



FEDERICO AZZARRI

Ricercatore in Diritto privato – Università di Pisa

DIRITTO DI FAMIGLIA E PROCESSI REGOLATIVI: RILEGGENDO UN VOLUME DI ENZO ROPPO*

«Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici» è il titolo della terza monografia di Enzo Roppo, pubblicata nel 1981 per i tipi del Mulino, la quale segue il volume del 1975 sui contratti standard, edito da Giuffrè, e quello del 1977 sul contratto in generale, pubblicato sempre presso l'editore bolognese.

Già la scelta del titolo è significativa: non tanto perché, con la consueta chiarezza, definiva immediatamente la linea della ricerca, ma, soprattutto, perché anticipava come questa non avrebbe potuto esaurirsi “solo” sul piano tecnico – quello dei presupposti e dei limiti dei poteri del giudice innanzi alla famiglia appena riformata – dovendosi al contempo, inevitabilmente, addentrare anche in un campo più vasto, quello giuspolitico del rapporto tra autorità e libertà. Premette infatti Roppo che «la questione dell'intervento del giudice nella famiglia si iscrive nel quadro del (e non può pertanto affrontarsi senza riferimento al) più generale problema dei rapporti tra stato e famiglia, tra famiglia e diritto»¹; un terreno insidioso, prosegue l'Autore, perché elettivo, più di ogni altro settore del diritto, per la costruzione e la propagazione di ideologie, a cominciare da quella dell'“autonomia della famiglia”². Ed è proprio in virtù di questa attitudine che la materia rappresenta, ancora oggi, un ambito di sicuro interesse per il giurista.

A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, erano comparse nel codice civile due norme che, pur non spiccando per la particolare invasività dell'intervento giudiziale che prospettavano, suscitavano nondimeno la singolare ed energica reazione di una parte della dottrina. Si trattava dell'art. 145 e dell'art. 316: il primo consentiva (consente) a ciascun coniuge, in caso di contrasti nella gestione del *ménage*, di sollecitare la mediazione del giudice, onde raggiungere una soluzione concordata, o finanche stabilita dal magistrato stesso, in ossequio alle esigenze di unità e di vita della famiglia, ove siano in gioco «affari essenziali» e l'adozione di un provvedimento non impugnabile sia richiesta espressamente e congiuntamente dai coniugi; il secondo, invece, oltre ad estendere la regola dell'accordo anche all'esercizio della potestà genitoriale, stabiliva che in caso di contrasto tra i genitori, su temi di particolare importanza, il giudice po-

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno *Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo*.

¹ E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, 51.

² E. ROPPO, *op. cit.*, 38 s.

JUS CIVILE



tesse, su richiesta di uno di essi, suggerire le determinazioni ritenute più opportune, eventualmente attribuendo, stante la persistenza del contrasto, il potere di decisione al genitore che fosse apparso maggiormente idoneo a curare l'interesse del figlio: tale eventualità è stata peraltro mantenuta anche nel nuovo regime di responsabilità genitoriale, venendo invece opportunamente eliminata la vistosa eccezione in origine prevista al quarto comma, per il caso di incombente pericolo di grave pregiudizio al figlio, che rimetteva in tale frangente soltanto al padre l'adozione dei provvedimenti urgenti e indifferibili.

Non erano certo queste le uniche ipotesi di intervento giudiziale nella famiglia conosciute dal sistema. Esistevano, infatti, anche disposizioni penali tese a punire comportamenti inerenti a rapporti o situazioni familiari qualificati come reati; vi erano poi norme che contemplavano l'intervento del giudice in presenza di conflitti di ordine patrimoniale tra i coniugi, come quelle che chiamano il magistrato ad assumere le misure in vario modo necessarie a preservare l'interesse della famiglia, là dove l'amministrazione della comunione sia compromessa da cattive decisioni o dall'impossibilità di un coniuge di provvedervi; ancora, vi erano norme che prevedevano l'intervento del giudice nella fase di dissoluzione della famiglia, o una volta che la famiglia si fosse ormai dissolta, come quelle contenute nella disciplina della separazione o del divorzio; e, infine, si potevano censire anche norme eterogenee, che ammettevano l'intervento del giudice indipendentemente dall'esistenza di un conflitto tra i coniugi, onde affermare interessi non coincidenti con gli interessi individuali di questi ultimi: è il caso, tra gli altri, delle disposizioni preposte a garantire la valida formazione del vincolo nuziale (si pensi ai pronunciamenti sulla dispensa da impedimenti matrimoniali, sull'opposizione al matrimonio o sulla contestazione della sua validità).³

Orbene, mentre alla base di ognuno di questi gruppi di ipotesi erano rinvenibili collaudate *rationes* a sostegno dell'intervento giudiziale (l'esigenza di reprimere condotte criminose, la natura esclusivamente patrimoniale dell'oggetto del conflitto, la necessità di definire l'assetto dei rapporti personali e patrimoniali tra i membri della famiglia in vista della sua probabile o certa dissoluzione, la rilevanza pubblica, o comunque preminente, degli interessi tutelati dal provvedimento del magistrato), diversamente, invece, i poteri assegnati al giudice dagli artt. 145 e 316 c.c. non si lasciavano ascrivere ad alcuno dei tradizionali motivi di legittimazione, il che spiegava – ma non giustificava – il diffuso atteggiamento di chiusura degli interpreti nei confronti delle novità legislative⁴, tanto più che, all'atto pratico, il rilievo di dette innovazioni, e soprattutto quello dell'art. 145 c.c., si sarebbe dimostrato assai modesto, rendendo ben lungi il ricorso al giudice dal divenire strumento ordinario di risoluzione dei dissidi coniugali⁵.

