiva creativa. Essa limita il (mutuo) riconoscimento degli *status* familiari legittimamente acquisiti in uno Stato

³⁴ Corte giust., *V.M.A.* cit., punto 55, dove la Corte precisa che la nozione di ordine pubblico «deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione».

³⁵ Corte giust., *V.M.A.* cit., punto 57.

membro all'esercizio del diritto al ricongiungimento o di circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione. Ciò significa che non viene garantita la pienezza dei diritti conseguenti allo *status* di figlio, quali ad esempio il diritto al mantenimento o i diritti successori o il diritto del minore ad essere sostenuto e guidato negli aspetti materiali e psicologici. L'unico profilo connesso allo *status* di figlio che la Corte impone allo Stato di garantire è il diritto del minore a entrare, uscire e soggiornare sul proprio territorio assieme ai soggetti che con tale minore condividono una vita familiare.

Come può ben capirsi si tratta di un risultato solo parzialmente soddisfacente. Se da un lato l'indirizzo intrapreso dalla Corte ha il pregio di essere ancorato ad un principio direttamente applicabile come il diritto alla libera circolazione, e dunque di condurre alla disapplicazione immediata della norma interna con esso contrastante senza necessità di passare attraverso un incerto intervento normativo, dall'altro, esso esprime e cristallizza quell'instabile equilibrio fra il margine di apprezzamento riservato agli Stati nelle materie di loro competenza e l'esercizio dei diritti connessi alle libertà fondamentali.

Proprio allo scopo di risolvere tale *impasse* e di garantire un riconoscimento più pieno e adeguato a (tutti) i diritti dei minori, la Commissione europea ha imboccato la diversa strada della posizione di norme uniformi di diritto internazionale privato. Il riconoscimento automatico dello *status* di figlio e soprattutto la uniforme determinazione della legge applicabile a tale *status* consente infatti di attribuire al minore quell'ulteriore fascio di diritti che sono necessari per esplicare la propria vita all'interno della famiglia e della società, anche quando, esercitata la propria libertà di movimento, questo si trovi a risiedere in un diverso Stato membro.

4. *Il ricorso al diritto internazionale privato e la proposta della Commissione sulla filiazione*

Come noto, la Commissione ha pubblicato il 7 dicembre 2022 la proposta di regolamento³⁶ in materia di accertamento della filiazione³⁷ nei casi transfronta-

³⁶Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, COM(2022) 695 final. Nell'ambito del negoziato, si veda, da ultimo, la risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 14 dicembre 2023, reperibile al sito https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481_IT.html. Per un commento generale, si rinvia a M.C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Fam. e dir.*, 2023, 6, pp. 535-549, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali ivi contenuti.

³⁷Per filiazione, o genitorialità, si intende nella proposta il rapporto intercorrente per legge tra i genitori e i figli, incluso lo *status* giuridico di figlio di "uno o più genitori specifici" (art. 4, n. 1;

lieri, volta a determinare regole uniformi con riguardo alla giurisdizione, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni, oltre che all'accettazione degli atti pubblici in tale ambito, istituendo infine un certificato europeo di filiazione. L'intento dell'istituzione UE è quello di offrire uno strumento per far fronte al fenomeno, ormai sempre più frequente, di minori la cui filiazione, accertata in uno Stato membro, non è completamente riconosciuta in un altro Stato membro, «indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato e dal tipo di famiglia da cui proviene» o dalla cittadinanza sua e dei genitori, potendosi trattare di qualunque tipo di filiazione: biologica, genetica, per adozione o *ope legis* e, pertanto, anche nei casi di ricorso alle varie tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), sempre più diffuse grazie al progresso in campo scientifico, tra le quali la gestazione per altri³⁸.

Si tratta pertanto di un atto che regola gli aspetti tipici del diritto internazionale privato, vale a dire competenza giurisdizionale, legge applicabile e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, ai quali si aggiunge la previsione di un certificato europeo di filiazione da utilizzare per comprovare la filiazione in un altro Stato membro, sulla falsariga dell'esperienza maturata in materia successoria³⁹. La normativa sugli aspetti sostanziali della disciplina – e cioè le condizioni per l'accertamento della filiazione – resta invece interamente di competenza dei singoli Stati membri⁴⁰.

La previsione di norme sulla competenza giurisdizionale per l'accertamento della filiazione vuole evitare che nei diversi Stati membri possano radicarsi procedimenti paralleli, con la possibilità che vengano emanate decisioni incompatibili, basandosi sul noto meccanismo dell'ordine cronologico. Si deve comunque trattare di domande che riguardano le medesime parti, aventi il medesimo titolo e che vertono sul medesimo oggetto. In base al principio della mutua fiducia tra gli Stati membri, tipico degli strumenti di diritto di famiglia, la competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro di origine che accerta la filiazione non può mai essere riesaminata (art. 40 della proposta).

I titoli di giurisdizione previsti all'art. 6 hanno carattere alternativo, vale a di-

considerando 24 per le varie figure genitoriali contemplate nella proposta). Sui modi di accertamento della filiazione, vale a dire «la determinazione per legge del rapporto tra il figlio e ciascun genitore, compreso l'accertamento della filiazione a seguito di azione di contestazione di una filiazione già accertata» (art. 4, n. 3), v. *Considerando 34*.

³⁸ *Considerando 24* della proposta.

³⁹ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (in *GUUE*, L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 ss.).

⁴⁰ La proposta non pregiudica le convenzioni internazionali di cui gli Stati siano parte, ma nel caso in cui la disciplina sia diversa, la prevalenza nei rapporti tra gli Stati membri deve essere data al futuro regolamento (art. 66).

re che non sussiste tra essi un ordine gerarchico ma che è facoltà di chi agisce scegliere quello che più conviene, ciò al fine di consentire un più ampio accesso al giudice. I criteri così individuati sono la residenza abituale del figlio⁴¹ (lett. a), in ossequio al criterio della vicinanza, la sua cittadinanza (lett. b), la residenza abituale del convenuto (lett. c), vale a dire, a titolo esemplificativo, della persona nei confronti della quale il figlio reclama la filiazione, la residenza abituale (lett. d), o la cittadinanza (lett. e) di uno dei genitori⁴² o, infine, il luogo di nascita del figlio (lett. f). Ove non sia possibile determinare la competenza in base a tali criteri, l'art. 7 attribuisce la competenza al giudice del luogo in cui il figlio si trova. Il *Considerando 42* spiega che la disposizione si applica a minori che siano cittadini di Stati terzi rifugiati e sfollati a livello internazionale e che siano beneficiari o richiedenti la protezione internazionale, come oggi avviene a seguito del conflitto russo-ucraino.

Ai criteri di giurisdizione propri di ciascun ordinamento, comprese le convenzioni internazionali in vigore, è invece possibile far riferimento in via residuale quando nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro risulti competente sulla base degli artt. 6 e 7 della proposta (art. 8). Infine, quando i titoli di giurisdizione previsti dalla proposta non attribuiscono competenza ad alcun foro di uno Stato membro dell'Unione e, al contempo, non sia ragionevolmente possibile intentare o svolgere un procedimento in uno Stato terzo con cui sussista uno stretto collegamento, al fine di evitare un diniego di giustizia l'art. 9 eccezionalmente attribuisce la competenza alle autorità giurisdizionali dello Stato membro con il quale la causa presenti un collegamento sufficiente. La previsione nello stesso strumento normativo sia della competenza residua ex art. 8 sia del *forum necessitatis* ex art. 9, seppur giustificata sulla base dell'interesse superiore del minore o, più in generale, dell'interesse del figlio, è stata criticata⁴³ in

⁴¹ La nozione di residenza abituale, a differenza di quella di cittadinanza, forma oggetto di una interpretazione autonoma di diritto dell'Unione europea, che prescinde dalle nozioni accolte negli Stati membri e tiene invece conto delle finalità che il regolamento si prefigge e del contesto nel quale lo strumento normativo è inserito, pur rilevando la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ad altri regolamenti (per un esame della casistica, con particolare riferimento all'art. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, ma applicabile anche ad altri regolamenti, si veda C. HONORATI-M.C. BARUFFI, *op. cit.*

⁴² Nei casi previsti dalle lett. a-e si considera il momento in cui le autorità sono adite.

⁴³ Sul punto cfr., anche per ulteriori spunti critici, THE MARBURG GROUP, *Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, 10 May 2023, reperibile al sito <https://www.marburg-group.de>. Nello stesso senso, European Group for Private International Law (GEDIP), *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, adopted on 6 December 2023, reperibile al sito <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/Observations-on-the-Proposal-for-a-Council-Regulation-in-matters-of-Parenthood.pdf>, che ha formulato anche ulteriori considerazioni critiche sulla proposta.

quanto esorbitante, oltre a non avere eguali nei precedenti strumenti regolamentari. Essa bene illustra però l'ampiezza con la quale si è inteso garantire l'accesso ad un foro competente.

Tra i titoli di giurisdizione previsti nella proposta non trova invece spazio la volontà delle parti, che non hanno la facoltà di accordarsi tra loro su un foro o di trasferire la competenza, essendo i diritti relativi alla filiazione indisponibili nella maggior parte degli ordinamenti nazionali⁴⁴.

La delineata molteplicità di fori tra loro alternativi, giustificata dal *favor* per il riconoscimento della filiazione, facilmente darà luogo a quel fenomeno di scelta della giurisdizione noto come *forum shopping*, i cui effetti possono, tuttavia, essere in parte attenuati dalla posizione di norme uniformi sulla legge applicabile⁴⁵. In tal modo, di fronte a qualunque giudice si ponga la questione della filiazione, questi l'accernerà applicando la medesima normativa, così garantendo, da un lato, la certezza e la prevedibilità del diritto nelle situazioni transfrontaliere e, dall'altro, riducendo la necessità del *forum shopping*. Il carattere universale della legge individuata (art. 16) comporta l'applicabilità di una qualunque normativa, anche di uno Stato non membro dell'Unione europea, in coerenza peraltro con la scelta effettuata negli altri regolamenti UE sulla legge applicabile. Il richiamo va comunque inteso alle sole norme sostanziali, ad esclusione di quelle del diritto internazionale privato che potrebbero eventualmente indicare la competenza di altro ordinamento (v. art. 21).

La legge applicabile, come indicata dall'art. 17, è quella dello Stato di residenza abituale, al momento della nascita, di colei che partorisce. Tale disposizione, che si applica alla quasi totalità delle situazioni di accertamento della filiazione⁴⁶, di fatto ne consente l'accertamento anche quando questa consegue alla tecnica della maternità surrogata, purché – come sarà nella maggioranza dei casi – questa sia realizzata in uno Stato che consente il ricorso a tale pratica.

Qualora sia invece impossibile determinare la residenza abituale della partoriente, si ricorre alla legge del luogo di nascita del figlio. Se la legge così determinata comporta l'accertamento della filiazione per un solo genitore, per l'altro genitore, che potrebbe essere quello non genetico in una coppia composta da persone dello stesso sesso⁴⁷, può trovare applicazione in via eccezionale una del-

⁴⁴ Relazione della Commissione alla proposta di regolamento, punto 5, 14.

⁴⁵ Per un ulteriore approfondimento su questo profilo della proposta, cfr. S. ARMELLINI-B. BAREL, *La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, 2, pp. 1-39, spec. pp. 12-14.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 18, la legge individuata in base all'art. 17 si applica alle procedure di accertamento o contestazione della filiazione (lett. a) o alla relativa legittimazione ad agire in giudizio (lett. c), agli effetti giuridici vincolanti e/o all'efficacia probatoria degli atti pubblici (lett. b) e ai termini per l'accertamento o la contestazione della filiazione (lett. d).

⁴⁷ In tal senso *Considerando* 52.

le due leggi alternativamente previste in via sussidiaria, ossia la legge dello Stato di cittadinanza di uno dei due genitori o quella dello Stato di nascita del figlio (par. 2). Sempre al fine di garantire i diritti del figlio, la cui filiazione sia stata accertata in uno Stato membro in conformità alle disposizioni della proposta, nonché la certezza del diritto, eventuali modifiche successive della legge applicabile – anche quanto al suo tenore materiale – non incidono sulla filiazione accertata (art. 19). L'applicazione della legge applicabile come determinata dai criteri previsti dal regolamento può essere esclusa solo se questa risulta «manifestamente» – avverbio ormai utilizzato in tutti i regolamenti – «incompatibile con l'ordine pubblico del foro» (art. 22). Il limite ha tuttavia una portata residuale. La proposta esclude infatti la possibilità di invocare l'eccezione in parola se ciò determina una violazione dei diritti e dei principi enunciati nella Carta dei diritti fondamentali, in particolare del divieto di discriminazione di cui all'art. 21.

Venendo ora al riconoscimento⁴⁸ delle decisioni e degli atti pubblici relativi al rapporto di filiazione, esso costituisce senza dubbio l'aspetto più interessante della proposta di regolamento, ma anche quello che desta maggiori preoccupazioni negli ordinamenti nazionali meno inclini a cedere porzioni di sovranità, proprio per le limitazioni alla possibilità di opporsi al riconoscimento in ragione dell'ordine pubblico. Viste le differenze in merito alle varie tipologie di atti esistenti a livello nazionale, la proposta differenzia la disciplina delle decisioni giudiziarie⁴⁹ e degli atti pubblici⁵⁰ aventi effetti giuridici vincolanti⁵¹, ai quali sono dedicati rispettivamente la sez. 1 e la sez. 3 del capo IV, da quella degli atti pubblici privi di effetti giuridici vincolanti, di cui al capo V.

Per quanto concerne i primi, la disciplina prevista per le decisioni giudiziarie si estende, per il disposto dell'art. 36 della proposta, anche agli atti pubblici aventi efficacia vincolante, se non diversamente previsto.

Il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici aventi effetti giuridici vincolanti si ispira al principio, di carattere ormai fondamentale nell'or-

⁴⁸ Per un esame delle situazioni alle quali il termine può riferirsi nello spazio giudiziario europeo cfr. I. MARCHIORO, *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?*, in *I Post di AISDUE*, 2023, V, 1-34, reperibile al sito <https://www.aisdue.eu/irene-marchioro-quali-prospettive-per-il-legislatore-europeo-dopo-coman-e-pancharevo>.

⁴⁹ Si può trattare indifferentemente di decreti, ordinanze o sentenze, purché inerenti a questioni relative alla filiazione (art. 4, n. 5).

⁵⁰ Intendendosi come tali, ai sensi dell'art. 4, n. 6 della proposta, «un documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico in uno Stato membro nella materia della filiazione» e la cui autenticità riguardi la firma e il contenuto dell'atto (lett. a) e sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità autorizzata a tal fine dallo Stato membro di origine, cioè quello, in base al n. 7 dello stesso art. 4, nel quale è stata resa la decisione giudiziaria di filiazione o è stato formalmente redatto o registrato l'atto pubblico di filiazione, oppure è stato rilasciato il certificato europeo di filiazione.

⁵¹ Il *Considerando 59* elenca, in via esemplificativa, quali atti pubblici, gli atti notarili di adozione o le decisioni amministrative che accertano la filiazione a seguito del riconoscimento di paternità.

dinamento UE, del riconoscimento automatico, vale a dire che la decisione o l'atto (rispettivamente *ex art. 24, n. 1 e art. 36 della proposta*) è riconosciuto senza necessità di ricorrere ad alcun procedimento, a meno che non sussista uno dei motivi tassativi di non riconoscimento di cui all'art. 31, per le prime, e all'art. 39, per i secondi. Le due disposizioni indicano motivi di opposizione in larga parte uguali, salvo qualche differenza che riflette la diversa natura degli atti considerati. Comuni ad entrambi sono il contrasto con l'ordine pubblico (lett. *a*), art. 31 e 39)⁵²; il fatto che l'atto sia lesivo del diritto alla maternità o alla paternità del figlio quale invocato da soggetto che non abbia avuto la possibilità di essere ascoltato prima dell'emanazione della decisione (art. 31, lett. *c*) o della formazione dell'atto pubblico (art. 39, lett. *b*)); il contrasto con una decisione resa successivamente tra le medesime parti nello Stato membro richiesto (art. 31, lett. *d*) o con un atto pubblico con effetti giuridici vincolanti (art. 39, lett. *c*); e, infine, l'incompatibilità con una decisione resa successivamente tra le stesse parti in un altro Stato membro⁵³, purché quest'ultima soddisfi le condizioni per il riconoscimento nello Stato membro richiesto (art. 31, lett. *e*); art. 39, lett. *d*) che, per gli atti pubblici con effetti vincolanti, annovera altresì il contrasto con altro atto pubblico con effetti giuridici vincolanti). Per le sole decisioni si aggiunge altresì il fatto che la decisione sia stata resa in contumacia, ovvero l'atto introduttivo non sia stato notificato o comunicato ai convenuti contumaci in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che tali convenuti hanno accettato inequivocabilmente la decisione (art. 31, lett. *b*). Infine, per entrambe le categorie il riconoscimento può essere negato in caso di violazione del principio fondamentale di partecipazione, vale a dire nei casi, rispettivamente, in cui le decisioni giudiziarie siano state emanate e gli atti pubblici con efficacia vincolante formati o registrati senza aver dato ai figli la possibilità di esprimere la propria opinione, con la precisazione che per i minori di anni 18 deve essere previamente valutata la loro capacità di discernimento (art. 31, par. 3, che contiene l'indicazione in forza della quale l'audizione non deve essere contraria all'interesse del figlio, e art. 39, par. 3)⁵⁴.

⁵² Anche per il riconoscimento, al pari che per la legge applicabile, è necessario applicare il limite dell'ordine pubblico alla luce dell'interesse (superiore) del minore, vale a dire della tutela dei suoi diritti, che comportano il rispetto dei legami familiari autentici con i genitori. Ciò comporta un utilizzo eccezionale del limite, da valutare caso per caso, sempre nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali ed in particolare dell'art. 21 sul principio di non discriminazione (così art. 31, par. 2 e art. 39, par. 2, nonché Relazione della Commissione alla proposta cit., punto 5, 16 s.). Per le decisioni giudiziarie il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 31, par. 1, lett. *a*), non può essere riferito alle norme sulla competenza giurisdizionale previste dagli artt. 6-9 della proposta in base al disposto dell'art. 40, seconda parte.

⁵³ In caso di contrasto la regola generale dovrebbe prevedere la sostituzione della decisione giudiziaria successiva a quella anteriore (*Considerando 63*).

⁵⁴ Cfr. anche i *Considerando 64 e 66*. Il riconoscimento di una decisione giudiziaria non potrebbe essere negato a causa delle diverse modalità di audizione del minore previste nei due Stati membri (*Considerando 64*).

Per quanto riguarda le decisioni giudiziarie, ogni parte interessata può far dichiarare, ai fini di certezza del diritto, che la decisione non può essere riconosciuta secondo la procedura prevista per il diniego del riconoscimento dagli artt. 32 ss. (art. 25, par. 1). La competenza territoriale degli organi giurisdizionali, indicati da ciascuno Stato in base all'art. 71, è determinata dalle norme interne dello Stato nel quale sono proposte le istanze.

In ogni caso, le decisioni giudiziarie e gli atti pubblici di accertamento della filiazione con effetti vincolanti non possono mai formare oggetto di riesame nel merito in uno Stato diverso da quello di origine, sempre per non minare la reciproca fiducia tra gli ordinamenti, come già accade con riguardo alla giurisdizione (art. 41).

La circolazione delle decisioni giudiziarie avviene a seguito del rilascio, su richiesta degli interessati, di un attestato redatto secondo l'apposito modello standard di cui all'all. I (art. 29). Analogamente accade per gli atti pubblici con efficacia vincolante, utilizzando il modello di cui all'allegato II se sussistono le condizioni richieste dall'art. 37. L'autorità competente a tale attività deve essere comunicata alla Commissione dai singoli Stati membri *ex art.* 71. Gli attestati in entrambi i casi possono essere rettificati in caso di errori materiali o omissioni che determinino discrepanze rispetto alla decisione giudiziaria o all'atto pubblico con effetti vincolanti ai quali si riferiscono (rispettivamente artt. 30 e 38, dove si prevede altresì la revoca, anche d'ufficio, dell'attestato rilasciato per errore).

Una disciplina diversa è invece stabilita per quegli atti pubblici che sono privi di efficacia vincolante e che pertanto non accertano la filiazione, ma producono nello Stato membro di origine effetti probatori⁵⁵, quali, a titolo esemplificativo, l'atto di nascita, il certificato di filiazione, l'estratto dell'atto di nascita, l'atto notarile o amministrativo che attesti il riconoscimento di paternità o il consenso della madre o del figlio all'accertamento della filiazione⁵⁶. Tali atti, qualora non siano contestati, godono negli altri Stati dell'Unione della stessa efficacia che hanno nello Stato di origine, o quella più comparabile, sempreché non siano manifestamente contrari con l'ordine pubblico di tale Stato, tenuto conto del necessario rispetto della Carta dei diritti fondamentali e, in particolare, del principio di non discriminazione (art. 21). L'ordine pubblico è, peraltro, l'unico motivo per il quale un atto pubblico non vincolante possa essere rifiutato. Anche per la circolazione di tali atti è previsto il rilascio del modello previsto dall'allegato III alla proposta, con la specifica indicazione degli effetti probatori di cui l'atto gode nello Stato di origine.

⁵⁵ Essa può riferirsi, ad esempio, alla filiazione già accertata con altri mezzi (*Considerando 68 e Relazione della Commissione alla proposta*, cit., punto 5, 17).

⁵⁶ *Considerando 68* dove si menziona altresì un atto notarile o amministrativo che attesta il consenso del coniuge all'uso di tecniche di PMA o il possesso di stato e *Relazione della Commissione alla proposta*, cit., punto 5, 17.

Al certificato europeo di filiazione è dedicato il capo VI. Si tratta senza dubbio della novità di maggior spicco della proposta, che introduce «un modello standard uniforme a carattere transfrontaliero i cui contenuti riflettono l'armonizzazione di tutte le questioni internazionalprivatistiche»⁵⁷ e che si affianca ai certificati nazionali, senza sostituirli. Il certificato⁵⁸, rilasciato nello Stato membro in cui è accertata la filiazione sulla base delle norme sulla competenza previste dalla proposta (art. 48), secondo il modello contenuto nell'allegato V, intende facilitare il figlio – o il suo legale rappresentante, gli unici soggetti che lo possono richiedere⁵⁹ o utilizzare (art. 47) – nella dimostrazione del suo *status filiationis* (art. 47) in ogni altro Stato membro dell'Unione e, di conseguenza, agevolare la circolazione di tale *status*. Pur non essendo il suo utilizzo obbligatorio, secondo l'art. 46, par. 2, e rimanendo quindi liberi gli aventi diritto di esibire altri documenti, esso presenta caratteristiche che rendono il ricorso ad esso particolarmente vantaggioso sotto il profilo probatorio. Il certificato produce infatti in tutti gli Stati membri i medesimi effetti senza il ricorso a procedimenti particolari, costituisce titolo per l'iscrizione della filiazione nei pertinenti registri nazionali ed è assistito dalla presunzione⁶⁰ che dimostri «con esattezza gli elementi accertati in base alla legge applicabile all'accertamento della filiazione» (art. 53). Ad esso non è possibile opporsi invocando il limite dell'ordine pubblico⁶¹.

⁵⁷ In tal senso D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog*, 23 febbraio 2023, 8, reperibile al sito <http://www.sidiblog.org/2023/02/23/la-proposta-di-regolamento-ue-sul-riconoscimento-della-filiazione-tra-stati-membri-alla-ricerca-di-un-equilibrio-tra-obiettivi-di-armonizzazione-e-divergenze-nazionali>.

⁵⁸ Per il contenuto che esso deve avere, cfr. art. 50 della proposta.

⁵⁹ L'art. 47, par. 3, elenca le informazioni che, se conosciute, devono essere specificate al momento della presentazione della domanda, quali le generalità del richiedente (o dell'eventuale rappresentante legale) e dei genitori, lo Stato membro ed il luogo di registrazione della filiazione, gli elementi a fondamento della domanda, gli estremi dell'autorità giurisdizionale che ha accertato la filiazione o dell'autorità che ha emesso l'atto pubblico con efficacia vincolante che accerta la filiazione o quello privo di effetti vincolanti, ma solo probatori, la dichiarazione che non pendono controversie in merito agli elementi da accertare e, infine, qualsiasi altra informazione che può risultare utile.

⁶⁰ Il certificato può essere sia rettificato, in presenza di errori materiali, d'ufficio dall'autorità che lo ha rilasciato o su richiesta di chiunque dimostri un suo legittimo interesse, sia modificato o revocato qualora esso o alcuni suoi elementi non corrispondano al vero, sempre su richiesta di chiunque dimostri un suo legittimo interesse o d'ufficio se previsto dal diritto nazionale (art. 55). In tali casi l'autorità di rilascio può sospendere gli effetti del certificato, al pari di quando sono contestate le decisioni adottate dall'autorità competente al rilascio del certificato *ex art.* 56 (art. 57).

⁶¹ È stato tuttavia rilevato che il limite dell'ordine pubblico potrebbe essere comunque invocato, in sede di un'eventuale contestazione giudiziale dell'esistenza del rapporto di filiazione contenuto nel certificato, per far valere la contrarietà di una normativa straniera ai nostri principi fondamentali o in caso di riconoscimento incidentale dell'atto pubblico con efficacia vincolante o della decisione giudiziaria alla base del certificato (così G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto*

5. La reazione dell'Italia alla proposta

L'iniziativa della Commissione ha suscitato nel nostro ordinamento, come in altri⁶², forti reazioni a livello istituzionale, in particolare con riguardo all'obbligo di riconoscere la filiazione costituitasi in un altro Stato membro a seguito di tecniche di procreazione della gestazione per altri, poiché, come visto, in tali circostanze il limite dell'ordine pubblico è invocabile solo in casi eccezionali e comunque mai in via generale e astratta, ma solo a seguito di un esame del caso concreto.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, occorre rilevare come il Senato, ed in particolare la Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato, si sia pronunciato il 14 marzo 2023 con un parere motivato *ex art. 6* del Protocollo n. 2 sul controllo del principio di sussidiarietà⁶³. Nella risoluzione approvata dalla IV Commissione permanente si evidenzia la non conformità della proposta in parola al principio di sussidiarietà, pur nella condivisione della finalità di rafforzare la tutela dei diritti dei figli in situazioni *cross-border*. Poiché tale risoluzione del Parlamento costituisce un atto di indirizzo politico al Governo, ai sensi dell'art. 7 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, esso certamente condiziona la posizione del nostro Paese in seno al Consiglio.

alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione, in *SIDIBlog*, 3 aprile 2023, reperibile al sito <http://www.sidiblog.org/2023/04/03/malintesi-e-sottintesi-rispetto-alla-proposta-di-regolamento-ue-in-tema-di-filiazione>, punto 5).

⁶² Si veda la posizione espressa dal Senato francese nel parere motivato del 22 marzo 2023, dove, tra il resto, viene affrontato il tema del rispetto delle competenze nazionali e il conseguente rischio, attraverso l'adozione di un siffatto atto normativo, di un ampliamento di quelle dell'Unione, e contestato altresì l'utilizzo dello strumento del regolamento, al quale conseguirebbe l'imposizione di un mutuo riconoscimento automatico della filiazione come accertata in ciascuno Stato membro, senza un adeguato rispetto delle tradizioni costituzionali e dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Inoltre, sempre ad avviso del Senato d'oltralpe, con questa proposta la Commissione sarebbe andata al di là di quanto richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, in caso di utilizzo della gestazione per altri, non obbliga gli Stati al riconoscimento automatico del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione, ben potendosi utilizzare l'adozione, col rischio quindi di compromettere quel delicato equilibrio raggiunto nel paese grazie al controllo che il giudice francese effettua caso per caso in simili situazioni. La proposta non sarebbe poi rispettosa di altri diritti fondamentali, tutelati dalla Carta UE al pari di quello di non discriminazione *ex art. 21*, quali l'inviolabilità della dignità umana, previsto dall'art. 1, il divieto di fare del corpo umano una fonte di lucro (art. 3, par. 2, lett. *c*) e il diritto dei minori di conoscere i propri genitori e le proprie origini *ex art. 24*. Infine, si contesta la delega alla Commissione ad adottare atti di modifica del modello uniforme del certificato europeo di filiazione, di cui all'all. V, che sfuggirebbero al controllo dei parlamenti nazionali.

⁶³ Vedilo pubblicato sul sito del Senato https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=19&id=1372280&part=doc_dc, dove sono reperibili altresì le audizioni effettuate. Per un'analisi critica della posizione della IV Commissione permanente del Senato e sulle sue possibili conseguenze sulla procedura per l'approvazione della proposta, v. G. BIAGIONI, *op. cit.*

Tra i molti profili lamentati, va segnalato che la Commissione ritiene che il certificato europeo di filiazione costituisca un'illegitima invasione delle competenze nazionali poiché non consente in alcun caso il ricorso all'eccezione dell'ordine pubblico. Una così forte limitazione delle competenze nazionali non sarebbe d'altra parte necessaria, in quanto alla tutela della situazione giuridica del minore potrebbe comunque pervenirsi attraverso il ricorso ad altri strumenti. Il riferimento è all'istituto dell'adozione in casi particolari, che garantisce ai minori una «tutela alternativa ed equivalente», da utilizzare nelle ipotesi in cui l'ordinamento intenda avvalersi del limite dell'ordine pubblico, come nel caso del ricorso alla maternità surrogata, vietata nel nostro Paese a causa dello sfruttamento delle donne, che non vengono considerate titolari di diritti, che esso comporta e della mancata considerazione dei diritti dei minori, come ribadito anche dalla Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162⁶⁴.

Oggetto di critica è anche il criterio di collegamento utilizzato per determinare la legge applicabile all'accertamento della filiazione quale individuato nella residenza abituale della partoriente al momento della nascita (o, in subordine, quello del luogo di nascita del figlio), in quanto questo non garantirebbe adeguatamente entrambe le parti del rapporto, essendo a tal fine necessario fare riferimento a criteri più stringenti.

In realtà, dal parere della Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato emerge soprattutto la contrarietà all'istituto della maternità surrogata⁶⁵, e la proposta viene criticata proprio con riguardo a tale risultato che essa determina. L'esigenza di tutelare il superiore interesse del minore – questa sì, ampiamente condivisa anche dal Parlamento italiano – non può condurre a confonde-

⁶⁴ La Corte ha escluso la possibilità di trascrivere in via automatica gli atti di nascita o i provvedimenti giudiziari nei casi in cui si è fatto ricorso alla gestazione per altri, pratica contraria al nostro ordine pubblico in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», ben potendosi utilizzare lo strumento dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, comma 1, lett. d)*, legge 4 maggio 1983, n. 184 per garantire il riconoscimento giuridico al legame che si è instaurato tra il minore e il genitore di intenzione. La valutazione dell'interesse superiore del minore avverrebbe pertanto *ex post*, a seguito della verifica concreta del suo rapporto con il genitore intenzionale, disincentivando il ricorso alla maternità surrogata, commerciale o altruistica che sia, e prescindendo dalle finalità perseguite. La pronuncia è stata ampiamente pubblicata e commentata. La si veda tra l'altro in *Fam. e dir.*, 2023, p. 408 ss., con i commenti di M. SESTA, G. RECINTO, M. DOGLIOTTI, A. SPADAFORA.

⁶⁵ Il forte disvalore espresso nei confronti di tale tecnica riproduttiva ha portato alla presentazione il 19 gennaio 2023 del d.d.l. S.475, approvato in prima lettura dalla Camera il 26 luglio 2023, al fine di introdurre nel nostro ordinamento una legge che definisca il reato di maternità surrogata e introduca nel codice penale la punibilità del reato “anche se il fatto è commesso, in tutto o in parte, all'estero”, oltre a inasprire le sanzioni per coloro che, in qualunque modo, commissionano, realizzano, organizzano o pubblicizzano tale forma di PMA e a prevedere la punibilità dell'ufficiale di stato civile che annoti nei registri il neonato (reperibile al sito <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/56460.htm>).

re l'interesse del minore con quello dei genitori (intenzionali) al riconoscimento dello *status*, aspetto questo già ben evidenziato dalle sezioni unite della Cassazione con la sentenza 30 dicembre 2022 n. 38162⁶⁶.

La vasta eco che la questione ha avuto sulla stampa ha reso ancora più manifesta la contrapposizione tra coloro che sostengono la necessità di riconoscere in modo automatico il legame di filiazione, comunque e ovunque costituito, tra i minori e i genitori che li stanno crescendo e coloro che ritengono che, per garantire i diritti dei minori con il genitore, omosessuale o eterosessuale che sia, con il quale manca un legame genetico o biologico, sia necessario ricorrere a strumenti giuridici diversi dal riconoscimento dell'atto di nascita o della decisione giudiziaria che ha accertato la filiazione.

A conferma delle contraddizioni applicative esistenti sulla questione, si era reso necessario il già menzionato intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁷ – avvenuto, in modo fortuito, contestualmente alla pubblicazione della proposta nel dicembre del 2022 – proprio al fine di dipanare le divergenze interpretative e applicative che si erano andate stratificando e di fornire linee guida agli ufficiali di stato civile, i primi chiamati ad intervenire nel momento in cui vi sia una richiesta di trascrizione di un atto di nascita straniero⁶⁸. Anche all'indomani della pronuncia, tuttavia, in alcune parti del Paese ufficiali di stato civile hanno proseguito a trascrivere gli atti di nascita – o le decisioni giudiziarie – stranieri con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, suscitando l'immediata reazione del Governo, per il tramite delle Prefetture.

La posizione di chiusura espressa dal nostro Paese è stata condannata dal Parlamento europeo⁶⁹ che l'ha ritenuta foriera di discriminazioni per i figli delle

⁶⁶G. DE MARZO ha rilevato la contraddizione insita nel ragionamento della Cassazione, in quanto «[s]e l'adozione in casi particolari, mercé la concreta valutazione dell'interesse del minore, consente di rendere irrilevanti le modalità in cui quest'ultimo è nato, tutte le considerazioni sul carattere non tiranno dell'interesse dello stesso, sull'esigenza di porre dei confini al desiderio di genitorialità (...) non hanno alcun rilievo poiché, alla fine, in sede adottiva, l'unico dato rilevante sarà altro, ossia proprio l'interesse del minore»: *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 110, punto VIII.

⁶⁷Sentenza Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit. e *supra* alla nota 64.

⁶⁸Sulle conseguenze della decisione Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit. per l'ufficiale di stato civile, si veda R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, 1, pp. 1-22; nonché la circolare del Ministero dell'Interno n. 3/2023, reperibile al sito <https://dait.interno.gov.it/documenti/circ-dait-003-servdemo-19-01-2023.pdf>. Per una ricostruzione del divieto di trascrizione nella prassi giurisprudenziale cfr. G. CERRELLI, *La filiazione omogenitoriale tra rispetto dell'ordine pubblico e il miglior interesse del minore*, in *Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi*, 21 marzo 2023, reperibile al sito <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/la-filiazione-omogenitoriale-il-rispetto-ordine-pubblico-e-miglior-interesse-minore-AEyFbj7C>.

⁶⁹Relazione sullo Stato di diritto 2022 – La situazione dello Stato di diritto nell'Unione euro-

coppie formate da persone dello stesso sesso, i cui diritti verrebbero in tal modo violati. Sebbene questa sia la prospettiva più spesso evidenziata, specie nell'opinione pubblica e dai rappresentanti politici, va tuttavia precisato che circoscrivere il problema dei figli nati da maternità surrogata alle sole famiglie omogenitoriali non coglie tutte le sfaccettature della realtà, poiché la maggioranza delle coppie che fanno ricorso alle pratiche di procreazione assistita è eterosessuale, inclusa quella particolare tipologia che è la maternità surrogata. A quest'ultima pratica fanno infatti ricorso indifferentemente coppie etero- e omosessuali, in particolare maschile. Viceversa, le coppie omosessuali di genere femminile fanno più facilmente uso della fecondazione eterologa, praticata in ordinamenti nei quali essa è ammessa anche per le coppie dello stesso sesso. Quest'ultima tecnica di PMA non richiede l'intervento di una gestante terza rispetto alla coppia, ma solo la donazione del patrimonio genetico maschile.

La proposta di regolamento sulla filiazione rappresenta un indubbio avanzamento nella tutela dei diritti dei figli, in particolare minori, all'interno dell'Unione europea, sebbene alcune scelte normative ivi compiute suscitino perplessità. Nel complesso essa fornisce una risposta alle difficoltà evidenziate nello studio commissionato dal Parlamento europeo⁷⁰, anche in questo caso con particolare riferimento alle famiglie omogenitoriali, ove si sottolineano gli ostacoli alla libera circolazione delle persone e, soprattutto, i limiti posti al godimento di benefici sociali e fiscali a causa del mancato riconoscimento in Stati membri dell'UE del rapporto di filiazione sorto in altri Stati membri⁷¹, talvolta con la conseguenza di negare l'attribuzione della cittadinanza di uno Stato membro e, quindi, di quella dell'Unione⁷².

