



FRANCESCO DONATO BUSNELLI

*Professore emerito di diritto civile – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa*

## IL DIRITTO DELLA FAMIGLIA DI FRONTE AL PROBLEMA DELLA DIFFICILE INTEGRAZIONE DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. Tornare a Messina. Ricordi, sentimenti, messaggi. – 2. Le “architetture costituzionali”: un unicum nel panorama delle Costituzioni europee. – 3. Le prime avvisaglie del processo di disgregazione. – 4. Identità costituzionale della famiglia e diritti fondamentali dell’Unione europea. – 5. La tendenziale antinomia dei relativi principi e il difficile “dialogo delle Corti”. – 6. Nuovi movimenti ideali e spinte evolutive della giurisprudenza: a) “Convivere come coniugi”. – 7. b) “Matrimonio, matrimoni”. – 8. c) “Best interests of the child”. – 9. d) “Diritto alla genitorialità”, “Birth power”, “Freedom of choice”. – 10. Le leggi di riforma: a) la c.d. riforma della filiazione e i problemi ancora aperti. – 11. b) La tutela legislativa dei diritti delle “nuove coppie” e l’idea del “rammendo delle periferie”. – 12. Verso il futuro. Il “rammendo” come strumento di possibile integrazione delle fonti o come primo passo verso il superamento dell’identità costituzionale?

1. – Questo ritorno alla “Casa madre”, che per me è l’Università di Messina, non può non suscitare sentimenti di commozione e di emozione al tempo stesso.

Motivo di commozione è il non vedere più qui i grandi Maestri che ho conosciuto e che sono stati guide fondamentali per la mia formazione.

Emozionante è il ricordo di quando, più di mezzo secolo fa, Orazio Buccisano, carissimo amico e giurista di profonda cultura e di ricca umanità, percorrendo con me le strade di Messina, si fermò di fronte a un’abitazione da cui stava uscendo un giovane appena laureato, e mi disse: “questo è il nostro migliore giovane allievo”.

Vincenzo Scalisi ha continuato a essere il grande allievo dei grandi Maestri.

Ma oggi, in questa giornata di festa (festa della cultura giuridica, festa dell’amicizia), voglio esprimere sentimenti di ammirazione e di speranza.

È vero che la geniale intuizione della continuità e discontinuità del diritto parte dalle memorabili pagine di Salvatore Pugliatti.

È vero che lo sviluppo di teoria generale del diritto magistralmente delineato da Angelo Falzea ci ha condotto dal soggetto ai fatti di sentimento.

Ma è anche vero che uno dei grandi meriti di Vincenzo Scalisi è che egli si è assunto il compito di portare avanti l’itinerario scientifico e culturale di questa Scuola riuscendo mirabilmente a conciliare la convinta fedeltà alle acquisizioni raggiunte con l’esplorazione di nuove frontiere condotta con quella libertà di ricerca che ogni studioso ambisce a coltivare.

Vincenzo ha potuto camminare alle spalle di giganti della scienza giuridica. Ma poi è salito sulle spalle di questi giganti per esplorare il nuovo diritto.

## JUS CIVILE



Questa possibilità è appannaggio delle discipline umanistiche. Non penso che il fisico o il matematico, salendo sulle spalle dei loro predecessori, riescano facilmente a inventare nuovi “prodotti” scientifici. Se invece parliamo di giuristi, questo è possibile.

Vincenzo Scalisi lo ha fatto. È andato a esplorare settori del diritto civile che la Scuola non aveva avuto occasione di approfondire, dall’illecito civile alla famiglia – a quella famiglia di cui parlerò mettendo subito in chiaro che i nostri itinerari di ricerca non sono stati gli stessi, e le soluzioni possono apparire – come forse non sono – diverse.

Certo è comunque che il suo vibrato appello all’assiologia della vita come “necessario criterio di orientamento” e la “postulata essenza personalistica e al tempo stesso comunitaristica del principio-famiglia” valgono a legare intimamente, nella mia coscienza di studioso, la Scuola civilistica messinese da cui anch’io ho attinto le fondamenta della mia formazione (Ugo Natoli, il mio Maestro, era stato allievo, con Angelo Falzea e Vincenzo Trimarchi, di Salvatore Pugliatti) alla sinergia di “diritto e valori” nell’insegnamento di Luigi Mengoni, a cui mi sono ispirato nelle mie più recenti ricerche.

Sono quindi particolarmente grato a Mario Trimarchi per l’affettuoso invito a questo significativo convegno in onore del professor Vincenzo Scalisi “settantenne”: al quale desidero esprimere i sentimenti di un’antica amicizia e rivolgere un messaggio rivolto al futuro.

Caro Vincenzo, il mio è un messaggio di fiducia oltre che – come dicevo – di speranza. Tu puoi consegnare alle nuove generazioni di giuristi (non solo) messinesi un prezioso metodo da te rinverdito e questa tua capacità di coniugare limpidamente *vetera et nova*.

Diritto della famiglia, dunque. Io vi parlerò di “architetture costituzionali”, di frantumi europei, di incursioni giurisprudenziali, di “rammendi” legislativi.

«Havvi un limite a questa disintegrazione della famiglia?»: con questo interrogativo Herbert Spencer concludeva, nelle sue *Istituzioni domestiche*, la rassegna dei regimi familiari dagli aborigeni dell’Australia alle società superiori<sup>1</sup>. Vi si riferisce Paolo Ungari quando, nell’introdurre la sua “*Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*”, si trova a constatare «l’inavvertita persistenza di una immagine sgomenta del doppio assalto mosso dall’individualismo dissolutore e dallo Stato-providenza alla compagine della famiglia»<sup>2</sup>.

L’avvento della Costituzione sembrò annunciare una svolta storica. Per la prima volta il parlamento italiano si cimentò in un compito di edificazione della comunità familiare superando tanto le remore individualistiche veteroliberali quanto l’attrazione pubblicistica di una istituzionalizzazione.

Felice fu l’immagine ideata da Giorgio La Pira nel suo “discorso” pronunciato all’Assemblea costituente l’11 marzo 1947: occorre porre mano alla edificazione della famiglia come «pietra murata in conformità all’architettura» muovendo «dall’articolo che governa l’architettonica di tutto l’edificio»; quello che, «nello sfondo di questo tipo pluralista di costituzione», guarda ai

<sup>1</sup> H. SPENCER, *Istituzioni domestiche*, trad. di F. Federici-F. Tocco, Palermo 1897.

<sup>2</sup> P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia (1796-1942)*, Bologna 1970, p. 9.

# JUS CIVILE



«diritti delle persone e delle formazioni sociali».

Palmiro Togliatti, che prese la parola subito dopo, introdusse il suo “discorso” dichiarando di avere «ascoltato con appassionato interesse l’onorevole La Pira» e di averne apprezzato «il contributo molto efficace per scoprire ... quale è la via per la quale noi siamo arrivati a questo tipo di Costituzione ... e a quella unità che ci ha permesso di dettare queste formulazioni»; e tenne a sottolineare che «nella concezione della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell’uomo ... vi è un punto di confluenza della nostra corrente, socialista e comunista, con la corrente solidaristica cristiana»: una «nuova concezione, non individualistica né atomistica, ma fondata sul principio della solidarietà».

«Signori, se questa confluenza ... volete qualificarla come “compromesso”, fatelo pure – soggiunse Togliatti –; per me si tratta di qualcosa di molto più nobile ed elevato, della ricerca di quella unità che è necessaria per fare la Costituzione ... non dell’una o dell’altra ideologia. Noi vogliamo una Costituzione la quale guardi verso l’avvenire».