L'assenza dei consueti riferimenti giuspolitici confortava l'impressione di alcuni autori che, sia per queste sia per altre innovazioni apportate dal diritto riformato (tra cui anche la parifica-

³ E. ROPPO, *op. cit.*, 17 ss.

⁴ E. ROPPO, *op. cit.*, 29 ss.

⁵ E. ROPPO, *op. cit.*, 334 s.

JUS CIVILE



zione dei figli naturali a quelli legittimi e il superamento della separazione per colpa in favore del meccanismo dell'addebito), fosse in corso una sorta di «debitazione legislativa della famiglia legittima»⁶, la quale imponeva altresì di abbattere quella pretesa immunità della famiglia al potere pubblico che, in nome di una distorta concezione giusnaturalistica, veniva invocata in via pregiudiziale, come se ogni ingerenza di quest'ultimo potesse essere desiderabile o deprecabile di per sé, e non in quanto veicolo o meno dell'adeguamento delle relazioni familiari al disegno costituzionale – e, in particolare, ma non solo⁷, al principio di eguaglianza dei coniugi⁸ e alle esigenze di tutela dei minori⁹.

In realtà, segnalava puntualmente Roppo, quel che veniva contestato non era tanto lo strumento dell'intervento pubblico in quanto tale, bensì, invece, la sua direzione costituzionalmente orientata, ovvero volta anzitutto a promuovere la parità dei coniugi e la loro eguale responsabilità, e, con ciò, una visione della famiglia quale luogo di sviluppo della personalità dei singoli inseparabile da questa vocazione. Vocazione che ne permeava a tal punto l'essenza da rendere non solo giustificata, ma pure doverosa, la predisposizione di una normativa in materia di divorzio, indispensabile onde conferire al matrimonio un regime compatibile con l'art. 2 Cost.¹⁰.

Capitava, allora, che autorevoli scrittori incorressero, senza avvedersene, nella contraddizione di rimproverare al legislatore di avere invaso la sfera di autonomia della famiglia, attraverso la previsione della comunione legale quale regime patrimoniale di base della medesima, quando poi, al contempo, gli stessi non mancavano tuttavia di prendere posizione a favore di quella ben

⁶ Questo il titolo del saggio di A. DE CUPIS, apparso in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 317, ove si preconizzava, tra l'altro, anche la distruzione dell'autonomia familiare; vi è da dire, però, con riguardo all'art. 145 c.c., che l'A. si riferiva invero al contenuto, dai toni più risoluti di quello attuale, che tale disposizione aveva nel testo unificato approvato dalla Commissione Giustizia della Camera il 1° dicembre 1971 (v. art. 26). In effetti, in quella versione, là dove il giudice non fosse riuscito a persuadere i coniugi a trovare una soluzione concordata, circa l'indirizzo della vita familiare, avrebbe allora potuto adottare immediatamente la soluzione ritenuta più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita familiare stessa, pur sulla base delle «indicazioni formulate dai coniugi», la cui possibile impugnabilità del provvedimento, tuttavia, non ne avrebbe comunque sospeso l'esecuzione.

⁷ Ad esempio, osservava ancora E. ROPPO, *op. cit.*, 283 s., la repressione penale dell'adulterio era stata rimossa dalla Corte costituzionale per il privilegio che la sua costruzione normativa assegnava al marito, e quindi per la discriminazione che essa comportava a discapito della moglie; tuttavia, una diversa disciplina, che avesse punito in base a identici presupposti e con identica pena tanto il marito quanto la moglie, sarebbe risultata nondimeno inaccettabile alla moderna coscienza sociale e giuridica, essendo all'eguale criminalizzazione dei coniugi infedeli senz'altro preferibile un sistema che tenesse in ogni caso la legge penale «fuori dalla camera da letto».

⁸ V., sul punto, M.R. MARELLA, *Le donne*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA, Milano, 2008, 345 ss.

⁹ E. ROPPO, *op. cit.*, 271 ss. e spec. 279 ss.

¹⁰ Se, infatti, la garanzia costituzionale dello *status familiae* fosse stata suggellata dall'indissolubilità del vincolo, si sarebbe attribuito a un coniuge il diritto di costringere l'altro ad una condizione familiare imposta, anche quando la convivenza matrimoniale fosse ormai divenuta, per quest'ultimo, incompatibile con «qualsiasi esigenza di svolgimento e di positiva espressione della sua personalità»; M. BESSONE, *Art. 29*, in *Comm. Cost.* a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, Bologna-Roma, 1976, 29 ss.