È difficile prevedere quale possa essere l'esito di questa proposta, al momento congelata in attesa dell'esito delle elezioni europee nella prossima primavera

pea. Risoluzione del Parlamento europeo del 30 marzo 2023 sullo Stato di diritto 2022 – La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea (2022/2898(RSP)).

⁷⁰ Vedi nota precedente.

⁷¹ Si veda A. TRYFONIDOU-R. WINTEMUTE, *op. cit.*, anche per l'elenco delle petizioni presentate al PE (p. 104 ss.). Inoltre, la soluzione di riconoscere gli atti di nascita (o i provvedimenti giurisdizionali) stranieri di minori nati da maternità surrogata solo nei riguardi del genitore biologico si potrebbe prestare ad abusi da parte di quest'ultimo, in caso di rottura del legame, per ostacolare i rapporti del partner con i minori.

⁷² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Unione Dell'uguaglianza: Strategia Per L'uguaglianza Lgbtiq 2020-2025*, COM(2020) 698 final, p. 17 nota 64. Per tali ragioni nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione sulla cittadinanza 2020. Rafforzare il ruolo dei cittadini e proteggere i loro diritti*, l'istituzione si propone di rivedere gli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione, al fine di facilitare l'esercizio di tale libertà e migliorare la certezza del diritto di chi la esercita, garantendone un'applicazione più efficace ed uniforme in tutto il territorio dell'Unione (COM(2020) 730 final, p. 15 ss.).

2024. Da un lato, è indubbio che sul tema della maternità surrogata si registri una mancanza di sentire comune degli Stati membri. La proposta in esame potrebbe dunque apparire prematura, soprattutto in quegli ordinamenti, come il nostro, nei quali essa è ritenuta contraria ai valori fondanti che si esprimono con il limite dell'ordine pubblico.

Una possibilità per ovviare alla (legittima) indisponibilità di alcuni Stati a una disciplina uniforme in tale settore, attenuando l'impatto del requisito dell'unanimità richiesto per l'adozione di atti in materia, può rivenirsi nel ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata.

Come noto, tale peculiare meccanismo è stato introdotto dal Trattato di Amsterdam nel 1997, quando l'ampliamento dei confini non solo geografici ma anche materiali dell'Unione e la conseguente difficoltà di raggiungere il *quorum* deliberativo, in particolare in quei settori in cui è richiesta l'unanimità, ha consigliato di introdurre procedure differenziate di integrazione. La decisione del Consiglio di autorizzare la cooperazione rafforzata ai sensi dell'art. 329 TFUE consente ad un gruppo di Stati di adottare un atto, che tuttavia produce gli effetti suoi tipici solo tra coloro che vi prendono parte. Chi non vi partecipa non ne è vincolato, ma può sempre decidere di entrare nella cooperazione in un momento successivo. A tali procedure si è inizialmente fatto ben scarso ricorso; è solo a partire dal 2010⁷³ che esso ha assunto qualche rilievo, in particolare proprio nel settore del diritto di famiglia. Oggi sono tre gli atti in materia di famiglia adottati con la procedura rafforzata, in materia di legge applicabile al divorzio, di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate⁷⁴. Non pare dunque affatto improbabile che anche in una materia così delicata e divisiva come l'accertamento e il riconoscimento della filiazione si faccia ricorso a una integrazione differenziata.

Dall'altra, può osservarsi che il ricorso alla gestazione per altri è oggi ammesso in un numero estremamente limitato di Stati membri dell'Unione europea. Ciò riduce in larga misura i casi in cui il regolamento si applicherebbe a filiazioni generate con metodi controversi, lasciando che esso dispieghi i propri effetti in tutti gli altri casi in cui la filiazione consegue a metodi unanimemente condivisi. Va anche osservato che, ai sensi dell'art. 3, par. 3, il regolamento non si applica al riconoscimento di decisioni giudiziarie o atti pubblici di filiazione pro-

⁷³ Il primo atto adottato con una cooperazione rafforzata è stato il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Si veda sul punto M.C. BARUFFI, *Il divorzio*, cit., p. 99.

⁷⁴ Regolamento n. 1259/2010 (c.d. Roma III) sulla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio; il Regolamento n. 1103/2016 sulla cooperazione rafforzata sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; Regolamento n. 1104/2016 sulla cooperazione rafforzata sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

venienti da Stati terzi, per i quali continua ad applicarsi il diritto nazionale, come risulta sia nel *Considerando* 32⁷⁵ sia nella relazione della Commissione alla proposta. L'impatto concreto della proposta sul riconoscimento di figli nati da maternità surrogata sarebbe dunque più limitato di quanto non possa sembrare a prima vista.

Già è stato evidenziato però che un certificato di nascita formato in un paese terzo, e successivamente riconosciuto in uno Stato membro sulla base delle norme interne di quello Stato⁷⁶, potrebbe godere della libera circolazione in tutti gli altri Stati, anche quando la filiazione fosse avvenuta nel paese d'origine tramite gestazione per altri. L'opportunità di questa disciplina merita qualche riflessione. È dubbio, infatti, che la condivisione dei valori fondanti l'appartenenza all'Unione, pur fondamentale nei rapporti tra Stati membri, giustifichi la soluzione accolta nella proposta anche nei confronti di Stati che all'Unione non appartengono. È discutibile, infatti, che le decisioni sulla filiazione adottate da Stati terzi debbano circolare liberamente nei vari ordinamenti, sia pure come effetto mediato, non vigendo nei loro riguardi il principio di mutua fiducia. Per risolvere tale problema sarebbe forse bastato inserire nell'attestato rilasciato dallo Stato membro che accompagna la decisione o l'atto la precisazione dell'originaria provenienza della decisione o dell'atto da Stato extra UE⁷⁷ così da consentire agli altri Stati membri di escludere l'applicazione della normativa in parola.

⁷⁵ Punto 1, p. 3. Vedi anche la Relazione della Commissione alla proposta, cit. ove si legge che la disciplina del riconoscimento non si applica se la decisione giudiziaria o l'atto pubblico che accerta o comprova la filiazione è stato redatto o registrato in uno Stato terzo, trovando invece applicazione il diritto nazionale, con la precisazione che, come visto, la proposta trova applicazione per il riconoscimento di tutti i figli, indipendentemente dalla cittadinanza, loro o dei genitori, «a condizione che la filiazione sia accertata in uno Stato membro e non in uno Stato terzo» (punto 5, p. 12 s.), ampliando così le situazioni in cui agli Stati è preclusa l'applicazione del diritto nazionale.

⁷⁶ D. DANIELI, "Third-State connections" in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, pp. 1387-1399, a pp. 1397-1398; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, 1, pp. 35-57, spec. p. 48 s., secondo la quale in tal modo la proposta «avrebbe una portata ancor più innovativa», evitando discriminazioni a seconda della nascita per il tramite della maternità surrogata all'interno o all'esterno del territorio dell'Unione e garantendo in via generalizzata la circolazione intra UE degli *status*.

⁷⁷ Una soluzione di questo tipo era stata proposta dall'*Expert Group*, *Minutes of the 6th meeting*, 9 febbraio 2022, punto 3, reperibili al sito <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42654&fromExpertGroups=true>.

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: RAGIONI DEL DIVIETO E TECNICHE DI COSTITUZIONE DELLO *STATUS*

Andrea Renda

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ragioni alla base del divieto di surrogazione di maternità. – 3. La tutela del nato da surrogazione all'estero attraverso l'art. 279 c.c. – 4. In subordine, l'alternativa tra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari.

1. *Premessa*

Ho scelto di dedicare questo mio intervento ai due problemi-chiave che la surrogazione di maternità pone: i perché di un divieto e il modo in cui, nonostante il suo aggiramento all'estero, si può costituire in Italia lo *status* di figlio in capo al nato. Entrambi questi problemi trovano ora una sistemazione nella pronuncia della Cassazione a sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162¹. Sarebbe però troppo facile e in pari tempo riduttivo impostare questa relazione a mo' di esegesi della pronuncia, cioè nei termini di una nota orale a sentenza. Se lo facessi ricalcherei il vizio dei tempi d'oggi, in cui – parlando in termini generali, e salve meritorie eccezioni – a una giurisprudenza vieppiù creativa si giustappone una dottrina remissiva², cioè una dottrina povera di spirito sistematico e incapace di elaborare un discorso proprio, che ora si appaga di chiosare le sentenze, ora evade dal sistema rifugiandosi nella politica del diritto.

Proverò allora a fare un discorso autonomo. Lo farò non rinunciando a un confronto con la giurisprudenza e in specie con la pronuncia delle Sezioni Unite, la quale – sia detto sin d'ora senza esitazioni – si taglia nel panorama attuale

¹Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, I, c. 83. Per un commento, si rinvia alla nostra nota *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti Supreme e Salute*, 2023, p. 45 ss.

²C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 85.

della giurisprudenza per chiarezza del dettato ed equilibrio argomentativo. Si tratta, peraltro, di una pronuncia tra i cui pregi ne vanno annoverati due – per così dire – metodologici: anzitutto, il rispetto per la divisione dei poteri, preannunciato in apertura come petizione di principio³ e osservato nel merito della soluzione data⁴; in secondo luogo, il rispetto per la dottrina stessa, che si manifesta nella sicura conoscenza dei principali orientamenti in materia e si traduce nel recepimento, non acritico, di argomenti elaborati o valorizzati in sede scientifica anche da alcuni tra coloro che oggi siedono in questo convegno.

2. Le ragioni alla base del divieto di surrogazione di maternità

Alla base del divieto di surrogazione io individuo quattro ragioni⁵.

Anzitutto, la surrogazione di maternità si fonda su di un atto di disposizione che, a differenza della donazione di ovociti, ha ad oggetto non una parte staccabile del corpo umano (come sono i gameti), bensì il corpo stesso della donna. L'obbligo di disporre del proprio corpo, cioè di restare incinta per poi cedere il neonato a terzi, che l'accordo è diretto a far sorgere, strumentalizza il corpo femminile, degradando la donna a esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui, per ben nove mesi⁶. Quand'anche sia gratuita, la surrogazione fa della donna un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri. Se è onerosa, a ciò si uniscono sia la commercializzazione del corpo umano, vietata dalla Convenzione di Oviedo (art. 21) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3 comma 2, lett. c), che la vendita di bambini, nell'accezione ampia accolta dal Protocollo Opzionale del 2000 alla Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia minorile (art. 2, lett. a).

La prima ragione ispiratrice del divieto è quindi il principio di dignità, inteso come impossibilità di strumentalizzazione e di autostrumentalizzazione dell'essere umano⁷. L'onerosità aggiunge una ragione ulteriore al divieto, ma non ne

³ Cfr. il § 6 delle Sezioni Unite n. 38162/2022.

⁴ Resta, nondimeno, il problema della forzatura in merito all'art. 44, lett. d), legge adoz., di cui si dirà *infra*, § 4.

⁵ Una più ampia illustrazione di tali ragioni si trova nel nostro *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Europa e dir. priv.*, 2023, p. 290 ss. Queste nostre argomentazioni sono ora condivise e testualmente richiamate in motivazione da App. Milano, 9 gennaio 2024, in www.dirittoegustizia.it (p. 15 s. del file pdf).

⁶ Di «instrumentalisation des femmes sans précédent» parla M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, Paris 2013, p. 22.

⁷ Sulla dignità v. A. NICOLUSSI-C. RUSCONI, *Volti e risvolti della dignità umana. A settant'anni dell'art. 1 della costituzione tedesca*, in *Jus*, 2019, p. 3 ss. e V. CALDERAI, *Scritto sul corpo. Genealogia della surrogazione di maternità*, in *Giur. it.*, 2021, c. 1527 ss.

costituisce il fondamento principale. Pertanto, l'idea secondo la quale la surrogazione gratuita debba considerarsi ammessa in via interpretativa (palesamente contraria al dettato dell'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004) o dovrebbe quantomeno essere ammessa *de iure condendo*, perché dettata da interessi solidaristici (soccorrere una donna che non può restare incinta)⁸, contrasta con il principio di dignità ugualmente che quella di una surrogazione onerosa⁹. Il divieto di surrogazione, infatti, non si fonda sull'incommerciabilità del corpo umano, ma sull'indisponibilità dello stesso, la quale sussiste quando l'atto di disposizione coinvolga il corpo per intero e continuativamente, in modo da non consumarsi in un *punctum temporis*, ma da doversi manifestare attraverso l'obbligo di disporre¹⁰.

Tale obbligo, del resto, ha come effetto minimo di impedire alla donna di esercitare la funzione generativa per se stessa per tutto il tempo in cui è incinta e come effetto aggiuntivo eventuale (almeno nei paesi in cui la tecnica è rimessa all'autonomia privata) di impedirle l'esercizio senza il consenso dei committenti

⁸L'idea del soccorso solidale, peraltro, si fa problematica allorché sia riferita a committenti dello stesso sesso, i quali secondo la legislazione italiana non possono accedere alla P.M.A. eterologa, sulla base di una scelta ritenuta costituzionalmente conforme da Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 ss., con nota di I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*. In tal caso, infatti, non ci si limita ad aiutare una coppia che contingentemente non può procreare figli per impossibilità di portare a compimento una gravidanza, come con la donazione di ovociti si aiuta una coppia in cui la donna non può concepire un embrione per problemi agli ovuli, ma può rimanere incinta. Forzando il limite dell'*imitatio naturae* che la legge ha istituito nel disciplinare l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale, si consente invece l'accesso alla genitorialità a una coppia che ontologicamente non può concepire, contribuendo così – con quello che si chiama aiuto – a sovvertire il criterio legale della generazione tramite biotecnologie.

⁹La casistica mondiale aggrava il contrasto con il valore della dignità che, di per sé, questa pratica manifesta, rivelando prassi o episodi ancor più degradanti della surrogazione assunta – per così dire – in purezza. Cfr. C. SHALEV-A. MORENO-H. EYAL-M. LEIBEL-R. SCHUZ-T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action*, in *Israel Journal of Health Policy Research*, 2016, 5, p. 59 ss. per la notizia della prassi delle gravidanze plurime in parallelo, al fine di accrescere le *chances* dei committenti di ottenere la nascita di un bambino, con conseguente aborto forzoso da parte di una donna quando il risultato sia stato raggiunto dall'altra.

¹⁰Ove, per ipotesi, fosse consentito il diritto di ripensamento della puerpera, esso non intaccherebbe l'obbligo principale (di prestazione, per arrieggiare la nomenclatura del diritto delle obbligazioni) di portare a compimento la gravidanza e gli obblighi integrativi e strumentali posti in funzione del risultato della nascita. Inoltre, la realizzazione della pratica, ossia il risultato dell'adempimento dell'obbligo, consiste pur sempre nella consegna di un neonato in funzione dell'acquisizione della qualità di genitore in capo al committente, cioè nella cessione di un bambino appena partorito. Il contrasto con la dignità permane, quindi, sia per l'essersi assoggettate a una gravidanza che è programmata per altri salvo ripensamento, sia per l'aver trattato se stesse come portatrici e non come madri e il nato non come figlio ma come cosa oggetto di consegna. La comunanza di natura della surrogazione di maternità alla cessione di neonato sarà ripresa *infra*, § 4.

dei diritti legati alla gravidanza, tra cui quello all'interruzione volontaria della stessa nei casi previsti dalla legge. Da questo punto di vista, l'espressione ormai invalsa di "gestazione per altri" è riduttiva, perché anche quando la donna surrogata non dà i propri gameti non è una semplice portatrice gestazionale ("gestational carrier", come si legge nei contratti), cioè una sorta di *sherpa*, in quanto ella investe risorse psichiche ed emotive, oltre a dover fare molte rinunce, al pari di ogni madre e a differenza di qualsiasi incubatrice¹¹.

Peraltro, l'esperienza insegna che una surrogazione gratuita allo stato puro è estranea alla realtà. Se già è rarissima una vera e propria donazione di ovociti, perché per donare un ovocita una donna deve sottoporsi a stimolazione ovarica, con quanto ne consegue, a maggior ragione è praticamente inesistente l'oblazione gratuita di tutta se stessa per nove mesi. Nella prassi, infatti, nei paesi che ammettono o tollerano la surrogazione purché gratuita sono convenuti rimborsi spese palesemente sproporzionati per eccesso rispetto alle spese, che dissimulano un vero e proprio corrispettivo. Per esempio in Canada, dove sulla carta è gratuita, occorrono circa 30.000 dollari per rimborsare la *surrogate* e tra i 5.000 e 15.000 per la *egg donor*, che quindi donatrice non è. La gratuità, allora, sembra solo un modo scaltro di posizionarsi nell'atlante del mercato mondiale dei servizi riproduttivi, in cui non si vende solo un bambino, ma anche una discendenza legale¹², cioè un pacchetto completo composto dal bambino più l'atto di nascita o la sentenza attributiva della genitorialità ai committenti. Dileguatasi la gratuità, *a fortiori* svanisce l'altruismo che dovrebbe sottenderla, sol che si pensi che quasi sempre i committenti e la gestante non si conoscono in anticipo e che quindi la seconda non persegue alcuno scopo di soccorso. In ogni caso, l'altruismo attiene alla natura del fine perseguito, ma presuppone sempre un'auto-riduzione a mezzo per perseguirlo.

La seconda ragione ispiratrice del divieto, che specifica la prima, è che se la surrogazione venisse ammessa bisognerebbe coerentemente garantire per legge la coercibilità dell'obbligo di "consegnare" il neonato dopo il parto ai committenti, come se fosse una *res*, strappandolo a colei che l'ha partorito e che, frattanto, potrebbe aver cambiato idea e desiderare di tenerlo come proprio figlio. Questa coercibilità appare però talmente ripugnante, da suggerire a ritroso di

¹¹ Per converso, pure il sintagma "maternità surrogata" diventa fallace ove alla pratica in parola si faccia ricorso da parte di coppie omosessuali maschili, per l'evidente ragione che non c'è alcuna donna che assuma una maternità in sostituzione di quella della "gestatrice". Qui la pratica di cui si discorre addirittura supera la finalità suppletiva di una maternità resa difficile da una patologia della donna aspirante madre e quindi trascende del tutto il piano dell'*imitatio naturae*, per farsi puro artificio funzionale a far nascere un bambino al fine di rendere genitori due uomini.

¹² Osserva V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 493 che «la discendenza legale è la merce venduta nel mercato transnazionale della riproduzione, nel quadro di una competizione tra ordinamenti all'insegna della deregolamentazione».

non ammettere la surrogazione stessa¹³. L'esperienza dei paesi anglosassoni nei quali la pratica è compiuta è quella di numerosi ripensamenti, che hanno dato luogo a lunghi contenziosi. La possibilità stessa del ripensamento costituisce ulteriore dimostrazione del fatto che durante la gestazione si crea un rapporto emotivo con il nascituro, tale che disconoscere il ruolo della "gestatrice" significa negare alla donna l'umanità del suo gesto. Il problema sussiste anche nel caso di surrogazione gratuita. Anzi, proprio in questa la revoca del consenso della gestante è più probabile che in quella onerosa, nella quale la revoca farebbe perdere la controprestazione.

Una terza ragione, anch'essa specificativa della dignità, è che se la surrogazione venisse ammessa bisognerebbe estendere a questa pratica la disciplina dei vizi propria dei contratti d'opera, a tutela del diritto dei committenti all'esatto adempimento. Alcuni casi verificatisi all'estero dimostrano, del resto, come l'aspettativa di chi ricorre alla tecnica sia proprio quella di ricevere un bambino "sano", il quale soltanto costituisce adempimento esatto in senso qualitativo dell'obbligazione contratta dalla gestatrice.

Un'ultima ragione, prettamente sistematica, riguarda la concorrenza "sleale" con l'adozione, interna e internazionale. Se l'ordinamento già conosce un istituto volto ad allacciare una genitorialità sociale, circondandolo di garanzie giurisdizionali nell'interesse del minore, perché si dovrebbe consentire *per saltum* un'adozione puramente privata tramite accordo di surrogazione di maternità, senza alcuna garanzia di idoneità educativa dei committenti?

Ebbene, l'argomento fondato sulla dignità¹⁴ trova ampio recepimento nelle Sezioni Unite, che lo sviluppano con ben maggiore profondità di quanto sia le precedenti sezioni unite del 2019¹⁵ che la Corte costituzionale nel 2017¹⁶ e nel 2021¹⁷ abbiano fatto. Icasticamente, si osserva che questa pratica smarrisce «il

¹³ Anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 63 con riferimento alla legislazione della California nella quale «si è affermato l'obbligo della donna di consegnare il figlio, così assimilato a un qualsiasi oggetto da sottrarre con la forza al debitore inadempiente», osserva che «non si manifesta soltanto una insopportabile crudeltà giuridica, quanto piuttosto una riduzione del diritto a mero tramite di scambi mercantili, a strumento di espulsione di qualsiasi valore irriducibile al calcolo economico».

¹⁴ Di recente ripreso dal *Tribunal Supremo* spagnolo, 31 marzo 2022, n. 277, §§ 7-11 dei *Fundamentos de derecho*, Tercero.

¹⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia*, 2019, p. 345, con nota di M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*

¹⁶ Corte cost. 18 dicembre 2017 n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

¹⁷ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Famiglia*, 2021, p. 391, con note di A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, e di N. CHIRICHALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*.

senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente”, perché utilizza il corpo di un'altra persona “come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile»¹⁸. Essa, quindi, non sopprime solo la libertà della donna, condizionando le sue scelte di vita, di alimentazione, di circolazione, di salute e di sessualità, ma conculca la sua dignità. Pur nella consapevolezza che per una parte dell'opinione pubblica vale una concezione soggettiva della dignità umana, per cui non può ritenersi indegno ciò che il singolo reputa per sé degno, e viceversa¹⁹, cioè una concezione che fa della dignità una variabile dipendente dell'autodeterminazione individuale²⁰, nondimeno testuale è la riconduzione a un'idea oggettiva di dignità, cioè – come anticipato – quella di impossibilità di strumentalizzazione e autostrumentalizzazione dell'essere umano. In questa idea – è giusto sottolinearlo in un Convegno in cui le “questioni aperte” delle relazioni familiari sono inserite nella “prospettiva culturale” – continua a vivere nell'era post-moderna il lascito della tradizione filosofica moderna, che si compendia nell'imperativo categorico kantiano «Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo». Di qui il fondamento costituzionale del divieto, che non è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore²¹ e che, radicandosi nei principi qualificanti del sistema, preesisteva alla legge n. 40/2004, così da condurre già da prima a qualificare come nulli e quindi inefficaci i relativi accordi²². Di qui la sua natura di ordine pubblico internazionale, che non trova la propria ragion d'essere nella sanzione criminale.

L'ancoraggio alla dignità, cioè al valore originario di ogni persona, indipendente sia dall'altrui riconoscimento che dalla concezione di sé, impedisce di restringere il divieto alla sola surrogazione onerosa, perché anche in quella gratuita la donna rinuncia a ciò a cui non può rinunciare²³. Efficacemente si osserva

¹⁸ § 16 delle Sezioni Unite n. 38162/2022.

¹⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari-Roma, 2012, 210: «la vita degna di essere vissuta [...] è quella che la persona autonomamente costruisce come tale».

²⁰ Cfr. per un esempio di questa impostazione G. CRICENTI, *Gli atti di disposizione del corpo come atti self regarding*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1503 ss.

²¹ Cfr. il § 27 delle Sezioni Unite n. 38162/2022.

²² Cfr. Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, p. 298, con nota di G. PONZANELLI. *Contra*, limitatamente a una surrogazione gratuita, Trib. Roma ord. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 483, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*.

²³ Cadono così le prospettazioni, variamente adesive alla surrogazione gratuita, di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 31 ss. e U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 219, secondo il quale il divieto non vale in caso

da parte delle Sezioni Unite che «nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»²⁴. La precisazione è tanto più importante ove si pensi che nel caso concreto la surrogazione era avvenuta in Canada. Aggiungerei che, ammesso e non concesso che la surrogazione gratuita non contrastasse con la dignità della donna, comunque violerebbe la dignità del nascituro, dedotto in contratto, e del nato, degradato a cosa oggetto di consegna, che si accetta purché non viziata o difettosa.

Insomma, alla base del divieto non si pone l'idolatria del ventre fertile²⁵, ma il principio di dignità nelle sue varie specificazioni. Cade così anche l'obiezione per cui sarebbe discriminatorio ammettere l'eterologa con donazione di ovociti e vietare la surrogazione, impedendo di conseguenza l'accesso alla genitorialità a donne che non possono partorire nonché alle coppie maschili dello stesso sesso. Comunque la si pensi dell'eterologa²⁶, essa non pone le complicazioni supplementari che la surrogazione pone²⁷.

3. La tutela del nato da surrogazione all'estero attraverso l'art. 279 c.c.

A questo punto, si tratta di districarsi nel problema successivo, cioè quello del come trattare il bambino nato dalla surrogazione compiuta all'estero secondo la *lex loci*. È il problema più spinoso, perché qui occorre bilanciare l'esigenza di coerenza con il valore della dignità, protetto dal divieto, e la dignità del nato

di «surrogazione solidale, in cui la donna che si mette a disposizione è mossa da intenti nobili e solidali, ogni qualvolta almeno uno dei membri della coppia abbia fornito i propri gameti». Similmente V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100. Tali tesi sono state preparate dalle prese di posizione di P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, 1, Giuffrè, Milano, 2011, p. 69 s. e S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 52, al quale si deve l'espressione «solidarietà tra donne» come sorta di scriminante della liceità della tecnica.

²⁴ § 18 delle Sezioni Unite n. 38162/2022.

²⁵ M. IACUB, *L'impero del ventre*, Ombre corte, Verona, 2006, p. 135 ss.

²⁶ Una chiara presa di posizione al riguardo in A. NICOLUSSI-A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte Edu*, nota a Corte cost. ord. 7 giugno 2012, n. 150, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 212 ss.

²⁷ Per la sottolineatura della differenza incolumabile con la P.M.A. eterologa cfr. il §§ 16 e 21.2 delle Sezioni Unite n. 38162/2022.

stesso, che non ha colpa del modo in cui è venuto al mondo e merita protezione al pari di ogni altro bambino, salvo però ricordare che la dignità del nato è una delle stesse ragioni del divieto. Due dovrebbero essere i punti fermi dai quali muovere. Anzitutto, che poiché non sussiste un diritto costituzionale di diventare genitore²⁸, che il nostro ordinamento manchi di tutelare, e poiché la surrogazione contrasta con la dignità, farvi ricorso all'estero non è espressione di una libertà del cittadino di scegliere qualcosa che semplicemente da noi non c'è, nella logica della concorrenza tra ordinamenti o del colmare un vuoto di tutela. È, invece, un atto compiuto in frode alla legge²⁹ ed espressivo di disprezzo per i valori costituzionali, perché volto a eludere un divieto posto a tutela di un bene primario. Il secondo punto fermo è che la tutela del nato deve atteggiarsi non alla stregua di un diritto alla conservazione dello *status* acquisito all'estero di figlio della o del committente (nel caso di coppia omosessuale) privi di legame biologico, cioè non nella logica della dittatura del fatto compiuto e quindi della ratifica dell'esistente, che porti a dire «come si è stabilito altrove, così noi lo recepiamo», bensì in quella della tutela dell'affidamento del minore nella conservazione di un rapporto rivelatosi proficuo alla prova del tempo.

Ciò posto, sia la Corte costituzionale n. 33/2021, sia le Sezioni Unite correttamente riconoscono che «non è qui in discussione un preteso «diritto alla genitorialità» in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali»³⁰. Da qui il dilemma: riconoscimento automatico, tramite trascrizione dell'atto di nascita o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, oppure adozione in casi particolari? È un dilemma che si mantiene nell'alveo dell'alternativa tracciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e ne riproduce l'equivoco, che vorrei cercare di mettere in luce. La Corte Edu, da una parte, esclude che negare effetti alla surrogazione compiuta all'estero integri una violazione del diritto alla vita familiare del committente

²⁸ Cfr. il § 21.2 delle Sezioni Unite e *infra*, nota 29.

²⁹ Di frode alla legge parla anche A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, pp. 756 nota 93 e 763.

³⁰ È il § 5.4 della pronuncia di Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit., ripreso e fatto proprio nella sostanza della motivazione delle Sezioni unite del 2022. Una chiara sconfessione della sussistenza di un diritto alla genitorialità è provenuta da Corte cost. 23 ottobre 2019 n. 221, cit., la quale all'interrogativo «*se sia configurabile – e in quali limiti – un 'diritto a procreare' (o 'alla genitorialità', che dir si voglia), comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale*» ha risposto che debba escludersi che «*la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del 'desiderio di genitorialità' alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati*» (§ 10).

privo di legame biologico; dall'altra, sostiene che tale negazione integri una violazione del diritto del figlio alla vita privata³¹. Ma siccome la tutela del diritto del figlio alla vita privata richiederebbe il riconoscimento del rapporto di filiazione con il committente privo di legame biologico tramite la tecnica dello *status*, il committente stesso si vede riconoscere quel diritto alla genitorialità nei confronti del nato da surrogazione, che in astratto che si è detto non sussistere. Ne deriva un paradosso: la realizzazione del diritto alla vita privata del nato si traduce nella realizzazione di quello stesso diritto alla vita familiare del committente, che si è negato in linea di principio. In sostanza, il riconoscimento dello *status* di figlio implica il riconoscimento dello *status*, simmetrico, di genitore. Con il che, la soluzione al problema finisce per essere adesiva a quel diritto alla genitorialità che si è detto di voler escludere.

In realtà, se lo scopo da perseguire è attribuire diritti al minore, impedendo che chi con la propria volontà ha dato causa alla nascita di un bambino possa successivamente disinteressarsene, si dovrebbe applicare una regola diversa: una regola che, lungi dall'ispirarsi alla perentorietà della tecnica dello *status*, spezzi la reciprocità di diritti e obblighi propria dello *status* e configuri esclusivamente obblighi a carico del responsabile sociale della procreazione, senza conferirgli una posizione compiutamente familiare, oltre a prevedere un titolo successorio del nato nei suoi confronti, ma non viceversa. Non si tratterebbe affatto di una fuga in avanti, perché tale regola nell'ordinamento c'è già. Mi riferisco all'art. 279 c.c. in tema di filiazione non riconoscibile, applicabile – al pari degli artt. 580 e 594 c.c. – «in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità»³². Qui non importa capire se queste norme abbiano perso il proprio referente applicativo originario, a seguito della sopravvenuta riconoscibilità dei figli incestuosi³³. Importa, piuttosto, sottolineare

³¹ Da ultimo, per tutte, Corte Edu, 2 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera* (reperibile, al pari delle altre e salva diversa indicazione, in www.echr.coe.int/).

³² La norma, infatti, attribuisce al figlio la “situazione” ma non lo *status* di figlio, che è qualità personale suscettibile di autonomo accertamento, rispetto alla quale vale un regime sostanziale e processuale *ad hoc* (v. anche *infra*, § 4). A questa situazione vengono imputati diritti verso il genitore (al mantenimento, all'istruzione e all'educazione), salvo potersi discutere se tra figlio e genitore si instauri un rapporto a suo modo familiare, fondato sul semplice fatto della procreazione (U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, p. 238 ss.) ma non assistito dalla reciprocità che comunemente gli è propria, oppure extrafamiliare (in questo senso sembrerebbe E. CARBONE, *Sub art. 279*, in *Commentario Gabrielli, Famiglia*, a cura di L. BALESTRA, II, Utet, Torino, 2010, p. 631). In ogni caso, la norma esclude i diritti del genitore nei confronti del figlio, altrimenti nascenti dallo *status* di questo (L. BARDARO, *La filiazione non riconoscibile tra istanze di tutela e valori giuridici*, ESI, Napoli, 2015, p. 154).

³³ Anche G. CHIAPPETTA, *Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale de facto*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di F. PESCE, ESI, Napoli, 2022, p. 83 ss. propone l'applicazione dell'art. 279 c.c. alla fattispecie in discorso. L'A., però, non sem-

re che oggi possono vivere una nuova stagione in relazione al caso di cui si parla, salvo discutere se applicarle direttamente o in via analogica, intendendo il genitore non come datore genetico di vita ma come colui che ha concorso con la propria volontà a mettere al mondo il nato tramite surrogazione³⁴. A questa stregua si sancirebbero obblighi del committente che prescindono dall'accertamento di stato e che proprio perché scissi dallo *status* di figlio non si accompagnano né agli obblighi reciproci del figlio (art. 315-*bis*, comma 4, c.c.), né ai diritti successori del committente nei confronti del figlio nella successione necessaria (art. 536 c.c.) e in quella legittima (artt. 568, 571 e 582 c.c.). Tale disciplina unirebbe la tutela del nato alla deterrenza, realizzando quest'ultima sul piano sul quale è giusto che operi, cioè non quello dei diritti del figlio, ma quello dei diritti del committente, al quale soltanto è rimproverabile il disvalore della condotta posta in essere al fine di acquisire una genitorialità altrimenti preclusa³⁵.

Del resto, che il riconoscimento internazionalprivatistico non debba eccedere il segno, spingendosi in ogni caso fino al riconoscimento *tout court* della genitorialità, è quanto pare emergere dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁶. Questa – in relazione al caso di una minore nata in Spagna tramite P.M.A. (ma non a seguito di surrogazione di maternità) cui avevano fatto ricorso due donne, l'una bulgara e l'altra inglese, coniugate a Gibilterra – ha chiarito che l'obbligo per uno Stato membro di rilasciare una carta d'identità o un

bra valorizzare il *proprium* dell'art. 279 c.c., ossia la rottura della reciprocità delle situazioni giuridiche soggettive dipendenti tipica dello *status*, e finisce quindi per invocarne l'applicazione senza altra ragione se non la residualità della norma nel sistema della filiazione, per l'essere tali figli "ir-riconoscibili". In questa sede, invece, la norma viene ritenuta dotata di una particolare adeguatezza alla fattispecie, perché idonea a sovvenire il minore senza caricare il rapporto di un risvolto compiutamente familiare, foriero di diritti del genitore "d'intenzione" verso il minore. Tale sovraccarico eccede il segno rispetto all'esigenza – a parole – pressoché unanimemente riconosciuta come meritevole di tutela (appunto, dotare il nato di diritti verso chi ha concorso a farlo nascere) e finisce così per contraddire l'esigenza di deterrenza che – sempre a parole – si afferma dover accompagnare il divieto, per rendere effettivi i valori che lo ispirano.

³⁴Non vale obiettare che la norma si riferisce al figlio "nato fuori dal matrimonio" e quindi non può trovare applicazione tutte le volte che i committenti siano coniugati. Anche in tale ipotesi, infatti, il concepimento avviene fuori del matrimonio, salvo che gli ovociti provengano dalla committente. Ma quand'anche quest'ultima eccezione si realizzasse, comunque il parto avverrebbe ad opera di donna non coniugata, qual è di solito la "gestatrice".

³⁵Una strada simile è quella additata da A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 762 nota 100, che propone di applicare il modello di disciplina emergente dall'art. 128, comma 3, c.c. (secondo cui «Se le condizioni indicate nel primo comma si verificano per uno solo dei coniugi, gli effetti valgono soltanto in favore di lui e dei figli»), facendo quindi sì che il nato da surrogazione abbia diritti filiali nei confronti del committente, mentre quest'ultimo non abbia diritti genitoriali nei confronti del primo, allo stesso modo di come «mentre per il coniuge di buona fede gli effetti nei confronti dei figli si producono reciprocamente – ad esempio eventuali obblighi alimentari o diritti successori possono essere fatti valere anche dal genitore e non solo dal figlio –, nel caso del coniuge di mala fede si producono solo gli effetti a favore del figlio».

³⁶Corte giust. UE, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/20, in *www.dejure.it*.

passaporto al minore, cittadino di tale Stato membro, nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di quest'altro Stato membro designa come suoi genitori due persone dello stesso sesso, nonché di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti sulla base dell'art. 21 TFUE e degli atti di diritto derivato ai medesimi connessi, «non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante»³⁷. Sembra così trasparire un ripensamento del modello dello *status*, tramite il proporzionamento degli effetti dipendenti dallo stesso alla finalità di tutela imposta dalla normativa applicabile, qualora il riconoscimento dello *status* stesso, con la reciprocità di situazioni soggettive dipendenti sua propria, sia contraddittoria rispetto a principi o vincoli di diritto interno. Questo ripensamento accredita la via qui additata in relazione al problema che ci occupa. Come la condizione di figlio di due donne sulla base dell'ordinamento di uno Stato membro deve valere in altro Stato membro ai soli fini dell'esercizio del diritto del minore di circolare e di soggiornare liberamente, senza vincolo di riconoscimento inverso della genitorialità ove vi siano ostacoli di diritto interno, così la condizione di figlio di nato da surrogazione (anche) all'estero dovrebbe essere riconosciuta con pienezza di diritti in capo al minore, ma senza reciproca pienezza di diritti in capo al committente privo di legame biologico. Il mezzo tecnico è quello disciplinato dall'art. 279 c.c., salvo che altro ancora più adatto sia introdotto in futuro dal legislatore.