2. – Le “architetture costituzionali” parevano destinate a durare nel tempo: lo pensavano anche coloro che ne denunciavano «la mancanza di qualsiasi stile» (come Piero Calamandrei, che tuttavia vi riconosceva «l’impegno di tutto un popolo») o chi lamentava che «non ci hanno dato grande aiuto i giuristi» (come lo stesso Togliatti, che tuttavia non mancava di rilevare come «la realtà negli ultimi anni si è staccata dalla nostra vecchia scuola costituzionale»).

La “pietra” della famiglia sembra “murata” nell’intimo raccordo tra il disegno normativo (più che il “modello”, come si suole dire) edificato dalla triade degli artt. 29-31 e il principio fondamentale dell’art. 2, vero “governo” della relativa “architettura”<sup>3</sup>. Non sempre viene messo in evidenza che questo impegno di edificazione costituzionale della famiglia rappresenta un *unicum* nel panorama delle Costituzioni europee promulgate dopo la tragedia della seconda guerra mondiale. Vi si avvicina, non andando peraltro oltre un generico riferimento alla “particolare tutela” riservata al matrimonio e alla famiglia da parte dell’ordinamento statale (art. 6, comma 1), la quasi coeva Legge fondamentale tedesca. Un’ideologia che sembra precorrere un nuovo indirizzo individualistico trasparente, a distanza di tempo, nella Costituzione spagnola del 1978 che, nel tutelare “diritti e libertà” individuali (Cap. II del Titolo primo) e nell’enunciare i “diritti e doveri dei cittadini” (Sez. II), si preoccupa unicamente di sancire il diritto dell’uomo e della donna di “contrarre matrimoni con piena eguaglianza giuridica” (art. 323, comma 1), per poi (comma 2) rinviare alla legge, «che regolerà le forme di matrimonio, l’età e la capacità per contrarlo, i diritti e doveri dei coniugi, le cause di separazione e di scioglimento e i loro effetti».

---

<sup>3</sup> Dal complesso di tali disposizioni – osserva M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano 1984, p. 56, che vi aggiunge opportunamente gli artt. 34, comma 4, 36 e 37, comma 1 – si ricava un complessivo disegno di tutela e promozione di una realtà sociale sicuramente privilegiata nella sua “formazione” e nell’“adempimento dei compiti relativi”.

# JUS CIVILE



Agnostica, nel frattempo, risulta la Costituzione francese del 1958, che non si occupa né del matrimonio né della famiglia ma si limita a prevedere una riserva di legge per la disciplina dei “regimi matrimoniali” (art. 34).

3. – Eppure il processo di disintegrazione della famiglia non si è arrestato. Le previsioni, o meglio le aspettative dei padri della Costituzione, anche dei più riottosi (Calamandrei concluse il suo “discorso” affermando che «questa è una Costituzione destinata a durare»), sono andate deluse. La circostanza che la costituzionalizzazione italiana della famiglia ha rappresentato un *unicum* in Europa si è rivelata un elemento di debolezza, anziché di spinta propulsiva; non è divenuta un esempio da segnalare, ma ha favorito un progressivo isolamento.

Il processo di disintegrazione ha dunque assunto ben presto il carattere di una manomissione interpretativa delle strutture portanti delle architetture costituzionali della famiglia.

Si è assistito al (del resto, prevedibile) risveglio delle contrapposte ideologie messe a tacere dai lavori della Costituente: le quali, sapientemente veicolate dai giuristi di professione, hanno agevolmente fatto leva, nell’una e nell’altra direzione, sui punti di snodo del disegno normativo costituzionale che, isolatamente considerati, non riescono a nascondere le inevitabili ambiguità del compromesso: un compromesso la cui formulazione risente oltre tutto della circostanza di essere stata “scritta da più persone in corso [d’opera]” (il rilievo è di Benedetto Croce) e per di più non potendo contare su “un aiuto efficace” dei giuristi (così, Togliatti, cit.).

È immediatamente comparsa un’ideologia restauratrice, legata ai dogmi del giusnaturalismo e/o retaggio di un laicismo autoritario. Essa ha indotto a considerare il riferimento alla “unità familiare” (art. 29) come un implicito riconoscimento di un “interesse superiore familiare”<sup>4</sup>; a confessare «(senza fare esempi, per non attirare sul nostro capo le ire delle correnti femministe) che l’attuale concetto della famiglia sia ancora fondato sulla, seppur attenuata, ragionevole autorità maritale»<sup>5</sup>; a interpretare il riconoscimento dei “diritti della famiglia” come una riproposizione aggiornata della vecchia tesi della famiglia quale ente autonomo, titolare di diritti propri e dotato di una personalità di tipo speciale “giuridicamente più limitata, ma socialmente più elevata”<sup>6</sup>.

Questi conati di restaurazione, palesemente frutto di una forzatura interpretativa, non sono

---

<sup>4</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive agli artt. 24-28 legge di riforma*, in *Comm. rif. dir. fam.*, diretto da L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI, I, 2, Padova 1977, p. 239.

<sup>5</sup> T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 228.

<sup>6</sup> U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli 1965, p. 14. Ma, per un’evoluzione del pensiero dell’autore, ID., *Relazione introduttiva in Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi (Napoli, 14-15 dicembre 1973)*, Napoli 1975, p. 8, ove si giunge alla conclusione che “un discorso proficuo ... non può prescindere dalla consapevolezza della storicità e della relatività della nozione di famiglia”.

## JUS CIVILE



durati a lungo<sup>7</sup>; hanno ben presto ceduto il passo a un riaffacciarsi di quell'individualismo disolvitore avvertito da Paolo Ungari, che tenderà ad assumere nel tempo le rinnovate vesti di un «soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo»<sup>8</sup>.

Si è scritto che la rilevanza giuridica della famiglia, definita dall'art. 29 come «società naturale», dovrebbe intendersi in termini (non di comunità, ma) di «rapporto costituito per un interesse immediato e individuale dei suoi membri nel rispetto di una logica «spontaneistica» nella triplice fase della sua costituzione, del regolamento e dell'estinzione»<sup>9</sup>.

Il riferimento alla «società naturale fondata sul matrimonio», già criticato da Calamandrei in sede di assemblea costituente come una «ingenuità», viene ora tacciato di aporia<sup>10</sup> e liquidato come un ossimoro<sup>11</sup>, i cui termini si annullerebbero a vicenda così da vanificare l'efficacia pre-cettiva della norma.

Si propone, infine, di «rivedere il rapporto tra l'art. 29 e l'art. 30, 1° co.» muovendo «da una lettura degli artt. 29-31 Cost., per cui il «bene» del rapporto educativo genitore-figlio appaia relativamente sciolto dal modello della famiglia coniugale»<sup>12</sup>.

Queste manipolazioni interpretative non vanno oltre l'ingegnoso ricorso ad argomentazioni volte a ingenerare dubbi sul rigore tecnico-giuridico, sulla univocità e sulla intima coerenza del disegno normativo costituzionale: ciò vale, nell'ordine, per il mancato utilizzo di un concetto formale (il «rapporto») ritenuto l'unico tecnicamente appropriato per esaltare, in termini di

---

<sup>7</sup> L'andamento sinusoidale delle sentenze della Corte costituzionale, dapprima «inaccettabilmente» schierate a difesa dell'«ordinamento giuridico prerепublicano» e, a partire dal 1970, sempre più ispirate a una «tendenza evolutiva» è documentato da P. BARILE, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, cit., p. 37 ss.

<sup>8</sup> Prendendo spunto dal noto caso *Perruche* e dal c.d. «diritto di non nascere», Olivier CAYLA contrappone alla «scelta politica e filosofica antimoderna» della dignità della persona umana «il soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo»: O. CAYLA (e Y. THOMAS), *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. di L. COLOMBO, *Considerazioni introduttive di F.D. Busnelli*, Milano 2004, p. 40. Al «soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo» (nei cui confronti sarebbe «dichiaratamente ostile un certo modo di concepire la dignità umana») si richiama, in motivazione, Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754 che si è occupata di un analogo caso di c.d. «nascita malformata». Per ulteriori dettagli v. F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della cassazione sul danno da «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1519 ss.