Si noti che la difesa dell'indissolubilità del matrimonio era stata collegata dalla dottrina cattolica proprio alla difesa della struttura gerarchica e patriarcale della famiglia antecedente alla riforma; lo segnala A. GALOPPINI, *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, 662 e nota 214.



più pervasiva interferenza rappresentata, invece, dalla repressione penale delle infedeltà coniugali. E ad un'analogia incoerenza andava poi incontro chi, pur professando la necessaria salvaguardia della famiglia da ogni intromissione statale, incoraggiava nondimeno l'istituzione di un "tribunale della famiglia" al quale deferire, per esempio, le controversie tra i genitori circa l'educazione religiosa della prole, confidando che un simile organo, munito di appositi poteri di iniziativa e di indagini, avrebbe potuto efficacemente vigilare sulla famiglia presidiandone i valori etici e morali¹¹.

In queste resistenze a collocare il problema del rapporto tra stato e famiglia nella sua giusta ottica costituzionale vi era, invero, una sorta di ritardo culturale rispetto allo spirito della riforma del 1975, probabilmente dovuto al fatto che i modi di "fare famiglia" appartengono ai fenomeni di lunga durata, così come i modi di intendere i rapporti tra i sessi e tra le generazioni, essendo dunque suscettibili di sedimentarsi nel tempo e di intrecciarsi a loro volta con fattori sociali, politici ed economici¹².

Per esempio, quando si accosta l'organizzazione della famiglia antecedente alla riforma ad uno schema proprietario, non si evoca il primo diritto reale solo per indicare il ruolo predominante che in quel modello occupava l'autorità del capofamiglia¹³, ma anche per mettere in evidenza come la sua disciplina fosse anzitutto funzionale a un certo assetto economico, ossia a garantire la preservazione del patrimonio familiare di generazione in generazione (in particolare, avversando le pretese che avrebbero potuto avanzare i figli naturali) poiché, prima dello sviluppo industriale e della conseguente diffusione delle società di capitali, il tessuto artigianale ed agricolo italiano si fondava principalmente sulla concentrazione delle ricchezze individuali¹⁴.

E ancora, il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sancito dal secondo comma dell'art. 29 Cost., che appare oggi un indiscusso elemento di civiltà giuridica, non fu, a ben vedere, unanimemente condiviso in Assemblea costituente, ove, anzi, giuristi di grande levatura come Piero Calamandrei, Francesco Saverio Nitti e Vittorio Emanuele Orlando non si capacitavano né di come il gruppo familiare, in quanto gruppo sociale, potesse restare senza un capo, né, soprattutto, di come la Costituzione potesse recidere un'idea così radicata nel diritto positivo senza che vi fosse, al contempo, la volontà politica di modificare quest'ultimo¹⁵. Vi era

¹¹ E. ROPPO, *op. cit.*, 274 s. Sulla proposta, avanzata nel dibattito italiano della prima metà degli anni Settanta, di istituire un «tribunale per la famiglia», v. ancora, in senso critico, ID., *op. cit.*, 337 ss.

¹² C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2012, 28 e *passim*.

¹³ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 43; ID., *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 661 ss.

¹⁴ Pertanto, anche la disciplina della famiglia legittima, più che l'istituzione morale in sé, risultava semmai diretta a preservare un modello autoritario di famiglia, in ragione del ruolo economico che questo aveva assunto; E. RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 21; analogo rilievo in U. MAJELLO, *Relazione introduttiva*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, Napoli, 1975, 7; ricorda l'epoca in cui i tempi di divisione del lavoro e la distribuzione dei ruoli familiari si sovrapponevano Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, trad. it. S. Minucci, Roma-Bari, 2003, 56 ss.

¹⁵ V. *Atti Ass. Cost.*: XCIII, seduta del 17 aprile 1947, 2981; XCVII, seduta del 19 aprile 1947, 3094; CII, seduta del 23 aprile 1947, 3244.

JUS CIVILE



qui un errore di «grammatica giuridica»¹⁶, poiché si continuava a vedere nelle norme del codice civile, e non in quelle della Costituzione che si stava scrivendo, il riferimento principale del sistema: errore che tradiva, di nuovo, un retaggio culturale lontano, che traspare anche dai lavori preparatori del Grundgesetz, ove si esortava a non ripetere lo “sbaglio” della Carta di Weimar di improntare il matrimonio alla parità dei sessi (art. 119), ricordando peraltro come una differenziazione dei diritti e degli obblighi del marito e della moglie sarebbe nondimeno corrisposta alla “diversa natura dell’uomo e della donna” – tant’è che l’art. 6 GG non contempla espressamente un’affermazione coincidente con quella del nostro art. 29 Cost., sebbene, pure in quel sistema, la giurisprudenza costituzionale abbia scorto nel principio in parola un imprescindibile elemento strutturale della *Ehe*¹⁷)¹⁸.

Il mutamento della sensibilità giuridica e sociale avviato negli anni successivi alla riforma dissolse, infine, il timore che l’intervento pubblico implicasse ineluttabilmente la messa a repentaglio dell’autonomia familiare, essendosi, anzi, progressivamente acquisita non solo la legittimità, ma pure la doverosità di tutti quegli interventi (e soltanto di quegli interventi) tesi ad allineare le dinamiche familiari «all’evoluto programma» della Costituzione¹⁹.