4. *In subordine, l'alternativa tra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari*

Non proporre una soluzione incentrata sulla rottura della reciprocità dei diritti tra nato e committente privo di legame biologico è segno di una certa pigrizia interpretativa da parte della giurisprudenza, oltre che probabilmente del proposito di non frustrare l'aspirazione alla genitorialità del committente privo di legame biologico. Ma questo è il diritto vivente. Se così è, se – cioè – dobbiamo rimanere entro l'alternativa tra trascrizione integrale e adozione in casi particolari, è quest'ultima, imboccata dalle Sezioni Unite nel 2019 e oggi confermata con dovizia di argomenti, a lasciarsi preferire, perché dotata di un maggior grado di integrazione sistematica e più coerente in termini di politica del diritto,

³⁷ Cfr. i §§ 56-58, che costituiscono il cuore della motivazione.

oltre che omogenea a quanto vale in Francia dal 2021 per scelta del legislatore³⁸ e in Spagna per via giudiziaria da maggior tempo³⁹, nonché in linea con la *soft law* elaborata dal Consiglio per i diritti umani dell'ONU⁴⁰.

Certo, l'adozione in casi particolari, allorché i committenti non siano coniugati e quindi non si faccia questione della lett. *b*) dell'art. 44, legge adoz., ripropone il problema della forzatura in merito alla lett. *d*) di quella norma, in cui l'impossibilità di affidamento preadottivo si allarga a quella di diritto, sovvertendo il senso dei limiti posti dalla legge nelle altre lettere. È una forzatura che ormai sembra essersi cristallizzata e segnare un punto di non ritorno, da denunciare in sede scientifica ma di cui prendere atto con senso pragmatico: al riguardo non posso che soprassedere, rinviando a quanto ho scritto in merito⁴¹. Mi soffermo invece sull'alternativa tra trascrizione e adozione, che a differenza di quanto reputa la Corte Edu non corre tra istituti equipollenti entro il margine di apprezzamento statale⁴², né è una questione puramente tecnica, perché – com'è stato detto – «le regole di accertamento della filiazione sono la pietra angolare della costruzione dell'ordine familiare»⁴³.

³⁸ Cfr. la legge sulla bioetica del 2 agosto 2021 (loi n. 2021-1017 du 2 août 2021).

³⁹ Cfr. il *Tribunal Supremo* spagnolo, 31 marzo 2022, n. 277 cit., § 10 ss. dei *Fundamentos de derecho*, *Cuarto*.

⁴⁰ *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, Human Rights Council, 15 January 2018, A/HRC/37/60, § 70.

⁴¹ Cfr. il nostro *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, cit., p. 317 ss. In senso critico già E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 882 ss.

⁴² A partire da *Grande Chambre*, parere consultivo 10 aprile 2019, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 764, con nota di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, vale infatti il principio per cui il riconoscimento del legame di filiazione – imposto dal diritto del minore al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 Cedu – tra il nato all'estero a seguito di surrogazione di maternità e la “madre d'intenzione”, designata come madre legale nell'atto di nascita legittimamente formato nel paese straniero in cui la surrogazione è avvenuta, non richiede necessariamente la trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri di stato civile, potendo avvenire tramite (tra l'altro) adozione, purché il diritto interno ne garantisca effettività e celerità, nell'interesse superiore del minore. La giurisprudenza della Corte europea, ormai pacifica e costante, valuta quindi come rispettosa della Convenzione la via italiana alla tutela del nato, consistente nell'adozione in casi particolari: da ultimo, Corte Edu, 30 maggio 2023, *E.N. contro Italia e S.D. e altri contro Italia*, in *Foro it.*, 2023, IV, c. 413, e Corte Edu, 22 giugno 2023, *S.M.B. e altri contro Italia*, in *www.defure.it* (quest'ultima con espresso riferimento a coppie sia di sesso diverso che dello stesso sesso). Ciò vale anche quando la “madre d'intenzione” ha fornito i gameti per il concepimento: § 47 del parere consultivo e Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. contro Francia*, con riferimento a una committente che risultava madre genetica del nato, rispetto alla quale il diritto del minore al riconoscimento del legame di filiazione è stato – appunto, legittimamente, in relazione alla Convenzione – assicurato dall'ordinamento francese solo tramite l'adozione.

⁴³ M. IACUB, *L'impero del ventre*, cit., p. 100.

Negare la trascrizione integrale dell'atto di nascita si giustifica per varie ragioni⁴⁴.

Anzitutto, postulare un qualunque automatismo nell'accertamento di stato significa contraddire frontalmente la scelta proibitiva compiuta dall'ordinamento entro l'ambito territoriale sottoposto alla propria sovranità. Significa, cioè, attribuire effetti costitutivi di *status* a quella stessa fattispecie che, se realizzata in Italia, non può produrli. Così si mina la coerenza del sistema con un'antinomia per opposizione contraria (tra il divieto della surrogazione e l'obbligo di riconoscerle effetti, se compiuta all'estero). Per di più, implicitamente, si incentiva il turismo procreativo.

In secondo luogo, dar corso a un automatismo significa introdurre una genitorialità sociale fondata sulla sola scelta, ma senza la mediazione del controllo dell'interesse del minore, quindi esclusivamente negoziale nel suo fondamento. Ciò sarà forse coerente con la nomenclatura invalsa di "genitore d'intenzione" (nomenclatura capziosa, perché presuppone già deciso che il committente sia genitore proprio in virtù dell'intenzione), ma è contrario al sistema costituzionale, del quale l'interesse del minore è parte integrante⁴⁵. Se si vuole essere coerenti con il proposito di tutelare esclusivamente l'interesse del minore e non quello dell'aspirante genitore, bisogna convenire che non basta aver voluto un figlio tramite surrogazione perché, alla nascita del bambino, scatti l'interesse del minore ad avere come genitore chi ha fatto quella scelta. Negare l'automatismo significa quindi prediligere l'interesse del minore e impedire così quella concorrenza sleale con l'adozione, alla quale accennavo prima. Anche l'adozione piena, infatti, esprime un modello di genitorialità per scelta, ma si inserisce entro un procedimento giurisdizionale diretto a verificare che la scelta di essere genitori provenga da soggetti affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere l'adottando (art. 6, comma 2, legge adoz.) e che questa scelta corrisponda all'interesse del minore. Di qui, per es., i limiti di età, ispirati all'*imitatio naturae*.

Per di più, sul modello dell'atto di scelta si innesta quello dell'accudimento, come dimostra la necessità dell'affidamento preadottivo e di una valutazione del suo andamento (artt. 22, comma 8 e 23 legge adoz.), a riprova del fatto che la pura volontà non basta a garantire l'interesse del minore, la cui soddisfazione necessita di una messa alla prova che richiede sia tempo che un controllo giurisdizionale. Ebbene, perché mai la genitorialità per surrogazione, a parità di modello di genitorialità sociale rispetto all'adozione e cioè di criterio fondativo (l'atto di volontà), dovrebbe andare immune da un controllo assimilabile? Che qui lo scopo per-

⁴⁴Per contro, pur dopo la sentenza delle Sezioni Unite, che mostra di condividere, continua a ritenere preferibile la trascrizione in funzione della maggior tutela del nato A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in *Pers. e merc.*, 2022, 4, p. 557 ss.

⁴⁵Cfr. il § 21.2 delle Sezioni Unite n. 38162/2022 («Non v'è nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico»).

seguito sia prevalentemente acquisitivo di una genitorialità altrimenti preclusa dalla natura, anziché di accoglienza di un minore già in vita, non toglie che il minore abbia eguale diritto ad avere come genitori soggetti idonei a prendersi cura di lui. La surrogazione, infatti, non è assimilabile alla PMA eterologa – nella quale un simile controllo non vale, perché v'è solo la fissazione di criteri soggettivi di accesso, comunque ispirati all'*imitatio naturae* (art. 5, legge n. 40/2004) – non solo sotto il profilo del trattamento deontico, ma neanche sotto il profilo di una comune appartenenza al *genus* delle tecniche di concepimento tramite biotecnologie. Al di là del fatto che essa presuppone un concepimento “artificiale”, *in vivo* o *in vitro*, la surrogazione è, in realtà, una tecnica di cessione del neonato ad altri. Essa, infatti, non è preordinata all'inesco del processo generativo ad opera di chi aspira alla genitorialità, come accade nell'eterologa con donazione di ovociti, ma mira all'ottenimento di una persona umana già nata, attribuendola a chi desidera acquistarne la genitorialità a processo generativo già concluso. Poiché, quindi, elude la necessità di ricorrere all'adozione per diventare genitori, è congruo postulare un controllo assimilabile.

In terzo luogo, l'automatismo destabilizza il sistema delle azioni di stato. In particolare, rende incomprensibile il perché si possa contestare lo stato di figlio in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto, addirittura in presenza di un possesso di stato conforme all'atto di nascita (artt. 238-240), mentre non lo si possa fare nel caso in cui colei che risulta madre dall'atto di nascita egualmente non abbia partorito, per avere fatto ricorso alla surrogazione all'estero. Com'è possibile che si disconosca la maternità della donna cessionaria di un neonato concepito naturalmente, magari sulla base di un accordo precedente alla generazione come accade nella surrogazione, mentre si debba riconoscere la maternità della committente? Forse l'uso della provetta per avviare il concepimento elide il disvalore del ricorrere a una gravidanza altrui per attribuirsi un figlio? Per di più, ciò avverrebbe in spregio della riserva di legge che vige in materia di azioni di stato.

La via dell'adozione in casi particolari ha, comparativamente, minori difetti.

Anzitutto, questa soluzione attenua la distonia sistematica che obiettivamente si dà quando un ordinamento che vieta una certa pratica riconosce gli effetti prodotti da quella pratica compiuta all'estero. Lo *status* italiano viene infatti a prodursi per effetto di una fattispecie diversa da quella che fa sorgere lo *status* all'estero, annoverando elementi supplementari e una sentenza costitutiva resa a seguito di una valutazione discrezionale del giudice. All'antinomia per opposizione contraria subentra così una più blanda antinomia per opposizione contraddittoria (tra il divieto della surrogazione e il permesso dei suoi effetti, in dipendenza di certi requisiti), che non mina alla base la coerenza dell'ordinamento.

La soluzione adottiva tratta poi la questione in modo più maturo e profondo, degno della serietà dei valori in gioco. Così si assicura una soluzione più coeren-

te con la dimensione istituzionale della filiazione, la quale non è un affare meramente privato, che possa liquidarsi con la recezione di un accordo. Lo dimostra il principio di indisponibilità dello *status*, la cui perdurante vigenza va in questa sede riaffermata, innanzi a qualche scetticismo dottrinale. Permane difatti nel sistema l'impossibilità dell'autonomia privata di incidere sulle fattispecie costitutive ed estintive dello stato di figlio⁴⁶. Permane, inoltre, l'indisponibilità dell'oggetto del processo ad opera delle parti dei giudizi di stato⁴⁷.

Nel merito, l'adozione applicata alla surrogazione esprime un modello in cui le due polarità della genitorialità sociale, potenzialmente alternative, cioè la scelta *pro futuro* e l'accudimento nel tempo, si ricongiungono, a tutto vantaggio del minore, che può diventare figlio solo se è stato sia voluto che accudito dal committente⁴⁸⁻⁴⁹. L'accudimento, da una parte, non deve rimanere ingabbiato in una

⁴⁶ Si pensi all'esclusione del valore confessorio delle dichiarazioni processuali della madre in sede di disconoscimento della paternità (art. 243-*bis*, comma 3, c.c.) e di azione per la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità (art. 269, comma 4, c.c.); all'irrevocabilità del riconoscimento del figlio concepito fuori del matrimonio (art. 256 prima proposizione c.c.) e all'inapponibilità di termini o condizioni allo stesso (art. 257 c.c.); al fatto che qualunque falsa attestazione o dichiarazione che, influenzando sulla formazione dell'atto di nascita, determini l'attribuzione al nato di un titolo dello stato difforme dallo stato che gli spetta secondo la fattispecie costitutiva legalmente prevista integra il reato di alterazione di stato (art. 567, comma 2, c.p.); al fatto che il riconoscimento deliberatamente fasullo è impugnabile anche da chi l'ha compiuto e che suo tramite non si può – grazie all'art. 74 legge adoz. – eludere la disciplina dell'adozione piena e così legalizzare gli effetti della cessione di un neonato non riconosciuto alla nascita dalla madre nubile, per inserirlo in una coppia matrimoniale tramite l'adozione del figlio del coniuge.

⁴⁷ Sul piano processuale, il principio di indisponibilità dello *status* di figlio si traduce nel monopolio giudiziale delle relative controversie, che prendono il nome di azioni di stato, le quali sono di competenza esclusiva del tribunale (art. 9, comma 2, c.p.c.), che giudica in composizione collegiale (art. 50 *bis* n. 1 c.p.c.), e sulla base di una competenza per territorio inderogabile (art. 28 c.p.c.). È esclusa ogni possibilità di deferirle alla cognizione di arbitri (art. 806 c.p.c.), nonché la loro sottoposizione a mediazione (art. 2, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28). In tali azioni è obbligatorio l'intervento del P.M. (art. 70, n. 3, c.p.c.); il giudice ha la potestà di disporre d'ufficio i mezzi di prova che ritenga necessari (per es. la consulenza tecnica immuno-ematologica volta all'esame comparativo del DNA), in deroga al principio dispositivo; non si applica il principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.), con la conseguenza che l'attore non è esentato dall'onere di provare la fattispecie costitutiva invocata quand'anche il convenuto aderisca alla domanda; è inammissibile il giuramento decisivo (art. 2739, comma 1, c.c.); la sentenza di stato che sia stata emessa a seguito di collusione delle parti è oggetto di revocazione su istanza del P.M. (art. 397, n. 2, c.p.c.); infine, è impossibile una cognizione incidentale di stato, che darebbe luogo a una potenziale moltiplicazione degli stati della persona, con la conseguenza che le questioni pregiudiziali di stato devono essere decise dal giudice civile con efficacia di giudicato (cfr. il nostro *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 475 ss. e, da ultimo, Cass. 11 ottobre 2021, n. 27560).

⁴⁸ La necessità di un accudimento pregresso – per la verità, non insita nella lett. *d*) dell'art. 44 legge adoz., ma postulata dalla giurisprudenza come condizione per la sua (si ribadisce, forzata) estensione all'impossibilità di diritto di affidamento preadottivo – impedisce il riconoscimento della genitorialità per pura intenzione, che si ricollega al semplice "progetto procreativo". Come

durata minima prestabilita, a differenza di quanto valeva nell'affiliazione nella quale si richiedevano tre anni di allevamento spontaneo del minore (art. 404 comma 2, c.c. abr.), ma certo non deve essere episodico⁵⁰; d'altra parte, esso non basta, perché deve accompagnarsi a un rinnovamento della volontà di essere genitore tramite la domanda di adozione, scongiurandosi così quel pericolo di una usucapione di stato, che aleggia nella giurisprudenza della Corte Edu sulla vita privata⁵¹.

Il tribunale per i minorenni, poi, deve effettuare un vaglio di merito, valutando l'idoneità affettiva, la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare dell'adottante, nonché i motivi per i quali questo desidera adottare il minore, la personalità del minore e la possibilità di idonea convivenza tra i due (art. 57, comma 3, legge adoz.). I controlli non sono un ammennicolo, perché questa adozione si regge tutta sull'assunzione di responsabilità e non sulla *fictio* di una procreazione naturale, a differenza di quella piena, la quale non a caso è irreversibile com'è ogni rapporto di sangue, salvo potersi estinguere in caso di abbandono del minore⁵². Il

osserva V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, cit., 505 «La condivisione del progetto, cruciale per gli adulti, non giustifica però il diverso trattamento dei figli [nati da surrogazione rispetto a quelli nati altrimenti e ugualmente adottabili con adozione in casi particolari], per i quali conta piuttosto il rapporto di cura e di affetto nel quadro di una comunione di vita familiare che li veda partecipi in prima persona [...]: soggetto (di diritti), non oggetto di (legittimo) desiderio».

⁴⁹ Le Sezioni Unite n. 38162/2022 sono inequivoche al riguardo: cfr. i §§ 11, 12, 21.3 e 26.

⁵⁰ Si rammenti, peraltro, che Corte Edu, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 501, con nota di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, p. 497 ss.), ha affermato che non poteva dirsi allacciato un rapporto familiare di fatto rientrante nella garanzia del diritto al rispetto della vita familiare in presenza di una breve durata della relazione tra committenti e nato da surrogazione, qual è stata ritenuta quella di sei mesi, iniziata a partire dal terzo mese di vita del bambino. La stessa Corte Edu, nel parere consultivo 10 aprile 2019, ha poi chiarito che «l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto – c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé. Il appartient en principe non pas à la Cour mais en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé» (§ 52).

⁵¹ Sollevano, in generale, il dubbio che l'usucapione non possa essere il modello di attribuzione della genitorialità dei nati da surrogazione R. CATERINA-L. LENTI, *La famiglia, Trattato di diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, II, 1, Giappichelli, Torino, 2022, p. 11 s.

⁵² Peraltro, Cass. 5 gennaio 2023, n. 230 (ord.) ha sollevato – in relazione agli artt. 2, 3, 30 e 117 Cost. – la q.l.c. dell'art. 27, comma 3, legge adoz. nella parte in cui stabilisce che con l'adozione legittimante derivante dall'accertamento dello stato di abbandono e dalla dichiarazione di adottabilità, cessano irreversibilmente i rapporti dell'adottato (e conseguentemente del minore adottabile per effetto della dichiarazione di adottabilità) con la famiglia di origine estesa

che è tanto vero, che l'adozione in casi particolari è l'unica revocabile, non solo per fatti penalmente rilevanti, ma anche per violazione dei doveri incombenti sull'adottante (artt. 52-53, legge adoz.)⁵³. Ciò, nel momento in cui si giustifica perché essa non è preceduta da affidamento preadottivo⁵⁴, dimostra per altro verso che l'unicità dello stato di figlio – oggi accentuata dall'instaurazione di legami di parentela coi parenti dell'adottante⁵⁵ – non può significare una forzosa *reductio ad unum*, un monismo che disconosca tutte le differenze⁵⁶. Ora, l'interesse del minore deve essere preso sul serio dal giudicante, non solo affinché il ricorso all'adozione in casi particolari non risulti un mero espediente per raggiungere il medesimo risultato del riconoscimento automatico che si è negato, ma anche per rispetto del minore e per rispetto del valore che il suo interesse

ai parenti entro il quarto grado (art. 10, comma 4, legge adoz.), escludendo la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli, secondo modalità stabilite in via giudiziale. Corte cost. 28 settembre 2023 n. 183, in *Foro it.*, 2023, I, c. 3302, con sentenza interpretativa di rigetto, ha dichiarato infondata la questione, per la ragione che è possibile adottare un'interpretazione adeguatrice. La norma, infatti, nello stabilire la cessazione dei rapporti con la famiglia biologica, attiene al piano delle relazioni giuridico-formali, mentre esprime solo una presunzione relativa che il distacco di fatto dalla famiglia d'origine realizzi l'interesse del minore, con la conseguenza che essa non vieta al giudice di vincere tale presunzione ravvisando nel caso concreto un preminente interesse del minore a mantenere talune positive relazioni socio-affettive con componenti della famiglia di origine: «Ove sussistano radici affettive profonde con familiari che non possono sopperire allo stato di abbandono, risulta preminente l'interesse dell'adottato a non subire l'ulteriore trauma di una loro rottura e a veder preservata una linea di continuità con il mondo degli affetti, che appartiene alla sua memoria e che costituisce un importante tassello della sua identità» (§ 14).

⁵³ Inoltre, almeno nei casi di cui alle lett. *b*) e *c*) non devono sussistere requisiti di età dell'adottante in rapporto all'adottando, mentre in quelli di cui alle lett. *a*) e *d*) è sufficiente che l'età del primo superi di almeno diciotto anni quella del secondo, senza limiti massimi (art. 44, comma 4, legge adoz.), previsti invece per l'adozione piena (art. 6, comma 3 e 6, legge adoz.).

⁵⁴ Corte cost. 20 luglio 1992 n. 344 (in *Giur. cost.*, 1992, p. 3556 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *L'adozione dei minori supera un pericoloso attacco*) ha escluso l'irragionevolezza della mancata previsione della revoca dell'adozione piena, anche in comparazione con quella in casi particolari, sottolineando a questo riguardo che «al di là della diversità di effetti e della non piena comparabilità tra adozione legittimante ed adozione in casi speciali, per quest'ultima manca comunque la verifica che con l'affidamento preadottivo precede la definitività dell'adozione».

⁵⁵ Corte cost. 28 marzo 2022 n. 79, in *Foro it.*, 2022, I, c. 2926, ha statuito che «l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, viola gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU».

⁵⁶ Più che mai attuale suona il monito di L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 3 a saper distinguere tra principio di uguaglianza e «ideologia dell'indifferenziato, distorsiva del principio di uguaglianza». Di ciò va tenuto conto quando si discute se sia considerabile una transizione a un modello unico di adozione: in questo senso M. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva: Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, cit., p. 373.

assume dal punto di vista storico-giuridico proprio in questa sede, se è vero che è l'istituto antesignano dell'adozione in casi particolari, cioè l'affiliazione, che ha segnato (oggi pochi lo rammentano) la prima comparsa del sintagma "interesse del minore" nel codice del 1942, ben prima della legge del 1967 sull'adozione speciale o delle note convenzioni internazionali⁵⁷. Se, quindi, l'interesse del minore viene preso sul serio, resta possibile un esito negativo del controllo e quindi un provvedimento di rigetto che, come tutela il nato di contro all'acquisizione di una genitorialità che si riveli sconveniente nel caso concreto, così sventa ogni effetto premiale verso il committente privo di legame biologico, insito nell'automatismo⁵⁸. Non per ciò, peraltro, ogni rapporto con il committente resterebbe escluso, grazie ai principi elaborati dalla Consulta sulla continuità affettiva⁵⁹.

Infine, solo a questa stregua si realizza parità di trattamento tra il nato da surrogazione compiuta in Italia in violazione del divieto e il nato da surrogazione compiuta all'estero in elusione del divieto, impedendo che il secondo si av-

⁵⁷ La clausola dell'interesse nel minore, presente sin nel diritto romano giustiniano e di seguito travasata nella giurisprudenza in materia di affidamento dei figli in sede di separazione personale dei coniugi già sotto il vigore dell'art. 154 c.c. 1865 (L. MENGONI, *Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio*, in *Jus*, 1983, p. 241 ss.), è stata codificata – a differenza di quanto si pensa comunemente, allorché la si fa risalire alla legge 5 giugno 1967, n. 431 introduttiva dell'adozione speciale di minori o all'art. 155 c.c. come modificato dalla Riforma del 1975 – proprio nell'istituto precursore dell'adozione in casi particolari, cioè l'affiliazione (o piccola adozione), entro la quale l'art. 411, comma 2, c.c. abr. prevedeva che «Nel caso di legittimazione o di riconoscimento del minore, il giudice tutelare delibera se sia nell'interesse del minore continuare l'affiliazione, ovvero se sia da conferire al genitore l'esercizio della patria potestà. In quest'ultimo caso dichiara estinta l'affiliazione. Se l'affiliazione continua, l'affiliato, a cui è stato attribuito il cognome dell'affiliante, non assume il cognome del genitore».

⁵⁸ A chi obietta che la via dell'adozione in casi particolari non dà tutela al nato qualora il genitore d'intenzione si dilegui dalla sua vita, astenendosi dal presentare la relativa domanda giudiziale (per tutti U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1831), può replicarsi che al minore non spetta un diritto allo stato di figlio del committente biologicamente estraneo, fondato sulla sola volontà espressa da questa (peraltro, all'estero) in un *punctum temporis*, ma spetta (anche secondo la giurisprudenza della Corte Edu) il diritto al riconoscimento di un legame familiare di fatto che, partendo dal progetto procreativo in cui quell'intenzione si è manifestata, si consolidi in una comunione di vita rivelatrice dell'affettività propria di ciò che è familiare. Il dileguarsi, quindi, dovrebbe palesare l'insussistenza di quello stesso legame che costituisce l'oggetto del diritto da tutelare. Peraltro, la via tracciata prima – applicare l'art. 279 c.c. – non dà luogo al problema dell'impossibilità di costituire un legame con un genitore renitente, perché prescinde dall'attivazione di quest'ultimo, il quale figura come legittimato passivo di un'azione proponibile innanzi al tribunale ordinario dal figlio tramite – se minore – un curatore speciale nominato dal giudice, su istanza del genitore esercente la responsabilità genitoriale o del pubblico ministero.

⁵⁹ Corte cost. 20 ottobre 2016, n. 225 (in *Fam. e dir.*, 2017, p. 305 ss., con nota di F. TOMMASO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*). Sulla continuità affettiva nell'adozione e nell'affidamento, v. C. RUSCONI, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus-online*, 2021, 5, p. 122 ss.

vantaggi di un accertamento automatico di stato che al primo è precluso nel rapporto con la committente o il committente privi di legame biologico, i quali possono diventare genitori solo tramite adozione in casi particolari⁶⁰.

⁶⁰La soluzione dell'adozione in casi particolari è ora ribadita da Cass. 3 gennaio 2024, n. 85, in *www.dejure.it*, che conferma la pronuncia che aveva rigettato l'istanza di rettificazione dell'atto di nascita di bambino nato da surrogazione all'estero, volta a integrarlo con l'indicazione del partner del genitore biologico come altro genitore.

L'ORDINE PUBBLICO APPLICATO ALLA FILIAZIONE DA MATERNITÀ SURROGATA

Stefania Pia Perrino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le torsioni interpretative dell'ordine pubblico. – 3. L'oggetto del test di compatibilità con l'ordine pubblico. – 4. L'ordine pubblico applicato alla filiazione da GPA: opera in due atti. – 5. L'erosione della clausola di ordine pubblico. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

L'ordine pubblico¹ rappresenta l'«insieme di principi che identificano l'ordinamento in un dato momento storico»², che mutano a seconda del bilanciamento, svolto tra i valori individuati nel caso concreto. Si tratta di clausola generale a struttura flessibile³ e storica, entro cui vivono i principi che compongono la coscienza sociale entro un determinato periodo, a presidio del pluralismo dei valori⁴.

Nel diritto privato, determina la nullità degli atti di autonomia per la violazione di interessi generali⁵, non esplicitamente tutelati da norme imperative⁶ ma

¹ A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Padova, 1974.

² G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 21.

³ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 35 ss.; ID., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038.

⁴ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 718.

⁵ F. GALGANO, *Diritto privato*, XIII ed., Padova, 2006, pp. 267-268; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 73; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Feltrinelli, Milano, 2011, p. 199 ss.

⁶ P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, ESI, Napoli, 1983, p. 87; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novis. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 130.

riassunti in principi informativi della società⁷. Diversamente, nella dimensione internazionalprivatistica previene effetti giuridici esterni, in contrasto con l'ordinamento complessivamente inteso⁸. L'accezione internazionalprivatistica presidia il c.d. *international comity* e offre continuità delle situazioni giuridiche, non solo nel paese di origine ma pure nel paese di destinazione. Identica è la nozione, diversa è la funzione.

La clausola deve essere intesa come insieme dei principi e dei valori deducibili dall'intero ordinamento giuridico positivo⁹, comprensivo della Costituzione, del diritto penale e privato, del nucleo di valori e principi che ispirano le norme di diritto internazionale, delle consuetudini internazionali o dei trattati, inclusi i principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Cedu, dei Patti internazionali¹⁰. L'inclusione dei citati principi è stata agevolata dalla giurisprudenza¹¹; tuttavia, non sono mancate torsioni interpretative proprio da parte di quest'ultima, che si evidenziano nel riconoscimento degli effetti derivanti dalla filiazione da gestazione per altri eseguita all'estero¹² (di seguito, GPA).

2. Le torsioni interpretative dell'ordine pubblico

Le forzature possono essere esemplificate: l'applicazione del test di compatibilità con la clausola di ordine pubblico al presupposto e non agli effetti dell'istituto straniero; il fenomeno del c.d. *downgrading*; l'appiattimento dei principi e dei valori richiamati dalla clausola sul diritto cogente.

La clausola di ordine pubblico consente di riconoscere in Italia gli effetti di un istituto sconosciuto all'ordinamento domestico, ma regolato dal diritto stra-

⁷ L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, ESI, Camerino-Napoli, 1978, pp. 24, 78, 86.

⁸ G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 21.

⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI, *Trattato di diritto civile*, IV, 2, Vallardi, Milano, 1966, p. 166.

¹⁰ Cass., sez. I, 7 agosto 2020, n. 16804, in *Riv. dir. fam. pers.*, 2020, 4, 1386; Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. intern.*, 2019, 4, p. 1225. In dottrina, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Cedam, Padova, 2007, p. 110; V. BARBA, *Ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403; ID., *Note minime sull'ordine pubblico*, in *Articolo29*, 15 luglio 2018.

¹¹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Italgure*, rv. 641311-01.

¹² A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 1, p. 501; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 2, p. 193 ss.; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, *ivi*, 2000, 2, p. 293; A. GORGONI, *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 288.

niero, ogniqualvolta i citati effetti risultano compatibili con i valori richiamati. Non si innesta un istituto¹³, ma si consente la produzione degli effetti che da esso derivano, in considerazione dell'atto o del provvedimento di cui si richiede il riconoscimento. Gli effetti transitano in un ordinamento che non conosce l'istituto, ma che può disciplinare già effetti identici o simili oppure può vantare valori non ostativi a quegli effetti, privati del proprio presupposto. Ad esempio, per il riconoscimento dello *status filiationis* del figlio nato dalla surrogazione della maternità, il test di compatibilità dovrebbe riguardare la filiazione senza legami genetici tra figlio e genitore o genitori, mentre non dovrebbe avere per oggetto il presupposto¹⁴ della GPA.

La seconda torsione attiene alla tecnica del *downgrading*¹⁵. Non riconosciuti gli effetti derivanti dall'istituto, per contrarietà con l'ordine pubblico, spesso si opera un semi-riconoscimento: gli effetti vengono considerati dal giudice italiano solo in via parziale, attraverso l'applicazione di categorie giuridiche già note nell'ordinamento nazionale. Ciò è accaduto per i matrimoni egualitari tra persone dello stesso sesso¹⁶, ricondotti all'istituto delle unioni civili. Simili considerazioni possono essere estese al riconoscimento dello *status filiationis* tra minore e genitore sociale¹⁷, derivante dalle citate forme di procreazione vietate in Italia: precluso il riconoscimento, in contrasto con l'ordine pubblico, la giurisprudenza invoca l'applicazione dello schema delle adozioni in casi particolari, *ex art. 44, lett. d)*, legge n. 183/1984¹⁸. Più precisamente, all'estero lo *status* giuridico di figlio viene attribuito al nato verso il suo genitore sociale, conformemente alle regole vigenti nello stato in cui si realizza il procedimento di GPA; in Italia questo *status* è considerato in contrasto con l'ordine pubblico. Tuttavia, "qualche tutela"¹⁹ deve essere attribuita e si opta per il paradigma dell'adozione c.d. mite.

¹³ R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione"*. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 2, p. 533.

¹⁴ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Corti sup. sal.*, 2023, 1, p. 2, con nota di A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*. *Infra*, § 4.

¹⁵ B. BAREL, *Le unioni civili e le convivenze di fatto*, in A. CAGNAZZO-F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status*, cit., p. 120.

¹⁶ O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 527 ss.

¹⁷ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, in S. NICCOLAI-E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017, p. 119; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna*, *ivi*, p. 31.

¹⁸ E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 3, p. 870.

¹⁹ Cass. n. 12193/2019, cit., 38.

Si è detto simili, ma non identiche considerazioni: a differenza del matrimonio egualitario, il *downgrading* non è neppure automatico per gli effetti in discorso.

Si opera così un riconoscimento dimidiato e tale affermazione è corroborata da numerosi indici. L'adozione in casi particolari, infatti, non opera automaticamente, ma occorre attivare il procedimento davanti al giudice competente; questa forma di adozione non determina la genitorialità²⁰; la condizione giuridica è revocabile, *ex artt.* 51-53 legge n. 184/1983; attivato il procedimento, occorre acquisire il consenso del genitore biologico, *ex art.* 46, legge n. 184/1983²¹; perfezionata l'adozione, non trova applicazione l'usufrutto legale dell'adottante sui beni dell'adottato, *ex art.* 48, comma 3, legge n. 184/1983; resta fermo il rinvio all'art. 55 legge n. 184/1983, che non attribuisce all'adottante alcun diritto successorio²²; l'adottato non acquista un legame di parentela giuridicamente rilevante con i parenti dell'adottante. Solo recentemente e grazie all'intervento della Consulta²³, sono state dichiarate illegittime le norme che precludevano l'acquisto di un legame giuridicamente rilevante con la famiglia dell'adottante, in violazione degli artt. 3 e 31, comma 2, Cost. nonché dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 Cedu²⁴. Si supera così uno dei profili di trattamento differenziato tra adottato in casi particolari e adottato mediante adozione "piena", ma non senza produrre ulteriori distorsioni. L'adottato in casi particolari, per effetto della declaratoria di illegittimità dell'art. 300, comma 2, c.c., acquista lo *status* nei confronti dei parenti dell'adottante, acquista i diritti successori nei loro confronti e, al contempo, i fratelli e gli zii acquireranno diritti successori nei confronti dell'adottato in casi particolari²⁵.

Una "qualche tutela" viene apprestata, ma è preclusa la continuità degli *status* legittimamente acquisiti. Il *downgrading* determina l'applicazione di un modello deteriore per la protezione dell'interesse del minore, imbrigliato in un procedimento lento, sottoposto al consenso del genitore biologico, inidoneo a generare una filiazione giuridica²⁶, ma soprattutto subordinato ad una iniziativa

²⁰ Corte cost. 10 marzo 2021, n. 33, § 5.8.

²¹ *Infra*, § 4.2.

²² G. IORIO, *Corso di diritto privato*, V ed., Torino, 2022, p. 1048; I.L. NOCERA, *Adopción En Casos Especiales Y Unidad Del Status Filiationis En El Derecho Italiano: ¿Cómo Repercute En El Plano Sucesorio?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 17-bis, pp. 2310-2353.

²³ Corte cost. 30 marzo 2022, n. 79.

²⁴ Corte Edu, 26 settembre 2014, *Menesson c. Francia*, §§ 96-101; Corte Edu, 26 settembre 2014, *Labassee c. Francia*, §§ 75-80.

²⁵ Sul punto, I.L. NOCERA, *Adopción En Casos Especiales Y Unidad Del Status Filiationis En El Derecho Italiano: ¿Cómo Repercute En El Plano Sucesorio?*, cit., pp. 2310-2353.

²⁶ G. IORIO, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 2022, 4, pp. 493-512.

del genitore sociale, che potrebbe morire prima della domanda oppure decidere di non presentarla²⁷. Ciò non accade per gli effetti di altri istituti, come, ad esempio, gli effetti derivanti da una pronuncia di condanna ai *punitive damages*. Non si impiegano gli istituti²⁸ dotati di una funzione extracompensativa; non si scomodano le penalità di mora, la retroversione degli utili, la responsabilità processuale aggravata.

La terza forzatura si evidenzia nell'appiattimento interpretativo che riduce il contenuto della clausola al diritto cogente²⁹. Secondo la giurisprudenza³⁰, la clausola include e si declina in vari referenti normativi. Il riconoscimento dell'atto ai fini della trascrizione o la delibazione della pronuncia straniera attestanti lo *status* di figlio dei genitori sociali trovano ostacolo nel divieto surrogazione della maternità, ai sensi dell'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, che costituisce fatto tipico di reato, sempre e comunque³¹. Contribuisce poi a dare sostanza alla clausola pure la disciplina delle adozioni: la GPA rischia di eluderne i requisiti soggettivi³² e si pone in oggettivo conflitto con le regole a tutela dei minori. L'adozione rappresenta allora l'unico strumento idoneo per la realizzazione di progetti genitoriali privi di legami biologici³³ e, fuori dalle pratiche di PMA, cessa di operare il principio di autoreponsabilità fondato sul consenso.

3. L'oggetto del test di compatibilità con l'ordine pubblico

Come osservato, nell'applicazione della clausola si verifica talvolta una so-

²⁷ Corte cost. n. 33/2021, cit., § 5.8.