<sup>9</sup> G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979, p. 60 ss. Il profilo del «rapporto», inteso come «fulcro gravitazionale» che dal matrimonio trascorre alla famiglia, è stato di recente sviluppato e considerato come punto di convergenza con «l'impostazione pluralista e funzionale alla base delle più recenti prese di posizione delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo» in un'ampia e approfondita ricostruzione de «*Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*» (in *Riv. dir. civ.*, 2013, *Parte prima*, p. 1051 ss., e *Parte seconda*, p. 1307 ss.) tracciata da V. SCALISI, il quale non esita a concludere che «è qui nel rapporto, il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione-sociale famiglia» (p. 1061).

<sup>10</sup> L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2010, p. 1109.

<sup>11</sup> R. BIN, *La famiglia: alle radici di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1066.

<sup>12</sup> P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in M. DE CRISTOFARO-A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano 1980, p. 26 s.

# JUS CIVILE



“spontaneismo”, la “naturalità” della famiglia<sup>13</sup>; per l’ingeneroso travisamento di un obiettivo univoco quanto elementare – istituzionalizzare una nozione universale – ravvisandovi, con fervida immaginazione, «un equivalente legislativo delle scale di Escher»<sup>14</sup>; per l’opinabile proposta di scissione interpretativa tra le norme sulle quali è stato edificato il disegno normativo costituzionale<sup>15</sup>.

Quando, tuttavia, si passa dalle semplici manipolazioni interpretative a un più o meno criptico smantellamento del dettato normativo la disintegrazione della famiglia, spogliata del suo ancoraggio istituzionale, appare nella sua drammatica nudità.

Il percorso in questione, così come può essere ricostruito a distanza di tempo, è irto di sovrapposizioni e di fraintendimenti nel privilegiare «una posizione laica tendente a collocare le previsioni normative in una prospettiva per così dire storicistica»<sup>16</sup>. Se ne coglie il punto di avvio nel 1963, in un modesto saggio in cui si attribuisce apoditticamente al legislatore costituzionale, là dove riconosce la famiglia come società naturale, l’intento di porre «una norma in bianco, rinviando alla concezione della famiglia nel momento storico in cui la norma è destinata a operare»<sup>17</sup> ma – aggiungendo sorprendentemente – sempre a condizione che “il suo atto costitutivo debba essere il matrimonio ... con i connotati essenziali che ci derivano dalla nostra civiltà”<sup>18</sup>. Questa interpretazione, arbitraria quanto contraddittoria, è ripresa – ma, ora, con esclusivo riferimento alla prima asserzione – in un’autorevole voce di enciclopedia, ove categoricamente si sostiene, senza alcun condizionamento, che «in ogni caso non può attribuirsi all’espressione “società naturale” un valore diverso da quello che compete alla espressione “formazione sociale” in ragione del tipo di società che si considera e del grado di evoluzione raggiunto»<sup>19</sup>. Un ulteriore sviluppo di questa “interpretazione storicista dell’art. 29” si ha nel più accreditato Com-

---

<sup>13</sup> G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 62. Per una stringente critica di «una sistematica che privilegia il profilo del rapporto e soprattutto il modello dello “spontaneo atteggiarsi delle relazioni familiari” nella stessa sistemazione dell’istituto-famiglia legittima» v. M. PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 88 s.

<sup>14</sup> R. BIN, *La famiglia*, cit., p. 1066 s. Sferzante è la critica di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà, illusioni, passatempo)*, in *F. it.*, 2010, c. 1702, nt. 1: «Non è divertente discutere della struttura ossimorica dell’art. 29. Chi pensa che famiglia e matrimonio siano termini antitetici, dovrebbe chiarire in quali condizioni di tempo e di spazio la famiglia è stata mai intesa come un qualunque “stare insieme”, precario o stabile, e il matrimonio una formalità burocratica».

<sup>15</sup> «Non v’è dubbio» – la replica è di M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10 – «che il legame tra famiglia matrimoniale e filiazione emerga con tutta chiarezza dal combinato disposto degli artt. 29 e 30, commi 1 e 3, Cost., che contribuiscono a disegnare l’unico tipo di famiglia legale espressamente contemplato dal costituente, che è quello fondato sul matrimonio». Su altro piano si pone la constatazione che «l’ormai raggiunta “normalità” sociale della convivenza senza matrimonio ha travolto, nel comune sentire, ... il legame strettissimo tra matrimonio e procreazione» (L. LENTI, *La sedicente riforma della procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 201).

<sup>16</sup> M. BESSONE-G. ALPA-A. D’ANGELO-G. FERRANDO-M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto: principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, quinta ed., Bologna 2002, p. 16 s.

<sup>17</sup> T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 della Costituzione*, cit., p. 225.

<sup>18</sup> T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi*, cit., p. 226. E v. *retro*, nt. 5.

<sup>19</sup> P. BARCELLONA, *Famiglia (Dir. civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 782.

# JUS CIVILE



mentario della Costituzione, ove si tiene a puntualizzare che essa «deve precisarsi nel modo indicato dall'art. 2, là dove ruolo delle formazioni sociali e tutela dei diritti individuali dei singoli si presentano con caratteri che escludono qualsiasi astrazione dal concreto delle singole esperienze di vita familiare»<sup>20</sup>.

4. – Si giunge così all'esplicita «esclusione di una lettura originalista dell'art. 29»<sup>21</sup> – con l'inevitabile rottura del nesso costituzionale, altrettanto “originalista”, con le norme degli artt. 30 e 31 –; e si propone di sostituire ad essa «un'interpretazione in senso individualistico attraverso il collegamento col principio fondamentale dell'art. 2», sorvolando sul «limite del dovere di solidarietà, imposto dallo stesso art. 2 – ammonisce Luigi Mengoni – come criterio di responsabilizzazione del singolo per il benessere degli altri membri della formazione sociale, *in primis* la famiglia, in cui si svolge la sua personalità»<sup>22</sup>.

Il disegno costituzionale – e il conseguente «formale riconoscimento della superiore dignità del matrimonio e del ruolo istituzionale della famiglia»<sup>23</sup>, pur prefigurato come tale dal ricordato Commentario – cede il passo all'intento di «costruire un diritto laico, secolarizzato, che garantisca i diritti di tutti nel rispetto delle diverse concezioni che accompagnano la vita, la sessualità, la procreazione»<sup>24</sup>.

«L'ideologia del matrimonio viene sconfitta dalla fenomenologia delle unioni che si radica nella realtà da cui trae consenso e legittimazione sociale»; e «si volge lo sguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ci parla ormai di una polisemia degli stessi termini “sposarsi” e “famiglia”, prima strettamente associati»<sup>25</sup>.

A Bruxelles è cambiato il vento. Dal nuovo continente soffia, ormai, impetuoso il veto dell'individualismo e del liberalismo<sup>26</sup>.

Con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE [di qui in avanti, Carta di Nizza] si va, dunque, verso una vera e propria disarticolazione della disciplina della famiglia in una pluralità di profili normativi *individuali* (artt. 7, 9, 24, comma 1) o *rapportuali* (art. 24, comma 3), ai quali finisce con il riferirsi necessariamente la generica “protezione della famiglia” (art. 33, comma 1), aven-

---

<sup>20</sup> M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione (Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Art. 29-31)*, Bologna-Roma 1977, p. 22; e v. p. 13, nt. 20, ove si considerano “esemplari in materia le enunciazioni di principio sviluppate da T. Mancini”.