La formula adoperata dal primo comma dell’art. 29 Cost., del resto, non intendeva certo rendere la famiglia oggetto di uno *ius naturale* assoluto ed astratto dalla storia, pregiudicando così la valenza promozionale che su di essa dispiega l’art. 2 Cost.²⁰, quanto, piuttosto, proteggerla, al livello più alto dell’ordinamento, da ogni irragionevole intromissione statale e da discipline del matrimonio irrazionali e strumentali²¹, come quelle che si erano avute, in Italia, con le leggi razziali, e in Germania con le leggi di Norimberga. La stessa direttiva costituzionale dell’egualianza tra i coniugi, del resto, è ormai largamente penetrata nella legislazione, e le residue eccezioni, come per il cognome della moglie, non ne intaccano la sostanza²². Si è, poi, registrata un’espansione di disposizioni che prevedono un intervento del giudice nella famiglia coniugale anche al di là dei confini di quest’ultima. Ad esempio, già prima della formale proclamazione dell’unicità dello stato di figlio, sancita con la riforma della filiazione del 2012, la l. 8 febbraio 2006, n. 54, sull’affidamento condiviso, aveva esteso ai figli di genitori non coniugati i provvedimenti individuati agli artt. 155 ss. c.c. per il caso della separazione dei coniugi; la l. 20 maggio 2016, n. 76, poi, ha applicato al nuovo istituto delle unioni civili vasti settori della legislazione matrimoniale, come quello dei rapporti patrimoniali e dei provvedimenti previsti in caso

¹⁶ S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, cit., 61 s.

¹⁷ BVerfG, 31 maggio 1978, in *NJW*, 1978, 2289.

¹⁸ Così, rispettivamente, v. MANGOLDT e SÜSTERHENN, nella seduta dell’Ausschuss für Grundsatzfragen del 23 novembre 1948, in E. PIKART e W. WERNER (a cura di), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, 5/II, Ausschuß für Grundsatzfragen, Boppard am Rhein, 1993, 643.

¹⁹ M. BESSONE, *op. cit.*, 20 s.

²⁰ M. BESSONE, *op. ult. loc. cit.*

²¹ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 93.

²² G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2015, 61 ss.

JUS CIVILE



di scioglimento di matrimonio dalla l. 1° dicembre 1970, n. 898, contemplando altresì nelle relazioni tra persone dello stesso sesso pure lo strumento degli ordini di protezione di cui all'art. 342-ter c.c., che, peraltro, era stato in origine pensato dal legislatore in funzione della tutela non solo del coniuge, ma anche del convivente. Sempre la l. 76/2016, infine, ha incluso proprio il convivente, benché in modo incompleto, tra i soggetti destinatari delle prerogative che derivano dalla partecipazione all'impresa familiare, ex art. 230-ter c.c.

Oltre a ciò, negli ultimi anni si è assistito a un singolare moto di sviluppo del diritto di famiglia (e delle persone), giacché tra i consociati sono andate emergendo nuove situazioni di natura familiare che, non avendo trovato una pronta tutela presso il legislatore, a causa di difficoltà regolative o rappresentative²³, la hanno ricercata, e spesso ottenuta, presso le corti. In varie occasioni, infatti, la giurisprudenza – di merito, di legittimità, costituzionale ed europea attraverso la Cedu – è stata destinataria e garante di istanze di riconoscimento di diritti fondamentali che, altrimenti, avrebbero rischiato di restare sacrificati alla disattenzione o, più frequentemente, alla reticenza, anche ideologica, del legislatore. Il discorso sul rapporto tra diritto privato e giurisprudenza ora accennato porterebbe lontanissimo, coinvolgendo potenzialmente tutte le ramificazioni del primo e chiamando in causa il ruolo ed i limiti della funzione giurisdizionale. Possono però rapidamente ricordarsi alcune pronunce, che bene illustrano la grande portata del contributo delle corti all'innovazione del quadro giuridico.

Volendo accennare a una prima e sparsa ricognizione, gli esempi non mancano.

Si pensi, intanto, tra le decisioni della Suprema Corte, a quella sul matrimonio della persona transessuale²⁴, con cui (prima della l. 76/2016) si era stabilito che, in caso di mutamento di sesso di una persona coniugata, qualora entrambi i coniugi si fossero opposti all'automatico scioglimento del vincolo prefigurato dalla l. 898/1970, quest'ultimo sarebbe allora proseguito fino a quando il legislatore non avesse approvato una normativa in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, sì da evitare ai coniugi di restare d'un tratto sforniti delle garanzie che assistono il regime matrimoniale. In questo modo, il matrimonio veniva quindi assoggettato a una condizione temporale risolutiva: si trattava, senza dubbio, di una soluzione singolare, ma la cui singolarità, invero, derivava dalla necessità di preservare il nucleo familiare degli interessati a fronte di un automatismo che era sì stato reputato illegittimo dalla Consulta, ma in forza di una sentenza che, ribadendo la tesi dell'avvenuta costituzionalizzazione, ad opera dell'art. 29 Cost., del requisito dell'eterosessualità dei coniugi, avrebbe reso altrimenti problematico disinnescare la norma illegittima nell'attesa dell'intervento del legislatore²⁵.