²⁸ *Ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010; ID., voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962; M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 4.

²⁹ F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 87. Sulla terza forzatura, *infra*, § 4.4.2.

³⁰ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Oss. AIC*, 2020, 2, pp. 185-211, con nota di F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale?*

³¹ S. ROSSI, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., VII, Torino, 2012, p. 216 nota 179; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; A. LORENZETTI, voce *Maternità surrogata*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., VI, Torino, 2011, p. 617.

³² A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, pp. 415-467.

³³ Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, in *Rass. Avv. Stato*, 2017, 1, p. 9.

vrapposizione tra presupposto ed effetti. Ciò si evidenzia attraverso il raffronto tra le diverse applicazioni.

Il matrimonio c.d. monoandrico poliginico simultaneo³⁴, validamente contratto nello stato di origine tra un uomo e più donne, è un istituto contrario all'ordine pubblico, per contrasto con gli artt. 29 Cost., 86 c.c. e 556 c.p. Tuttavia, il test di compatibilità non serve a «omologare un'unione poligamica»³⁵, ma deve essere condotto caso per caso³⁶, con riferimento agli effetti. La distinzione tra presupposto ed effetti³⁷ ha determinato il riconoscimento del ricongiungimento familiare o il riconoscimento dello stato di figlio o la delibazione della condanna al risarcimento del danno da morte o del danno per illecito endofamiliare oppure il riconoscimento di pretese successorie di una delle mogli³⁸. In tutti questi casi, si presuppone il matrimonio, ma non è necessario l'innesto dell'istituto per la propagazione degli effetti né l'individuazione di un istituto analogo: «la persona va tutelata in quanto tale e indipendentemente dal numero di formazioni sociali nelle quali sceglie di realizzare la propria personalità»³⁹.

Pure il ripudio islamico costituisce un presupposto che non supera il *filtro*⁴⁰ dell'ordine pubblico⁴¹, perché diretto allo scioglimento unilaterale del vincolo coniugale⁴². Si afferma l'intrascrivibilità dell'atto per la violazione dei diritti di uguaglianza e di difesa⁴³; tuttavia, il compito del giudice consiste nel considerare gli effetti risolutivi collegati allo scioglimento del vincolo⁴⁴ ed, eventualmente, «dare continuità alle situazioni giuridiche validamente prodotesi nell'ordinamento giuridico di provenienza, ma soprattutto per assicurare che la donna non

³⁴M.C. BARUFFI, *La famiglia poligamica*, in A. CAGNAZZO-F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2017, pp. 73-103.

³⁵App. Torino 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1492; Trib. Bologna 12 marzo 2003, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, p. 775; *contra* Cass. 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Fam. dir.*, 2023, 5, p. 504; TAR Emilia-Romagna 19 dicembre 1994, n. 926, in *Stranieri*, 1995, p. 58.

³⁶F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale?*, cit., p. 186.

³⁷M. RIZZUTI, *Inesistenza e invalidità nel matrimonio nella più recente giurisprudenza italiana*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2015, pp. 24-25.

³⁸Cass. 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2695.

³⁹G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 121.

⁴⁰F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 50.

⁴¹P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 355.

⁴²D. SCOLART, *La Cassazione e il ripudio (talaq) palestinese*, in *Quest. giust.*, 4 dicembre 2020.

⁴³Cass., sez. un., 28 maggio 2004, n. 10378, rv. 573282, in *Italggiure*.

⁴⁴O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, cit., p. 1032.

subisca ulteriori pregiudizi dal mancato riconoscimento del ripudio»⁴⁵.

Simili considerazioni valgono per la *kafalah*⁴⁶: negli ordinamenti in cui la filiazione è solo legittima, l'istituto provvede ad una protezione giuridica per il minore nato da relazione adulterina o abbandonato⁴⁷. La *kafalah* contrasta con la clausola generale perché revocabile, non è così per gli effetti che ne derivano⁴⁸.

La Cassazione, poi, ha recentemente affermato la compatibilità degli effetti di una sentenza di condanna ai *punitive damages* con l'ordine pubblico. Il giudice civile non può punire, ma non si esclude la delibazione della sentenza straniera con danni punitivi, vista la polifunzionalità della responsabilità civile, a patto che risulti accertata la violazione di un diritto fondamentale e rispettati i canoni di tipicità, prevedibilità e proporzionalità⁴⁹. L'ordine pubblico viene inteso come un veicolo di promozione di principi comuni agli Stati, in relazione ai diritti fondamentali, mentre non investe le sole modalità con cui i diritti sono regolamentati.

E allora si può affermare che generalmente l'oggetto del test di compatibilità sono gli effetti, *case by case*. Non si opera una riduzione entro il paradigma noto, non si offre spazio all'istituto straniero né si fa applicazione automatica dell'equivalente istituto domestico⁵⁰. Per gli atti e i provvedimenti sulla filiazione priva di legami genetici, derivante da surrogazione della maternità, invece, l'oggetto del test torna ad essere il presupposto.

4. L'ordine pubblico applicato alla filiazione da GPA: opera in due atti

Sulla compatibilità della filiazione da GPA, si è pronunciata la Corte di Cassazione nel 2019⁵¹, secondo cui al riconoscimento degli effetti si oppone il divie-

⁴⁵ G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 150. In questo senso, Cass., sez. I, 14 agosto 2020, n. 17170, § 7.

⁴⁶ R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione"*, cit., p. 533.

⁴⁷ Cass., sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310, rv. 659575-01; Cass., sez. un., 19 settembre 2013, n. 21108, rv. 627475-01.

⁴⁸ Cass., sez. un., 19 settembre 2013, n. 21108, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1, p. 86; Cass., sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310, in *IlFamiliarista*, 7 gennaio 2021.

⁴⁹ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Italggiure*, rv. 64914-01; *contra* Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Pers. & danno*, 19 gennaio 2007.

⁵⁰ In questo senso, Cass., sez. II, 17 febbraio 2023, n. 5073, in *Dir. & giust.*, 20 febbraio 2023.

⁵¹ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Familia*, 2019, p. 345, con nota di M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737, con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.

to di surrogazione, contenuto nell'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004. La fattispecie costituisce un reato, per prevenire forme di compromissione della dignità della gestante, per sopprimere più efficacemente le forme di abuso ai danni delle donne più vulnerabili⁵². La disposizione non considera la distinzione dogmatica tra fattispecie di surrogazione⁵³ e a sostegno dell'assolutezza del divieto si sottolinea la portata generale dell'inciso «in qualsiasi forma». La disposizione, che in queste vicende caratterizza l'accezione dell'ordine pubblico internazionale, si pone anche a presidio delle adozioni. La filiazione non biologica può essere costituita tramite il procedimento di adozione, sottoposto al sindacato del giudice, in conformità con i presupposti soggettivi previsti dalla legge. Come già sostenuto nei precedenti: all'istituto dell'adozione «l'ordinamento affida – attraverso una disciplina governata da regole poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori – la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato»⁵⁴.

Oltre ad addurre «motivazioni piuttosto stereotipe»⁵⁵, la Cassazione non separa i piani di indagine: non ha sottoposto al vaglio di compatibilità lo *status filiationis* derivante da condotta lecita nell'ordinamento straniero e illecita nell'ordinamento italiano, ma si è limitata a verificare se la GPA possa considerarsi compatibile con i valori ordinamentali. Si omette di considerare come la filiazione derivante da fatto di reato o da fatto illecito non sia di per sé contraria all'ordine pubblico, né viene operata, con riferimento alla fattispecie di reato, una valutazione della offensività.

La questione del riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero dichiarativo della genitorialità legale in capo al genitore sociale è tornata all'attenzione delle Sezioni unite⁵⁶. La sez. I della Cassazione ha affermato che non è possibile pervenire alla medesima soluzione interpretativa già raggiunta dalla Cassazione nella sua più autorevole composizione perché, è stato sottoli-

⁵² M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal*, 2015, p. 91.

⁵³ Su locazione e surrogazione, G. CASSANO, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 24. Sulla distinzione tra GPA solidale e commerciale, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 52; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 69; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"* in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 23; U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 206.

⁵⁴ Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 1, c. 3414; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

⁵⁵ A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato*, cit., p. 13.

⁵⁶ Cass., sez. I, 22 gennaio 2022, n. 1842.

neato, *medio tempore* la Corte costituzionale⁵⁷ ha privato di fondamento i presupposti su cui si fondava la decisione delle Sezioni Unite. L'adozione in casi particolari non offre una adeguata tutela al minore, ragione per cui è stato mosso un (ulteriore) monito al legislatore italiano. Inoltre, si pone una particolare attenzione alla continuità degli *status*, considerato il diritto alla circolazione dei cittadini tra paesi dell'Unione: tale circolazione non riguarda solo lo spostamento delle persone, ma pure la conservazione degli *status* acquisiti dalle formazioni sociali.

Ricostruiti i precedenti, la Prima Sezione ha riscontrato un vuoto normativo, ha confermato l'ineidoneità dell'art. 44, comma 1, lett. *d*), legge n. 184/1983 per la tutela del minore e ha evidenziato l'opportunità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite, compatibile con il diritto costituzionale e comunitario. Secondo la corte, per il riconoscimento occorre andare oltre il dato del generale divieto di GPA, per individuare i confini applicativi di questa fattispecie di reato, gli elementi costitutivi, i beni giuridici. Particolare attenzione, pur senza espressa menzione, è stata dedicata così al principio di offensività⁵⁸. La verifica di compatibilità, tra effetti dell'istituto straniero e il complesso di principi di ordine pubblico, va condotta in concreto, considerando le modalità di esecuzione della surrogazione svolta all'estero e verificando l'idoneità delle stesse a ledere la dignità della gestante e a minare i rapporti umani.

Nella prospettiva *case by case*, la GPA, realizzata in uno Stato in cui la procedura è medicalizzata, procedimentalizzata dalla legge, regolata a tutela della gestante e del minore, non pregiudicherebbe la dignità umana. Si dubita, poi, della offensività e, conseguentemente, della incompatibilità con l'ordine pubblico di una filiazione derivante da surrogazione allorquando specifiche norme prevedano la possibilità in capo alla gestante di revocare il consenso, con una previsione formale e calcolabile. Ancora, si ritiene compatibile la filiazione da GPA, laddove la genitorialità è attribuita secondo regole prevedibili e certe, sono vietati lo sfruttamento, la coercizione o anche solo la remunerazione. Nei casi elencati sarebbe addirittura sproporzionato un automatismo sanzionatorio che, peraltro, difetta nelle filiazioni derivanti da altri delitti.

L'approccio valorizza un principio del diritto penale, come già accaduto nell'arresto a Sezioni Unite sulla delibazione delle condanne ai danni punitivi⁵⁹. Da quanto precede consegue che l'«interferenza lesiva», produttiva di contrasto con la clausola di ordine pubblico, sussiste solo in alcuni casi espressamente

⁵⁷ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 e 33. Sul punto, G. LA ROCCA, *La genitorialità omoaffettiva tra artt. 2 e 29 Cost.: la Corte costituzionale sollecita il Parlamento su questioni sensibili non solo eticamente*, in *IlCaso.it*, 25 ottobre 2021, p. 3.

⁵⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Cedam-WoltersKluwer, Padova-Milano, 2020, p. 181.

⁵⁹ Cass. n. 16601/2017, cit.

elencati: quando si eseguono pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che garantiscono il minore nei procedimenti di adozione internazionale, riducendo il nato a merce⁶⁰; quando l'adozione dissimuli un accordo di maternità surrogata; quando la filiazione da surrogazione sia stata ottenuta fraudolentemente da parte di persone che non vantano i requisiti soggettivi richiesti dalla disciplina sulle adozioni; nei casi in cui la GPA è condotta da una donna terza ai committenti e le cellule riproduttive impiegate per la fecondazione appartengono solo a donatori. In quest'ultima fattispecie mancherebbero tutti i legami biologici, genetici e gestazionali tra i committenti e il nato⁶¹, mentre, in conformità con i precedenti della Corte Edu, occorre almeno un apporto genetico della coppia.

L'impostazione interpretativa fondata sul metodo casistico non è stata accolta dalle Sezioni Unite⁶²: la filiazione da surrogazione della maternità si fonda su un accordo tra committenti e gestante, funzionale alla rinuncia preventiva del reclamo dei diritti sul minore. Un simile patto è vietato, perché il suo risultato è gravemente lesivo della dignità in senso oggettivo⁶³ della persona, quale che sia la controprestazione pattuita. È lesa la dignità della donna direttamente coinvolta nel processo procreativo, al solo scopo di adempiere una obbligazione. Per questo, non si può giustificare la trascrizione dell'atto straniero: il riconoscimento della genitorialità intenzionale non realizza la tutela del minore. Dunque, seguendo pure le recenti coordinate ermeneutiche della Corte Edu⁶⁴, lo strumento più idoneo è quello della adozione in casi particolari, con cui si demanda al giudice una valutazione in concreto del migliore interesse del minore.

Si supera l'ostacolo del consenso del genitore biologico attraverso una lettura costituzionale dell'ordito normativo. La corte considera questo aspetto

⁶⁰ Cass., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 12, c. 3408; Corte Edu 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, C-25368/12; Cass., sez. un., 31 marzo 2001, n. 9006, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 2054; in *Riv. dir. int.*, 2021, 3, p. 841, con nota di G. PUMA, *Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano*; in *Dir. fam. pers.*, 2021, 4, p. 1541, con nota di S. MESSINA, *Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore*.

⁶¹ Corte Edu, sez. III, 18 maggio 2021, *Valdís Fjölnisdóttir e al. c. Islanda*, C-71552/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, p. 396 ss.

⁶² Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Famiglia*, 21 marzo 2023, con nota di S. PATTI-M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*.

⁶³ R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *Biolaw Journal*, 2021, 3, pp. 145-150; ID., *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal*, 2019, 2, pp. 1-5; G. BARCELLONA, *La dignità del nano: storia di un quid*, in C. BERGONZINI-A. COSSIRI-G. DI COSIMO-A. GUAZZAROTTI-C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, p. 600; ID., *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2018, p. 1.

⁶⁴ Corte Edu, sez. V, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, C-11288/18, in *Dir. um. dir. int.*, 2021, 3, p. 709-716.

come uno dei maggiori punti di criticità della adozione mite, poiché preme garantire al minore una condizione di stabilità rapporto di cura, specie a fronte di eventuali sopravvenienze nei rapporti tra adulti. Dunque, si propone la presunzione del consenso del genitore biologico. Muovendo dal tenore della norma, si è consolidata una interpretazione restrittiva dell'art. 46, legge n. 184/1983, che attribuisce rilievo al consenso o al veto del solo genitore biologico che concretamente esercita la responsabilità genitoriale e che intrattiene un rapporto affettivo stabile con il figlio. Se così è, si può superare il dissenso del genitore biologico che non versa in tale condizione. Inoltre, nelle fattispecie di filiazione da GPA eseguita all'estero, quando la domanda di adozione, ai sensi dell'art. 44, lett. d), legge n. 184/1983, viene proposta dal genitore sociale, solitamente si fonda su un progetto procreativo condiviso con il genitore biologico. Ancora, il genitore biologico non dispone di un diritto potestativo al dissenso: la determinazione di cui all'art. 46 è funzionalizzata alla tutela del migliore interesse del minore, proprio come accade nel dissenso al riconoscimento. Ne deriva che il dissenso trova spazio solo quando manca un rapporto tra minore e genitore d'intenzione oppure in caso di abbandono, non anche per la crisi della coppia di committenti.

Le conclusioni sulla intrascrivibilità sono state raggiunte, poi, all'esito delle riflessioni sull'ordine pubblico. La verifica di compatibilità riguarda gli effetti e non il presupposto; dunque, non può essere data una interpretazione estensiva alla clausola, altrimenti sarebbe sufficiente la diversità tra gli ordinamenti per non dare luogo alla delibazione. Si considerano i principi fondamentali, i valori della Costituzione, le regole che danno concreta attuazione ai principi generali costituzionali, i valori condivisi dalla comunità internazionale. Nelle vicende sulla filiazione costituita all'estero da GPA, i principi che compongono la clausola sono l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori, il principio dell'interesse del minore, il principio di non discriminazione, il principio solidaristico che fonda la genitorialità sociale. Eppure, tre motivi ostacolano il riconoscimento automatico. Anzitutto, la trascrizione non disincentiva la surrogazione. In secondo luogo, il consenso rappresenta l'elemento costitutivo della filiazione per la filiazione da fecondazione eterologa, non anche per la GPA. Infine, occorre una valutazione concreta dell'interesse del minore e questa può essere eseguita dal giudice dell'adozione in casi particolari.

La Cassazione non accoglie il metodo casistico dell'ordinanza di rimessione⁶⁵, per proporre un altro, che non coinvolge la clausola di ordine pubblico e che non è devoluto al giudice della delibazione, ma all'autorità giudiziaria adita per l'adozione. Inoltre, è necessario attivare un'apposita procedura, su richiesta degli interessati. L'indirizzo illustrato *bypassa* la funzione stessa della clausola di

⁶⁵ S. PATTI-M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit., pp. 2-3.

ordine pubblico e pone ulteriori problemi, rilevati e non risolti dalla stessa Cassazione.

Pure affermando l'applicazione dell'ordine pubblico agli effetti e non al presupposto, si tradisce la premessa perché non si opera alcuna concreta distinzione tra filiazione e GPA.

La dignità umana, intesa in senso oggettivo, continua a prevalere sul principio di non discriminazione, di uguaglianza, di autodeterminazione: la dignità è tutelata come valore in sé, a prescindere dalle scelte dell'individuo e anche in contrasto con la sua libertà di autodeterminazione⁶⁶. Si adotta un concetto che si colloca «non molto lontano da quei concetti di moralità pubblica e di buon costume, di *standard* etici imposti all'individuo» e si rovescia il concetto, in quanto «non spetta all'individuo nella sua autonomia, determinare che cosa gli convenga fare per vivere dignitosamente, ma è la morale comune che gli impone di non far uso delle qualità del suo corpo se così offende il buon costume»⁶⁷.

L'utilizzo dell'argomento della dignità umana in senso oggettivo⁶⁸, a prima lettura, sembra manifestare l'adesione alla concezione personalistica dell'uomo e della donna, intesi come valore, persona, fine, soggetto di connaturali diritti e non strumentalizzabile in funzione di interessi di carattere extra-personale. Eppure, l'apparato argomentativo aderisce alla concezione utilitaristica dell'uomo-cosa o uomo-mezzo. La Cassazione afferma, infatti, che se si dovesse riconoscere lo *status filiationis* da GPA svolta all'estero allora non si riuscirebbe a prevenire il turismo procreativo. In questo modo, l'interpretazione della clausola di ordine pubblico rappresenta l'asservimento del singolo all'utilitarismo statutale, collettivistico, maggioritario⁶⁹. All'opposto, l'adesione alla concezione personalistica, fondata sulla indisponibilità della persona, subordina la liceità dei trattamenti sul corpo a due limiti. Tra il limite oggettivo è la tutela della dignità, il limite soggettivo è il principio del consenso. Dunque, nell'applicazione della clausola di ordine pubblico, occorre considerare tali limiti e verificare la compatibilità degli effetti.

Altra contraddizione si evidenzia nella peculiare applicazione delle norme che si occupano della PMA. Secondo la corte, gli artt. 8 e 9, legge n. 40/2004, in cui si regola la genitorialità sociale, rilevano solo per i casi di fecondazione ete-

⁶⁶ Corte cost. 7 giugno 2019, n. 141, in *Giur. pen.*, 2019, p. 10. Per un commento, R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Quad. cost.*, 26 novembre 2019.

⁶⁷ R. BIN, *Quanto è laica la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni eticamente sensibili?*, Relazione al Convegno «30 anni di Laicità dello Stato. Fu vera gloria?», Firenze, 27-28 settembre 2019; ID., *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, cit., pp. 145-150; ID., *La Corte, i giudici e la dignità umana*, cit., pp. 1-5.

⁶⁸ S. PATTI-M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit., p. 6; A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato*, cit., p. 13.

⁶⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, 2022, I, p. 2.

rologa. Così il consenso rappresenta un elemento costitutivo solo quando la gestazione è condotta da uno dei due pazienti, mentre non può produrre effetti per la GPA. Eppure, le disposizioni risultavano incluse in un impianto normativo che non considerava la fecondazione eterologa, anzi la vietava. Il divieto è stato rimosso solo nel 2014⁷⁰ e, dunque, non si comprende come le norme possano rilevare esclusivamente per una pratica che è stata ammessa dieci anni dopo l'entrata in vigore della legge⁷¹.

Altre antinomie si rinvergono nel confronto tra gli approcci interpretativi adottati sulla tutela del corpo femminile. Le Sezioni Unite affermano che la GPA costituisce una tecnica di *commodification*, anche se gratuita e in difetto di uno stato economico di necessità. Eppure se la surrogazione consente la nascita di una persona, è necessario il confronto con l'istituto della interruzione volontaria della gravidanza, che impedisce la nascita. Nel caso dell'aborto⁷², come è stato osservato, l'autodeterminazione della gestante ha prevalso, «mentre non si comprende perché esso non debba prevalere nel caso in esame»⁷³.

Si evidenzia, poi, una generalizzazione del modello di GPA, come tecnica fondata su accordi tra gestante e coppia di genitori. Sembrano obliolate le fattispecie procedimentalizzate, controllate da autorità indipendenti, fondate su un consenso unilaterale. Sempre attraverso una generalizzazione, si assume che la maggioranza degli Stati, specie quelli europei, vietino e sanzionino la surrogazione della maternità⁷⁴. A ben vedere, così non è e il panorama risulta più eterogeneo. In specie, è possibile differenziare gli approcci dei legislatori: netto divieto⁷⁵; nessun divieto espresso⁷⁶; ammissibilità della pratica; regolamentazione degli effetti⁷⁷. Entro una analisi comparata attenta⁷⁸, emerge che la GPA, nella

⁷⁰ Corte cost. n. 162/2014, cit.

⁷¹ U. SALANITRO, *Modelli familiari, mutamenti strutturali e disciplina della filiazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 10 ss.; C.M. BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, pp. 152-168.

⁷² Indirizzo ribadito recentemente da Cass., sez. III, 15 gennaio 2021, n. 653 e che trova riscontro nel dettato normativo, contenuto nella legge 22 maggio 1978, n. 194.

⁷³ S. PATTI-M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit., p. 4.

⁷⁴ A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato*, cit., p. 16 nota 39.

⁷⁵ Questo è il caso di Italia, Austria, Finlandia, Estonia, Germania, Ungheria, Lituania, Malta, Slovenia, Spagna, Svezia.

⁷⁶ Questo è il caso di Francia, Irlanda, Lussemburgo, Olanda, Danimarca, Lettonia, Polonia, Romania, Slovacchia, Repubblica Ceca, Cipro, Belgio, Bulgaria.

⁷⁷ Questo è il caso di Grecia e Portogallo.

⁷⁸ I dati sono disponibili sul sito del Parlamento Europeo, nello studio del Directorate General For Internal Policies Policy Department Citizens' Rights And Constitutional Affairs Legal Affairs. Cfr. L. BRUNET-J. CARRUTHERS-K. DAVAKI-D. KING-C. MARZO-J. MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, in www.europarl.europa.eu.

maggior parte degli ordinamenti europei, non è vietata e non neppure è regolata: talvolta, se ne assume la contrarietà all'ordine pubblico, in via interpretativa, o si sancisce la nullità per specifici tipi di accordi e, talaltra, non è nulla ne contraria all'ordine pubblico. E, allora, l'eterogeneità, lungi dal confortare l'accezione di ordine pubblico impiegata dalle Sezioni Unite, deve incidere sulle modalità di applicazione della clausola, attesa la sua vocazione per la tutela del c.d. *international comity*.

Ancora, le Sezioni Unite sembrano accordare particolare rilievo alla giurisprudenza Cedu, secondo cui l'adozione costituisce lo strumento di attuazione del *best interest of the child*. Tuttavia, l'adozione richiamata dalla Corte europea non è l'adozione in casi particolari: struttura e natura di adozione legittimante, oggetto delle vicende sottoposte alla Corte di Strasburgo⁷⁹, e di adozione mite divergono non poco.

5. L'erosione della clausola di ordine pubblico

Anche la Corte di giustizia⁸⁰ si è pronunciata sulla applicazione dell'ordine pubblico alla filiazione da forme di procreazione vietate. L'occasione è stata offerta dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile bulgaro di rilasciare l'atto di nascita a una minore, figlia di una madre biologica britannica e di una madre sociale bulgara, precludendo così il conseguimento del documento di identità e, conseguentemente, frustrando il diritto la circolazione della minore nel territorio dell'Unione Europea. Il rifiuto è stato determinato dal contrasto con i limiti di ordine pubblico, posto a presidio della identità nazionale bulgara.

Il caso sottoposto alla Corte di giustizia ha per oggetto una filiazione da una fecondazione eterologa⁸¹ ma, nonostante la distinzione tra GPA e PMA, è possibile concentrarsi sulla suggerita interpretazione promozionale della clausola di ordine pubblico. Afferma la Corte, lo Stato è obbligato a rilasciare il documento di identità ai cittadini bulgari e così pure alla minore nata da madre bulgara, indipendentemente dalla emissione di un nuovo atto di nascita. In questo modo, la minore può esercitare i suoi diritti insieme ai suoi genitori, indipendentemente dal genere e dall'orientamento sessuale. Diversamente, una misura nazionale che voglia ostacolare la libera circolazione delle persone può essere giustificata solo dalla esigenza di tutelare altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti.

⁷⁹ Corte Edu, sez. II, 6 dicembre 2022, C-25212/21, *K.K. e al. c. Danimarca*.

⁸⁰ Corte giust. UE, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, C-490/20, in *Famiglia*, 7 febbraio 2022; Cass., sez. I, 22 gennaio 2022, n. 1842; Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *ilFamiliari-sta*, 3 gennaio 2023.

⁸¹ Corte giust., C-490/20, cit., § 122; Avvocato Generale Kokott, in *Opinione dell'Avvocato generale Kokott*, C-490/20, 15 aprile 2021, n. 78.

L'accezione di ordine pubblico impiegata dallo Stato bulgaro, impeditiva del rilascio del documento, determina un sacrificio ingiustificato dei diritti della minore e, segnatamente, del rispetto alla vita privata, *ex art.* 8 Cedu, del diritto alla protezione e alle cure necessarie per il minore, del diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, della libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri, *ex artt.* 7, 24 e 45 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sarebbe contrario ai diritti fondamentali privare il minore del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli *de facto* impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto, solo perché i suoi genitori sono dello stesso sesso.

Così il diritto alla circolazione delle persone diviene pure diritto alla continuità degli *status* di cui le persone sono titolari, quale che sia il luogo entro cui lo *status* è attribuito, e tale diritto entra a far parte di quei principi che vanno a comporre l'ordine pubblico. Garantire la circolazione ed il soggiorno nell'ambito dell'Unione significa, allora, garantire pure il godimento dei diritti e delle relazioni che derivano dagli *status* originariamente acquisiti dalla formazione sociale, indipendentemente dai limiti di ordine pubblico presenti negli stati in cui la formazione sociale circola e soggiorna. La Corte, però, specifica: le affermazioni che precedono assumono rilievo «ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21, § 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi».

Sull'ordine pubblico si predilige una impostazione restrittiva, di carattere promozionale, protettiva dell'*international comity*⁸². Nella pronuncia la verifica non viene operata tenuto conto del presupposto della filiazione ma degli effetti: infatti, non vi sono tracce della tecnica generativa nell'apparato motivazionale della pronuncia⁸³; si considera semmai il rapporto giuridico costituito legittimamente all'estero tra il minore e il genitore sociale. Inoltre, la clausola non può essere interpretata in via unilaterale e senza alcun controllo da parte delle Istituzioni dell'Unione. Sicché l'ordine pubblico deve operare entro un perimetro limitato quando si presentano genuine e gravi aggressioni per i diritti fondamentali degli individui.

La chiave interpretativa offerta dalla Corte di giustizia non costituisce un *novum*, anzi si conforma al precedente *Coman c. Romania*⁸⁴. Tuttavia, sorprende l'interprete, in quanto la Corte di giustizia elabora coordinate interpretative per l'applicazione di una clausola, quale è quella di ordine pubblico, che ha costituito e costituisce tradizionalmente un limite proprio dell'ordinamento nazionale. La Corte di giustizia interferisce, per questa via, con un meccanismo di reazione

⁸² Corte Edu, sez. III, 18 maggio 2021, *Valdís Fjölmiðdóttir e al. c. Islanda*, C-71552/17.

⁸³ *Supra*, nota 73.

⁸⁴ Corte giust. UE, 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman c. Inspectoratul*, § 44.

del sistema giuridico nazionale «alle irritazioni» che provengono dall'esterno⁸⁵.

L'interpretazione della CGUE assume una peculiare rilevanza se si considera il disposto dell'art. 52, comma 3, Carta di Nizza. In particolare, quando la CDFUE prevede diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata dei diritti contenuti nella prima sono uguali a quelli conferiti dalla convenzione, così come interpretati dalla Corte di giustizia. Dunque, le disposizioni e l'interpretazione della CGUE, fin qui richiamati, incidono direttamente sull'ordinamento interno.

Oltre alle decisioni Coman e Pancharevo, deve essere evidenziata una eventuale ulteriore tappa verso la progressiva erosione della clausola generale: la recente proposta di regolamento europeo relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione⁸⁶. L'obiettivo della proposta è l'armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato sulla filiazione, a prescindere dalle modalità di concepimento e alle condizioni sussistenti alla nascita. Due sono gli elementi di novità più rilevanti, quantomeno per quanto concerne lo spazio di indagine del privatista.

La prima innovazione riguarda l'ordine pubblico, *ex artt.* 2, 22, 31 della proposta. Nelle vicende *cross border* relative alla filiazione comunque conseguita, l'art. 22 consentirebbe di riconoscere lo *status filiationis*, conformemente alla legge dello Stato di residenza della gestante. Tuttavia, gli effetti prodotti dall'istituto straniero non devono essere manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico. La norma specifica come si debba intendere la clausola generale: «nel rispetto dei diritti e dei principi fondamentali riconosciuti dalla Carta [di Nizza], in particolare l'articolo 21 sul principio di non discriminazione». Si aggiunge, poi, l'art. 31, § 2 che prevede tra i motivi di diniego al riconoscimento l'incompatibilità con l'ordine pubblico, ma nella applicazione della clausola – specifica – vanno considerati preminenti gli interessi del minore. Si propone, in via cogente, una accezione dell'ordine pubblico promozionale, qualificata, adesiva alla interpretazione della CGUE. Si incide nella prima fase applicativa della clausola di ordine pubblico, in cui il giudice seleziona gli interessi e i valori rilevanti per la successiva fase di bilanciamento. Inoltre, si introduce uno specifico elemento di interferenza nella seconda fase di valutazione dei valori in conflitto: si accorda un peso ponderale agli interessi minore, *ex se* superiore.

Il certificato europeo, *ex art.* 46 della proposta, costituisce un secondo elemento innovativo. Rappresenta un titolo idoneo per l'iscrizione nel registro nazionale, con gli stessi effetti in tutti gli Stati. Similmente al certificato successo-

⁸⁵ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 11; ID., *Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 7-63.

⁸⁶ S. PATTI-M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit., pp. 7-9.

rio⁸⁷, semplifica le procedure di trascrizione di atti e provvedimenti nelle vicende dotate di implicazioni transfrontaliere. Dunque, con il certificato si mira a ridurre gli oneri in capo ai cittadini. L'atto ha efficacia probatoria: dimostra gli elementi accertati in base alla legge applicabile all'accertamento della filiazione, ex artt. 17 e 53, senza obliterare la verifica di ordine pubblico. Ciò trova riscontro nella relazione accompagnatoria alla proposta, nei principi ispiratori che anticipano la proposta⁸⁸, nella bozza di certificato unico europeo allegato e nei requisiti di utilizzo del certificato. La verifica, tuttavia, avviene alla stregua della nozione funzionalizzata dell'*ordre publique*. Una volta riconosciuto, il certificato unico europeo di filiazione consentirebbe di dare una cornice agli effetti prodotti dall'istituto straniero nell'ordinamento interno.

6. Conclusioni

Nel 1824 la Court of Common Pleas britannica, nel caso Richardson c. Mellish, ha definito l'ordine pubblico come un *unruly horse*, un cavallo pazzo, sul quale «una volta saliti non si sa dove si verrà condotti»⁸⁹. La locuzione descrive con efficacia le difficoltà che incontra il giurista nello studio della clausola di ordine pubblico.

Vi è da chiedersi: il “cavallo ribelle” è stato sedato? All'esito di questa disamina, si prende atto, da un lato, delle perduranti torsioni interpretative della clausola. Dall'altro, però, si deve considerare l'avvio di un processo di erosione della clausola, ad opera della Corte di giustizia e, più recentemente, della Commissione europea.

Eppure, non può darsi una risposta positiva al quesito. Il Senato italiano ha adottato una risoluzione contro la proposta di regolamento, perché sono stati evidenziati rischi di elusione dell'ordine pubblico: le norme che regolano il certificato unico europeo di filiazione non richiamano espressamente la clausola generale. In secondo luogo, appare assai remota l'approvazione di questo schema: sarà necessario il voto unanime degli Stati membri, tra i quali sussiste ancora una eterogeneità di posizioni interpretative sulla GPA e sull'ordine pubblico.

⁸⁷ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012.

⁸⁸ Il pensiero corre al considerando n. 77.

⁸⁹ Court of Common Pleas, 2 luglio 1824, Richardson v. Mellish, 130 E.R. 294 <https://vlex.co.uk/vid/richardson-v-mellish-807184749>, ultima consultazione 9 marzo 2023.

RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI
E GIURISPRUDENZIALI
IN TEMA DI CRISI CONIUGALE

LA COMPENSAZIONE DEI SACRIFICI
PER LA FAMIGLIA TRA MANTENIMENTO DELL'EX
CONIUGE SVANTAGGIATO E REDISTRIBUZIONE
DELLA RICCHEZZA FAMILIARE.
SPUNTI COMPARATIVI E PROSPETTIVE
DI DIRITTO INTERNO*

Emanuele Bilotti

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. I principi di diritto europeo della famiglia. – 2.1. L'opzione per il c.d. *pillar approach*. – 2.2. La complessità funzionale del mantenimento tra ex coniugi. – 2.3. La duplice funzione perequativa e compensativa dei meccanismi di redistribuzione della ricchezza familiare. – 2.4. L'opzione per soluzioni di *opt-out* con rigorosi limiti procedurali e sostanziali. – 3. L'elaborazione della c.d. *Kernbereichslehre* nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche. – 3.1. La decisione del *Bundesgerichtshof* del 2004: a) le distinte ipotesi di *Wirksamkeitskontrolle* e di *Ausübungskontrolle*. – 3.2. La decisione del *Bundesgerichtshof* del 2004: b) la c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*. – 3.3. L'approfondimento dottrinario della *Kernbereichslehre*: a) la giustificazione dogmatica della correzione giudiziale dell'accordo derogatorio. – 3.4. L'approfondimento dottrinario della *Kernbereichslehre*: b) il superamento del limite della c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Il problema

È stato autorevolmente affermato che il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi esige che i coniugi stessi “escano” dal matrimonio in condizioni patrimoniali e reddituali equilibrate e coerenti con le loro comuni scelte di vita, tenuto conto delle capacità – anche potenziali – rispettivamente godute

* Il presente scritto, con l'aggiunta in nota dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali e di taluni svolgimenti ulteriori, ripropone i contenuti della relazione svolta dall'A. in occasione del Convegno “Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte”. Il Convegno ha avuto luogo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano “Bicocca” il 26, 27 e 28 gennaio 2023. Il lavoro è destinato al *Liber amicorum* per il prof. Michele Sesta.

all'inizio del rapporto¹. A seguito del fallimento del progetto di vita in comune non dovrebbero quindi diventare irrilevanti le scelte concordate in ordine all'organizzazione della vita familiare, soprattutto laddove si siano tradotte in sacrifici per la famiglia: quei sacrifici che i giuristi tedeschi indicano efficacemente con l'espressione *ebebedingte Nachteile*, svantaggi connessi al matrimonio.

Ma come realizzare al meglio le istanze compensative emergenti a seguito dello scioglimento del matrimonio? Attraverso le regole sul mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato o attraverso il meccanismo perequativo connesso al regime patrimoniale legale? O, ancora, attraverso un'opportuna combinazione di entrambe le soluzioni indicate? O non esistono forse, accanto al mantenimento, altri luoghi normativi in cui cercare una risposta adeguata al problema della giusta compensazione dei sacrifici fatti per la famiglia?