<sup>21</sup> G. FERRANDO, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 918.

<sup>22</sup> 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*, Milano 1977, p. 37.

<sup>23</sup> M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, cit., p. 2.

<sup>24</sup> G. FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari 2005, p. 4.

<sup>25</sup> S. RODOTÀ, *Presentazione*, in F. GRILLINI-M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, p. XIV.

<sup>26</sup> Per un più ampio svolgimento del tema, cfr. F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 287 ss.

## JUS CIVILE



te in particolare l'obiettivo (specificato in rubrica) di favorire una conciliazione tra "vita familiare" e "vita professionale" di ciascuno. La famiglia, che chiunque e comunque ha diritto di fondare con chiunque (art. 9), assume le sembianze di una semplice modalità della vita privata; e la vita privata, a sua volta, deve essere *rispettata*, come espressione della *privacy* (art. 7).

Cala il silenzio sul piano etico dei doveri e delle responsabilità personali; si offusca, in definitiva, l'immagine – per usare un'espressione cara a Pietro Rescigno – della famiglia come *comunità*<sup>27</sup>. Vi si sostituisce la cosiddetta "ideologia della neutralità"<sup>28</sup>, fondata sulla «ritenuta equivalenza di tutti i valori a dispetto del loro ordinamento gerarchico in Costituzione»<sup>29</sup>: una ideologia icasticamente ridefinita da Luigi Mengoni come "ideologia dell'indifferenziato", volta a «collocare sul medesimo piano, con una qualificazione giuridica analoga, altre forme del rapporto di coppia, siano forme o tipi di matrimonio diversi da quello del codice civile ..., siano forme di unione libera»<sup>30</sup>.

5. – Al livello delle fonti legislative del diritto della famiglia, non può dunque non registrarsi una tendenziale antinomia dei relativi principi<sup>31</sup> – come dire, Costituzione italiana *versus* Carta di Nizza –, che rende problematico il pur imprescindibile obiettivo dell'integrazione.

Il problema risulta complicato da un «atteggiamento agnostico, per assenza di un progetto identitario ... di un sostenibile modello 'europeo' di famiglia, di entrambe le Corti, di Strasburgo e Lussemburgo»: un atteggiamento agnostico – osserva persuasivamente Vincenzo Scalisi – «molto verosimilmente da imputare alla preoccupazione di garantire i diritti fondamentali anche in ambito familiare piuttosto che la famiglia in quanto tale»<sup>32</sup>.

Un'ulteriore complicazione deriva, infine, dalla circostanza che la soluzione del problema è stata a lungo affidata, anche dalle nostre Corti, a una tendenziale inversione di indirizzi interpretativi. Anziché muovere dalla norme dell'ordinamento nazionale, per saggiarne la compatibilità con i principi (*recte*, diritti fondamentali individuali) tutelati dalle Carte europee, in considerazione della circostanza che la materia familiare non è oggetto di diretta competenza dell'Unione, si è venuta progressivamente affermando una sovraordinazione apicale dei secondi ritenuti idealmente più idonei a stare al passo con l'evoluzione della realtà sociale rispetto alle prime, pur ancora vigenti ma destinate in prospettiva a soccombere. In sintesi, «la ponderazione tra ra-

---

<sup>27</sup> «In cima ai gruppi, con un crescere d'intensità e di intimità della coesione sociale, sta la comunità familiare»: P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna 1966, p. 51; ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino 2000, p. 11.

<sup>28</sup> U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *G. it.*, 1994, IV, c. 9.

<sup>29</sup> Il rilievo è di A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, p. 45.

<sup>30</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamento*, in E.W. VOLONTÉ (a cura di), *La famiglia alle soglie del III millennio*, Lugano 1996, p. 60 ss.

<sup>31</sup> A. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., p. 406.

<sup>32</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., *Parte seconda*, p. 1310 s.

# JUS CIVILE



gioni del diritto interno e ragioni del diritto UE conduce a preferire queste ultime, anche qualora le ragioni di diritto interno abbiano rango costituzionale. Con una sola eccezione: quella dei «contro limiti»<sup>33</sup>.

Di una simile tendenza è espressione ardita quanto, in definitiva, inconcludente una sentenza “innovativa” della Corte di Cassazione<sup>34</sup> che, nell’allinearsi all’indirizzo sancito dalla Corte costituzionale<sup>35</sup> circa la non trascrivibilità nell’ordinamento italiano di un matrimonio omosessuale validamente contratto all’estero da cittadini italiani, e nell’aprirsi nel contempo a un serrato dialogo con la decisione immediatamente successiva della Corte europea dei diritti dell’uomo (di qui in avanti Corte EDU) – che aveva sancito la dignità europea del matrimonio omosessuale ai sensi dell’art. 9 della Carta di Nizza<sup>36</sup> – ha inteso lanciare un segnale simbolico volto a precisare – «attraverso un espediente linguistico/dommatico tanto astuto quanto fragile»<sup>37</sup>, e comunque “di non facile interpretazione”<sup>38</sup> – che tale matrimonio non può dirsi “inesistente” ma andrebbe qualificato come (semplicemente) improduttivo di effetti nell’ordinamento italiano o, ancora più sottilmente, come «potenzialmente ma attualmente inefficace in quanto tale (per l’impossibilità di riconoscere lo *status* di soggetto coniugato), ma efficace *in parte qua*»<sup>39</sup>, per l’asserito diritto dei componenti la coppia omosessuale ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata in presenza di “specifiche situazioni”. Di “una catalogazione squisitamente dogmatica” ha parlato, al riguardo, il Consiglio di Stato che, pur uniformandosi espressamente al *decisum* della Corte di Cassazione, ha inteso controbattere, con plausibile argomentazione, che “si tratta di atto radicalmente invalido (cioè nullo)”, aggiungendo polemicamente che «non appare, in definitiva, configurabile, allo stato del diritto convenzionale europeo e sovranazionale, nonché della sua esegesi ad opera delle Corti istituzionalmente inca-

---

<sup>33</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, p. 172 s.

<sup>34</sup> Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, I, p. 588 ss., con Nota di commento di D. FERRARI-D. FIORATO, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali*.

<sup>35</sup> C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *F. it.*, 2010, I, n. 138, c. 1361 ss., con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* (c. 1367 ss.) e di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* (c. 1369 ss.). V. più avanti n. 7.

<sup>36</sup> Corte EDU 24 giugno 2010 (*Schalk and Kopf c Austria*), in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, p. 1137 ss., con nota di commento di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo* (p. 1148). Ma «la Corte ribadisce di non doversi spingere a sostituire l’opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società».

<sup>37</sup> C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 33, secondo cui «non si riesce invero a immaginare l’inefficacia di un atto esistente e non invalido, per il quale non sussiste (più) un impedimento di ordine pubblico alla ricezione nel nostro ordinamento».

<sup>38</sup> E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 469. In realtà, l’interpretazione non è difficile: la Supr. Corte mostra di voler chiudere il ‘triangolo’, «entrando in dialogo sia con la Corte costituzionale sia con la Corte di Strasburgo» (S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino 2012, p. 83 s.).

<sup>39</sup> C. CAMARDI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 34.



ricate della loro interpretazione, un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale, sicché il divieto dell'ordinamento nazionale di equiparazione di quest'ultimo a quello eterosessuale non può giudicarsi confliggente con i vincoli contratti dall'Italia a livello europeo o internazionale»<sup>40</sup>.

Il non sempre lineare sviluppo degli orientamenti giurisprudenziali non ha comunque impedito, di fronte al protrarsi del silenzio del legislatore, di riconoscere alla nostra giurisprudenza il ruolo di fonte ideale per affrontare e risolvere i “casi clinici” prospettati dalla “fattualità” – adottato qui il termine coniato da Paolo Grossi – offerta dal “basso della società”<sup>41</sup>, traendone nuovi principi in grado di avvicinarci sempre più all'Europa.