²³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 60 s.

²⁴ Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corr. giur.*, 2015, 1048, con nota di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, su cui v. anche L. BOZZI, *Se il matrimonio è eterosessuale e il divorzio «imposto» è incostituzionale. La Cassazione alla ricerca di una (impossibile?) soluzione: il matrimonio «a tempo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 520.

²⁵ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2674, con note di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*.

JUS CIVILE



Un'altra celebre sentenza del Supremo Collegio è poi quella che ha ammesso la possibilità per il convivente (etero o omosessuale) di ricorrere all'adozione in casi particolari del figlio dell'altro convivente, intendendo qui la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, ex art. 44, primo comma, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184, non solo come impossibilità di fatto, ma anche come impossibilità di diritto. Così facendo, la Corte ha offerto una declinazione "aggiornata" del diritto del minore a una famiglia, coerente col contesto costituzionale e convenzionale, che può essere seguita in tutti quei casi in cui tale opzione rappresenti la scelta migliore, nell'interesse dell'adottando, per il consolidarsi di un legame affettivo, tra questi e l'adottante, già caratterizzato da stabilità, continuatività e dall'adempimento, da parte del secondo, di doveri di accudimento, assistenza, cura ed educazione analoghi a quelli genitoriali²⁶.

Sempre in via pretoria, e pur nel silenzio della legge, si è altresì data effettività, anche nel nostro ordinamento, al diritto dell'adottato alla ricerca delle proprie origini là dove la madre naturale avesse chiesto di non essere nominata nell'atto di nascita. A tale risultato si è pervenuti, per un verso, grazie alla Consulta, che ha censurato l'art. 28, settimo comma, l. 184/1983, il quale di fatto rendeva irreversibile l'opzione materna in favore dell'anonimato²⁷, e, per altro verso, grazie alle Sezioni Unite, secondo cui, pur non avendo il legislatore ancora regolato le modalità di attuazione del diritto del figlio ad accertare la persistenza o meno della volontà della madre di mantenere il segreto, spetta nondimeno al giudice, nel frattempo, ricavare dal sistema le regole che, con le cautele necessarie a garantire la riservatezza della donna, consentano tuttora al figlio l'esercizio di tale diritto, posto che la norma dichiarata illegittima non può comunque trovare più applicazione²⁸.

Infine, sulla scia delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo²⁹, si segnalano diverse decisioni che hanno dato ingresso nel nostro sistema a *status* di filiazione legittimamente formati all'estero benché non previsti dal diritto interno. Il Tribunale per i minorenni di Firenze, ad esempio, ha dichiarato «riconosciuta ad ogni effetto» in Italia l'adozione di due minori pronunciata nel Regno Unito dalla Family Court di Kingston-upon-Hull in favore di due cittadini italiani uniti in una *civil partnership*, giacché non può essere negato ai figli dei ricorrenti il loro legittimo *status* a causa dell'orientamento sessuale dei genitori, sol perché tale orientamen-

²⁶ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135, su cui v., nella II parte, a p. 1213, G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*.

²⁷ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. dir.*, 2014, 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, su cui v. B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 709, e S. TACCINI, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 405.

²⁸ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Fam. dir.*, 2017, 740, con nota di P. DI MARZIO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*.

²⁹ V., ad esempio, Corte eur. dir. Uomo, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Menesson c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1122, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*.

JUS CIVILE



to avrebbe inibito a questi ultimi, in Italia, la possibilità di unirsi in matrimonio e dunque di accedere alla c.d. adozione piena. Le conseguenze di una simile preclusione, «ideologica e discriminatoria»³⁰, infatti, non possono andare a discapito dei minori coinvolti, che hanno invece un «diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero»; si avrebbe, altrimenti, prosegue il decreto, una violazione del principio di eguaglianza, che esprime la pari dignità sociale di tutti i cittadini e vieta differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali³¹. A sua volta, poi, la Corte di Appello di Trento ha del pari ritenuto efficace in Italia il provvedimento giudiziale straniero che attribuiva la co-genitorialità al compagno del padre biologico del minore nato da gestazione per altri a seguito di impianto nella gestante di un ovocita proveniente da una terza donatrice e fecondato con il seme del secondo. A tale esito, infatti, non osta la mera incompatibilità della norma straniera con la legislazione nazionale³², in quanto il giudice non deve verificare la conformità col diritto italiano dell'atto di nascita i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, bensì deve accertare se esso contrasti o meno con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali enucleabili dalla Costituzione, dai Trattati dell'Unione europea e dalla Carta di Nizza e, ancora, dalla CEDU: e in questi termini si era già espressa, in particolare, pure la Suprema Corte, a proposito del riconoscimento (giudicato ammissibile) di un atto di nascita straniero relativo a un minore figlio di due donne che avevano deciso di intraprendere all'estero la gravidanza l'una fornendo il proprio ovocita, fecondato col gamete di un donatore esterno, e l'altra portando avanti la gestazione³³. Tutte queste decisioni, come emerge chiaramente dalla loro lettura, traggono origine da una nuova interpretazione della clausola generale dell'ordine pubblico (internazionale)³⁴ – su cui è stata, invero, appena sollecitata la pronuncia delle Sezioni Unite³⁵ –, la quale ha finito per assumere, in luogo della tradizionale portata “esclusiva”, una valenza “inclusiva”: non solo, infatti, si è negato che ad infran-

³⁰ V. CALDERAI, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 994.