È noto che la nostra giurisprudenza di legittimità ha accolto l'idea della realizzazione delle istanze compensative per il tramite del mantenimento dell'ex coniuge. Le sezioni unite del 2018 hanno infatti subordinato la spettanza dell'assegno di divorzio alla prova di uno squilibrio reddituale tra ex coniugi e della sua riconducibilità all'apporto fornito alla vita familiare e alle rinunce a tal fine effettuate dall'avente diritto².

¹ Così M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VII ed., Cedam, Padova, 2019, p. 198.

² Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, pubblicata, tra l'altro, in *Giur. it.*, 2018, p. 1843 ss., con nota di C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss., con nota di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1601 ss., con nota di C. BENANTI, *La "nuova" funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*; sulla decisione cit. v. anche i contributi pubblicati in *Fam. e dir.*, 2018, e, tra questi, in part.: C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale* (p. 955 ss.); M. DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione* (p. 964 ss.); E. QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio* (p. 971 ss.); M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare* (p. 983 ss.); E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite* (p. 1019 ss.); C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio* (p. 1041 ss.). Com'è noto, la decisione cit. ha inteso risolvere il contrasto giurisprudenziale inaugurato da Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 642 ss., con note di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà postconiugale* e di F. DANOVÌ, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; in *Giur. it.*, 2017, p. 1799 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1274 ss., con nota di ID., *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fenomeno assistenziale*; su quest'ultima decisione v. anche E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 885 ss.; M. SESTA, *La solidarietà postconiugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 516 ss.

La decisione di maggio del 2017, contraddicendo un orientamento ormai consolidato da più di trent'anni nella giurisprudenza di legittimità, ha affermato che, in base all'art. 5, comma 6, legge n. 898/1970, il criterio di attribuzione dell'assegno di divorzio deve essere correttamente individuato nella mancanza di mezzi adeguati a consentire un'esistenza libera e dignitosa e non a conservare il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Le turbolenze giurisprudenziali che, a partire da quest'ultima decisione, hanno ripreso ad interessare la materia sono espressione di due istanze concorrenti, entrambe profondamente radicate nella coscienza collettiva: da una parte, c'è la spinta a contenere entro limiti ragionevoli la solidarietà postconiugale, contrastandone le derive c.d. criptoindissolubiliste e promuovendo piuttosto il valore dell'autoresponsabilità; dall'altra, c'è l'esigenza di riconoscere la giusta rilevanza anche alle istanze perequative e compensative, valorizzando gli apporti di ciascun coniuge alla costituzione del patrimonio familiare e ancor più i sacrifici fatti per la famiglia.

La decisione delle sezioni unite del 2018, accogliendo le sollecitazioni della migliore dottrina, ha inteso farsi carico di entrambe le istanze indicate, provando a comporre in un equilibrio coerente col sistema della legalità costituzionale.

Dopo la decisione del 2018 si registra, in giurisprudenza e in dottrina, un consenso crescente quanto alla necessità di rimediare allo squilibrio economico-patrimoniale tra ex coniugi riconducibile a sacrifici per la famiglia sopportati dal coniuge svantaggiato nell'attuazione di scelte condivise. Al riguardo, nella letteratura più recente, sia pure con accenti diversi, v. almeno M. SESTA, *Profili attuali della solidarietà postconiugale*, in V. CUFFARO (a cura di), *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 128 ss.; E. QUADRI, *La quarta stagione del divorzio: le prospettive di riforma*, *ivi*, p. 88 ss.; E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale*, *ivi*, p. 271 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 754 ss. Invero, in una parte degli interpreti va affermandosi l'idea della preminenza della funzione compensativa dell'assegno di divorzio. In tal senso v. soprattutto C. RIMINI, *Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 270 ss.; ID., *Il nuovo assegno di divorzio*, *cit.*, p. 1858; ID., *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza tra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 424. Più cauta la posizione di E. AL MUREDEN, *op. ult. cit.*, p. 278, il quale evidenzia come «la funzione “perequativa-compensativa”, potendo attuarsi solo a tutela del richiedente che si trovi in posizione di “squilibrio nella realizzazione personale e professionale”, presuppone sempre una base in senso lato assistenziale alla quale risulta imprescindibilmente collegata in una posizione di accessorietà», sicché deve piuttosto riconoscersi «la persistente preminenza della funzione assistenziale dell'assegno di divorzio». Nello stesso senso v. anche M. BIANCA, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, in V. CUFFARO (a cura di), *Divorzio 1970-2020*, *cit.*, p. 335 ss., seguendo l'autorevole insegnamento di C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 957, per il quale, anche dopo la pronuncia delle sezioni unite del 2018, deve riconoscersi la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno, dato che «all'ex coniuge l'assegno è dovuto non perché abbia maggiormente contribuito a incrementare il patrimonio familiare o perché abbia maggiormente accudito alla prole, ma perché la comunione di vita coniugale vissuta dai coniugi rende moralmente doveroso prestarsi reciproco aiuto». Sempre nello stesso senso v. anche D. BUZZELLI, *Una “rilettura” del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1357 ss.

L'affermazione della funzione “esclusivamente” compensativa dell'assegno di divorzio ricorre nondimeno in Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198. Quest'ultima decisione ha stabilito che anche l'ex coniuge debole che abbia instaurato una convivenza stabile con un terzo conserva il diritto all'assegno di divorzio purché possa offrire la prova del contributo offerto alla comunione familiare. La decisione è pubblicata, tra l'altro, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 113 ss., con note di F. DANOVÌ, *Asse-*

Tale soluzione è sembrata tuttavia problematica sotto più punti di vista, soprattutto laddove non ci siano reali esigenze assistenziali da soddisfare, ma solo istanze compensative³. È stato significativamente osservato, inoltre, che, pur a distanza di qualche anno dall'intervento delle sezioni unite, la prassi giurisprudenziale non sembra ancora aver elaborato un metodo di calcolo dell'assegno divorzile uniforme e saldamente ancorato ad esigenze compensative⁴.

D'altra parte, è stato pure autorevolmente evidenziato come, nel nostro ordinamento, la possibilità di un riequilibrio patrimoniale al momento della rottura del matrimonio sia fortemente compromessa dalla derogabilità del regime legale di comunione⁵: una derogabilità che, com'è noto, almeno nella realtà italia-

gno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza, C. RIMINI, *Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema* e E. AL MUREDEN, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1390 ss., con nota di E. QUADRI, *Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*; in *Giur. it.*, 2022, p. 1077 ss., con nota di R. CATERINA, *Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio*. Su questa decisione v. anche U. ROMA, *Assegno di divorzio e nuova convivenza tra inerzia legislativa, evoluzione interpretativa e mutamento sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 217 ss. Per un'analisi critica della sentenza del 2021, con particolare riferimento proprio alla statuizione della funzione "esclusivamente" compensativa dell'assegno divorzile, v. M. BIANCA, *Le Sezioni unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*, in *www.giustiziainsieme.it* (pubbl. on line del 21 dicembre 2021), § 3, la quale evidenzia, tra l'altro, come, nella motivazione di quella decisione, «la funzione assistenziale cacciata dalla porta rientra dalla finestra», in quanto si riconosce comunque che la carenza in capo ad uno dei coniugi di mezzi adeguati costituisce il "prerequisito fattuale" del diritto all'assegno.

³ In tal senso v., ad es., M. BIANCA, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, cit., p. 335 ss.

⁴ Cfr. C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 423 ss.

⁵ Così M. SESTA, *Manuale*, cit., p. 198 s. L'illustre A. non manca di sottolineare che, se dall'inderogabilità del regime primario di contribuzione «si può trarre ... conferma del fatto che [quel regime] costituisce effettivamente espressione di un principio costituzionale», la derogabilità del regime secondario di comunione rende invece «ancor più evidente che la previsione di tale regime come legale non ha senz'altro lo scopo di dare attuazione all'art. 29 Cost.» (*op. cit.*, 98). Secondo Sesta, la derogabilità del regime legale fa sì che, nell'ordinamento italiano, «l'assegno di mantenimento e l'assegno di divorzio costituiscono gli unici strumenti a cui affidare inderogabilmente l'attuazione del principio secondo cui i coniugi devono lasciare il matrimonio in posizione di eguaglianza» (*op. cit.*, 199). Sempre Sesta (*Profili attuali della solidarietà post coniugale*, cit., p. 133) non può comunque fare a meno di riconoscere «la tendenziale scarsa attitudine dell'assegno [di divorzio] a svolgere una ragionevole perequazione». E ciò perché «la vita coniugale può articolarsi in maniera talmente variegata e complessa da rendere estremamente arduo stabilire chi e quanto ci abbia guadagnato e chi e quanto ci abbia rimesso e ancor più è impossibile – stante il carattere periodico dell'assegno – rateizzare, per un tempo indefinibile a priori, quanto necessario a pareggiare i conti». Proprio in considerazione di ciò, ribadendo il convincimento già espresso nel *Manuale*, l'illustre A. osserva che, in vista di una giusta compensazione dei sacrifici fatti per la famiglia, «un ruolo di equilibrio molto importante dovrebbe essere svolto dal regime patrimoniale

na, ha consentito una vera e propria “fuga” dalla comunione, verso la separazione dei beni⁶. In effetti, non è dubitabile che la comunione legale svolga anche una funzione di tutela del coniuge che abbia assunto su di sé i carichi familiari in maniera esclusiva o prevalente, compromettendo così, del tutto o in maniera significativa, la possibilità di conseguire un proprio reddito e di incrementare il proprio patrimonio.

L’opzione per una soluzione di *opt-out* – peraltro accolta in tutti gli ordinamenti continentali⁷ – sembra nondimeno trovare una solida giustificazione assiologica nella libertà riconosciuta ai coniugi anche con riferimento alla concreta conformazione dei reciproci obblighi contributivi, sempre nel quadro di un inderogabile impegno comune di solidarietà: una libertà che può dar luogo ai più svariati assetti familiari.

Si tratta allora di capire come garantire al meglio l’attuazione del principio costituzionale dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi in mancanza di un meccanismo inderogabile di redistribuzione paritaria della ricchezza creata nel matrimonio al momento del suo scioglimento.

In tal senso deve certamente essere considerata con grande attenzione la proposta di un attento studioso della materia di eliminare la possibilità riconosciuta ai coniugi di scegliere la separazione dei beni con una semplice dichiarazione recepita nell’atto di celebrazione del matrimonio⁸. Una simile possibilità, del resto, rappresenta un dato peculiare nel panorama continentale. Nella maggior parte degli ordinamenti dell’Europa continentale, infatti, per la deroga al regime legale, è richiesto l’atto pubblico non altrimenti surrogabile⁹. E ciò a garanzia di

della famiglia che invece è di fatto assente, stante la fuga dalla comunione legale dei beni, specie da parte delle coppie di livello medio alto».

⁶ Cfr. almeno M. SESTA, *Manuale*, cit., p. 97, per il quale «i dati statistici disponibili ... certamente dimostrano la (quantomeno sopravvenuta) inadeguatezza del sistema legale, pensato per una realtà sociale che non tiene sufficientemente conto della raggiunta parità uomo-donna e della diffusa instabilità matrimoniale, che, in uno con la complessità della disciplina, inducono le coppie a rifugiarsi nel regime della separazione». Può essere interessante notare fin da subito che il dato statistico della “fuga” verso il regime della separazione dei beni non trova riscontro in altri ordinamenti, anzitutto nell’ordinamento tedesco. Sulla limitata rilevanza statistica dell’opzione per la separazione dei beni in Germania v. S. MEDER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnungsgemeinschaft: Wandel der Rollenleitbilder und fortschreitende Individualisierung im Güterrecht*, Universitätverlag Halle-Wittenberg, Halle, 2010, p. 54, il quale evidenzia peraltro come in quell’ordinamento il regime legale redistributivo goda di un privilegio fiscale.

⁷ Al riguardo v. J. M. SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, in J.M. SCHERPE (a cura di), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Bloomsbury Publ., Oxford e Portland, 2012, p. 444 ss.; ID., *The financial consequences of divorce in a European perspective*, in J.M. SCHERPE (a cura di), *European Family Law, III, Family Law in a European Perspective*, Edward Elgar Publ., Cheltenham, 2016, p. 146 ss.

⁸ Cfr. C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 441.

⁹ Il vincolo della forma solenne è previsto per gli accordi che derogano al regime patrimoniale legale nel diritto tedesco (§ 1410 BGB), olandese (art. 1:115 c.c.), belga (art. 1392 cod. civ.), fran-

un'adeguata ponderazione della scelta anche in virtù della disponibilità di un'opportuna consulenza tecnica.

Ci si può chiedere però se, accanto ad un simile vincolo “procedurale” all'autonomia riconosciuta ai coniugi (o ai nubendi), non possa operare anche un limite “sostanziale”: se cioè, attraverso un opportuno controllo giudiziale sugli accordi sul regime secondario, la compensazione dei sacrifici per la famiglia non possa operare come limite teleologico alla derogabilità del regime legale¹⁰. È su questo punto che si intende offrire in questa sede un primo contributo di riflessione. E ciò a partire dalla considerazione dei testi di *Principi di diritto europeo della famiglia* elaborati dalla *Commission on European Family Law*¹¹ e delle soluzioni di altri ordinamenti – segnatamente dell'ordinamento tedesco – che sembrano aver avuto un ruolo determinante nell'ispirare i redattori di quei testi.

2. I principi di diritto europeo della famiglia

In questa sede l'analisi dei testi elaborati dalla *Commission on European Family Law* con diretta attinenza alla problematica in esame – i *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses* del 2004 e i *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses* del 2013¹² – può limitarsi ad evidenziare quattro caratteristiche di carattere generale: a) l'opzione per il c.d. *pillar approach* del diritto continentale, e cioè per un sistema legale di tutele che risulti dalla sinergia tra singoli rimedi specifici; b) la complessità funzionale del mantenimento tra ex coniugi, che si

cese (art. 1394 cod. civ.) e spagnolo (artt. 1325 e 1327 c.c.). Al riguardo v. J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 491, il quale rinvia a sua volta all'esposizioni analitiche della disciplina dei singoli ordinamenti nazionali contenute nello stesso volume.

¹⁰ È la proposta di una parte della dottrina tedesca: cfr. B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle. Ein Zwischenruf*, in *Archiv civ. Praxis*, 2010, p. 580 ss.; per maggiori chiarimenti ed ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali v. *infra*, § 3.4.

¹¹ In generale, sulla storia, i caratteri, gli obiettivi e le modalità di lavoro della *Commission on European Family Law*, nonché sullo stato e l'evoluzione dei lavori, si possono consultare, tra i contributi più recenti, K. BOELE-WOELKI, *The Commission on European Family Law: taking stock after almost twenty years*, in *Journal Int. and Comp. Law*, 2019, p. 233 ss.; EAD., *What family law for Europe?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2018, p. 1 ss.; N. DETHLOFF, *Familienrecht in Europa: Gemeinsame Grundlinien der Entwicklung und künftige Herausforderungen*, in K. HILBIG-LUGANI, P.M. HUBER (a cura di), *Moderne Familienformen*, De Gruyter, Berlin, 2019, p. 37 ss.; EAD., *Familienrecht in Europa. Quo vadis?*, in *Neue jur. Wochenschrift*, 2018, p. 23 ss.; M. D. PANFORTI, *Verso un diritto europeo per le relazioni familiari. Il contributo della Commission on European Family Law*, in M. MASCIA-F. VELO (a cura di), *L'Unione Economica Europea: aspetti economici, sociali e istituzionali*, Cacucci, Bari, 2015, p. 1 ss.

¹² Entrambi i testi sono consultabili *on line* sul sito della *Commission on European Family Law*: <http://ceflonline.net/principles/>.

presta a realizzare anche una funzione compensativa insieme alla funzione assistenziale che gli è propria; c) la duplice funzione perequativa e compensativa dei diversi regimi legali di redistribuzione della ricchezza prodotta durante il matrimonio; d) l'opzione, sia con riferimento al mantenimento sia con riferimento alla redistribuzione della ricchezza prodotta nel matrimonio, per regolamenti di *opt-out* sia pur con rigorosi limiti procedurali e anche sostanziali.

2.1. L'opzione per il c.d. pillar approach

È noto anzitutto che nel panorama europeo esistono due modelli distinti di disciplina delle conseguenze patrimoniali del divorzio.

Non è certamente questa la sede per un'analisi accurata dei caratteri di questi modelli né per una loro valutazione comparativa¹³. Sia pur con una certa approssimazione, ma seguendo comunque moduli espositivi consolidati nella letteratura comparatistica, si può dire che, nel modello continentale, le diverse istanze emergenti al momento dello scioglimento del matrimonio – quella assistenziale, quella propriamente compensativa e quella perequativa o redistributiva – si realizzano attraverso dei rimedi specifici, tra i quali figurano anzitutto il mantenimento dell'ex coniuge debole e il regime patrimoniale secondario, oltre ad altri meccanismi che nei singoli ordinamenti assumono diversa rilevanza, come, ad esempio, nell'ordinamento tedesco, il c.d. *Versorgungsausgleich*, che assicura la redistribuzione tra ex coniugi dei trattamenti pensionistici – non solo pubblici – di vecchiaia e di invalidità ai quali ciascuno ha diritto. Il modello continentale si caratterizza dunque come un modello c.d. *rule-based*, in cui la discrezionalità giudiziale è certamente contenuta, per quanto non sia inesistente, soprattutto nella determinazione dell'entità del mantenimento (ma non solo).

Nel modello anglosassone, invece, il matrimonio non incide affatto sugli acquisti dei coniugi. Non esiste, in altri termini, un regime patrimoniale secondario. Ma non esiste neppure una disciplina *ad hoc* del mantenimento. Le istanze assistenziali, compensative e perequative non rimangono comunque insoddisfatte. Si realizzano piuttosto attraverso il potere riconosciuto al giudice di procedere ad una distribuzione equitativa della ricchezza familiare, e dunque in virtù di una considerazione unitaria e globale – c.d. approccio “olistico” – e di un apprezzamento discrezionale della situazione patrimoniale degli ex coniugi – c.d. *discretion-based systems*.

Orbene, di fronte all'alternativa tra questi due modelli, i redattori dei *Principi* hanno chiaramente optato per il modello continentale, il c.d. *pillar approach*, come si evince anzitutto dall'elaborazione di due testi distinti: un primo testo,

¹³ Al riguardo, per indicazioni di maggior dettaglio e per una compiuta analisi comparativa dei diversi modelli, si rinvia a J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 443 ss.

elaborato nel 2004, di *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses* e un secondo testo, del 2013, di *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*. E tale scelta è stata evidentemente ispirata dalla preoccupazione di assicurare certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni¹⁴.

2.2. La complessità funzionale del mantenimento tra ex coniugi

Per quanto riguarda anzitutto la disciplina del mantenimento dell'ex coniuge, e dunque il testo elaborato nel 2004, si può forse rilevare come la configurazione funzionale del rimedio in questione non sia univoca.

Certamente sono molti i dati che evidenziano con chiarezza la preminenza di una logica di tipo assistenziale. Depongono anzitutto in tal senso la chiara enunciazione del principio di autoresponsabilità e del carattere eccezionale del mantenimento¹⁵, secondo la logica del "*soweit und solange*" ("nella misura e per il tempo in cui") tipica della disciplina del mantenimento nell'ordinamento tedesco¹⁶. Ma nello stesso senso depongono anche la preferenza per il carattere periodico e anticipato della provvidenza¹⁷, l'eccezionalità del mantenimento vitalizio¹⁸, la previsione della cessazione di qualsiasi obbligo sia in caso di nuovo matrimonio sia in caso di stabile convivenza dell'avente diritto, senza

¹⁴ Cfr. J.M. SCHERPE, *The financial consequences of divorce*, cit., p. 179 s.

¹⁵ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses*, Principle 2:2 Self-sufficiency e Principle 2:3 Conditions for maintenance.

¹⁶ L'espressione "*soweit und solange*", che esprime efficacemente il carattere eccezionale del mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato nel sistema tedesco, ricorre nel § 1576 BGB, rubricato "mantenimento per ragioni di equità" (*Unterhalt aus Billigkeitsgründen*). Tale norma prevede che «l'ex coniuge ha diritto al mantenimento dall'altro ex coniuge *nella misura e per tutto il tempo in cui*, per altri gravi motivi, non possa svolgere un'attività lavorativa e, tenuto conto degli interessi di entrambi, il mancato pagamento del mantenimento sarebbe gravemente iniquo (*grob unbillig*)». Si tratta della norma di chiusura (*Generalklausel*) che segue le norme dedicate alle singole fattispecie di mantenimento (c.d. *Unterhaltstatbestände*): §§ 1571, 1572, 1573, 1575 BGB. Queste norme prevedono le diverse ipotesi – cura della prole comune, età avanzata, malattia, perdita del lavoro, impegno temporaneo nella formazione professionale – in cui l'ex coniuge svantaggiato si trova nell'oggettiva impossibilità di provvedere a sé stesso. È solo in queste ipotesi tipiche, suscettibili di integrazione attraverso la previsione del § 1576 cit., che il principio di solidarietà post-coniugale può temperare il rigore del principio di autoresponsabilità (*Grundsatz der Eigenverantwortung*), significativamente enunciato in apertura della disciplina del mantenimento, al § 1569 BGB, secondo cui «dopo il divorzio spetta a ciascun coniuge provvedere al proprio mantenimento» e, «se non è in grado di farlo, ha diritto al mantenimento nei confronti dell'altro coniuge solo secondo le disposizioni che seguono». Per una prima informazione sui caratteri di fondo di questo modello di disciplina v. D. SCHWAB, *Familienrecht*, C.H. Beck, XXIX ed., München, 2021, p. 183 ss.

¹⁷ Cfr. Principle 2:5, *Method of maintenance provision*.

¹⁸ Cfr. Principle 2:8, *Limitation in time*.

che sia prevista alcuna possibilità di reviviscenza dell'assegno¹⁹.

Non mancano tuttavia dati che denotano una funzione anche compensativa del rimedio in questione. In tal senso depongo specialmente i riferimenti, tra i criteri di commisurazione della provvidenza, al tenore di vita goduto durante il matrimonio, alla sua durata e alla distribuzione dei compiti familiari²⁰. Più precisamente, l'idea di fondo sembra essere quella – anch'essa caratteristica del modello tedesco – per cui il mantenimento necessario a garantire lo *standard* di vita coniugale si giustifica in considerazione della durata del matrimonio e della diseguale distribuzione tra i coniugi dei compiti familiari: quanto più il matrimonio è stato lungo e si è caratterizzato per una diseguale distribuzione delle incombenze familiari tanto più si giustifica la garanzia della conservazione dello stile di vita goduto in costanza di matrimonio²¹.

Una soluzione, questa, che, a ben vedere, non sembra molto distante neppure da quella accolta anche dal pronunciamento delle sezioni unite del 2018: la soluzione di una profonda compenetrazione tra logica assistenziale e logica compensativa nella disciplina del mantenimento, per cui, come è stato autorevolmente osservato, le sezioni unite hanno in realtà riconosciuto la necessità di una solidarietà postconiugale del caso concreto, che risulta cioè dalla effettività della specifica esperienza di vita coniugale²². Sembra essere questa, in fondo, anche la logica di fondo della disciplina del mantenimento nei *Principi* del 2004.

¹⁹ Cfr. *Principle 2:9, Termination of maintenance obligation*.

²⁰ Cfr. *Principle 2:4, Determining claims for maintenance*.

²¹ Per il confronto con il modello tedesco bisogna tener conto in particolare di quanto previsto dal § 1578b BGB, primo comma, seconda frase. Tale norma dispone che, ai fini della determinazione in concreto dell'entità e della durata del mantenimento, e segnatamente ai fini della sua riduzione temporale (*Herabsetzung*) o quantitativa (*Reduzierung*) rispetto all'importo necessario a garantire il mantenimento del tenore di vita coniugale [v. § 1578 BGB, secondo cui «la misura del mantenimento è determinata dai rapporti di vita coniugali (*nach den ehelichen Lebensverhältnissen*) e comprende l'intero fabbisogno di vita (*den gesamten Lebensbedarf*)»], «occorre tener conto della misura in cui il matrimonio abbia compromesso la possibilità di ciascun coniuge di provvedere al proprio mantenimento e della durata del matrimonio». Al riguardo v. D. SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 210 ss. Per un'analisi accurata del profilo funzionale della disciplina del mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato nel BGB v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung. Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen*, Gieseking, Bielefeld, 2008, p. 53 ss., ove si evidenzia come il rimedio in questione non realizzi solo finalità assistenziali, ma anche compensative.

²² Così C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile*, cit., p. 957: secondo l'illustre A., la decisione delle sezioni unite del 2018 non ha affatto rinnegato il principio della solidarietà postconiugale, ma, attraverso il rilievo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza di matrimonio, ha piuttosto riconosciuto la necessità di una «solidarietà post-coniugale del caso concreto». Per considerazioni sostanzialmente analoghe v. anche M. BIANCA, *Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via*, in *www.giustiziansieme.it* (pubbl. on line, 14 maggio 2021), § 3.

2.3. *La duplice funzione perequativa e compensativa dei meccanismi di redistribuzione della ricchezza familiare*

Per quanto riguarda invece il testo del 2013, e dunque il testo relativo al regime patrimoniale secondario dei coniugi, è bene osservare anzitutto come i redattori non abbiano ritenuto di proporre un unico modello di *matrimonial property regime*, operando una scelta tra il meccanismo della comunione degli acquisti e quello della partecipazione negli acquisti²³, e dunque tra il modello di regime legale proprio dell'ordinamento francese e dell'ordinamento spagnolo – ed anche, non senza significative peculiarità, del nostro ordinamento²⁴ – e quello degli ordinamenti di lingua tedesca, nelle sue due varianti della *Zugewinngemeinschaft* del BGB e dell'ancor più raffinata *Errungenschaftsbeteiligung* dello ZGB svizzero²⁵.

I *Principi* del 2013 offrono piuttosto una disciplina di *default* sia della *participation in acquisitions* sia della *community of acquisitions*. Entrambi i modelli sono stati evidentemente ritenuti ugualmente idonei a garantire, come si legge nel *Preambolo* del testo in questione, «a fair share in the property acquired during the marriage».

In ogni caso, la realizzazione di un'equa distribuzione della ricchezza prodotta nel matrimonio si fonda sull'assunto che quella ricchezza sia il risultato dell'eguale contributo dei coniugi: un assunto che trova a sua volta giustificazione nel postulato normativo – che prescinde pertanto dal dato economico ... – dell'eguale valore del lavoro professionale e del lavoro casalingo. Ne consegue allora che i diversi meccanismi redistributivi, quale che sia la loro conformazione, perseguono anche una finalità di compensazione forfettaria dei sacrifici per la famiglia²⁶.

2.4. *L'opzione per soluzioni di opt-out con rigorosi limiti procedurali e sostanziali*

C'è ancora un ultimo dato che emerge dall'analisi dei due testi di *Principi* predisposti dalla *Commission on European Family Law* e che conviene qui evidenziare, e cioè che sia le regole sul mantenimento sia quelle sul regime patrimoniale secondario sono derogabili. Nel caso del regime redistributivo si tratta di una soluzione comune ai diversi ordinamenti continentali. Nel caso del man-

²³ Al riguardo v. J.M. SCHERPE, *The financial consequences of divorce*, cit., p. 179 ss.

²⁴ Cfr. C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 432 ss.

²⁵ Sulla distinzione tra il modello tedesco e quello svizzero di regime perequativo di partecipazione negli acquisti v. J.M. SCHERPE, *op. ult. cit.*, p. 158 ss. In argomento v. anche S. MEDER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft*, cit., p. 60 ss.

²⁶ Al riguardo, con specifico riferimento all'ordinamento tedesco, v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 41 ss.

tenimento, invece, il panorama europeo è piuttosto diversificato, giacché non mancano anche ordinamenti che, come il nostro, sembrano aver adottato una soluzione di maggior rigore²⁷.

In ogni caso, lo spazio concesso all'autonomia dei coniugi (o dei nubendi) non è senza limiti. I redattori dei *Principi* hanno infatti tenuto nel debito conto sia le finalità di tutela perseguite dal regime derogato sia il peculiare contesto relazionale in cui maturano gli accordi derogatori o potrebbero essere conclusi ulteriori accordi modificativi dei precedenti²⁸.

Sono così previsti anzitutto limiti di tipo formale o, più in generale, "procedurale". Invero, almeno nel caso degli accordi sul mantenimento il limite non sembra particolarmente rigoroso, essendo sufficiente la forma scritta²⁹. Nel caso degli accordi sul regime patrimoniale, invece, è previsto il vincolo della forma pubblica³⁰. Il notaio deve inoltre assicurarsi che le parti abbiano compreso la portata dell'accordo, offrendo a ciascuna di esse un chiarimento sui suoi contenuti³¹. Le parti, infine, hanno il dovere reciproco di fornirsi ogni informazione in ordine alla propria situazione patrimoniale³².

Con riferimento ad entrambe le tipologie di accordi sono poi previsti anche limiti di ordine "sostanziale". In particolare, nel caso degli accordi sul mantenimento è previsto che «the competent authority should at least scrutinise the validity of the maintenance agreement»³³. Nel caso degli accordi sul regime patrimoniale è previsto invece che «having regard to the circumstances when the agreement was concluded or those subsequently arising, the competent authority may, in cases of exceptional hardship, set aside or adjust a marital property agreement»³⁴.

Mentre dunque nel caso degli accordi sul mantenimento è prefigurato un sindacato giudiziale destinato a sfociare in un giudizio sulla loro validità, e per-

²⁷ Per un'accurata analisi comparatistica v. J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 483 ss.

²⁸ Quelle indicate – e cioè la specifica finalità di tutela delle discipline derogate e il peculiare contesto relazionale in cui maturano certi accordi derogatori – sono le ragioni che nei diversi ordinamenti fondano i limiti procedurali e sostanziali posti all'autonomia privata: al riguardo v. J. M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 489 ss.

²⁹ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses*, Principle 2:10 (2), *Maintenance agreement*.

³⁰ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses*, Principle 4:11, *Form requirements*.

³¹ Cfr. Principle 4:13, *Obligations of a notary or other legal professional with comparable functions*.

³² Cfr. Principle 4:12, *Disclosure*.

³³ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses*, Principle 2:10 (3), *Maintenance agreement*.

³⁴ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses*, Principle 4:15, *Exceptional hardship*.

ciò da condurre unicamente con riferimento al momento della loro conclusione, senza che si possa tener conto dell'incidenza di circostanze sopravvenute, nel caso degli accordi sul regime patrimoniale, invece, il sindacato giudiziale può essere condotto sia con riguardo alle circostanze in cui l'accordo derogatorio è maturato sia con riguardo a circostanze sopravvenute e può dar luogo non solo all'inefficacia dell'accordo (con conseguente applicazione del regime legale), ma anche ad una rimodulazione (*adjustment*) del suo contenuto sempre ad opera del giudice: una rimodulazione funzionale a garantire la giusta compensazione dei sacrifici per la famiglia sopportati da uno dei coniugi.

3. *L'elaborazione della c.d. Kernbereichslehre nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche*

Nel dettare la disciplina del controllo giudiziale sugli accordi dei coniugi (o dei nubendi) relativi al regime patrimoniale secondario i redattori dei *Principi* del 2013 sembrano dunque aver accolto proprio l'idea secondo cui, mediante l'intervento del giudice, la compensazione dei sacrifici per la famiglia è destinata ad operare come limite teleologico alla derogabilità del regime legale redistributivo³⁵.

Quest'idea non sembra invero trovare riscontro in nessun ordinamento europeo, almeno finché ci si limiti a considerare il formante legislativo e quello giurisprudenziale. Vero è che la *mission* della *Commission on European Family Law* – elaborare un quadro comune di riferimento (*common frame of reference*) anche nella materia familiare, al fine di promuovere, nei singoli ordinamenti, un processo di armonizzazione spontanea (c.d. *bottom-up approach*) – non esclude la proposta di soluzioni innovative preferibili (c.d. *better-law approach*), specie laddove dall'analisi delle discipline nazionali non emergano principi comuni.

La soluzione di un controllo giudiziale sugli accordi relativi al regime patrimoniale secondario, accolta dai redattori del *Principi* del 2013, sembra invero essere stata ispirata dall'approdo cui è pervenuta la parte più sensibile della dottrina tedesca all'esito dell'ampio dibattito che, in un ordinamento tradizionalmente favorevole a riconoscere all'autonomia privata un ruolo di primo piano in

³⁵ È la proposta di B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., spec. p. 600 s., già anticipata in larga misura in EAD., *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, in *Archiv civ. Praxis*, 2001, p. 195 ss. Per conclusioni sostanzialmente analoghe v. anche S. MEDER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft*, cit., p. 68 ss.; A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 375 ss.; T. WAGENITZ, *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen. Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in A. HÖLAND-R. SETHE-NOTARKAMMER DEL SACHSEN-ANHALT (a cura di), *Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen. Symposium am 29. März 2006 an der Universität Halle-Wittenberg*, Giesecking, Bielefeld, 2007, spec. p. 21 s.

questa materia, ha accompagnato l'elaborazione giurisprudenziale, a partire dai primi anni di questo secolo, di rigorosi limiti anche sostanziali alla regolazione autonoma delle conseguenze patrimoniali del divorzio.

Si tratta di un dibattito di estremo interesse, i cui contenuti non sembra inutile riferire in questa sede sia pure in estrema sintesi. E ciò al fine di favorire, anche nella dottrina italiana, una più matura consapevolezza in ordine alla soluzione proposta nei *Principi* del 2013.

3.1. *La decisione del Bundesgerichtshof del 2004: a) le distinte ipotesi di Wirksamkeitskontrolle e di Ausübungskontrolle*

L'abbandono definitivo della tradizionale posizione favorevole al riconoscimento di una piena autonomia dei coniugi (o dei nubendi) nella definizione delle conseguenze patrimoniali del divorzio³⁶ si realizza dunque nella giurisprudenza tedesca, anche sotto la spinta di una parte della dottrina³⁷, a partire

³⁶ È emblematica di questo orientamento permissivo una nota decisione del *Bundesgerichtshof* del 18 settembre 1996 (in *Zeitschrift für das ges. Familienrecht*, 1996, p. 1536 ss.; *Neue jur. Wochenschrift*, 1997, p. 126 ss.; *Juristenzeitung*, 1997, p. 411 ss.), che aveva riconosciuto piena efficacia all'accordo col quale una donna incinta, priva di formazione e di sostanze, aveva preventivamente rinunciato a qualsiasi tutela in caso di divorzio pur di contrarre matrimonio col padre del bambino. E ciò perché – così argomentò il *Bundesgerichtshof* – non poteva ritenersi che il marito avesse sfruttato la situazione di difficoltà della moglie, in quanto egli «avrebbe anche potuto astenersi dal matrimonio e limitarsi ad assumere gli obblighi di padre naturale». In quel caso, per giunta, a causa di una malformazione dei figli, la donna neppure aveva potuto trovare un impiego durante il matrimonio, essendo stata assorbita dalla cura della prole. Tale decisione suscitò un vasto dibattito in dottrina: v. *infra*, nota 37. In ogni caso, anche al di là dei vincoli formali previsti dalla legge, già prima della svolta del 2004, la giurisprudenza tedesca aveva individuato taluni limiti anche sostanziali al libero dispiegamento dell'autonomia dei coniugi (o dei nubendi) nel regolamento delle conseguenze patrimoniali del divorzio. Ma ciò unicamente rispetto ad accordi di rinuncia al mantenimento che avessero determinato conseguenze pregiudizievoli a carico di terzi (*Drittbelastung*). In particolare, era considerato nullo ai sensi del § 138 BGB – e dunque per ragioni di contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume (*Sittenwidrigkeit*) – il contratto che, al momento dello scioglimento del matrimonio, avesse posto l'ex coniuge nella condizione di far ricorso al sostegno economico pubblico con conseguente pregiudizio per la generalità dei consociati. Era inoltre considerata abusiva ai sensi del § 242 BGB – e dunque per contrarietà a buona fede (*Verstoß gegen Treu und Glauben*) e per conseguente esercizio abusivo dei propri diritti (*Rechtsmissbrauch*) – la pretesa dell'ex marito di negare all'ex moglie ogni sostentamento in virtù di una rinuncia convenuta quando entrambi i coniugi svolgevano un'attività lavorativa, poi abbandonata dalla moglie a causa della nascita di un figlio e della necessità di farsi carico dei conseguenti compiti di accudimento. Ma ciò solo in considerazione dell'interesse del minore, e dunque del pregiudizio recato all'adempimento di doveri posti a tutela di beni di rango superiore. Al riguardo, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, v. l'accurata esposizione di A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 153 ss.