Teatro di queste incursioni giurisprudenziali – per lo più equilibrate nel *decisum*, talvolta inutilmente ideologizzate (v. *retro*, nt. 34), spesso affascinate dalle nuove “formule magiche”<sup>42</sup>, ma sempre esercizio supplente di politica del diritto – sono stati importanti movimenti ideali che hanno segnato i tratti salienti del recente evolversi della società verso «il modello della cosiddetta famiglia postmoderna d'impronta individualistica»<sup>43</sup>. Il disegno normativo della Costituzione, nel prevedere un nucleo istituzionale, non si estendeva ad essi, ma non ne ostacolava certamente l'annessione da parte del legislatore<sup>44</sup>: mirava a istituzionalizzare “l'isola grande”<sup>45</sup>, non escludeva “l'arcipelago”. Le singole norme in cui si frantuma la disciplina della famiglia nella Carta di Nizza si ispirano (soprattutto) a questi movimenti, ma rifuggono da qualsiasi impianto sistematico; in ultima analisi, mirano a “confirmare la realtà sociologica attraverso la duplicazione pura e semplice della stessa”<sup>46</sup>.

**6. – “Convivere come coniugi”.** Questo è il primo movimento di (nuove) idee con il quale la giurisprudenza si è confrontata nell'affrontare una casistica, per così dire, “vergine”, così da assumere, con la soluzione dei “casi clinici”, il ruolo di fonte di un “diritto vivente”.

La novità del tema non era sfuggita agli “Occhiali del giurista” con cui Arturo Carlo Jemolo

---

<sup>40</sup> Cons. St. 26 ottobre 2015, n. 4897, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 397 ss., con nota di F. AZZARRI, *Diritti fondamentali e stato civile: il caso delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero*.

<sup>41</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, p. 10.

<sup>42</sup> “Formula magica” era definita, fin dagli anni 60 del secolo scorso, l'ambigua espressione di un “interesse superiore del minore” da Jean CARBONNIER, *Droit civil, I. 2, La famille, les incapacités*, Paris 1969. Di “parole magiche, come si suol dire ogni volta che, operando un salto semantico, le parole vengono usate per designare cose di cui non sono capaci”, parla C. CASTRONOVO per esprimere dubbi sulla “sovraesposizione”, di “salute come diritto costituzionalmente garantito” e di “autodeterminazione”, che darebbe luogo «all'abbaglio di considerare agguagliabili sul piano del fatto ... la fecondazione omologa e quella eterologa» («*Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*»), in *Europa dir. priv.*, 1914, p. 1121 e 1125.

<sup>43</sup> V. POCAR-P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari 2008, p. 47.

<sup>44</sup> Insiste sul punto M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 2014, p. 7 ss. E v. anche, più in generale, V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., *Parte prima*, p. 1052 s.

<sup>45</sup> F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 529.

<sup>46</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del consiglio d'Europa*, cit., p. 60.

## JUS CIVILE



scrutava la giurisprudenza<sup>47</sup>. Era l'anno 1965. La Corte di Cassazione, presieduta da Andrea Torrente, aveva da poco impresso una svolta all'interpretazione dell'art. 2034, affermando in termini generali la rilevanza dei “doveri morali e sociali” derivanti dalla convivenza *more uxorio*. Ma Jemolo già intravedeva una serie di “altre questioni” ed esprimeva l'opinione che «lentamente debba in ogni campo venire innanzi il rilievo giuridico a dare a queste convivenze che rappresentano una realtà: disconoscerle – questo era il monito – darebbe luogo a soluzioni ripugnanti alla coscienza»<sup>48</sup>.

La giurisprudenza non deluse questa attesa; e, mentre la dottrina era impegnata nel dividersi sui vari modi di qualificare la c.d. famiglia di fatto (equiparazione alla famiglia legittima<sup>49</sup>; confluenza *de iure condendo* in un unico statuto delle coppie conviventi ispirato a un modello specificamente “giusfamiliare”<sup>50</sup>; contrapposizione alla famiglia legittima come famiglia “frutto dell'autonomia privata”<sup>51</sup>), essa ha proseguito, sia pur tra persistenti oscillazioni e incertezze, nel portare avanti una significativa linea evolutiva in relazione ai più rilevanti ordini di problemi che si sono manifestati nella prassi sino a dar vita in alcuni settori a veri e propri casi-guida, così da scrivere nel complesso una bella pagina di diritto giurisprudenziale. Nel commentare il diritto della famiglia uscito dalla riforma del 1975, se ne dovette tenere conto; e il Commentario Cedam fu completato da una “appendice” dedicata, appunto, a “*La famiglia di fatto*”: nella quale si segnalava l'attitudine della giurisprudenza a delineare, con la necessaria ponderazione, un sistema di regole idonee a rispecchiare la specifica “valenza giusfamiliare” delle convivenze senza cadere in apriorismi o forzature<sup>52</sup>.

La riforma del 1975, «pur non contenendo alcun riferimento esplicito alla famiglia di fatto, venne ad accelerare tale evoluzione di idee», facendo «emergere, nella rinnovata normativa, un diverso modello familiare, aperto e comunitario, ... rispetto ai vincoli formali». È la Corte di Cassazione a ricordare a distanza di tempo quella svolta storica e a constatarne l'ulteriore sviluppo giungendo a «rinvenire una possibile garanzia per la famiglia di fatto, quale formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost., nella stessa Corte costituzionale»<sup>53</sup>: la quale, peraltro, pur riconoscendo che la convivenza «costituisce un rapporto ... comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale», aveva tenuto a ribadire il principio che ciò «non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe con-

---

<sup>47</sup> A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 398 ss.

<sup>48</sup> A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, cit., p. 408.

<sup>49</sup> F. PROSPERI, *La famiglia “non fondata” sul matrimonio*, Napoli, 1980, p. 90 ss.

<sup>50</sup> E. ROPPO, *La famiglia senza il matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1980, p. 754 ss.

<sup>51</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano 1983, p. 37 ss.

<sup>52</sup> F.D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al dir. it. della famiglia*, diretto da G. CIANG. OPPO-A. TRABUCCHI, tomo sesto, I, p. 755 ss.

<sup>53</sup> Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, in *F. it.*, 2012, I, c. 1447, con nota di G. DE MARZO.

## JUS CIVILE



notazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni in sostanza differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo»<sup>54</sup>.

7. – Il tema – e il problema – dei “rapporti omoaffettivi” è stato fino a pochi anni fa il grande assente nella cultura giuridica italiana. Jemolo, che abbiamo visto attento all’evolversi della realtà sociale, non esitava ad affermare che «l’unico presupposto veramente costante nel matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo»<sup>55</sup>. Non vi è quindi da stupirsi se la Costituzione italiana ha disegnato la “famiglia naturale” fondandola su un matrimonio inequivocabilmente eterosessuale. Sorprende, piuttosto, il silenzio in argomento di un noto manuale su “*La famiglia nel nuovo diritto*”, giunto nel 2002 alla quinta edizione, che mostra di riferire *sic et simpliciter* «il dettato costituzionale che estende ancor più i diritti della donna-moglie, dal momento che assicura non solo l’eguaglianza giuridica, ma anche l’eguaglianza morale»<sup>56</sup>. Alle unioni omosessuali dedica, invece, un cenno un altro testo dello stesso periodo (dedicato a “*Famiglia e ordinamento civile*”) per riconoscere che «un simile fenomeno non pare possa essere reputato *contra legem*, fermo restando tuttavia che non sembra potersi andare, nei suoi confronti, al di là di un atteggiamento di indifferenza dell’ordinamento»<sup>57</sup>.