³¹ Trib. Minorenni Firenze, 7 marzo 2017, in *Fam. dir.*, 2017, 559, con nota di S.P. PERRINO, *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*.

³² App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935, con nota di G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*. Una giurisprudenza consonante si ravvisa anche nell'ordinamento tedesco, su cui v. M. LÖHNIG, *Die Leihmutterschaft in der aktuellen Rechtsprechung*, in *NZ Fam*, 2017, 548 s., il quale rammenta altresì il condivisibile rilievo della Corte di Appello di Düsseldorf, secondo cui «die Prävention von Leihmutterschaften darf nicht auf dem Rücken der betroffenen Kinder ausgetragen werden».

³³ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*.

In tema, il Tribunale di Pisa, con un'ordinanza del 15 marzo 2018, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità del quadro normativo interno nella parte in cui non consente la formazione di un atto di nascita in cui siano riconosciute come genitori di un minore di nazionalità straniera nato in Italia due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile ai sensi dell'art. 33 l. 31 maggio 1995, n. 218 (nel caso in parola, il figlio era nato in Italia da una cittadina americana sposata negli Stati Uniti con una cittadina italiana che aveva prestato il suo consenso al procedimento di fecondazione eterologa avvenuto in Danimarca).

³⁴ In tema, v. A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*, in *Giur. it.*, 2017, 2368 ss.

³⁵ L'ordinanza di rimessione è Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *DeJure*.

JUS CIVILE



gere tale limite basti la mera non conformità al diritto italiano dell'atto di nascita o del provvedimento straniero, dovendosi piuttosto assumere come criterio di riferimento l'eventuale violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalle Carte europee, ma si è anche erto al rango di ordine pubblico proprio quel principio di superiore interesse del minore che esige, tra l'altro, di assicurare la continuità transnazionale dello *status* di figlio che si sia validamente formato all'estero.

Come si vede, di fronte ai nuovi problemi del diritto di famiglia, le corti, senza venire meno al presupposto della divisione dei poteri o alla funzione stessa della giurisdizione, bensì attingendo ai gradi più alti della gerarchia delle fonti, interne e sovranazionali, hanno saputo scongiurare quei vuoti di tutela dei diritti fondamentali che l'inadeguatezza del tessuto normativo e l'inerzia del legislatore rischiavano altrimenti di determinare. Ciò è avvenuto, peraltro, anche nell'ambito del diritto delle persone³⁶, se solo si pensa ai principi sviluppati dalla Suprema Corte in materia di autodeterminazione terapeutica³⁷, che hanno poi ispirato la recente disciplina delle direttive anticipate di trattamento, ove la nutrizione e l'idratazione artificiali sono state, non a caso, ricomprese tra i trattamenti sanitari suscettibili di essere rifiutati dal paziente³⁸.

In tutte queste occasioni, insomma, la mancanza o l'inidoneità della regola chiamata a risolvere il singolo caso ha indotto il giudice ad azionare, di volta in volta, quelle leve che preservano l'effettività delle garanzie proprie dello stato costituzionale di diritto, ossia il controllo di legittimità ad opera della Consulta, l'applicazione diretta del precetto costituzionale, in special modo in presenza di una lacuna legislativa, e la preferenza per la ricostruzione ermeneutica più coerente con la dimensione assiologica del sistema, mercé l'adozione di un metodo che assume la salvaguardia dei diritti inviolabili come criterio ispiratore e valvola di chiusura di ogni procedimento interpretativo. Come ha osservato Stefano Rodotà, infatti, per un verso, al giudice non è consentito il *non liquet*, e ciò incoraggia l'inoltro alle corti di nuove domande sociali, alle quali egli non può rifiutarsi di dare una risposta, ogni qual volta sia rinvenibile una base legale per elaborarla, giacché, diversamente, il «blocco della politica» (ovvero, l'inazione del legislatore) sconfinerebbe anche nel «blocco della democrazia»³⁹; per altro verso, poi, il giudice, nell'esercizio del proprio ruolo, è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), e dunque alla Costituzione⁴⁰, e ciò gli conferisce un potere di difesa dei diritti delle persone per certi aspetti persino più efficace di quello del legislatore, il cui ruolo istituzionale lo vincola spesso a logiche di tipo maggioritario e rappresentativo che non necessariamente preludono al compimento delle scelte più adeguate a garantire i diritti di tutti. Del resto, della scollatura che

³⁶ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 370.

³⁷ Si allude, chiaramente, a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cura e incapacità*.

³⁸ Art. 1, quinto comma, l. 22 dicembre 2017, n. 219. In generale, per un primo commento alla nuova normativa, v. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 247.

³⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 60 s.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 64 s.

JUS CIVILE



può esservi tra questo orizzonte e i tempi e le priorità di un organo di rappresentanza politica è piuttosto indicativa la circostanza che solo nel 2016 – dopo ripetuti solleciti della Consulta e della Corte europea dei diritti dell’Uomo – sia stata approvata, con notevolissimo ritardo sul resto d’Europa e del mondo occidentale, una legge in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, e per di più al termine di una discussione parlamentare tutt’altro che serena e condivisa⁴¹.