³⁷ In effetti, soprattutto a seguito della decisione del *Bundesgerichtshof* di settembre del 1996, cit. *supra*, nota 36, diversi autori si erano espressi a favore di un più intenso controllo giudiziale degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio: oltre ai severi commenti critici a quella decisione di N. DETHLOFF, in *Juristenzeitung*, 1997, p. 414 ss., e di H. BÜTTNER, in *Zeitschrift für*

da un'importante decisione di legittimità dell'11 febbraio 2004³⁸.

Si tratta di una decisione che interviene in un contesto ormai tutt'altro che ostile alla c.d. *Materialisierung* dell'autonomia privata³⁹ e dopo che, in due pronunce del 2001, il Tribunale costituzionale federale aveva già riconosciuto la necessità di un controllo giudiziale di quegli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio che apparissero come il prodotto di uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti⁴⁰. Ebbene, nel febbraio del 2004 i giudici del *Bundesge-*

das ges. Familienrecht, 1996, p. 600 ss., merita di essere ricordato almeno il provocatorio saggio di I. SCHWENZER, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht*, in *Archiv civ. Praxis*, 1996, p. 88 ss., la quale argomentò la tesi della debolezza strutturale della donna nella stipula degli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio e della conseguente necessità di un controllo giudiziale sul contenuto di certi accordi sul modello di quello previsto per le condizioni generali di contratto (*AGB-Kontrolle*). A distanza di qualche anno, poi, l'importante contributo di B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, cit., p. 295 ss., che fece seguito a due decisivi interventi del 2001 del *Bundesverfassungsgericht* (v. *infra*, nota 40), esercitò un'influenza decisiva nell'orientare il successivo sviluppo giurisprudenziale e l'elaborazione della c.d. *Kernbereichslehre*, per quanto, come si dirà meglio nel testo, la soluzione proposta in quel saggio non venne pienamente recepita nella decisione del *Bundesgerichtshof* del 2004 né lo è stata successivamente. Quella soluzione sembra invece trovare riscontro nel testo dei *Principi* del 2013, e segnatamente nel disposto del *Principle* 4:15, *Exceptional hardship*.

³⁸La decisione è pubblicata, tra l'altro, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 1021 ss., con nota solo parzialmente adesiva di B. DAUNER-LIEB. Per una chiara esposizione dei contenuti della sentenza cit. v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 166 ss., alla quale si rinvia anche per un'analisi accurata degli sviluppi giurisprudenziali degli anni immediatamente successivi; v. anche A. DUTTA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Germany*, in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 176 ss. Allo stato attuale non sembra si siano prodotte evoluzioni significative nella giurisprudenza tedesca in materia rispetto all'approdo del 2004: cfr. D. SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 102 ss.

³⁹Com'è ben noto, a determinare, nella cultura giuridica tedesca, un clima di favore nei confronti di un intendimento in senso "materiale" dell'autonomia privata come espressione autentica di autodeterminazione individuale furono decisive due pronunce del *Bundesverfassungsgericht* del 1993 e del 1994 sul problema della disuguaglianza di forza contrattuale tra le parti. In particolare, nel presupposto che la Legge fondamentale, nel riconoscere il diritto al libero svolgimento della personalità (art. 2 GG), garantisce anche l'autonomia privata come autodeterminazione del singolo nella vita giuridica, quelle decisioni stabilirono che la disparità di potere effettivo nella formazione del contratto, ove sia riconducibile a circostanze tipiche o tipizzabili inerenti alla persona del singolo contraente, della quale il contraente forte si sia giovato per imporre all'altro condizioni inusitabilmente gravose, è causa di nullità del contratto per contrarietà alle *gute Sitten* o almeno attribuisce al giudice un potere correttivo, con conseguenze differenziate, alla stregua del principio di *Treu und Glauben*. Sulla portata delle due decisioni indicate cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione* (già in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1 ss. ed ora) in C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 112. Nella letteratura tedesca sul fenomeno della c.d. *Materialisierung* dell'autonomia privata v. almeno C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu einer Materialisierung*, in *Archiv civ. Praxis*, 2000, p. 273 ss.

⁴⁰La necessità di un controllo giudiziale anche sugli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio che siano il prodotto di un effettivo squilibrio di potere tra le parti è stata riconosciuta

richtshof affermano che, anche al di là delle ipotesi in cui sia riconoscibile una situazione tipica di disparità di potere negoziale, la possibilità di derogare al regolamento legale delle conseguenze patrimoniali del divorzio trova comunque un limite ogni qual volta l'accordo derogatorio determini tra ex coniugi uno squilibrio grave, privo di giustificazione nell'organizzazione della vita coniugale e non tollerabile per la parte gravata avuto riguardo all'essenza del matrimonio, agli interessi dell'altra parte e all'affidamento da questa riposto sull'accordo⁴¹.

Più in particolare, il *Bundesgerichtshof* individua due situazioni distinte di squilibrio, a fronte delle quali il giudice è chiamato ad intervenire in maniera differente⁴².

Una prima situazione è quella in cui lo squilibrio è riconoscibile già al momento della conclusione del contratto, come avviene, ad esempio, nel caso della rinuncia alle tutele patrimoniali conseguenti al divorzio cui una donna incinta acconsenta pur di contrarre matrimonio col padre del nascituro. In questi casi il sindacato giudiziale è fondato su ragioni di ordine pubblico (*Sittenwiedrigkeit*), e dunque sul § 138 BGB. Si tratta pertanto di un tipico controllo di efficacia (c.d. *Wirksamkeitskontrolle*) con conseguente sostituzione del regolamento patrizio con quello legale.

Una seconda situazione è quella in cui lo squilibrio emerge invece al momento del divorzio, come avviene quando, a causa di circostanze sopravvenute non del tutto imprevedibili (si pensi alla nascita di uno o più figli della coppia), uno dei coniugi abbia abbandonato l'attività lavorativa svolta allo scopo di far fronte alle nuove esigenze della famiglia. Più in generale, l'ipotesi in considerazione è quella in cui, col passare del tempo, l'organizzazione concreta della vita coniugale abbia subito una trasformazione tale da non essere più coerente col progetto di vita in considerazione del quale era stato stipulato l'accordo derogatorio del regime legale perequativo. In questi casi il sindacato del giudice è ricondotto al § 242 BGB e si atteggia perciò come un controllo sul corretto esercizio dei po-

dal *Bundesverfassungsgericht* in due importanti decisioni del 6 febbraio e del 29 marzo del 2001: rispettivamente, in *Neue jur. Wochenschrift*, 2001, pp. 957 ss. e 2248 ss. Per un'illustrazione dei contenuti di queste decisioni v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 162 ss.; v. anche A. DUTTA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Germany*, cit., p. 174 ss.

⁴¹ Così testualmente al punto III.2. della motivazione della sentenza del *Bundesgerichtshof* dell'11 febbraio 2004: «Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, daß der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint».

⁴² Cfr. Punto III.3., lett. a) e b), della motivazione della sentenza del *Bundesgerichtshof* dell'11 febbraio 2004.

teri contrattuali delle parti (c.d. *Ausübungskontrolle*). Si tratta dunque di un controllo che non comporta l'inefficacia dell'accordo, bensì la sua "correzione" ad opera del giudice: un intervento di adeguamento che, secondo il *Bundesgerichtshof*, è destinato a produrre un risultato tanto più prossimo alla disciplina legale quanto più l'autonomia delle parti ne abbia inciso il "nucleo centrale" intangibile (c.d. *Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts*)⁴³.

3.2. La decisione del Bundesgerichtshof del 2004: b) la c.d. Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs

Sempre secondo il *Bundesgerichtshof*, infatti, alle diverse conseguenze patrimoniali del divorzio previste dalla legge – anzitutto alle singole pretese di mantenimento e alle pretese restitutorie conseguenti all'operatività del regime patrimoniale legale – deve essere riconosciuto un "peso" differente in ragione delle specifiche finalità perseguite. Le diverse pretese sono dunque ordinate secondo una precisa graduazione, un vero e proprio *ranking*, che viene configurato come un sistema di cerchi concentrici disposti intorno ad un "nucleo centrale".

Tale "nucleo" sarebbe occupato dalle pretese ritenute assolutamente intangibili dall'autonomia privata, segnatamente dal mantenimento spettante all'ex coniuge in ragione del suo impegno nella cura dei figli comuni. Nel cerchio più prossimo ad esso dovrebbero poi essere collocati il mantenimento dovuto per malattia o età avanzata dell'avente diritto e le pretese volte a garantire l'eguale ripartizione dei trattamenti pensionistici. In tutti questi casi verrebbero infatti in considerazione pretese fondate sul valore della solidarietà postconiugale, funzionali al soddisfacimento di esigenze primarie della persona⁴⁴.

La pretesa diretta a realizzare l'equa ripartizione degli incrementi di ricchezza conseguiti dai coniugi – e dunque il rimedio propriamente perequativo, ma che, come si è visto, svolge anche funzione compensativa – andrebbe invece collocata nel cerchio più distante dal "nucleo" (c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*). Secondo il *Bundesgerichtshof*, infatti, il regime legale redistributivo si fonda sull'assunto normativo dell'eguale valore del contributo di ciascun coniuge alla formazione della ricchezza familiare, quale che sia il valore di mer-

⁴³ Infatti, secondo il *Bundesgerichtshof*, «die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift» («l'onere a carico di un coniuge è tanto più gravoso e gli interessi dell'altro coniuge devono essere esaminati in modo tanto più accurato quanto più la deroga contrattuale della disciplina legale incide direttamente nel "nucleo centrale" del regolamento legale degli effetti patrimoniali del divorzio»; così al punto III.2. della motivazione della sentenza dell'11 febbraio 2004).

⁴⁴ Così nella motivazione della sentenza in esame del *Bundesgerichtshof* alla lett. a) del punto III.2.

cato di esso, ammesso che ne abbia uno. Un simile assunto non impedisce però ai coniugi di adeguare il regime patrimoniale alla realtà del rapporto.

E ciò anche perché – è questo il ragionamento del *Bundesgerichtshof* – il regime patrimoniale non risponde certamente ad una finalità assistenziale. Non può dirsi perciò che esso sia posto direttamente a garanzia della dignità della persona né che sia direttamente implicato dall'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. In effetti, l'adempimento del dovere reciproco di solidarietà coniugale non esige alcuna condivisione patrimoniale. La responsabilità di ciascun coniuge per l'altro si concretizza piuttosto a fronte di concreti e attuali bisogni assistenziali. Non è necessario, in altri termini, che la comunione di vita dei coniugi si traduca anche in una comunione patrimoniale⁴⁵.

Ciò non vuol dire però che l'opzione per il regime di separazione dei beni sia sottratta a qualsiasi controllo giudiziale. È possibile, infatti, come si è detto, che, a distanza di molto tempo dalla stipula dell'accordo derogatorio del regime legale e a seguito di un mutamento sopravvenuto nell'organizzazione della vita in comune determinato da circostanze impreviste ma non del tutto imprevedibili, quell'accordo finisca per rivelarsi gravemente iniquo in caso di divorzio, in quanto lasci privi di compensazione i sacrifici fatti per la famiglia. In una simile evenienza, tuttavia, secondo il *Bundesgerichtshof*, la necessaria correzione giudiziale dell'accordo derogatorio potrebbe realizzarsi unicamente attraverso le norme sul mantenimento e non attraverso un meccanismo direttamente perequativo⁴⁶. Si perviene così a una soluzione che, a ben vedere, nella sostanza non sembra molto distante dall'approdo della sentenza del 2018 delle nostre sezioni unite.

⁴⁵Per queste argomentazioni v. lett. c) del punto III.2. della sentenza in esame del *Bundesgerichtshof*: «Das Eheverständnis erfordert ... keine bestimmte Zuordnung des Vermögenserwerbs in der Ehe. Die eheliche Lebensgemeinschaft war und ist – auch als gleichberechtigte Partnerschaft von Mann und Frau – nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft. Auch die vom Bundesverfassungsgericht ... – für das Recht des nahehelichen Unterhalts – betonte Gleichgewichtigkeit von Erwerbstätigkeit und Familienarbeit hat keine bestimmte Strukturierung der ehelichen Vermögenssphäre zur Folge. [...] Schließlich fordert auch das Gebot ehelicher Solidarität keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten: Deren Verantwortung füreinander ... tritt bei konkreten und aktuellen Versorgungsbedürfnissen auf den Plan; ihr trägt ... das geltende Unterhaltsrecht Rechnung. Das geltende Güterrecht knüpft demgegenüber nicht an Bedarfslagen an; die vom Regelgüterstand verfolgte Gewinnbeteiligung hat keine unterhaltsrechtlichen Funktionen».

⁴⁶Così sempre alla lett. c) del punto III.2. della sentenza in esame del *Bundesgerichtshof*: «Grob unbillige Versorgungsdefizite, die sich aus den für den Scheidungsfall getroffenen Absprachen der Ehegatten ergeben, sind jedoch vorrangig im Unterhaltsrecht – weil bedarfsorientiert – und allenfalls hilfweise durch Korrektur der von den Ehegatten gewählten Vermögensordnung zu kompensieren». Sulla funzione anche compensativa della disciplina del BGB sul mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato v. *supra*, nota 21.

3.3. L'approfondimento dottrinario della Kernbereichslehre: a) la giustificazione dogmatica della correzione giudiziale dell'accordo derogatorio

Questa elaborata costruzione giurisprudenziale è stata oggetto in dottrina di ampio approfondimento critico. E ciò sia al fine di assicurare maggior rigore alla costruzione dogmatica e alla giustificazione sistematica di un controllo giudiziale degli accordi derogatori del regime legale fondato sul § 242 BGB sia al fine di superare il limite della c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*, e cioè la ritenuta estraneità del rimedio propriamente perequativo e compensativo al “nucleo” intangibile della disciplina degli effetti patrimoniali del divorzio e la conseguente limitazione del rilievo dei sacrifici per la famiglia solo attraverso la disciplina del mantenimento.

Quanto al primo punto, l'impegno della dottrina ha consentito di chiarire le caratteristiche di un meccanismo di *Ausübungskontrolle* indubbiamente peculiare. Si tratta in effetti di un controllo giudiziale che non è finalizzato né a contrastare situazioni originarie di disparità di potere dovute a circostanze tipiche o tipizzabili inerenti alla persona del singolo contraente, come nei casi in cui opera il c.d. *Wirksamkeitskontrolle*, né a far fronte a sopravvenienze non prevedibili né riconducibili all'iniziativa delle parti, cui si provvede attraverso i rimedi già noti della c.d. interpretazione integrativa (*ergänzende Vertragsauslegung*) e dell'adeguamento contrattuale per il venir meno della presupposizione (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

Con riferimento al peculiare rimedio in questione la dottrina tedesca parla piuttosto di un *entwicklungsorientierte Ausübungskontrolle*, volendo con ciò alludere ad un controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri delle parti capace di tener conto di una situazione dinamica, in costante divenire: un controllo idoneo a far fronte a sopravvenienze imprevedute ma non del tutto imprevedibili né estranee all'intervento delle parti (si pensi appunto alla nascita di figli comuni ...) e destinato perciò ad occupare una posizione intermedia tra i rimedi suindicati: il controllo di efficacia per contrarietà all'ordine pubblico, da un lato, e le ipotesi già note di controllo sull'esercizio abusivo dei poteri contrattuali, dall'altro⁴⁷.

In particolare, la dottrina è pervenuta alla conclusione secondo cui la pretesa di avvalersi di un determinato accordo derogatorio deve considerarsi abusiva (*rechtsmissbräuchlich*) ai sensi del § 242 BGB ogni volta che quell'accordo, ove fosse stipulato al momento del divorzio, dovrebbe essere considerato nullo per contrarietà all'ordine pubblico (*Sittenwidrigkeit*).

Ma una simile valutazione è ritenuta praticabile solo perché, in un rapporto

⁴⁷ Cfr. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 307 ss. Nello stesso senso v. anche B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 596 ss.

come quello intercorrente tra i coniugi, che si caratterizza per l'apporto di investimenti specifici e normalmente non recuperabili, in quanto aventi valore solo all'interno dello stesso rapporto (c.d. *beziehungsspezifische Investitionen*: si pensi appunto ai sacrifici per la famiglia ...), viene fatalmente a determinarsi una situazione di dipendenza sempre più intensa di una delle parti nei confronti dell'altra. E con ciò una c.d. perdita "dinamica" dell'iniziale situazione di parità di potere contrattuale (*dynamischer Verlust der Vertragsparität*): uno squilibrio al quale il giudice è chiamato a porre rimedio sempre in virtù del § 242 BGB⁴⁸.

3.4. L'approfondimento dottrinario della Kernbereichslehre: b) *il superamento del limite della c.d. Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*

Nella riflessione dottrinaria successiva alla svolta giurisprudenziale del 2004 è stata poi valutata criticamente anche l'idea del *Bundesgerichtshof* secondo cui il controllo giudiziale sugli accordi derogatori del regime patrimoniale secondario che compromettano la possibilità di compensazione dei sacrifici per la famiglia dovrebbe realizzarsi solo attraverso il riferimento alla disciplina del mantenimento e non anche con un intervento direttamente perequativo. Una simile idea, come si è visto, si fonda, a sua volta, sul convincimento che, nel *ranking* delle pretese patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, il rimedio perequativo di fonte legale debba essere collocato nel circolo più esterno, quello più distante dal "nucleo" (*Kernbereich*) degli effetti patrimoniali del divorzio sottratto alla libera disposizione dei coniugi (o dei nubendi).

Invero, almeno secondo una parte della dottrina, quest'idea di "lontananza" del rimedio perequativo dal "nucleo" intangibile della disciplina delle conseguenze patrimoniali del divorzio (c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*) – e, più in generale, la stessa idea secondo cui sarebbe possibile disporre quelle conseguenze secondo una graduazione di maggiore o minore vicinanza a quel "nucleo" – dovrebbe essere attentamente riconsiderata in virtù di una più pertinente visione teleologica, idonea a favorire la corretta identificazione di quel "nucleo" non in questa o quella pretesa specifica, ma nella stessa finalità di tutela dell'intero sistema di rimedi in questione, da indentificare appunto nella compensazione dei sacrifici per la famiglia⁴⁹.

Anche l'opzione dei coniugi (o dei nubendi) per il regime di separazione dei beni potrebbe allora essere oggetto di un intervento correttivo diretto del giudice

⁴⁸ Cfr. A. SANDERS e B. DAUNER-LIEB, *opp. locc. citt.*, entrambe con riferimento alla teoria del *relational contract*. Sulla rilevanza della peculiarità del contesto relazionale familiare insiste anche J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 490 s.

⁴⁹ In tal senso cfr. B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 602 ss.; T. WAGENITZ, *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen*, cit., p. 21 s.; S. MADER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft*, cit., p. 81 ss.

ogni volta che, a seguito dello scioglimento del matrimonio, emerga come l'accordo derogatorio del regime legale lasci privi di compensazione i sacrifici per la famiglia sostenuti da uno degli ex coniugi. Ma tale correzione dovrebbe potersi realizzare non solo attraverso il riferimento alla disciplina del mantenimento, che richiede pur sempre un'esigenza assistenziale da soddisfare, ma anche, come si è detto, attraverso la diretta compensazione di una perdita patrimoniale⁵⁰.

Un simile intervento di adeguamento giudiziale dei contenuti dell'accordo derogatorio presenterebbe peraltro l'ulteriore vantaggio di realizzare il tanto auspicato *clean break* nei rapporti patrimoniali tra ex coniugi: un risultato, questo, che non può evidentemente essere conseguito finché la correzione di un accordo di separazione dei beni divenuto iniquo si realizzi solo per il tramite della disciplina del mantenimento⁵¹.

Ora, è appunto una simile evoluzione dottrinale degli *standard* di decisione consolidatisi nella giurisprudenza tedesca dopo la svolta del 2004 che sembra aver ispirato i redattori dei *Principi* del 2013 nel dettare la disciplina del controllo giudiziale degli accordi derogatori del regime patrimoniale legale.

4. Rilievi conclusivi

Non è questa la sede per una riflessione compiuta sulla praticabilità anche nel nostro ordinamento di svolgimenti interpretativi analoghi a quelli emersi nel dibattito dottrinario tedesco che ha fatto seguito alla svolta giurisprudenziale del 2004.

L'ipotesi di un controllo giudiziale sugli accordi derogatori della disciplina legale degli effetti patrimoniali dello scioglimento del matrimonio non sembra comunque priva di interesse anche per il giurista italiano. È vero che nel nostro ordinamento appare tuttora non del tutto superata la tradizionale posizione di chiusura della giurisprudenza nei confronti del riconoscimento di uno spazio all'autonomia privata anche nella disciplina del mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato⁵². Ma è vero anche che, per le ragioni già indicate in precedenza, la derogabilità del regime patrimoniale legale è assai più agevole – ed effettivamente praticata – che in molti altri ordinamenti dell'Europa continentale⁵³.

⁵⁰ Cfr. T. WAGENITZ, *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen*, cit., p. 20.

⁵¹ Ancora T. WAGENITZ, *op. loc. ult. cit.*

⁵² Al riguardo è sufficiente il rinvio a M. SESTA, *Manuale*, cit., p. 206 ss.

⁵³ Il riferimento è a quanto si è già detto *supra*, par. 1, quanto alla possibilità, prevista dall'art. 162, comma 2, c.c., di disattivare il regime legale di comunione, optando per il regime di separazione, anche attraverso una dichiarazione dei coniugi nell'atto di celebrazione del matrimonio, e dunque senza far ricorso al notaio.

Bisogna considerare, d'altra parte, che il diritto italiano non conosce un impiego della clausola di buona fede paragonabile a quello da tempo praticato dai giudici tedeschi. In effetti, al di là di ambiti normativi circoscritti, nel nostro ordinamento la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento rimane sostanzialmente ferma e, com'è ben noto, è solo attraverso lo strumento risarcitorio, a seguito di *culpa in contrahendo*, che possono essere indirettamente conseguiti risultati pratici di sostanziale rimozione o correzione degli effetti di un accordo iniquo determinato da una situazione di disparità di potere contrattuale⁵⁴.

Rimarrebbe comunque da verificare la possibilità di attivare un simile strumento anche a fronte dell'ipotesi, certamente assai suggestiva, di una perdita dinamica di potere contrattuale, che potrebbe ricorrere, secondo la proposta ermeneutica della dottrina tedesca, in peculiari contesti relazionali, come il rapporto coniugale, in cui investimenti specifici e non recuperabili, quali sono appunto i sacrifici per la famiglia, determinano un progressivo intensificarsi della dipendenza di una delle parti nei confronti dell'altra⁵⁵.

In ogni caso, anche laddove ci si ponga in una prospettiva *de iure condendo*, che guardi con interesse alla soluzione accolta anche dai *Principi* elaborati nel 2013 dalla *Commission on European Family Law*, la proposta di un controllo giudiziale, che, al fine di garantire la giusta compensazione dei sacrifici fatti per la famiglia, esiti nella correzione degli effetti dell'accordo derogatorio del regime legale, non sembra comunque priva di aspetti problematici. E ciò non solo perché una simile proposta finisce di fatto per contraddire la scelta del legislatore per la derogabilità della comunione legale: una scelta che, come già si è detto e come è stato colto anche dai giudici del *Bundesgerichtshof*, lascia intendere chiaramente che lo *status* coniugale, per quanto fondato sull'uguaglianza morale e giuridica dei suoi protagonisti, non implica comunque di necessità una comunione patrimoniale.

Invero, anche al di là di certe considerazioni, nella stessa dottrina tedesca favorevole alla proposta interpretativa in questione non è mancato chi ha espresso un certo disagio di fronte alla prospettiva di una definitiva "commercializzazione" del lavoro familiare⁵⁶.

L'obiezione non è solo di ordine pratico, giustificata dall'indubbia difficoltà di «tradurre nel linguaggio della corrispettività quanto i coniugi hanno dato e fatto durante la vita comune nello spirito della gratuità»⁵⁷. L'obiezione è soprat-

⁵⁴ Sul punto v. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 119 ss.

⁵⁵ Al riguardo v. *supra*, par. 3.3.

⁵⁶ Il riferimento è alla problematica conclusione del saggio di B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 608.

⁵⁷ L'efficace espressione è ripresa da L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 755, che la impiega

tutto concettuale e, per così dire, ideologica⁵⁸. E finisce allora per investire la stessa istanza compensativa più che questa o quella risposta ad essa approntata nel singolo ordinamento, e dunque sia il controllo giudiziale sugli accordi di separazione dei beni sia la funzionalizzazione anche in senso compensativo del mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato⁵⁹.

Il disagio dell'interprete nasce di fronte alla pretesa di tradurre nel linguaggio mercantile il contenuto di uno *status* familiare: un rapporto che è – o dovrebbe essere – sottratto alla libera disponibilità dei suoi protagonisti, come attesta tuttora l'inequivoca formulazione del § 1353 BGB, secondo cui il rapporto coniugale è “per il tempo della vita” (*auf Lebenszeit*). Sembra doversi registrare, in altri termini, una presa di distanza della coscienza dell'interprete di fronte alla penetrazione di logiche tipicamente utilitaristiche in un contesto relazionale fondato sul dono di sé in totalità personale: un estremo sussulto di fronte a una prospettiva in cui, nella prassi prima ancora che nella sua traduzione giuridica, il denaro tende a divenire il *medium* di qualsiasi relazione sociale, finanche delle relazioni familiari.

Non è affatto una novità, del resto, una simile tendenza alla patrimonializzazione anche di rapporti di natura eminentemente personale che si realizza attraverso il riferimento ad istituti del diritto privato comune concepiti per la soluzione di conflitti di interessi di natura patrimoniale. La vicenda del danno endofamiliare appare in tal senso particolarmente significativa⁶⁰. E, d'altra parte, l'idea stessa del danno alla persona, di cui il danno endofamiliare costituisce una *species*, ha dovuto confrontarsi con un'analogia obiezione⁶¹.

al fine di evidenziare l'estrema difficoltà del compito del giudice nella quantificazione di un assegno di divorzio cui sia riconosciuta una funzione anche compensativa.

⁵⁸ Ancora B. DAUNER-LIEB, *op. loc. ult. cit.*, la quale parla di un disagio “di natura fondamentale”: a suo dire, «eine consequente Ausrichtung der Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile ... würde den Wert [des] familienbezogenen Engagements auf den Wert reduzieren, den seine eigene Arbeitskraft am Arbeitsmarkt gehabt hätte. Die Familienarbeit würde endgültig kommerzialisiert und zwar auf niedrigstem Niveau» («un coerente orientamento del controllo del contenuto degli accordi matrimoniali in vista della compensazione dei sacrifici per la famiglia ... ridurrebbe il valore del suo impegno in famiglia al valore che quell'impegno avrebbe avuto sul mercato del lavoro. Il lavoro familiare finirebbe così per essere “commercializzato” al livello più basso»).

⁵⁹ Si tratta comunque di due risposte molto diverse all'istanza compensativa, giacché solo nel caso della correzione giudiziale dell'accordo derogatorio del regime legale perequativo la traduzione in denaro dei sacrifici per la famiglia si realizza in maniera diretta e integrale.

⁶⁰ Al riguardo v. A. NICOLUSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 935 s.

⁶¹ Sul punto, in questa sede, è ora sufficiente il rinvio alle recenti pagine di M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in S. MAZZAMUTO (diretto da), *Trattato del diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 333 ss., spec. p. 370 ss., ove si afferma, tra l'altro, che «la patrimonialità, proprio in quanto ponderabilità, fa dipendere l'accesso alla tutela aquiliana dalla concepibilità so-

Peraltro, come nel caso del danno endofamiliare, anche con riferimento all'enfatizzazione dell'istanza compensativa emergente a seguito dello scioglimento del matrimonio la contraddizione con il processo di deistituzionalizzazione in atto dei rapporti giuridici familiari è solo apparente. L'enfatizzazione dell'istanza compensativa esprime piuttosto un'insoddisfazione di fondo nei confronti degli esiti di quel processo, evidenziando così, come è stato detto efficacemente con riferimento al danno endofamiliare, «la collisione del principio illuminista di tutela assoluta della felicità individuale col principio di realtà che non consente di tacere i costi personali e sociali prodotti da[lle] vicende [di crisi familiare]»⁶².

Ma con ciò sembra anche potersi prendere atto che i due ambiti problematici indicati – quello del danno endofamiliare e quello della giusta compensazione dei sacrifici per la famiglia – non sono affatto estranei.

Ci si potrebbe chiedere, allora, se proprio un'opportuna riconfigurazione della responsabilità endofamiliare come responsabilità per violazione di obblighi (e non per lesione di diritti) – una riconfigurazione da più parti autorevolmente auspicata anche al fine di recuperare la necessaria coerenza sistematica con la qualificazione in termini di *status* dei rapporti familiari⁶³ – non si presti a farsi carico anche dell'istanza compensativa dei sacrifici per la famiglia, laddove sia stata disattivata ogni altra tutela legale e sempre che non ricorrano neppure i

ciale che un *quid* sia trasformato in denaro»; che «poiché questa ponderabilità non si dà *in natura*, ma designa, piuttosto, una qualità sociale, un modo nel quale gli uomini intendono le cose e loro stessi, essa muta con il mutare della società»; che, infine, «il c.d. "imperialismo della matrice economica" può giungere, ed è ora giunto, fino ad universalizzare la ponderabilità», sicché «non c'è più un *quid* di cui non si ammetta la tramutabilità in denaro, la commisurabilità pecuniaria».

⁶² Così A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 962 s.

⁶³ Per questa riconfigurazione v. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 959 ss. Assai prossima è anche l'impostazione di M. PARADISO, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, in C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano. Atti del Convegno. Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021*, Cedam, Padova, 2022, 219 ss.; ID., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss. Per uno spunto in tal senso v. già G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 200. È ben noto, tuttavia, che la giurisprudenza continua a configurare la responsabilità civile endofamiliare come responsabilità per lesione di diritti, riconducendola nell'ambito della responsabilità da fatto illecito. Al riguardo v. M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam e dir.*, 2017, p. 289 ss.; ID., *Manuale*, cit., p. 475 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 794 ss. L'impostazione giurisprudenziale è difesa da G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 421 ss.; ID., *Il danno da adulterio*, *ivi*, 2012, p. 1481 ss.; G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in G. VISENTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Cedam, Padova, 2009, p. 393 ss. Per un'accurata rassegna critica dei diversi orientamenti dottrinali v. C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 309 ss.

presupposti di una tutela assistenziale, la quale, seguendo l'insegnamento delle sezioni unite del 2018, può ben attuarsi secondo una logica di solidarietà post-coniugale del caso concreto⁶⁴. L'idea, in altri termini, è che, in certi casi, l'istanza compensativa meriti soddisfazione solo quando la fine della comunione materiale e spirituale di vita tra i coniugi sia stata determinata da gravi violazioni dei doveri nascenti dal matrimonio, e dunque in una prospettiva propriamente risarcitoria.

Peraltro, anche laddove ricorrano i presupposti del mantenimento, ma sia stato comunque disattivato il regime legale perequativo, al fine di risolvere conflitti di interessi tipicamente patrimoniali tra ex coniugi, potrebbero soccorrere anche altri rimedi.

In effetti, sempre attraverso il riferimento ad istituti del diritto privato comune, la giurisprudenza tedesca ha messo a punto da tempo una serie di meccanismi che gli interpreti sono ormai soliti indicare con la significativa denominazione complessiva di *Nebengüterrecht*: una sorta di regime patrimoniale (*Güterrecht*) "parallelo" (*neben*) destinato a venire in considerazione proprio al fine di colmare le lacune del regime legale, in special modo laddove i coniugi abbiano scelto di disattivarlo con conseguenze inaccettabili in termini di giustizia sostanziale⁶⁵.

In particolare, tra i diversi rimedi ricondotti al sistema del *Nebengüterrecht*, non sembra inutile anche per il giurista italiano valutare con attenzione almeno la teoria delle c.d. *ebebedingte* (o *unbenannte*) *Zuwendungen*, e cioè delle attribuzioni patrimoniali connesse al matrimonio o "innominate"⁶⁶. L'espressione coniata da un'autorevole dottrina tedesca allude a quelle attribuzioni patrimoniali tra coniugi, non confondibili con i veri e propri sacrifici per la famiglia, che, in quanto eccedenti la misura della contribuzione dovuta (*überobligationsmäßige Zuwendungen*) e in quanto poste in essere nel presupposto condiviso (*Geschäftsgrundlage*) della perdurante stabilità del rapporto coniugale (e dun-

⁶⁴ Il riferimento è evidentemente all'equilibrata lettura dell'orientamento inaugurato dalle sezioni unite del 2018 offerta da C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile*, cit., p. 957: una lettura che, peraltro, come opportunamente evidenziato da D. BUZZELLI, *Una "rilettura" del recente orientamento delle sezioni unite sulla funzione dell'assegno di divorzio*, cit., p. 1367, appare senz'altro come quella più conforme al dato normativo vigente.

⁶⁵ Sulla nozione di *Nebengüterrecht* cfr. T. HERR, *Nebengüterrecht. Ausgleichsansprüche bei Gütertrennung und gestörtem Zugewinnausgleich*, C. H. Beck, München, 2013, p. 5 ss. In argomento, per un efficace quadro di sintesi, v. anche D. SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 144 ss.

⁶⁶ La prima elaborazione della tesi in questione si deve, com'è noto, a M. LIEB, *Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfortbildung im Familienrecht*, J.C.B Mohr, Tübingen, 1970, p. 121 ss. La tesi è stata poi favorevolmente accolta anche in giurisprudenza e appare ormai consolidata almeno a partire dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso.

que senza accettare il rischio che quel rapporto possa venir meno in qualsiasi momento), giustificano, in caso di divorzio, l'operatività del rimedio perequativo (*Anpassungsanspruch*) per il venir meno della presupposizione (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), ora codificato in termini generali al § 313 BGB⁶⁷.

⁶⁷ È significativo che per gli interpreti tedeschi favorevoli ad un penetrante controllo giudiziale sugli accordi derogatori del regime patrimoniale legale, finalizzato alla compensazione integrale e diretta dei sacrifici per la famiglia, i diversi rimedi riconducibili al c.d. *Nebengüterrecht* sarebbero destinati a divenire superflui. Anche questi rimedi finirebbero infatti per essere assorbiti nell'ambito dell'indicata riconfigurazione in chiave funzionale della c.d. *Kernbereichslehre*, in forza della quale tutti i sacrifici per la famiglia – considerati in senso ampio come comprensivi anche di attribuzioni propriamente patrimoniali – devono essere compensati anche laddove i coniugi (o i nubendi) abbiano optato per il regime di separazione dei beni: v. *supra*, par. 3.4. Al riguardo cfr. B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 607: «Es deutet sich damit eine radikal vereinfachende Konzeption an, in der sowohl die Instrumente des Nebengüterrechts als auch die Kernbereichslehre selbst überflüssig würden. Der Kern der Inhaltskontrolle von Eheverträgen wäre dahingehend zusammenfassen, dass unzumutbare ehebedingte Vermögenseinbußen eines Ehepartners auch bei Gütertrennung vom anderen Ehepartner angemessen auszugleichen sind».

CONVIVENZA PREMATRIMONIALE, CONTRIBUTO ENDOFAMILIARE E FUNZIONE COMPENSATIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE DOPO LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

Enrico Al Mureden

SOMMARIO: 1. La compensazione del contributo endofamiliare prestato precedentemente al matrimonio. – 2. La funzione compensativa del nuovo assegno divorzile. – 3. Il contributo endofamiliare tra convivenza prematrimoniale e solidarietà post-coniugale. – 4. Osservazioni conclusive.

1. La compensazione del contributo endofamiliare prestato precedentemente al matrimonio

La decisione con la quale, sei anni orsono, le Sezioni Unite¹ hanno valorizzato la funzione compensativa e perequativa dell'assegno divorzile ha dato vita negli anni successivi ad una molteplicità di corollari tra i quali è emerso da ultimo quello concernente il problema dell'individuazione dell'estensione temporale entro la quale meriti di essere tutelato l'apporto fornito dal coniuge che si sia sacrificato nell'interesse della famiglia².