Il risveglio della dottrina può farsi risalire all’inizio di questo secolo, quando vengono pubblicati i risultati di due ricerche in argomento aperte alla comparazione. E mentre una di esse (*Matrimonio, matrimoni*, 2000) è presentata, da Maurizio Lupoi, con uno sguardo nostalgico al «matrimonio occidentale [che] perde le proprie radici e i propri rami e con una certa diffidenza per l’idea che ciò che fanno tutti gli altri sia buono»<sup>58</sup>, la presentazione dell’altra (*Stare insieme*, 2001) ad opera di Stefano Rodotà guarda con fiducia a un’Europa che «ha voltato pagina: siamo di fronte – questa è l’idea centrale – a mutamenti culturali profondi, che hanno progressivamente dissolto il riferimento comune ad un unico modello matrimoniale»<sup>59</sup>.

Il tema – e il problema – tende dunque a spostarsi dalla “famiglia”, fondata (o meno) sul matrimonio, alla “coppia” – “parlare di ‘coppia’ rinvia alla realtà delle persone”<sup>60</sup> –; e si concentra nel confronto tra coppie eterosessuali e coppie dello stesso sesso per evidenziare – a pari intensità del rapporto affettivo – i profili di discriminazione, in relazione all’orientamento sessuale,

---

<sup>54</sup> C. cost. 8 maggio 2009, n. 140, in *F. it.*, 2010, I, c. 798, con nota di R. ROMBOLI.

<sup>55</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, vol. terzo, tomo primo, fasc. 1, Torino 1952, p. 3.

<sup>56</sup> M. BESSONE-G. ALPA-A. D’ANGELO-G. FERRANDO-M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., p. 17.

<sup>57</sup> E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1999, p. 32 s.

<sup>58</sup> M. LUPOI, *Presentazione*, in F. BRUNETTA D’USSEAU-A. D’ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimoni*, Milano 2000, p. XII s.

<sup>59</sup> S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., p. XIV.

<sup>60</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Roma-Bari 2015, p. 78.

## JUS CIVILE



tra le persone che formano le coppie del primo tipo, a cui si riferisce il matrimonio previsto dalla Costituzione, e le persone che formano le coppie del secondo tipo, dimenticate al livello dell'irrelevanza giuridica.

E mentre la dottrina prevalente si è disinvoltamente spostata, per risolvere il problema, sulla sponda presidiata dalla Carta di Nizza (e fortemente “raccomandata” dalla Corte EDU, che non manca di elencare gli ordinamenti che hanno esteso il matrimonio alla coppia dello stesso sesso), prendendosi gioco del «monopolio eterosessuale del matrimonio»<sup>61</sup> e del «fascino (eterno?) della tradizione»<sup>62</sup>, la giurisprudenza, consapevole di navigare tra Scilla (la Costituzione italiana, presa sul serio) e Cariddi (la Carta di Nizza, doverosamente considerata) e tuttavia chiamata a risolvere casi (davvero) “clinici”, è meritoriamente riuscita a proseguire nella sua rotta all'insegna dell'equilibrio tra *nova et vetera*.

La Corte costituzionale, togliendo anzitutto i rapporti omoaffettivi dal dimenticatoio dell'irrelevanza giuridica, ha riconosciuto loro la dignità di formazioni sociali ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 Cost.<sup>63</sup> e ha “cancellato”, con dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982, il c.d. “divorzio imposto” ai coniugi in caso di cambiamento di sesso di uno di essi “consentendo, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata”<sup>64</sup>. E la Corte di Cassazione, protraendosi l'inerzia del legislatore, ha deciso che il vincolo matrimoniale doveva «proseguire, con conservazione ai coniugi del riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al matrimonio»<sup>65</sup> *en attendant* ... un intervento del legislatore.

Nel riconoscere alle «unioni omosessuali, intese come stabili convivenze tra due persone dello stesso sesso, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>66</sup>, la Corte costituzionale aveva già prima demandato al legislatore di determinare “tempi, modi e limiti” di tale riconoscimento (che – ha avuto modo di aggiungere cinque anni dopo la Corte di Cassazione<sup>67</sup> – «determina la necessità di un tempestivo intervento legislativo»). Ma «si deve escludere, tuttavia,

---

<sup>61</sup> A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>62</sup> R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, II, p. 527 ss.

<sup>63</sup> C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>64</sup> C. cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139 ss., con nota di commento di A. LORENZETTI-A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans* (p. 1152 ss.).

<sup>65</sup> Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 777 ss., con nota di commento di M. AZZALINI, *Dal “divorzio imposto” al matrimonio “risolutivamente condizionato”: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale* (p. 780 ss.).

<sup>66</sup> C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>67</sup> Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 649, con nota di commento di T. AULETTA, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso* (p. 654 ss.).



che l'aspirazione a tale riconoscimento – così ha concluso la Corte costituzionale – possa essere realizzata *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

La motivazione di questa sentenza della Corte costituzionale è risultata al tempo stesso innovativa ma fragile; e come tale è stata accolta da un coro di critiche provenienti dai sempre più diffusi sostenitori del “matrimonio omosessuale”.

Si legge in tale motivazione che «i costituenti tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942»<sup>68</sup>, consentendo alla critica di parlare dell'assurdità di una Costituzione interpretata «secondo le norme del Codice civile del 1942 (anzi, per questa parte, del 1939)»<sup>69</sup>. Non è così: com'è noto, la disciplina codicistica della famiglia è stata drasticamente riformata sotto il decisivo influsso della Costituzione, e gli articoli ora sorprendentemente sottoposti al giudizio di legittimità sono tutte norme a suo tempo passate indenni – a differenza di altre: una per tutte: l'originario art. 144 – al vaglio costituzionale; sì che, in ultima analisi, se una critica di metodo può essere mossa, essa avrebbe dovuto rivolgersi alle Corti rimettenti che avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale mostrando di dubitare della conformità ai principi fondamentali di norme del codice conformate a norme costituzionali dedicate ai «rapporti etico-sociali»<sup>70</sup>.

Si allude, altresì, in motivazione «alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio» quale criterio che «vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»; ma si trascura di sviluppare le profonde ragioni in virtù delle quali «non è casuale che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli», così da lasciare nell'ombra la complessità dei fattori che alimentano la differenza che intercorre tra i componenti una “coppia” omosessuale e “i membri della famiglia” ipotizzati dal disegno normativo degli artt. 29 – 31 Cost.<sup>71</sup>.

Sembra tuttavia potersi concludere che, in ogni caso, la fragilità delle argomentazioni adottate non infirma la conclusione raggiunta: «la censurata normativa del codice civile ... trova fondamento nell'art. 29 Cost. e non dà luogo a una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ed è questa la conclusione a cui giunge anche chi, in dottrina, spogliandosi dalle proprie ideologie per guardare in

---

<sup>68</sup> «La Corte implicitamente indica che questa è la ragione della decisione, ma la tiene nascosta dietro la condizione sociale della donna all'epoca del codice civile del 1942». Invece – osserva M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*, cit., c. 1704 – «la “vera” *ratio decidendi* è questa e la Corte ne trova conferma nel secondo comma dell'art. 29».

<sup>69</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 105 s.

<sup>70</sup> Per un riferimento alla Costituzione come “chiave di lettura per le disposizioni codicistiche” e come criterio atto a evitare “il pericolo di una interpretazione invertita delle fonti” v. da ultimo N. GIMELLI, *Il matrimonio e la rilevanza del fattore sessuale nella Costituzione italiana*, in *R. giur. sarda*, 2016, p. 17.