Orbene, se la giurisprudenza ha non di rado mostrato una preziosa attitudine a promuovere l’evoluzione dell’ordinamento in un senso particolarmente attento alle basi personalistiche del medesimo, ciò non mette, tuttavia, in ombra la fisiologica importanza che continua (e continuerà) ad avere lo strumento legislativo. Infatti, al di là del banale rilievo per cui non ogni orientamento giurisprudenziale è sempre foriero della soluzione migliore, la legge, per sua natura, può intanto assicurare uniformità alla pratica giuridica, finanche a quella talora anticipata dal “diritto vivente” nelle aule di giustizia⁴², assecondando così la certezza delle regole ed evitando di dover ricorrere al giudice per ogni caso controverso⁴³, il che dà luogo a condizioni sistematiche tutt’altro che disprezzabili, ove abbinate all’affermazione della giustizia insita nei diritti fondamentali; al contempo, poi, e in presenza di interpretazioni discordanti tra le corti⁴⁴, o addirittura di interpretazioni che appunto muovono da postulati errati e pervengono a conclusioni scarsamente persuasive, la legge può, invece, ove il legislatore ne abbia coscienza, fugare le incertezze ermeneutiche e far prevalere migliori argomenti, prendendo partito a favore della soluzione più funzionale alla difesa dei diritti fondamentali, ed eventualmente arricchendola con quelle regole di tipo tecnico che consentono di rendere più efficace e sicuro il loro esercizio.

Di nuovo, insomma, l’intervento pubblico nella famiglia – intesa come insieme di realtà familiari diverse, tutelate, in quanto formazioni sociali, anzitutto dall’art. 2 Cost. (e non solo

⁴¹ A tacer del fatto, poi, che il modello regolativo prescelto dal legislatore italiano – quello appunto delle unioni civili – è stato nel frattempo ormai superato in numerosi ordinamenti, ove si è invece, giustamente, provveduto ad aprire il matrimonio anche alle coppie omosessuali, talvolta proprio grazie alla spinta decisiva della giurisprudenza, come in Austria, con la pronuncia del Verfassungsgesichtshof del 4 dicembre 2017 (G 258-259/2017-9), consultabile sul portale Internet della Corte www.vfgh.gv.at.

⁴² L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 447.

⁴³ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2010, 103.

⁴⁴ Per restare ad esempi già citati, si pensi agli indirizzi contrastanti insorti nella giurisprudenza di merito sia a proposito del diritto dell’adottato alla conoscenza delle proprie origini in caso di parto anonimo della madre naturale, diritto reso azionabile da talune corti e non da altre, sia a proposito della possibilità per uno dei conviventi di adottare il figlio dell’altro, ai sensi dell’art. 44, primo comma, lett. d), l. 184/1983. Con riferimento a quest’ultima ipotesi, poi, è da sottolineare che i dissensi tra le corti (v. Trib. Minorenni Milano, 17 ottobre 2016 e 20 ottobre 2016, in un senso, e, nell’altro, App. Milano, 9 febbraio 2017, tutte in *Fam. dir.*, 2017, 983 ss., con nota di E. BILOTTI, *L’adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*) non si sono placati nemmeno a seguito del pronunciamento, pur favorevole e meditato, della Corte di Cassazione, avendo il legislatore tenuto sul punto una posizione ambigua: infatti, poiché in occasione della legge sulle unioni civili non vi era un sufficiente consenso tra le forze di maggioranza per modificare (come inizialmente prospettato) il primo comma dell’art. 44, l. 184/1983 (si da affiancare, alla lett. b, al «coniuge» anche la «parte dell’unione civile»), si è allora ripiegato su un escamotage di compromesso, che, al ventesimo comma dell’art. 1, l. 76/2016, ha, per un verso, escluso l’applicazione della l. 184/1983 alle parti unite civilmente, e, per altro verso, fatto nondimeno salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

JUS CIVILE



all'interno del più ristretto perimetro dell'art. 29) – continua ad essere un tema insuscettibile di destare un giudizio positivo o negativo di per sé, a prescindere, cioè, dai criteri che detto intervento ispirano: sicché, proprio la selezione di questi criteri rappresenta un passaggio cruciale per l'interprete, sia al fine di individuare quali dovrebbero essere le linee di politica del diritto per la famiglia, sia per valutare la consistenza e la coerenza delle specifiche regole nelle quali l'attività legislativa si traduce.

I criteri in parola, evidentemente, non possono allora che trarsi dalle direttive costituzionali, con il monito, però, che la lettura di queste ultime non può essere scissa dalla realtà sociale (e finanche tecnologica, se si pensa alle moderne tecniche di riproduzione assistita) entro la quale si andranno a calare, onde coglierne il più vivo significato ed improntarvi il conseguente adeguamento della sfera normativa.