¹Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss., con nota di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*; in *Giur. it.*, 2018, c. 1843 ss., con nota di RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 1007 ss., con note di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite* e di F. DANOVÌ, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*. In questo senso, da ultimo, Cass. civ. 21 febbraio 2023, n. 5395; Cass. civ. 28 marzo 2023, n. 8703 e Cass. civ. 17 aprile 2023, n. 10168, in *One Legale*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

²In tal senso Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385, in *One Legale*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>, ha stabilito che: "Ai fini dell'attribuzione e della quantificazione, ai sensi dell'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, dell'assegno divorzile, avente natura, oltre che assistenziale, anche perequativo-compensativa, nei casi peculiari in cui il matrimonio si ricolleggi a una convivenza

Nel lungo periodo durante il quale la lettura consolidata dell'art. 5, comma 6, legge div. attribuiva una rilevanza predominante alla funzione assistenziale ed assumeva il tenore di vita coniugale quale parametro in funzione del quale determinare la spettanza e la misura dell'assegno divorzile³ risultava agevole identificare nel periodo della convivenza matrimoniale l'arco temporale entro il quale valutare il "contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune". In quel contesto, pertanto, i diritti derivanti dalla solidarietà post-coniugale trovavano il loro fondamento nella prolungata dedizione alla famiglia in costanza di matrimonio ed il loro limite laddove il coniuge beneficiario dell'assegno divorzile contraesse nuove nozze (art. 10 legge div.) o desse vita ad una nuova

prematrimoniale della coppia, avente i connotati di stabilità e continuità, in ragione di un progetto di vita comune, dal quale discendano anche reciproche contribuzioni economiche, laddove emerga una relazione di continuità tra la fase 'di fatto' di quella medesima unione e la fase 'giuridica' del vincolo matrimoniale, va computato anche il periodo della convivenza pre-matrimoniale, ai fini della necessaria verifica del contributo fornito dal richiedente l'assegno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei coniugi, occorrendo vagliare l'esistenza, durante la convivenza prematrimoniale, di scelte condivise dalla coppia che abbiano conformato la vita all'interno del matrimonio e cui si possano ricollegare, con accertamento del relativo nesso causale, sacrifici o rinunce, in particolare, alla vita lavorativa/professionale del coniuge economicamente più debole, che sia risultato incapace di garantirsi un mantenimento adeguato, successivamente al divorzio". La rilevanza del contributo fornito durante la convivenza precedente alla formalizzazione dell'unione è stata affermata anche con riferimento alla diversa fattispecie dello scioglimento dell'unione civile: al riguardo Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2023, n. 35969, in *One Legale*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>, ha stabilito che "In caso di scioglimento dell'unione civile, la durata del rapporto, prevista dall'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, richiamato dall'art. 1, comma 25, l. n. 76 del 2016, quale criterio di valutazione dei presupposti necessari per il riconoscimento del diritto all'assegno in favore della parte che non disponga di mezzi adeguati e non sia in grado di procurarseli, si estende anche al periodo di convivenza di fatto che abbia preceduto la formalizzazione dell'unione, ancorché lo stesso si sia svolto in tutto o in parte in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 76".

³Le tre letture che hanno dominato i cinquant'anni successivi all'introduzione del divorzio convergono intorno al denominatore comune della necessaria simbiosi tra la funzione assistenziale e quelle compensativa e perequativa, differenziandosi solamente per l'enfasi posta su queste ultime, che erano evidenti nella fase compresa tra il 1970 e il 1987, sono state per lungo tempo celate ed assorbite nel riferimento al tenore di vita coniugale, che costituiva lo strumento per assicurare una tendenziale compartecipazione paritaria del coniuge economicamente debole alla posizione di agio economico conseguito dall'altro (1990-2017) v. Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, c. 67 ss., con note di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e di V. CARBONE, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*. Le stesse tornano oggi ad essere chiaramente poste in evidenza al fine di circoscrivere gli obblighi della parte economicamente forte alle sole fattispecie nelle quali sia ravvisabile un effettivo merito in capo a colui che, pur disponendo di mezzi che lo rendono autosufficiente, aspiri a condividere un livello di benessere frutto di sacrifici comuni (E. AL MUREDEN, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive di iure condendo*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 142).

famiglia fondata su una stabile convivenza⁴.

Lo scenario normativo e di diritto vivente nel quale si era consolidata questa lettura interpretativa, tuttavia, ha subito radicali mutamenti successivamente all'introduzione della disciplina organica della convivenza (art. 1, comma 36 ss., legge n. 76/2016) e, soprattutto, a seguito della riscoperta della funzione compensativa e perequativa⁵.

In questo senso l'esigenza di operare una rinnovata valutazione della meritevolezza di tutela del contributo endofamiliare si è posta dapprima con riferimento al problema del persistente godimento della componente compensativa dell'assegno divorzile da parte dell'ex coniuge che abbia instaurato una nuova convivenza. A tale riguardo le Sezioni Unite⁶ hanno chiarito che se, da una parte, il "nuovo progetto di vita intrapreso" e "i reciproci doveri di assistenza morale e materiale che ne derivano" creano "una cesura col passato" a cui consegue la perdita della componente assistenziale dell'assegno⁷, dall'altra, ciò non

⁴ Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6855, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 553, con nota di G. FERRANDO, "Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 681, con nota di E. AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno di divorzio*; E. QUADRI, *Aspetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 375. L'orientamento espresso in questa decisione si è in seguito consolidato ed è stato confermato dalla successiva giurisprudenza di legittimità: Cass. civ. 16 novembre 2015, n. 23411; Cass. civ. 11 gennaio 2016, n. 225; Cass. civ. 5 febbraio 2016, n. 2466; Cass. civ. 1° luglio 2016, n. 19345; Cass. civ. 29 settembre 2016, n. 19345; Cass. civ. 22 febbraio 2017, n. 4649; Cass. civ. 22 marzo 2017, n. 7388; Cass. civ. 5 febbraio 2018, n. 2732; Cass. civ. 27 giugno 2018, n. 16982; Cass. civ. 19 dicembre 2018, n. 32871; Cass. civ. 10 gennaio 2019, n. 406; Cass. civ. 28 febbraio 2019, n. 5974; Cass. civ. 12 novembre 2019, n. 29317; Cass. civ. 24 aprile 2019, n. 11178; Cass. civ. 16 ottobre 2020, n. 22604, tutte in *One Legale*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

⁵ Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

⁶ Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 1390 ss., con nota di E. QUADRI, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*; in *Giur. it.*, 2022, p. 1080 ss., con nota di R. CATERINA, *Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*; 2022, p. 142, con nota di E. AL MUREDEN, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive di iure condendo*; in *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2021, con nota di M. BIANCA, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*. In particolare – superando l'orientamento che, in un contesto nel quale l'assegno di divorzio svolgeva solamente una funzione assistenziale, era giunto a ricollegare l'estinzione automatica e definitiva dell'assegno divorzile alla scelta del beneficiario di formare una nuova famiglia non fondata sul matrimonio – le Sezioni Unite hanno chiarito che "l'instaurazione da parte dell'ex coniuge di una stabile convivenza di fatto, giudizialmente accertata, incide sul diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio o alla sua revisione nonché sulla quantificazione del suo ammontare".

⁷ A tal proposito Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, cit., precisa che una simile eventualità si realizza "anche se il nuovo nucleo familiare di fatto abbia un tenore di vita che non sia minimamente paragonabile al precedente".

significa che l'instaurazione di una nuova convivenza debba necessariamente determinare anche l'estinzione di quella componente dell'assegno divorzile attribuita in funzione esclusivamente compensativa. La "caducazione automatica del diritto all'assegno di divorzio, sia nella sua componente assistenziale, sia nella sua componente compensativa, nella sua integralità ed a prescindere dalle vicende del caso concreto", continuano le sezioni unite, "oltre che mancante di un saldo fondamento normativo attuale, non è neppure compatibile con la funzione dell'assegno divorzile, come delineata attualmente dalla giurisprudenza della Corte (da Cass., sez. un., n. 18287/2018 in poi) come non esclusivamente assistenziale, ma anche compensativo-perequativa"⁸. L'assegno divorzile, pertanto, può persistere nonostante l'instaurazione di una nuova convivenza qualora il beneficiario provi il proprio contributo alla "comunione familiare", all'"apporto alla realizzazione del patrimonio familiare e personale dell'ex coniuge" ed alla crescita professionale di quest'ultimo in costanza di matrimonio, nonché la "eventuale rinuncia concordata ad occasioni lavorative"⁹.

In tempi più recenti si è posta una diversa questione concernente il problema della rilevanza dei sacrifici e delle rinunce compiuti durante il periodo di convivenza prematrimoniale¹⁰. In questo contesto le recenti decisioni delle Sezioni Unite hanno condivisibilmente chiarito – tanto per il caso del matrimonio quanto per quello dell'unione civile – che il meccanismo compensativo insito nella disciplina dell'assegno di divorzio opera anche con riferimento alla fase della vita della coppia che ha preceduto la formazione del vincolo matrimoniale¹¹.

⁸ Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, cit.

⁹ Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, cit. Una simile lettura interpretativa – seppur confermata da successive decisioni di legittimità e di merito (Cass. civ. 22 febbraio 2023, n. 5510, in *One Legale*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Trib. Forlì 24 febbraio 2023, n. 168) – continua a destare perplessità che si manifestano anzitutto laddove si impone l'esigenza di "separare" la componente assistenziale da quella compensativa, attribuendo a quest'ultima una totale autonomia. E. QUADRI, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*, cit., p. 1396, manifesta in proposito condivisibili perplessità con riferimento alla contrapposizione tra componente assistenziale e componente compensativa, sottolineando che, al contrario, la determinazione dell'assegno divorzile non può "risolversi in una sommatoria di addendi, rappresentati da sue pretese 'componenti', ciascuna rispecchiante distinte possibili 'funzioni' dell'assegno stesso".

¹⁰ Cass. civ. 18 ottobre 2022, n. 30671, in *Fam. e dir.*, 2023, p. 357 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile e compensazione del contributo "prematrimoniale" al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2023, p. 33 ss., con nota di L. OLIVERO, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*.

¹¹ Con riferimento al valore del contributo prestato nella fase prematrimoniale nell'ambito della coppia coniugata, Cass. civ., sez. un, 18 dicembre 2023, n. 35385, cit.; il medesimo principio è stato affermato anche nell'ambito dell'unione civile da Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2023, n. 35969, cit.

Come si osserverà, la questione della persistenza dell'assegno divorzile nonostante la nuova convivenza instaurata dal beneficiario – che le Sezioni Unite hanno affrontato nel 2021 – e quella della rilevanza del contributo prestatato durante la convivenza prematrimoniale – che le stesse Sezioni Unite hanno recentemente risolto in senso affermativo – possono essere considerate entrambe corollari della riscoperta della funzione compensativa e perequativa dell'assegno divorzile.

Il dibattito concernente la compensazione del coniuge che abbia effettuato sacrifici e rinunce funzionali a realizzare l'interesse dell'altro e, più in generale, dell'intero nucleo familiare si è tradizionalmente polarizzato intorno al paradigma che assumeva come presupposto inespresso che la vita della coppia prendesse tendenzialmente avvio dal momento del matrimonio e terminasse con il suo scioglimento. In quest'ottica, l'arco temporale nell'ambito del quale attribuire valore al contributo endofamiliare coincideva tendenzialmente con quello della durata legale del matrimonio.

L'adozione di una simile prospettiva, come opportunamente sottolineato dalle Sezioni Unite, impedisce, tuttavia, di considerare adeguatamente il contributo endofamiliare prestatato in quelle fasi della vita della famiglia non coincidenti con il rapporto matrimoniale. Sotto questo profilo l'esigenza di compensare il contributo fornito in quel lasso temporale successivo al divorzio nel quale uno dei genitori si faccia prevalentemente carico dell'accudimento dei figli e quella di riconoscere il contributo endofamiliare prestatato nel corso della convivenza prematrimoniale appaiono strettamente collegate. Nel primo caso, infatti, viene in considerazione il problema del protrarsi di un indirizzo della vita della famiglia "destrutturata" nella quale, anche dopo il divorzio, persiste l'esigenza di un contributo familiare prevalente¹²; nel secondo emerge l'esigenza di valorizzare un indirizzo della vita familiare fondata sulla convivenza che ha costituito il prologo della famiglia fondata sul matrimonio¹³.

In termini più generali – in un contesto dominato dalla pluralità dei modelli familiari¹⁴ e dall'affermarsi di un nucleo minimo di famiglia che affida la propria

¹² Questa esigenza – ricorrente nell'ipotesi in cui in cui al momento della rottura del matrimonio i figli siano ancora in tenera età – può manifestarsi anche in quelle situazioni caratterizzate dalla presenza di patologie che rendono i figli permanentemente non autosufficienti. Con particolare riferimento alla condizione del figlio affetto da disabilità ed ai riflessi personali ed economici scaturenti dai compiti di cura assolti dal genitore v. Trib. Bologna 7 agosto 2018, in *giuraemilia.it*.

¹³ L. OLIVERO, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*, cit., p. 36, osserva che "una volta che si decidesse di ricalcolare la durata del vincolo secondo un approccio fattuale [...] la stessa logica dovrebbe operare bidirezionalmente".

¹⁴ P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato diritto di famiglia*, diretto da ID., *Famiglia e matrimonio*, II ed., a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, Giuffrè, Milano, 2011, 1, p. 23 ss.; ID., *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 28 ss.

coesione al principio della bigenitorialità¹⁵ – la recente decisione con la quale le Sezioni Unite hanno opportunamente valorizzato il contributo endofamiliare prestato nella fase della convivenza prematrimoniale testimonia l'indifferibile necessità di operare una lettura organica delle interazioni tra convivenza e matrimonio, soprattutto con riferimento alle questioni che si pongono in occasione del divorzio e, in particolare, sotto il profilo della persistente solidarietà tra ex coniugi.

2. *La funzione compensativa del nuovo assegno divorzile*

L'analisi della giurisprudenza successiva alla decisione del 2018 con la quale le Sezioni Unite hanno valorizzato la funzione compensativa dell'assegno divorzile impone un'attenta considerazione delle plurime modalità attraverso le quali il contributo alla vita familiare si manifesta¹⁶.

Sotto questo profilo viene in considerazione, anzitutto, il contributo prestato in costanza di matrimonio che costituisce il paradigma espressamente considerato dall'art. 5, comma 6, legge div. Un simile contributo, soprattutto laddove venga prestato per un significativo lasso temporale, può comportare un'irreversibile perdita di capacità professionale che reclama una forma di compensazione destinata a protrarsi a tempo indeterminato, vieppiù nelle fattispecie in cui l'età del richiedente renda estremamente improbabile un reinserimento nel mercato del lavoro¹⁷. Occorre considerare, inoltre, che, sulla scorta dei dati statistici, ri-

¹⁵M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 578 ss.; ID., *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 763 ss.

¹⁶Per una approfondita elaborazione delle possibili opzioni interpretative conseguenti alla lettura della disciplina in materia di assegno divorzile operata da Cass. civ., sez.un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., R. CATERINA, *La redistribuzione della ricchezza dopo lo scioglimento della coppia. Una griglia concettuale qualche riflessione sull'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 11 ss., il quale, soprattutto per quanto concerne la funzione compensativa, pone in evidenza le concrete difficoltà che emergono allorché si tratta di attribuire un valore ai sacrifici effettuati da un coniuge e i benefici conseguiti dall'altro. Infatti, come opportunamente sottolineato, si riscontra, anzitutto, una elevata difficoltà nell'attribuire un valore a potenzialità reddituali sacrificate sulla scorta di valutazioni "altamente congetturali"; quindi si sottolinea, anche sulla scorta di efficaci esempi pratici, la non puntuale coincidenza tra sacrifici effettuati da un coniuge e correlative utilità economiche conseguite dall'altro.

¹⁷Qualora la crisi intervenga in un momento in cui i figli sono ancora in tenera età si potrebbe essere in presenza di una situazione nella quale la vita familiare comporta costi nel presente e ne comporterà verosimilmente in futuro; diversamente – specie nei matrimoni di lunga durata – è possibile che, pur essendosi esaurite o ridotte le incombenze legate allo svolgimento della vita familiare, si riscontri una incapacità di procurarsi mezzi adeguati che uno dei coniugi ha progressivamente acquisito nel corso del matrimonio e che, con una formula estremamente incisiva, viene definita dai *Principles of the Law of Family Dissolution* come una *Residual Loss in Earning Capaci-*

sulta estremamente diffusa la fattispecie nella quale il contributo prestatato da uno dei genitori all'accudimento dei figli si concentra principalmente nella fase successiva alla rottura dell'unione matrimoniale nella quale la famiglia continua a vivere in una dimensione destrutturata che vede gli ex coniugi non più uniti, ma comunque impegnati congiuntamente nel ruolo di genitori dei figli comuni¹⁸.

Il diffondersi del fenomeno delle famiglie ricomposte, inoltre, determina talvolta una sovrapposizione nel tempo del contributo fornito nell'ambito di due nuclei familiari diversi¹⁹. Può accadere, così, che un coniuge, impegnato nel

ty. In questo senso rivestono notevole interesse le osservazioni contenute nel commento ufficiale della sezione 5.05 *Compensation for Primary Caretaker's Residual Loss in Earning Capacity* dei *Principles of the Law of Family Dissolution*: "This section compensates a spouse whose earning capacity at divorce is less than it would have been had he or she not been the primary caretaker of the couple's children during their marriage. A parent who assumes the responsibilities of primary caretaker of the marital children often limits his or her market labor during this period, and this limitation typically results in a residual loss in earning capacity that continues after the children no longer require close parental supervision. This cost is ordinarily incurred in the expectation that the marriage will endure and the primary caretaker will continue to share in the income of the other parent. The arrangement reflects a division of labor in which one parent fulfills most of the couple's joint responsibility for the care of their children while the other fulfills most of their joint responsibility for the family's financial support. Many married couples find this traditional division of labor convenient. If they divorce, however, the primary caretaker will bear the arrangement's entire financial cost. This result is inappropriate because the cost of raising the couple's children is their joint responsibility. This section ensures that the loss is shared". Sul punto v. anche SERVIDEA, *Reviewing premarital agreements to protect the state's interest in marriage*, in *Virginia Law Review*, 2005, p. 538. Per una approfondita trattazione della questione della rilevanza del lavoro domestico nell'ottica giusfamiliare condotta anche in una prospettiva comparatistica ed attenta alle scienze sociali, M.R. MARELLA, voce *Lavoro domestico della famiglia*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. MACARIO, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 657 ss.

¹⁸L'osservazione comparatistica testimonia che, soprattutto laddove siano presenti figli in tenera età, il contributo più significativo in termini di sacrifici della propria attività professionale si colloca in quell'arco temporale nel quale, successivamente al divorzio, la famiglia vive in una dimensione "destrutturata" nella quale, nonostante la rottura della relazione di coppia tra i genitori, permane un'intensa trama di rapporti che si risolvono nella necessaria cooperazione nei compiti di accudimento dei figli comuni (E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsosa, Milano, 2007, 238).

¹⁹In questo senso appare significativa Cass. civ. 27 aprile 2023, n. 11155, in *One Legale*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>, la cui motivazione chiarisce che in sede di revisione dell'assegno divorzile ex art. 9 legge div. può assumere rilievo, ai fini della sussistenza di circostanze sopravvenute che giustificano la riduzione del contributo, anche l'esigenza di mantenimento del nuovo coniuge e dei suoi figli nati dal precedente matrimonio. In particolare, muovendo dall'esigenza di un "necessario bilanciamento, rispetto al soggetto obbligato al versamento dell'assegno divorzile, tra i nuovi doveri di solidarietà coniugale nascenti dalla costituzione del nuovo nucleo familiare ed i pregressi doveri di solidarietà post-coniugale verso l'ex coniuge", la Suprema Corte attribuisce rilevanza ai doveri di mantenimento che si possono creare all'interno di una famiglia ricomposta tra "genitore sociale" e figli del nuovo coniuge. A tale riguardo viene chiarito che "gli obblighi gravanti su entrambi i coniugi verso la famiglia, ai sensi dell'art. 143 c.c., comprendono

ruolo di genitore prevalente successivamente al divorzio, instauri una nuova convivenza e dia vita ad un nuovo nucleo familiare nel quale, parimenti, rivesta un ruolo casalingo prevalente. Sotto questo profilo potrebbe cogliersi l'utilità del principio espresso dalla decisione delle Sezioni Unite del 2021 che – ammettendo la persistenza della componente compensativa dell'assegno divorzile anche successivamente all'instaurazione di una nuova convivenza da parte del beneficiario – dischiude la possibilità di configurare una situazione nella quale la stessa persona si trovi a contribuire con il proprio lavoro domestico a due nuclei familiari diversi che presentano parziali punti di contatto. È possibile, in altri termini, che la stessa persona continui ad esercitare per lungo tempo il ruolo di genitore prevalente nei riguardi del figlio nato dal primo matrimonio e, al tempo stesso, svolga un ruolo endofamiliare trainante nell'ambito di un nuovo nucleo familiare cementato dalla convivenza. Proprio questa particolare eventualità induce a riflettere sulla questione recentemente decisa dalle Sezioni Unite e ad osservare il problema della rilevanza del contributo prestato a favore del nucleo familiare in un momento precedente al matrimonio in una prospettiva che tenga in considerazione anche le ipotesi nelle quali si riscontra una sovrapposizione di nuclei familiari nel tempo. Nella fattispecie assunta ad esempio, infatti, è possibile immaginare che successivamente ad un periodo di convivenza prematrimoniale la nuova famiglia di fatto formata dal beneficiario dell'assegno divorzile venga cementata da un secondo matrimonio. Questo passaggio da un lato segna il momento in cui viene reciso ogni collegamento con il primo matrimonio ed ha luogo la definitiva estinzione dell'assegno divorzile collegato al primo matrimonio (art. 10, legge div.); al tempo stesso il secondo matrimonio attribuisce un diverso significato al periodo di convivenza prematrimoniale che lo aveva preceduto e pone il problema della potenziale rilevanza della contribuzione prestata a favore della nuova famiglia proprio in quella fase in cui la stessa persona assumeva la veste di ex coniuge divorziato (nella prospettiva della prima famiglia) e nuovo convivente (nella prospettiva della seconda famiglia)²⁰. Un simile problema, invero, potrebbe manifestarsi allorché anche il secondo matrimonio entrasse in crisi e si ponesse la questione della spettanza di un assegno divorzile con funzione compensativa. Proprio in una simile eventualità, infatti, si porrebbe il problema della rilevanza del contributo prestato in quella fase della vita

anche i figli nati dal precedente matrimonio di uno dei coniugi stessi, ove ne sia affidatario”. Sul tema della pluralità dei modelli familiari e della famiglia ricomposta v. N. LIPARI, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. MACARIO, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 417 ss.

²⁰ Sotto questo profilo appare assai significativo il passo della decisione Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385, punto 6.7 che, anche sulla scorta della decisione Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, sottolinea la crescente rilevanza assunta dalle fattispecie che si caratterizzano per la situazione “nella quale la stessa persona si trova a contribuire con il proprio lavoro domestico due nuclei familiari diversi che presentano parziali punti di contatto”.

della famiglia nella quale, pur essendo già formata quella seconda famiglia poi cementata con il secondo matrimonio, risultava ancora assai significativo l'impegno profuso in qualità di genitore prevalente del figlio nato dalla prima unione, poi dissoltasi a seguito del divorzio.

3. *Il contributo endofamiliare tra convivenza prematrimoniale e solidarietà post-coniugale*

La recente decisione delle Sezioni Unite sottolinea l'imprescindibile rilevanza dei mutamenti del quadro normativo indotti dall'introduzione della disciplina organica della convivenza (art. 1, comma 36, legge n. 76/2016). Il fatto che essa contempra esclusivamente un dovere di solidarietà tra ex conviventi che si estrinseca nell'obbligo di prestare gli alimenti per un tempo proporzionale alla durata del rapporto (art. 1, comma 65, legge n. 76/2016)²¹ e non preveda alcuna forma di compensazione a favore del convivente che, al termine del rapporto, affermi di avere fornito un apporto endofamiliare sacrificando le proprie aspirazioni a favore dell'altro o della famiglia²² potrebbe condurre ad escludere la rilevanza del contributo endofamiliare prestato nella fase prematrimoniale ai fini della quantificazione dell'assegno divorzile.

Una simile lettura, tuttavia, non appare convincente in quanto essa risulta fondata su una visione atomistica della convivenza e del matrimonio. Essa, in altri termini, non tiene in considerazione il "collegamento funzionale" che può instaurarsi tra la convivenza (prematrimoniale) e il successivo matrimonio. Nella fattispecie sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, invece, convivenza, successivo matrimonio e divorzio si presentano come fasi strettamente collegate.

Il contributo endofamiliare, pertanto, viene opportunamente osservato nella più ampia prospettiva della "storia del nucleo familiare", avviata con la convivenza, cementata con il successivo matrimonio e destinata a proseguire in una dimensione destrutturata successivamente al divorzio. Proprio questa prospettiva consente di considerare la meritevolezza di tutela del contributo prestato durante la convivenza prematrimoniale osservandolo alla luce dello stretto collegamento che, grazie al matrimonio, si instaura tra le diverse fasi nelle quali la storia del nucleo familiare si snoda.

²¹ S. PATTI, voce *Convivenza e contratto di convivenza*, in *Enc. dir., I tematici, IV, Famiglia*, diretto da F. MACARIO, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, in part. p. 217 ss.; E. AL MUREDEN, *sub art. 1, comma 65, l. n. 76/2016*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. SESTA, Giuffrè, Milano, 2017, 1426; G.A. PARINI, *La risoluzione del contratto di convivenza e la cessazione della convivenza*, in *Trattato diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, *Le riforme, Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, 1, Giuffrè, Milano, 2018, p. 248 ss.

²² E. AL MUREDEN, *sub art. 1, comma 65, l. n. 76/2016*, cit., p. 1427 s.

Infatti, in un contesto nel quale uno dei più rilevanti effetti del matrimonio consiste nella presenza di strumenti di solidarietà post-coniugale ispirati anche ad una funzione compensativa e perequativa, sembra possibile affermare che proprio la scelta di cementare la propria unione con il vincolo matrimoniale implichi l'accettazione del dovere di compensare colui che si dedichi prevalentemente al lavoro familiare sacrificando le proprie aspirazioni professionali. Tale compensazione, che è stata tradizionalmente collegata al periodo coincidente con la durata legale del matrimonio, deve essere operata in una prospettiva che può trascendere quella del contributo già dato ed estendersi sino a compensare un contributo da fornire prevalentemente dopo il divorzio.

In quest'ottica, la scelta di contrarre matrimonio implica, a maggior ragione, anche l'accettazione di compensare colui che abbia fornito un rilevante apporto endofamiliare nella fase di convivenza che ha preceduto le nozze²³. In definitiva, se scegliendo il matrimonio i coniugi accettano l'eventualità di dover corrispondere a tempo indeterminato un assegno divorzile al fine di compensare colui che nel corso del matrimonio abbia effettuato sacrifici e rinunce nell'interesse della famiglia o continui a farlo successivamente al divorzio, appare ragionevole ritenere che gli stessi coniugi che abbiano già trascorso prima del matrimonio un rilevante periodo di convivenza nell'ambito del quale era stato stabilito un indirizzo della vita della famiglia di fatto caratterizzato da una netta divisione dei ruoli, proprio con la decisione di cementare la loro unione con le nozze attribuiscono a quel periodo una rilevanza tale da renderlo meritevole di essere incluso nel meccanismo compensativo che caratterizza l'assegno divorzile²⁴.

²³ L. OLIVERO, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*, cit., p. 36, muovendo dall'osservazione per cui la convivenza prematrimoniale "non è affatto una convivenza come tutte le altre" conclude che "scrutata retrospettivamente essa quasi muta sostanza e partecipa della natura del matrimonio che l'ha seguita".

²⁴ In questo senso appare significativo il richiamo della motivazione della decisione delle Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385, punto 6.7) ad una volontà specifica di consolidare il progetto di vita familiare già attuato" nella fase della convivenza prematrimoniale. In proposito L. OLIVERO, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*, cit., p. 36, muovendo dalla disciplina dell'adozione e dal diritto vivente formatosi in materia di violazione del dovere di lealtà tra coniugi, osserva come, a seguito del matrimonio, la convivenza prematrimoniale assuma una valenza peculiare che in larga misura la "attrae" verso la disciplina che governa i rapporti tra coniugi. L'A. rinviene significative conferme di una simile lettura in "frammenti di diritto giurisprudenziale e positivo" osservate alla stregua di "tante punte di emersione di un principio generale sotteso: quello per cui la convivenza – comunque sia nata – subisce una trasfigurazione in seguito al successivo matrimonio". In particolare questa conclusione muove dall'analisi della previsione che condiziona l'accesso all'adozione piena alle coppie sposate da almeno tre anni ed include anche quelle che, seppur coniugate da un tempo più breve, possano vantare un periodo di convivenza prematrimoniale che, sommato alla convivenza come coniugi, consenta di raggiungere il triennio (art. 6, legge n. 184/1983); considerazioni analoghe vengono ulteriormente suffragate richiamando la decisione (Cass. civ. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 365 ss., con nota di FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*) che, pronunciandosi relativamente ad una fattispecie nella quale il futuro coniuge aveva celato

4. *Osservazioni conclusive*

L'analisi delle questioni riguardanti l'estensione temporale entro la quale il contributo endofamiliare assume rilevanza ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno divorzile induce a concludere che la riscoperta della funzione compensativa impone all'interprete un radicale mutamento di prospettiva rispetto ai paradigmi consolidatisi nel periodo in cui all'assegno di divorzio veniva attribuita una funzione eminentemente assistenziale.

Infatti, mentre l'assegno divorzile con funzione eminentemente assistenziale si collegava in modo assai stretto al matrimonio e alla sua durata, il "nuovo" assegno divorzile caratterizzato anche da una funzione compensativa e perequativa valorizza una dimensione delle vita familiare molto più ampia rispetto a quella racchiusa entro la durata legale del matrimonio. In altri termini le norme che governano la solidarietà post-coniugale, pur presupponendo l'esistenza di un matrimonio e valorizzando il contributo fornito anche sotto il profilo della sua durata temporale, assolvono ad una funzione di compensazione dell'apporto endofamiliare che impone di osservare la vita della famiglia matrimoniale considerando tutte le fasi che, grazie al matrimonio, risultano profondamente collegate in ragione di un progetto di vita comune condiviso dai coniugi.

Così, se non si dubita del fatto che il matrimonio comporti l'assunzione del dovere di compensare la parte maggiormente dedita alle incombenze familiari mediante la corresponsione di un assegno funzionale ad assolvere alla finalità assistenziale e a quella compensativa per il tempo successivo al divorzio, appare altrettanto logico ritenere che, nell'ipotesi in cui le nozze siano state precedute da una significativa convivenza prematrimoniale, la decisione di sposarsi includa anche la volontà di compensare (nel caso di futuro divorzio) i sacrifici effettuati in attuazione di un indirizzo comune già concordato ed attuato per un significativo periodo precedente alle nozze.

A pochi mesi dalla decisione delle sezioni unite sembra possibile osservare che l'opportuno riconoscimento della meritevolezza di tutela dell'apporto familiare fornito durante la fase prematrimoniale – e quindi della sua rilevanza ai fini della quantificazione della componente compensativa dell'assegno divorzile – dia vita ad ulteriori esigenze di revisione della disciplina della solidarietà post-coniugale nell'ambito della quale diviene sempre più rilevante operare un'analisi sistematica delle plurime interazioni tra famiglia fondata sulla convivenza e famiglia fondata sul matrimonio.

all'altro una patologia che impediva lo svolgimento di una normale vita coniugale, ha chiarito che "l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio [...] non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro – pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo – un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto".

Una volta riconosciuta la rilevanza del contributo prematrimoniale, infatti, diviene necessario rimeditare gli orientamenti consolidati riferiti alle disposizioni che governano la compartecipazione del coniuge divorziato al trattamento di fine rapporto percepito dall'altro (art. 12-*bis* legge div.) e la ripartizione della pensione di reversibilità tra l'ex coniuge divorziato titolare dell'assegno post matrimoniale ed il coniuge superstite (art. 9 legge div.)²⁵.

²⁵ L. OLIVERO, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*, cit., p. 35.

IL RITO UNICO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO. ASPETTI SOSTANZIALI DELLA RIFORMA PROCESSUALE

Mauro Paladini

SOMMARIO: 1. Le ipotesi di procedimento unico di separazione e divorzio. – 2. La *ratio* della scelta legislativa. – 3. La domanda riconvenzionale di divorzio. – 4. Le domande connesse. – 5. La trattazione congiunta delle domande di separazione e di divorzio. – 6. La decorrenza dei provvedimenti a contenuto economico. – 7. Problemi aperti: *a*) l'addebito della separazione; *b*) i ricorsi congiunti; *c*) il *dies a quo* della procedibilità della domanda di divorzio. – 8. Alcune considerazioni conclusive.

1. Le ipotesi di procedimento unico di separazione e divorzio

Alcuni aspetti del nuovo rito unico in materia di persone, minorenni e famiglia – introdotto dalla legge n. 206 del 2021 e attuato con il d.lgs. n. 149/2022 – sebbene direttamente attinenti a profili processuali, risultano idonei a incidere in modo significativo anche sul diritto sostanziale, sull'ambito applicativo di taluni istituti e, in definitiva, in grado di segnare una tappa di rilievo addirittura culturale nell'evoluzione del diritto della famiglia.

La norma che consente la trattazione nel medesimo giudizio delle domande di separazione e divorzio¹, ad esempio, influirà in modo rilevante sui contenuti

¹ Art. 473-bis.49 (*Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*) stabilisce che «Negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse. Le domande così proposte sono procedibili decorso il termine a tal fine previsto dalla legge, e previo passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia la separazione personale». La norma dà attuazione alla delega contenuta nell'art. 1, comma 23, lett. *bb*), secondo cui «nel processo di separazione, tanto il ricorrente quanto il convenuto abbiano facoltà di proporre domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponendo che quest'ultima sia procedibile solo all'esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale che abbia pronunciato la separazione e fermo il rispetto del termine previsto dall'art. 3 della legge 1 dicembre 1970, n. 898; e che sia ammissibile la riunione dei procedimenti aventi ad oggetto queste domande qualora pendenti tra le stesse parti dinanzi al medesimo tribunale; assi-

del conflitto coniugale e sulle stesse (eventuali) potenzialità di recupero dell'unità familiare.

La riforma prevede, infatti, la possibilità che i giudizi di separazione giudiziale e di scioglimento (o cessazione degli effetti civili) del matrimonio si svolgano nell'ambito di unico procedimento (*simultaneus processus*) in seguito:

- a) alla proposizione di un ricorso contenente entrambe le domande²;
- b) oppure a fronte della domanda riconvenzionale di divorzio, proposta dal coniuge convenuto nel giudizio di separazione giudiziale;
- c) oppure, infine, per effetto dello spostamento per connessione (art. 40 c.p.c.) o per riunione (art. 274 c.p.c.).

In tutti questi casi, tuttavia, la procedibilità della domanda di divorzio (e delle domande connesse: *infra*, § 4) è condizionata al passaggio in giudicato della sentenza di separazione e al decorso del termine previsto dalla legge. Attualmente, in seguito alla legge n. 55/2015, la proposizione della domanda di divorzio presuppone, oltre al passaggio in giudicato della pronuncia (anche parziale) di separazione, il decorso del periodo di dodici mesi dal giorno della comparizione avanti al Presidente del Tribunale nel giudizio di separazione giudiziale, ovvero di sei mesi nel caso di separazione consensuale.

In seguito all'entrata in vigore della riforma del 2022, i tempi processuali sono destinati a ridursi in modo significativo, tenuto conto della concentrazione del procedimento nella prima udienza, nella quale – oltre ai provvedimenti in favore dei coniugi e della prole – potrà già essere emessa la sentenza parziale di separazione, la cui definitività, in caso di mancata impugnazione, consentirà, quindi, l'automatica prosecuzione del giudizio di divorzio.

La possibilità di introduzione contemporanea delle domande di separazione e di divorzio da parte del ricorrente mettono in evidenza la chiara scelta legislativa nel senso di consentire al coniuge di ritenere definitivamente e irrimediabilmente cessata la comunione materiale e spirituale (art. 1, legge n. 898/1970). Poiché, infatti, assai frequentemente la domanda introduttiva conterrà entrambe le richieste, sia di separazione sia di divorzio, il ricorrente manifesterà già *a priori* la propria rinuncia a valersi della mera sospensione degli obblighi matrimoniali conseguenti alla separazione, per valutare soltanto successivamente, *frigido*

curando in entrambi i casi l'autonomia dei diversi capi della sentenza, con specificazione della decorrenza dei relativi effetti».

² Come si legge nella Relazione finale della Commissione ministeriale presieduta dal prof. Liso, alla base di tale scelta del riformato processuale si pone l'affermazione giurisprudenziale, secondo cui la contemporanea proposizione di domande di stato, non è ostacolata dall'esistenza di un rapporto di pregiudizialità, potendo la seconda domanda essere decisa solo all'esito del passaggio in giudicato della prima (cfr., con riguardo, ad esempio, alla contemporanea proposizione di domanda di disconoscimento di paternità e di accertamento giudiziale di paternità, Cass. ord. 3 luglio 2018, n. 17392).

pacatoque animo, l'opportunità di sancire definitivamente la cessazione del rapporto matrimoniale.

La contemporanea introduzione delle due domande ridurrà, pertanto, i casi di riconciliazione post-separazione e quelli di permanenza della condizione di "meri separati" dei coniugi che non intendano addivenire al divorzio.