<sup>71</sup> «L'alleanza di individui che non si somigliano, ma che si accettano nella diversità e si obbligano all'eguaglianza morale e giuridica, dà luogo a un'autonomia sconosciuta in altre unioni». «Forse – conclude M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà, illusioni, passatempo)*, cit., c. 1704 s. – «la stessa Corte costituzionale ha qualche volta ceduto alle capacità seduttive della libertà individuale di autodeterminazione».

## JUS CIVILE



modo rispettoso alla Carta costituzionale, non può non interpretarla nel senso che – come non esita a riconoscere autorevolmente un giurista al di fuori di ogni sospetto – «il rapporto di tipo omosessuale non ha certamente nulla a che fare con la tutela costituzionale di cui all’art. 29 (e tanto meno con i profili connessi in tema di tutela della filiazione)»<sup>72</sup>.

8. – “*Best interests of the child*”. È questa la nuova “formula magica” che, provenendo dalla tradizione (anglo)americana ha conquistato l’Europa (continentale), ed ha assunto il ruolo di «principio perentorio, in tutte le leggi, in tutte le sentenze»: «*du nord a paru souvent venir la lumière*». Questa è la constatazione e, al tempo stesso, lo scetticismo icasticamente espresso, alla fine del secolo scorso, da Jean Carbonnier<sup>73</sup>.

A questa fascinazione non si è sottratta la nostra giurisprudenza, giungendo in alcune decisioni a «sostenere con leggerezza, peraltro con l’appoggio della dottrina, che nel bilanciamento con diritti fondamentali di altri soggetti quelli del minore debbano prevalere sempre e comunque»<sup>74</sup>.

Ma questa conclusione è davvero inoppugnabile?

Torniamo a Carbonnier: il nuovo principio appare «*péremptoire*»; ma la nozione «*n’est pas définie*»<sup>75</sup>. Nel corso del tempo, ha assunto significati diversi, ed è «divenuto ambiguo»<sup>76</sup>.

Il recente libro di Elisabetta Lamarque ne tratteggia efficacemente la storia. Nella tradizione anglo-americana il principio nacque all’insegna di un indirizzo ispirato alla *protection*: «il paradigma dei *best interests* implicava che a compiere le scelte non sia il minore stesso, bensì un altro soggetto», il *care-giver*<sup>77</sup>. Vi si è venuto contrapponendo, specie negli Stati Uniti, il principio dei *children rights*, che «esalta i tratti dell’indipendenza e dell’autonomia individuale del *rights-bearer*»<sup>78</sup> e delle relative pretese. Il divario dalla concezione europea continentale dei diritti dei minori, fondata «sul principio della dignità, da intendersi come esteso a tutte le persone umane, e quindi agli stessi minori di età», appare evidente: «un abisso li separa da punto di vista concettuale»<sup>79</sup>.

Una svolta storica si ha nel 1989 con la Convenzione di New York *sui diritti del fanciullo*. È questo il primo documento internazionale che fa espresso riferimento ai *best interests of the*

---

<sup>72</sup> N. Lipari, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2007, p. 1033. Nello stesso senso L. BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 26 s.

<sup>73</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Mayenne 1996, p. 231, 269.

<sup>74</sup> Il rilievo critico è di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, p. 84.

<sup>75</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, cit., p. 231.

<sup>76</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 93.

<sup>77</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 52 ss.

<sup>78</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 42.

<sup>79</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 46.

# JUS CIVILE



*child*; ma lo fa con l'obiettivo di inventare una sorta di *passepourtout* che, sforzandosi di «ignorare l'alternativa *aut rights aut protection*» e di superare in modo «ancora più radicale i confini della tradizione angloamericana», consenta di giungere a un «principio polivalente, che ne fa un abito buono per tutte stagioni e per tutte le occasioni»<sup>80</sup>. Le ambiguità concettuali che ne conseguono sono accentuate dalla vistosa differenza tra il testo inglese della Convenzione (art. 3, comma 1), che riserva ai «*CHILD'S BEST INTERESTS ... A PRIMARY CONSIDERATION*», e la traduzione francese che impone all'interprete di attribuire a «*L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT ... UNE CONSIDÉRATION PRIMORDIALE*».

È quest'ultima, paradossalmente, la formulazione accolta nella versione italiana della Convenzione e, successivamente, della Carta di Nizza<sup>81</sup>. Sembra quasi che il legislatore italiano, posto nell'alternativa tra una disposizione europea *soft* e una *hard*, abbia consapevolmente (?) scelto per il proprio ordinamento quest'ultima così da accentuare il distacco dai principi della nostra Costituzione; e che «proprio l'idea della “superiorità”, o della “preminenza”, dell'interesse del minore o dei minori abbia determinato lo straordinario successo dello *slogan* presso gli operatori del diritto italiani»<sup>82</sup>.

Significativo è stato il mutamento di passo impresso dalla Corte costituzionale. Se nel 1988 un'ordinanza<sup>83</sup> aveva ritenuto «*ictu oculi* priva di qualsiasi fondamento» la questione di legittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., contemplante l'automatica perdita della “patria potestà” da parte del genitore condannato per un delitto “contro lo stato di famiglia” (artt. 566-568), appena venticinque anni dopo la Consulta è tornata sui suoi passi, prendendo atto che «nell'ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente»<sup>84</sup>, e menzionando al riguardo le «Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su “una giustizia a misura di minore”», che raccomandano agli Stati membri di «garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, *davanti ad ogni altra considerazione*, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano»<sup>85</sup>. Un intervento

---

<sup>80</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 62 ss.

<sup>81</sup> Art. 3, comma 1 della Convenzione: «In tutte le decisioni relative ai minori ... L'INTERESSE SUPERIORE DEL FANCIULLO DEVE ESSERE UNA CONSIDERAZIONE PREMINENTE».

Art. 24, comma 2 della Carta di Nizza: «In tutti gli atti relativi ai minori ... L'INTERESSE SUPERIORE DEL FANCIULLO DEVE ESSERE CONSIDERATO PREMINENTE».

<sup>82</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 79.

<sup>83</sup> C. cost. 23 giugno 1988, in *F. it.*, 1989, I., c. 2033.

<sup>84</sup> C. cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *F. it.*, 2012, I., c. 1996 ss., con nota di R. ROMBOLI.

<sup>85</sup> C. cost. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 28 gennaio 2013, con Nota di V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto”*

## JUS CIVILE



pubblico a tutela dell'interesse superiore del minore non può peraltro mai conseguire automaticamente dalla condanna di un genitore reo di un delitto “contro la famiglia”. Questa è la chiave di volta del *revirement*: si impone comunque e in ogni caso «una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giudiziale sul reato null'altro che il valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà»<sup>86</sup>.

Il principio dei *best interests*, riciclato come interesse superiore del minore, «assurge a *clausola generale*, a contenuto *vago e indeterminato*<sup>87</sup>», dal carattere «fortemente eversivo nel caso, tutt'altro che raro, ... di conflitto con il principio di legalità: applicarla può infatti facilmente portare a mantenere in vita situazioni di fatto consolidate, formatesi in conseguenza della condotta illegale di un adulto; nei fatti, dunque, a premiare tale condotta»<sup>88</sup>.

Vicende recenti sembrano confermare questo “piano inclinato”.

Un concetto di ordine pubblico necessariamente «declinato con riferimento all'interesse del minore» e un'idea di famiglia fondata «non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio» sono alla base di un decreto della Corte d'Appello di Torino<sup>89</sup> secondo cui «corrisponde al preminente interesse del minore» il riconoscimento dello *status filiationis* in capo al minore stesso «che risulti figlio di due madri secondo i registri di stato spagnoli». Alle «linee ispiratrici ... della giurisprudenza della Corte EDU, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del “*best interest*” del minore *anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati*», si è espressamente richiamata la Corte di Cassazione<sup>90</sup> nel confermare una decisione della Corte d'Appello di Roma, che aveva accolto la domanda di adozione di una minore – ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, – promossa da una *partner* stabilmente convivente con la madre della stessa, nonostante la mancanza di una situazione di abbandono (e di una conseguente «impossibilità di affidamento preadottivo»), ma direttamente in considerazione dei «legami affettivi sviluppatasi» con la proponente, non esitando così a stravolgere il significato originario del dettato normativo per il perseguimento di un obiettivo ritenuto in fatto meritevole di tutela prioritaria<sup>91</sup>.