Questa consapevolezza, invero, non sempre è stata tenuta presente nella dialettica interna al nostro sistema. Lo dimostra bene, in particolare, quell'interpretazione dell'art. 29 Cost. avallata dalla Consulta che, ricostruendo il contenuto di tale previsione alla luce del paradigma civilistico del matrimonio vigente all'epoca in cui la Carta è stata scritta, ammantata di copertura costituzionale il requisito della diversità di sesso dei coniugi, trascurando con ciò, da un lato, l'inversione metodologica nell'analisi delle fonti a cui un simile ragionamento conduce⁴⁵, e, da un altro lato, l'incoerenza insita nello stesso, posto che, se portata alle estreme conseguenze, tale argomentazione dovrebbe allora indurre a ritenere illegittima perfino la disciplina del divorzio, stante il principio di indissolubilità del vincolo che caratterizzava il matrimonio civile conosciuto dal legislatore costituente⁴⁶.

Al contrario, in altri ordinamenti vi è stata maggiore attenzione a questo aspetto. Un esempio recente è offerto da una pronuncia molto importante della Corte costituzionale tedesca, la quale ha affermato il diritto delle persone intersessuali ad avere sui registri di stato civile una terza opzione – oltre all'alternativa *männlich/weiblich* – sotto la quale registrarsi, sì da ottenere in questo modo un pieno riconoscimento (anche) della loro identità sessuale, posto che, fino ad oggi, alle persone che non erano associabili in modo univoco né al sesso maschile né a quello femminile, il § 22, terzo comma, PStG consentiva soltanto di lasciare in bianco la voce del registro delle nascite relativa al *Geschlecht*. Orbene, tra i vari passaggi della decisione, ve ne è uno di notevole rilievo ai fini del nostro discorso, nel quale il Bundesverfassungsgericht precisa che l'attuale mancanza di una *positive Eintragung* per le persone intersessuali lede il divieto di discriminazione per ragioni legate al sesso, stabilito al terzo comma dell'art. 3 GG, il quale deve infatti ritenersi valido pure per coloro che non appartengono né al genere maschile né a quello femminile, sebbene il *Verfassungsgeber* del 1949 difficilmente potesse presagire un simile mutamento nella tenuta dei registri di stato civile, posto che le ragioni di tale ampliamento del

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 104.

⁴⁶ Mentre, come ricordato in precedenza, è proprio la previsione di ipotesi legali di scioglimento del matrimonio ad attribuire al vincolo discendente dall'istituto una fisionomia rispettosa dell'art. 2 Cost.; M. BESSONE, *op. cit.*, 31.

JUS CIVILE



Diskriminierungsschutz sono maturate solo molto tempo dopo, con l'acquisizione di nuove coscienze e la manifestazione di inedite rivendicazioni legate alla complessità dell'identità sessuale⁴⁷.

Chiarita l'esigenza di non tradire la naturale dimensione diacronica del diritto, è possibile adesso tracciare una prima, essenziale, conclusione circa i valori-guida che l'interprete, i giudici e il legislatore debbono ricercare e proteggere nella trama del diritto di famiglia. Pur in una diversità di contesti e di questioni, i parametri adesso evocati possono ancora oggi essere rinvenuti in quelli che, a suo tempo, aveva già individuato Enzo Roppo onde dirimere il problema degli «interventi pubblici» nella famiglia: autonomia, libertà e tutela della personalità dei singoli, in quanto partecipi di esperienze familiari, continuano infatti ad esprimere i principi più sicuri onde trarvi le risposte alle istanze di tutela e di giuridicità che si affacciano nella vita sociale⁴⁸, consentendo di fondare sulla loro combinazione una «regola di compatibilità» tra modelli familiari diversi, e non una «regola di supremazia» di uno di essi, la quale legittimerebbe inesorabilmente discriminazioni irragionevoli a danno degli altri⁴⁹. Restano, invece, ora come allora, da rifuggire quelle soluzioni normative ed ermeneutiche che dovessero meramente poggiare su astratte petizioni di principio, spesso buone solo a dissimulare sentimenti di «disgust and contamination», come ha puntualmente osservato una filosofa americana⁵⁰, oppure su una elaborazione del significato costituzionale degli istituti giuridici della famiglia ancorata esclusivamente alla fisionomia che questi avevano al tempo e nella società del legislatore costituente, come se non dovessero essere gli strumenti del diritto ad adeguarsi alle trasformazioni che, via via, richiede la tutela dei diritti delle persone bensì il contrario.

⁴⁷ BVerfG, 10 ottobre 2017, in *FamRZ*, 2017, 2046, con nota di T. HELMS. Con riferimento al punto citato nel testo, si legge nella pronuncia (Rn. 61): «Dass dem Verfassungsgeber 1949 bei der Formulierung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kaum Menschen weiteren Geschlechts vor Augen gestanden haben dürften, hindert die Verfassungsinterpretation nicht daran, diese Menschen angesichts des heutigen Wissens um weitere geschlechtliche Identitäten in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen».

⁴⁸ E. ROPPO, *op. cit.*, 304.

⁴⁹ Per questo approccio, proposto in via generale per i temi di bioetica, v. S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. RODOTÀ, Roma-Bari, 1993, 430.

⁵⁰ M. NUSSBAUM, *A Right to Marry?*, in *California Law Review*, 2010, 683 s.