La riconciliazione dei coniugi separati è un fenomeno meno raro di quanto si pensi: basti consultare la giurisprudenza di merito e di legittimità, che ogni anno interviene in argomento giudicando evidentemente casi di questo tipo. Ma la riconciliazione – intesa come possibilità di cessazione degli effetti della separazione – presenta una rilevanza giuridica e sistematica significativa, se è vero che il legislatore ha ritenuto sufficiente il mero fatto della sua verifica al fine di considerare automaticamente estinti gli effetti della separazione.

Peraltro, anche in mancanza di riconciliazione, il legislatore sembra aver trascurato il fenomeno sociale delle tante separazioni coniugali, alle quali non segue il divorzio per la lenta assuefazione dei coniugi a una condizione che consente loro di conservare i legami e le radici del loro passato sentimentale e che, spesso, in età avanzata, ritorna ad un'affettuosa vicinanza (provocata, ad esempio, dalla frequentazione della sopravvenuta discendenza) e, talvolta, al ripristino della convivenza.

2. *La ratio della scelta legislativa*

Le ragioni della scelta del legislatore risiedono³ – come emerge dai lavori preparatori e, in particolare, dalla relazione della Commissione ministeriale Luiso – in un'esigenza di economia processuale, che si concretizza nel proposito di unificazione dell'istruttoria dei due procedimenti, nonché dei mezzi e dei giudizi di impugnazione. In definitiva, il legislatore ritiene che, attraverso il *simultaneus processus*, i tempi dei procedimenti di separazione e divorzio possano ricevere accelerazione.

³ Si legge, infatti, nella Relazione che, «oltre a tale economia processuale, la riunione consentirà di ridurre il numero dei procedimenti pendenti dinanzi alle corti superiori in quanto, l'impugnazione della sentenza emessa all'esito della definizione del giudizio di primo grado sui procedimenti riuniti, genererà un unico procedimento pendente in Corte di Appello ed in Cassazione, in luogo di due (impugnazione della separazione e successivamente del divorzio)». La Commissione Luiso invita, pertanto, il legislatore a prevedere – quale «strumento di accelerazione finalizzato a concentrare l'istruttoria e a ridurre considerevolmente il numero dei procedimenti pendenti» – «la possibilità di procedere alla riunione di procedimenti di separazione e di scioglimento o cessazione del vincolo matrimoniale quando contemporaneamente pendenti dinanzi al medesimo ufficio giudiziale». «È, infatti, sempre più frequente – si afferma – che, pendente una domanda di separazione giudiziale nel corso delle quale viene pronunciata sentenza parziale di separazione, venga proposta al momento del passaggio in giudicato della decisione sulla separazione la domanda di divorzio».

Tale proposito legislativo si presta a un duplice ordine di critiche, l'una di carattere meramente tecnico e l'altra di carattere sistematico.

Dal primo punto di vista, se si considera che i presupposti sostanziali delle domande di separazione e di divorzio sono astrattamente diversi e che, in ogni caso, nella quasi totalità di questi giudizi non si svolge alcuna istruttoria né sull'intollerabilità della convivenza (art. 151 c.c.) né sulla cessazione della "comunione materiale e spirituale" tra coniugi (art. 1, legge n. 898/1970), deve escludersi che la presunta analogia o identità di istruttoria si riferisca a un'esperienza effettivamente presente nelle aule giudiziarie⁴.

È del tutto plausibile, quindi, che il legislatore della riforma intendesse promuovere l'unificazione dell'istruttoria con riferimento alle domande rispettivamente condizionate a quelle principali di separazione e di divorzio, e, in particolare, da una parte alle domande di addebito e di assegno di mantenimento (art. 156 c.c.) e, dall'altra, alla domanda di assegno di divorzio (art. 5, comma 6, legge n. 898/1970). Sennonché, il legislatore delegato ha chiarito che le domande accessorie a quella di divorzio sono parimenti improcedibili fino al passaggio in giudicato della sentenza di separazione e al decorso del termine dilatorio di legge, sicché la contemporanea pendenza del giudizio di divorzio non comporterà alcuna economia processuale nello svolgimento della fase istruttoria, posto che – ove le domande accessorie siano effettivamente proposte – dapprima dovrà esaurirsi l'istruttoria di quelle accessorie alla domanda di separazione e soltanto in seguito alla procedibilità della domanda di divorzio si potrà svolgere la diversa istruttoria di quelle accessorie a quest'ultima.

Del resto, anche ipotizzando astrattamente che il legislatore avesse consentito l'attività istruttoria delle domande accessorie al divorzio già nella fase di trattazio-

⁴ Già rara nei primi anni successiva all'entrata in vigore della legge sul divorzio e della riforma del diritto di famiglia, l'istruttoria sui presupposti sostanziali della separazione e del divorzio è assente da quando si è affermata in giurisprudenza la c.d. concezione "potestativa" del diritto alla separazione personale, che conduce all'assoluta immunità del coniuge che, nell'esercitare tale diritto, abbia leso le aspettative esistenziali dell'altro e l'affidamento nella prosecuzione della vita familiare. Sul punto, la giurisprudenza non risparmia affermazioni "forti", quando, ad esempio, proclama che, *con il matrimonio, [...] secondo la concezione normativamente sancita del legislatore, i coniugi non si concedono un irrevocabile, reciproco ed esclusivo ius in corpus [...] valevole per tutta la vita, al quale possa corrispondere un «diritto inviolabile» di ognuno nei confronti dell'altro, potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge*⁴, ovvero quando eleva la domanda di separazione a diritto soggettivo potestativo⁴, sul presupposto che *in una visione evolutiva ... [i]l rapporto coniugale [debba ritenersi] nello stadio attuale della società, incoercibile e collegato al perdurante consenso di ciascun coniuge al punto che il giudice, per pronunciare la separazione, deve verificare, in base ai fatti oggettivi emersi, ivi compreso il comportamento processuale delle parti, con particolare riferimento alle risultanze del tentativo di conciliazione ed a prescindere da qualsivoglia elemento di addebitabilità, l'esistenza, anche in un solo coniuge, di una condizione di disaffezione al matrimonio tale da rendere incompatibile, allo stato, pur a prescindere da elementi di addebitabilità a carico dell'altro, la convivenza* (Cass., sez. I, 14 febbraio 2007, n. 3356).

ne della domanda di separazione, allo stesso modo non si sarebbe conseguito alcun vantaggio in termini di tempo e di attività processuale, stante l'assoluta eterogeneità dei requisiti sostanziali delle domande del coniuge a contenuto economico.

In materia di assegno di mantenimento, infatti, la giurisprudenza continua a ritenere che, al fine della quantificazione, il parametro di riferimento per valutare la congruità dell'assegno, sia il tenore di vita di cui i coniugi hanno goduto durante la convivenza⁵. Al contrario, per l'assegno di divorzio la nota pronunzia delle Sezioni Unite⁶ ha affermato la tesi della sua funzione composita, ossia non solo assistenziale, ma in pari misura perequativa e compensativa, ispirata ai principi di eguaglianza e di solidarietà di cui agli artt. 2 e 29 Cost. Respinto deliberatamente il parametro del tenore di vita, dal principio affermato dalle Sezioni Unite deriva che il giudice, valutate comparativamente le rispettive condizioni economico-patrimoniali, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente un assegno a favore dell'altro coniuge che non disponga, o non possa procurarseli per ragioni oggettive, di mezzi adeguati al contributo fornito alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale, e tenuto conto della durata del matrimonio e dell'età dell'avente diritto.

Per quel che riguarda, poi, le domande relative all'affidamento, al mantenimento dei figli e all'assegnazione della casa familiare, non v'è dubbio che il contenuto delle misure sia identico indipendentemente dalla condizione di separati o di divorziati dei genitori. La legge n. 54/2006 aveva già ribadito quanto invero pacifico da tempo, e cioè che le disposizioni riguardanti l'affidamento dei figli «si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati» (art. 4, comma 2). Gli eventuali accertamenti istruttori sono, dunque, i medesimi e la prassi dimostra che le misure adottate nel giudizio di separazione non mutano in sede di divorzio in assenza di mutamenti nelle circostanze di fatto; sicché, anche da questo punto di vista, l'unificazione dei giudizi non è funzionale a una riduzione di tempi o di attività.

3. La domanda riconvenzionale di divorzio

La trattazione contestuale delle domande di separazione e divorzio può dipendere – come si è detto – anche dall'iniziativa del convenuto, il quale può formulare nella comparsa di costituzione la domanda “riconvenzionale” di divorzio e degli eventuali provvedimenti economici derivanti dal medesimo. Sul

⁵ Cass., sez. I, 20 gennaio 2021, n. 975; Cass., sez. VI, 24 giugno 2019, n. 16809.

⁶ Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Resp. civ. prev.*, 2018, VI, p. 1856, con nota di G.F. BASINI, *Le Sezioni Unite ripensano i criteri di attribuzione, e rideterminano la funzione dell'assegno post-matrimoniale*.

punto, occorre tenere conto dell'ulteriore previsione normativa, secondo cui, in caso di domande riconvenzionali del convenuto, è attribuita al ricorrente la facoltà «*modificare o precisare le domande e le conclusioni già formulate, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle difese del convenuto, indicare mezzi di prova e produrre documenti*» (art. 473-bis.17).

È dubbio che tecnicamente la domanda di divorzio possa essere qualificata alla stregua di una domanda riconvenzionale rispetto alla domanda di separazione, posto che certamente non è comune la *causa petendi*.

Se, dunque, la possibilità di proporre tale riconvenzionale, risponde a quegli obiettivi di speditezza e concentrazione delle azioni – che, almeno nelle intenzioni del legislatore, potrebbero consentire un più razionale ed efficiente sistema di giustizia civile – occorre chiedersi tale domanda, al pari di ogni altra riconvenzionale, debba ritenersi soggetta a preclusione, posto che le domande nuove – come precisa la citata norma – sono consentite soltanto se «*relative all'affidamento e mantenimento dei figli minori*» (art. 473-bis.19). Peraltro, se non proposta nel giudizio di separazione, la domanda di divorzio sarà comunque proponibile in un separato giudizio, con la possibilità di connessione o riunione a quello di separazione, senza che tale connessione o riunione possa essere preclusa da ragioni derivanti dallo stato di trattazione del procedimento di separazione, in ragione dell'improcedibilità temporanea della domanda di divorzio e di quelle ad essa connesse.

Non appare logico, quindi, escludere che la domanda di divorzio possa essere proposta anche nel corso del procedimento di separazione; appare, al contrario, più consona all'economia processuale la deroga al regime delle preclusioni, piuttosto che la proposizione di un separato ricorso che sia suscettibile, tuttavia, di immediata riunione al giudizio di separazione.

4. *Le domande connesse*

Poiché la legge consente la proposizione contestuale della domanda di divorzio e delle domande “a questa connesse”, non può dubitarsi che anche con la domanda di separazione possano essere proposte le domande connesse. Il legislatore non ha colto l'occasione per specificare che cosa debba intendersi per “domande connesse” o addirittura per tipizzarle, consentendo in tal modo di superare alcuni problemi sorti in giurisprudenza. In particolare, è destinato a riproporsi il dubbio concernente la proponibilità, nell'ambito del giudizio di separazione, della domanda di scioglimento della comunione legale.

Tradizionalmente la giurisprudenza⁷ ha escluso tale cumulo, affermando che

⁷ Cass., sez. I, 17 maggio 2005, n. 10356; Cass., sez. I, 25 marzo 2003, n. 4351; Cass., sez. I, 8 novembre 1997, n. 11031.

– poiché il regime di comunione era destinato a sciogliersi soltanto col passaggio in giudicato della sentenza di separazione – il rapporto tra le due domande doveva ritenersi “diacronico” e non “sincronico”, con la conseguente necessità che la domanda di scioglimento della comunione seguisse alla definitività dello status di coniugi separati.

Tale argomento, in seguito alla legge n. 55/2015 – che, novellando l’art. 191 c.c., ha sancito lo scioglimento della comunione dal momento della pronuncia dei provvedimenti provvisori presidenziali – è venuto meno, sicché non si vede la ragione per escludere l’ammissibilità di tale cumulo.

Neppure potrebbe argomentarsi in ragione dell’incertezza in ordine alla definitività della pronuncia di separazione, posto che ciò varrebbe anche per la proponibilità e la trattazione della domanda di addebito, che pure è, invece, pacificamente proponibile.

La tesi favorevole alla proponibilità della domanda di scioglimento della comunione legale è, inoltre, ulteriormente fondata ove si consideri che la riforma ammette la proponibilità di domande che, per espressa previsione normativa, non possono essere trattate prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione e decorso un anno dalla data dell’udienza di comparizione dei coniugi avanti al Presidente del Tribunale. Orbene, se è possibile proporre domande connesse alla domanda di divorzio e temporaneamente improcedibili, *a fortiori* devono ritenersi ammissibili le domande connesse a quella di separazione e, pertanto, immediatamente procedibili.

Le considerazioni svolte in ordine all’ammissibilità della domanda di scioglimento della comunione legale possono valere anche a favore della domanda di risarcimento del danno da illecito endofamiliare, fondata sull’identica *causa petendi* della domanda di separazione⁸. Invero, se è certamente proponibile la domanda di addebito, non si comprende la ragione per cui la domanda risarcitoria volta a conseguire il danno derivante dalle condotte che hanno reso intollerabile la vita familiare debba necessariamente vedere ingresso in una diversa sede processuale. La domanda di risarcimento del danno, peraltro, introduce elementi storici di valutazioni che non solo non possono ritenersi estranei ai fatti costitutivi della separazione o del divorzio, ma presentano profili di coincidenza tali da far ritenere che la trattazione unitaria della domanda di addebito e di risarcimento del danno risponda, altresì, ad esigenze di economia processuale. La pragmatica risposta, consistente nel disincentivare il cumulo di domande in grado di incrementare la complessità e la durata dell’istruttoria non risulta soddisfacente: anche l’addebito introduce nel processo vicende dolorose e complesse,

⁸ La giurisprudenza è orientata, invece, in senso contrario, con orientamento costante: *ex plurimis* Cass., sez. I, 25 marzo 2003, n. 4367; Cass., sez. I, 19 gennaio 2005, n. 1084; Cass., sez. I, 6 dicembre 2006, n. 26158. Nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, Trib. Bari, sez. I, 19 aprile 2006; Trib. Monza, sez. IV, 12 dicembre 2005; Trib. Modena, sez. II, 1° dicembre 2005.

e l'interprete non può aggirare l'argomento sistematico in base alla mera considerazione della progressiva desuetudine dell'istituto dell'addebito (desuetudine attribuibile, peraltro, a indirizzi giurisprudenziali a dir poco sorprendenti nella palese esternazione della riluttanza a riconoscere i presupposti dell'addebitabilità della separazione, che certamente trarranno feconda linfa dalla maggiore precarietà dei suoi effetti temporali, in conseguenza della repentina sopravvenienza della pronuncia di divorzio).

5. La trattazione congiunta delle domande di separazione e di divorzio

Una volta proposte tali domande mediante un unico ricorso, il nuovo rito unico prevede che «*Il presidente, entro tre giorni dal deposito del ricorso, designa il relatore, al quale può delegare la trattazione del procedimento, e fissa l'udienza di prima comparizione delle parti assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire almeno trenta giorni prima dell'udienza*» (art. 473-bis.14). A differenza delle previsioni vigenti, la disciplina introdotta dalla riforma prevede che il Presidente (o il giudice delegato) possa adottare i “provvedimenti indifferibili”, che potranno essere confermati, modificati o revocati, nel contraddittorio delle parti, nell'udienza fissata entro i successivi quindici giorni (art. 473-bis.15)⁹. Questi provvedimenti riguarderanno l'affidamento, il mantenimento dei figli minori e l'assegnazione della casa familiare, ma includeranno verosimilmente anche l'autorizzazione a vivere separati, con la possibilità (teorica) che la cessazione della convivenza tra i coniugi derivi da un provvedimento *inaudita altera parte*.

È prevista, quindi, l'udienza di comparizione personale delle parti, nella quale il giudice sente i coniugi e tenta la conciliazione (art. 473-bis.21).

Se la conciliazione non riesce, il giudice, sentite le parti e i rispettivi difensori e assunte ove occorra sommarie informazioni, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli. La causa è rimessa immediatamente in decisione quando può essere decisa la domanda relativa allo stato delle persone e il procedimento deve continuare per la definizione delle ulteriori domande (art. 473-bis.22).

⁹ Art. 473-bis.15 (*Provvedimenti indifferibili*). – In caso di pregiudizio imminente e irreparabile o quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti, il presidente o il giudice da lui delegato, assunte ove occorre sommarie informazioni, adotta con decreto provvisoriamente esecutivo i provvedimenti necessari nell'interesse dei figli e, nei limiti delle domande da queste proposte, delle parti. Con il medesimo decreto fissa entro i successivi quindici giorni l'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti adottati con il decreto, assegnando all'istante un termine perentorio per la notifica.

Oltre al reclamo contro i provvedimenti provvisori avanti alla Corte d'appello (già introdotto con la legge n. 54/2006), la riforma ha opportunamente introdotto il reclamo anche avverso i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa «che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori» (art. 473-*bis*.24), eliminando così l'irragionevole precedente discriminazione¹⁰.

Non è stato chiarito dal legislatore delegato se, all'esito della definitività della pronuncia di separazione, la procedibilità della domanda di divorzio comporti l'integrale applicabilità del rito del divorzio e, dunque, l'esperimento di un nuovo tentativo di conciliazione: la lettera della legge parrebbe imporre la soluzione affermativa, posto che il procedimento di divorzio prevede tale istituto in modo autonomo e distinto rispetto al precedente tentativo esperito in sede di separazione.

6. La decorrenza dei provvedimenti a contenuto economico

In sede di provvedimenti provvisori, «quando pone a carico delle parti l'obbligo di versare un contributo economico il giudice determina la data di decorrenza del provvedimento, con facoltà di farla retroagire fino alla data della domanda» (art. 473-*bis*.22).

Orbene, nel caso di cumulo (originario o sopravvenuto) di domande di separazione e divorzio, il giudice potrà trovarsi dinanzi sia alla domanda di assegno di mantenimento *ex art.* 156 c.c. sia a quella di assegno di divorzio *ex art.* 5, legge n. 898/1998. Si è già richiamata la differenza tra i due istituti dell'assegno di mantenimento (art. 156 c.c.) e dell'assegno di divorzio (art. 5, legge n. 898/1970) e la relativa diversità dei presupposti e della rispettiva quantificazione (*supra*, § 2). Sennonché, il senso della differenziazione dei due istituti si poteva rinvenire soltanto in presenza di una durata significativa del periodo di separazione, effettivamente funzionale a una riflessione circa l'opportunità di uno scioglimento definitivo del vincolo matrimoniale, soprattutto nelle famiglie in cui siano presenti figli minori.

In seguito alla riforma, occorrerà che il giudice ponga una rigorosa attenzione alle norme e agli orientamenti che sanciscono la differenza tra assegno di

¹⁰Sul punto, C. CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori*, in *Diritto processuale civile* a cura di C. CECHELLA, Milano 2010, 486. Occorre ricordare, peraltro, che la soluzione contrario alla reclamabilità era stata portata anche all'attenzione del Giudice delle leggi, che aveva ritenuto, tuttavia, inammissibile la questione (Corte cost. ord. 3 novembre 2010, n. 322). Nello stesso senso si era pronunciata, poi, Cass., sez. I, 4 aprile 2014, n. 15416.

mantenimento e assegno di divorzio, affinché la previsione normativa sulla determinazione della decorrenza dei rispettivi provvedimenti economici non determini ingorghi e sovrapposizioni.

Il radicale mutamento dei criteri di attribuzione e quantificazione dell'assegno di divorzio, rispetto all'assegno di mantenimento nella separazione, pone, infatti, il problema della successione cronologica tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio: problema destinato ad acuirsi – alla luce della riforma – nel momento in cui si restringe di fatto il lasso temporale tra separazione e divorzio, e addirittura si consente che il processo di divorzio possa incardinarsi e svolgersi unitamente al processo in cui si controverta dell'assegno di mantenimento.

Com'è noto, la giurisprudenza ha elaborato alcune regole relative a tali rapporti e, in particolare:

a) in tema di separazione personale dei coniugi, il diritto all'assegno di mantenimento decorre dal momento della proposizione della domanda giudiziale¹¹ e fatta salva l'eventuale ripetibilità delle somme corrisposte indebitamente nel caso di quantificazione inferiore da parte del giudice in sede di sentenza rispetto ai provvedimenti provvisori¹²;

b) i provvedimenti economici adottati nel giudizio di separazione sono destinati ad una perdurante vigenza fino all'introduzione di un nuovo regolamento patrimoniale per effetto delle statuizioni (definitive o provvisorie) rese in sede divorzile¹³;

c) il diritto all'assegno di divorzio, trovando la propria fonte nel nuovo *status* delle parti, rispetto al quale la pronuncia del giudice ha efficacia costitutiva, decorre dal passaggio in giudicato della statuizione di risoluzione del vincolo coniugale¹⁴.

Rispetto a tale ultima regola è previsto un temperamento, avendo il giudice il potere di disporre, in relazione alle circostanze del caso concreto, ed anche in assenza di specifica richiesta, la decorrenza dello stesso assegno *dalla data della domanda di divorzio* (legge n. 898/1970, art. 4, comma 10, così come sostituito dalla legge n. 74/1987, art. 8): peraltro il giudice, ove si avvalga di tale potere, è tenuto a motivare adeguatamente la propria decisione¹⁵. Di regola, quindi, fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio (parziale o definitiva), permanendo il vincolo matrimoniale, il coniuge beneficiario ha diritto a conservare l'assegno di mantenimento attribuitogli in sede di separazione¹⁶ e il giudice del

¹¹ Cass., sez. VI, 5 febbraio 2018, n. 2687.

¹² Sul punto Cass., sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914.

¹³ Cass., sez. I, 27 marzo 2020, n. 7547.

¹⁴ Cass., sez. I, 17 settembre 2020, n. 19330.

¹⁵ Cass., sez. I, 17 settembre 2020, n. 19330.

¹⁶ Salva la possibilità di modifica per sopravvenienze *ex art. 710 c.p.c.*

divorzio deve sancire l'eventuale diversa misura dell'assegno di divorzio soltanto con la sentenza, con la quale cessa lo *status* coniugale¹⁷. In pratica, durante il giudizio divorzile, l'assegno che può essere stabilito dal presidente in via provvisoria ed urgente a favore del coniuge debole è ancora l'assegno di mantenimento del coniuge separato. A fondamento di tale coordinamento tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio, vi è anzitutto la lettera della legge: l'art. 5, comma 6, legge n. 898/1970, menziona l'assegno come oggetto della sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio; l'art. 4, comma 8, non parla di assegno di divorzio ma di "provvedimenti opportuni".

Sussiste il rischio che tali regole siano potenzialmente destinate a venire in conflitto e ad essere superate nell'ipotesi in cui il processo di separazione e di divorzio si svolga contemporaneamente davanti allo stesso giudice. È vero, dunque, che la legge delega prevede che la sentenza debba contenere la decisione di ogni domanda in diversi autonomi capi della sentenza e che debba essere specificata la decorrenza del contributo al mantenimento del coniuge e dell'assegno divorzile qualora entrambe proposte, ma la condizione fondamentale, affinché permanga la differenza sostanziale tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio consiste nel mancato esercizio, da parte del giudice, della facoltà di sancire la retroattività dell'assegno di divorzio, posto che tale retroattività, se improvvidamente estesa fino al momento della domanda o della prima udienza, porterebbe all'automatica estinzione *ex tunc* dell'assegno di mantenimento, per assorbimento da parte della diversa misura economica prevista per il divorzio.

Nel caso in cui, invece, tale facoltà di stabilire la decorrenza retroattiva dovesse essere esercitata dal giudice, potrà accadere in concreto che l'assegno di mantenimento vada a scomparire per essere sostituito da una misura economica unica, i cui parametri – fino a quando si riterrà di osservare i principi delle sezioni unite del 2018 – non contengono il riferimento al tenore di vita matrimoniale e, di conseguenza, anche la perdurante efficacia degli accordi sull'indirizzo della vita familiare di cui all'art. 144 c.c.

Sarebbe auspicabile, dunque, che la giurisprudenza applichi specifiche regole relative al rapporto tra tali domande a contenuto economico, e, in particolare:

a) il potere del giudice di adottare provvedimenti provvisori di natura economica, relativi ai coniugi, applicando soltanto l'art. 156 c.c. e, quindi, riconoscendo l'assegno di mantenimento come unica forma di tutela economica tendenzialmente fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio;

b) il potere del giudice di far retroagire l'assegno di divorzio non oltre il momento della definitività della sentenza di separazione, a far tempo, quindi, della procedibilità della domanda di divorzio.

¹⁷ Per questa ipotesi v. Cass., sez. I, 18 giugno 2009, n. 14214 (punto 3 della motivazione), in *Fam. e dir.*, 2010, 8.

Tale possibile coordinamento delle previsioni normative – consistente, in definitiva, nell’affermazione dell’efficacia temporale dell’assegno di mantenimento dalla data di proposizione del ricorso fino a quella del passaggio in giudicato della pronuncia di divorzio (o quantomeno fino alla definitività della sentenza di separazione) – potrebbe trovare resistenza in alcune considerazioni pratiche di economia processuale, che già allo stato della normativa vigente conducono alla rapida definizione del giudizio di separazione a vantaggio di una più articolata istruttoria nella sola sede del divorzio. Occorre chiedersi, infatti, che senso abbia acquisire documentazione e assumere defatiganti testimonianze per stabilire il tenore di vita matrimoniale, al fine di determinare l’assegno di mantenimento *ex art.* 156 c.c., allorché tale determinazione sia destinata ad essere superata dal rilievo dei diversi parametri strumentali alla quantificazione dell’assegno di divorzio.

7. *Problemi aperti: a) l’addebito della separazione; b) i ricorsi congiunti; c) il dies a quo della procedibilità della domanda di divorzio*

L’attuazione della delega ha lasciato aperti alcuni dubbi, tra i quali è possibile segnalare i seguenti.

a) Un primo problema si pone a causa della persistente previsione dell’addebito della separazione, che la Commissione Luiso aveva proposto, invece, di abolire. Infatti, ove sia pronunciato l’addebito della separazione a carico di un coniuge, questi non ha diritto al mantenimento, ma un tale capo della sentenza può essere interamente neutralizzato dal successivo capo della pronuncia che riconosca l’assegno di divorzio, il quale non è precluso dall’addebito. Ove il giudice intenda comunque riconoscere il diritto all’assegno di divorzio, la pronuncia di addebito rischia di essere *inutiliter data* o quanto meno dotata di una fugace efficacia limitata alla durata del giudizio.

Anche in questo caso, soltanto la giurisprudenza potrà garantire un sufficiente coordinamento tra gli istituti, stabilendo che il giudice debba considerare l’addebitabilità della separazione tra le “ragioni della decisione” rilevanti ai fini del riconoscimento e della quantificazione dell’assegno di divorzio.

b) In secondo luogo, se la domanda di divorzio può essere introdotta contemporaneamente a quella di separazione giudiziale o in via riconvenzionale, occorre chiedersi, poi, se tale possibilità di proposizione contestuale sia ammessa anche per i ricorsi di separazione consensuale e divorzio congiunto. Sul punto, la riforma conteneva la delega all’introduzione di «*un unico rito per i procedimenti su domanda congiunta di separazione personale dei coniugi, di divorzio e di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, modellato sul procedimento previsto dall’articolo 711 del codice di procedura civile, disponendo che nel ricorso*

debba essere contenuta l'indicazione delle condizioni reddituali, patrimoniali e degli oneri a carico delle parti, prevedendo la possibilità che l'udienza per il tentativo di conciliazione delle parti si svolga con modalità di scambio di note scritte e che le parti possano a tal fine rilasciare dichiarazione contenente la volontà di non volersi riconciliare».

Il legislatore delegato non si è espresso chiaramente sul punto, ma la norma dell'art. 473-bis.49, stabilendo genericamente che «Negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse» consente di estendere la proponibilità contestuale delle domande anche nel caso di ricorso congiunto. In tal caso, il Giudice, nel momento in cui si riserva di pronunciare la separazione consensuale, può fissare una successiva udienza per la trattazione della richiesta congiunta di scioglimento (o cessazione degli effetti civili) del matrimonio. Occorre segnalare, peraltro, che – in seguito alla riforma – l'omologa della separazione consensuale dovrà avvenire con sentenza (art. 473-bis.51, comma 4). Peraltro, la Suprema Corte¹⁸ – chiamata a pronunciarsi su rinvio pregiudiziale (art. 363-bis c.p.c.) – si è espressa in senso favorevole al cumulo delle domande di separazione e divorzio mediante ricorso congiunto.

c) Infine, la procedibilità della domanda di divorzio è condizionata al passaggio in giudicato della sentenza di separazione e al decorso del termine di legge: nulla dice, tuttavia, la legge in ordine alla situazione del procedimento in ipotesi di impugnazione della sentenza di separazione che impedisca la procedibilità della domanda di divorzio.

In tal caso, viene a determinarsi una sospensione coatta e di fatto del procedimento in attesa dell'esito dell'impugnazione (che potrebbe, peraltro, essere stata strumentalmente proposta proprio allo scopo di rendere improcedibile la domanda di divorzio e procrastinare l'efficacia dei provvedimenti economici *ex* art. 156 c.c., secondo la prospettiva in precedenza descritta). In tale fase potrebbero ritrovare ambiti applicativi i procedimenti di modifica delle condizioni di separazione, previsti dall'art. 710 c.p.c.

8. Alcune considerazioni conclusive

In definitiva, le previsioni della legge di riforma fin qui esaminate – pur nella loro originalità e complessità processuale – inducono soprattutto a considerazioni di natura culturale.

I tempi per addivenire al divorzio si riducono ancora di più e, in questo caso – a differenza del 2015 – non per il tramite di una norma sostanziale, ma in con-

¹⁸ Cass. 16 ottobre 2023, in *Foro it.*, 2023, I, c. 2717.

seguenza di una riforma del processo e dell'introduzione di regole volte a favorire l'accesso diretto alla definitiva estinzione del vincolo matrimoniale.

Il tentativo di conciliazione – già ridotto a una mera formalità, svolta talvolta con sbrigativa noncuranza dai presidenti dei tribunali – non potrà ricevere nuovo vigore dalla contestuale pendenza di una domanda di divorzio.

L'addebito è parimenti destinato a estinzione naturale, perché i suoi effetti sono destinati a cessare rapidamente con la pronuncia di divorzio.

Stessa sorte per l'assegno di mantenimento e per il parametro del tenore di vita, posto che – a condizione che il giudice non lo travolga con lo strumento della retroattività dell'assegno di divorzio – la sua durata può resistere soltanto fino alla sentenza di divorzio e, quindi, per poco più di un anno. Presto ci si domanderà, dunque, che senso abbia prevedere due tipi di assegno rispetto a una condizione dei coniugi che, senza soluzione di continuità, transita dalla separazione al divorzio. Ove la separazione legale non fosse prevista, di fatto tale condizione sussisterebbe comunque, in caso di divorzio giudiziale, in virtù dei soli tempi processuali di introduzione e istruzione della causa.

Avuto riguardo ai tempi, la condizione di coniugi separati è destinata ad avere una durata soltanto endoprocessuale coincidente coi dodici mesi di cui alla norma sostanziale dell'art. 3, legge n. 898/1970.

La separazione personale – istituto antico di derivazione canonica – rischia, in definitiva, di scomparire per l'esultanza dei molti, che hanno da tempo il valore della famiglia fondata sul matrimonio come obiettivo di una pervicace opera di demolizione. Il legislatore sembra aver ignorato se stesso, là dove – promuovendo il rapido passaggio dalla separazione al divorzio – ha trascurato gli effetti generalmente devastanti della separazione sui figli e, talvolta, sugli stessi coniugi.

Per quel concerne i figli, l'art. 337-ter c.c. – nella versione introdotta dalla legge n. 54/2006 e, in seguito, al d.lgs. n. 154/2013 – ha sancito che «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi». Non sembra confutabile che tale diritto possa essere pienamente esercitato nella convivenza, nell'armonia e nell'unità tra i genitori. Non si comprende, allora, la coerenza con tale impostazione legislativa dell'affermazione giurisprudenziale secondo cui la domanda di separazione a diritto soggettivo potestativo¹⁹, sul presupposto che «*in una visione evolutiva ... [i]l rapporto coniugale [deve ritenersi] nello stadio attuale della società, incoercibile e collegato al perdurante consenso di ciascun coniuge*», oppure dell'altra affermazione secondo cui ciascun coniuge può «*far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge*»²⁰.

¹⁹ Così, espressamente, Cass., sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099.

²⁰ Cass., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853.

La separazione non è, in molti casi, esperienza meno dura per il coniuge che la subisce. È dimostrato che la rottura del matrimonio costituisca un evento stressante paragonabile, in alcuni casi, a un lutto, anche in assenza di figli: psicologi e psichiatri definiscono tale situazione, nella sua versione più lieve, *Separation Anxiety Disorder*, il cui acronimo, non a caso, è SAD (triste).

Appare singolare, invero, che la giurisprudenza affermi che la concezione “potestativa” della separazione sia diretta emanazione di quello stesso art. 29 Cost., che – lungi dal “costituzionalizzare” il diritto alla separazione – sancisce, al contrario, la garanzia dell’unità familiare.

Ma anche a voler accogliere – si sarebbe tentati di dire ... *per absurdum* – una tale prospettiva, occorrerebbe domandarsi se il diritto alla separazione personale, ove esercitato con modalità inopinate, tali da determinare uno squilibrio tra il vantaggio che si propone il coniuge che lo esercita e il pregiudizio che reca a carico del coniuge che riponeva legittimo e incolpevole affidamento sulla prosecuzione del comune progetto esistenziale e familiare, non legittimi quelle stesse valutazioni in termini di abuso del diritto, che la giurisprudenza da tempo compie in ambito di rapporti obbligatori e contrattuali.

Né si può ammettere che – come sostenuto da qualche Autore²¹ – la separazione o il divorzio non possano costituire di per sé causa di un “danno” a carico del coniuge che subisca la rottura del vincolo coniugale. Come è stato acutamente replicato da autorevole dottrina²², «una simile opinione, a prescindere dall’asprezza ideologica, finisce per descrivere il vincolo matrimoniale come addirittura più lasco di un contratto, con riguardo al quale peraltro nessuno osa invocare la libertà per escludere la responsabilità della parte infedele».

²¹ Così, ad esempio, G. FACCI, *L’ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1244, secondo cui «ciascun coniuge ha diritto di separarsi, di divorziare, di contrarre un nuovo matrimonio e di formare una nuova famiglia».

²² A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 929 ss.

Finito di stampare nel mese di luglio 2024
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.
23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari. Atti del Convegno - Milano, 22 aprile 2004*, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland - Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004*, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati? Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005)*, a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.

30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, "Sentimento religioso" e bene giuridico. *Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà - Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno - Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.
43. Mariangela Ferrari, *La compensatio luctri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond*, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.

58. *Le ragioni dell'uguaglianza*. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicopolulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.
66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Maria-rosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.

88. Alessandra Daccò, «Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l., 2013.
89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96^{bis}. *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.
107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. Norberto Bobbio: *rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.

120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.
132. *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.
137. *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, a cura di Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti, 2021.
138. Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, 2021.
139. *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di Giovanni Iorio e Paolo Zicchittu, 2021.
140. Federico Furlan, *Il Presidente della Regione 2.0 (tra Costituzione, fonti regionali e prassi)*, 2021.
141. *Università e anticorruzione*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2022.
142. Andrea Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, 2022.
143. *Francesco Tesauro. Scritti scelti di diritto tributario. Vol. I. Principi e regole. Vol. II. Il processo*, a cura di Franco Fichera, Maria Cecilia Fregni, Nicola Sartori, 2022.
144. Luca Galli, *La coprogrammazione e la progettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, 2022.
145. Alessandro Semprini, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, 2022.
146. *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, 2022.
147. Silvia Salardi, *Intelligenza artificiale e semantica del cambiamento: una lettura critica*, 2023.
148. Claudio Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, 2023.
149. Alberto Villa, *La graduazione delle questioni di merito. Ammissibilità e profili dinamici*, 2023.
150. Luca Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, 2023.
151. *Come cambia l'Università italiana*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2023.
152. Andrea Pisani Tedesco, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, 2024.

153. *Diritto e società plurale: questioni aperte*, a cura di Natascia Marchei e Stefania Ninatti, 2024.
154. Stefania Pia Perrino, *L'inadempimento dell'obbligo informativo terapeutico*, 2024.
155. *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte (Milano, 26-27-28 gennaio 2023)*, a cura di Gioacchino La Rocca, Emanuele Bilotti, Valentina Piccinini, 2024.