Ma, a questo punto, non vi sarebbe più «alcuna ragione per ritenere contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una per-

---

(art. 17, comma 1, cost.).

<sup>86</sup> C. cost. 23 gennaio 2013, n. 7, cit.

<sup>87</sup> R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli 2013, p. 158, 167 ss.

<sup>88</sup> L. LENTI, *Note critiche*, cit., p. 87.

<sup>89</sup> App. Torino 29 ottobre 2014, in *G. it.*, 2015, c. 1344 ss., con nota di F. CRISTIANI, *Trascrizione di filiazione accertata all'estero nell'ambito di un matrimonio omosessuale*.

<sup>90</sup> Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135 ss., con l'Opinione di G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner* (II, p. 1213 ss.).

<sup>91</sup> “In tal modo la legge diviene un lenzuolo bianco su cui il giudice può poi scrivere a suo piacimento la regola del caso concreto, sempre giustificata dall'interesse del minore”: così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 148.



sona non coniugata e il figlio riconosciuto del *partner*, anche dello stesso sesso»: così ha deciso la Corte d'Appello di Milano, «una volta valutato in concreto ... l'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con entrambe le figure genitoriali», e richiamando in particolare le sentenze in cui la Corte EDU ha riconosciuto «la sussistenza di una vita familiare tra il minore e figure genitoriali nelle ipotesi di maternità “surrogate” non consentite dagli ordinamenti nazionali»<sup>92</sup> (salvo ad omettere, vistosamente, di menzionare il contrario indirizzo della nostra Corte di Cassazione: v. più avanti, nta 95).

Ma è proprio a questo punto, forse, che il “piano inclinato” potrebbe arrestare la sua corsa, pur sospinta di recente da «una non sporadica giurisprudenza di merito» che è venuta esprimendo un orientamento favorevole alla trascrivibilità dell'atto di nascita straniero di bambini nati da maternità di sostituzione, a testimonianza di «un'attenzione per così dire “multilivello” al tema» e di un riferimento «ai principi di rango costituzionale, tra cui spicca quello del *best interest of the child*»<sup>93</sup>.

È noto che la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del divieto di ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo (art. 4, comma 3, l. n. 4/2004), ha in un inciso tenuto a far salva la «perdurante validità ed efficacia» del divieto sancito dall'art. 12, comma 6, di detta legge in merito alla “surrogazione di maternità”<sup>94</sup>. E la Corte di Cassazione è stata categorica nel reagire alla “sporadica giurisprudenza” appena menzionata affermando che l'interesse del minore «si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico», e nel ribadire che «si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto»<sup>95</sup>.

Come è tuttavia altrettanto noto, è di pochi mesi successivi una sentenza della Corte EDU<sup>96</sup> che, posta di fronte alla decisione di un caso analogo, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, considerando illegittima la sottrazione del minore alla coppia dei “genitori sociali” con i quali si era protratta la convivenza per un lasso di tempo giudicato sufficiente per l'instaurarsi di un legame affettivo.

---

<sup>92</sup> App. Milano 16 ottobre 2015, in *Fam. e d.*, 2016, p. 271 ss., con nota di Tommaseo.

<sup>93</sup> M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie “same sex”*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 266 ss.

<sup>94</sup> C. cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 815, con nota di commento di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa* (II, p. 393 ss.).

<sup>95</sup> Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di A. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*.

<sup>96</sup> Corte EDU 27 gennaio 2015, ric. 25358/12 (*Paradiso e Campanelli c. Italia*). La decisione definitiva del caso è comunque rimessa alla Grande Camera, presso la quale attualmente (agosto 2016) pende il ricorso presentato dal governo italiano.



Quale può essere l'esito di questo conflitto?

9. – La tendenziale antinomia delle fonti legislative (*retro*, n. 5), che contraddistingue in modo peculiare il diritto della famiglia sfocia, qui, in una particolare «tensione fra tradizioni giuridiche: tradotto nel linguaggio proprio del diritto dell'Unione europea tale tensione viene a identificare la dialettica esistente fra identità costituzionali nazionali e identità costituzionale europea (*in fieri*)»<sup>97</sup>.

La clausola generale di tutela dei *best interests of the child*, vera e propria “icona” di quest'ultima identità, di per sé *confusa e ambigua*, rivela a questo punto un profilo sconcertante: quello di servire da immagine pietosa e irresistibile, e al tempo stesso da complemento inesorabile e vincente, di uno dei più inquietanti nuovi “dogmi”: il c.d. diritto alla genitorialità<sup>98</sup>, che si esprime in una libera «autodeterminazione procreativa»<sup>99</sup>.

Il nuovo assetto di interessi che ne consegue, fondato su un rapporto tra interessi individuali – l'interesse alla genitorialità e l'interesse alla protezione e al *well being*, tendenzialmente complementari – è inevitabilmente antitetico rispetto alla concezione costituzionale che pone al centro del nostro ordinamento la famiglia come “società naturale”, affidando ai genitori «il dovere e diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio» fermo restando che «in caso di loro incapacità la legge provvede a che siano assolti i loro compiti».

In dottrina, alle cosiddette “tesi originaliste” – così sono chiamate, con un malcelato senso di degnazione, quelle rimaste fedeli ai principi costituzionali – si sono venute contrapponendo le

---

<sup>97</sup> S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 147 s.

<sup>98</sup> È, questo, uno dei punti più deboli (e fuorvianti: v. nota seguente) della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di ne di un principio generale secondo cui «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico in applicazione di principi costituzionali» e ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sancito dall'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004. Argomentare – come si evince dalla motivazione – dalla disciplina dell'adozione l'enucleazione di un principio generale secondo cui “il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico in applicazione di principi costituzionali” e proclamare conseguentemente «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori» (C. cost. 10 giugno 2014, n. 162, cit.) significa “dimenticare” il concetto di “genitorialità” postulato dall'art. 30 Cost. (C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo “falso” della Corte costituzionale*, cit., p. 1123) e aprire paradossalmente la stura alla configurabilità di “un diritto di diventare genitori pur senza poterlo essere” (A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 420), e in prospettiva alla configurazione di una generica categoria di “genitori sociali”.

<sup>99</sup> «Il riconoscimento di un'autodeterminazione procreativa senza limiti può arrivare a configurare fattispecie più o meno mascherate di *baby selling*, come dimostra la decisione della cassazione n. 24001/2014 ... Ma il suo esplicarsi negli accordi di maternità surrogata trova ambiti d'applicazione difficilmente arginabili, né ciò appare necessario e auspicabile in considerazione degli interessi coinvolti»: così M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo “status”*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 641, 645, che argomenta in tal senso dalla sentenza n. 162/2014, cit., «ove i giudici affermano esplicitamente che altresì la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ‘mira a favorire la vita’ che, in mancanza di tale tecnica, non verrebbe in esistenza».

# JUS CIVILE



«tesi (che potremmo chiamare) sovversive»<sup>100</sup>, tese a ricostruire sulle macerie dei “frantumi europei di famiglia” un nuovo ordine, affascinato dai «principi del liberalismo individualistico di matrice anglosassone» che governano l’approdo al «diritto tutelato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo»<sup>101</sup>.

L’allineamento «al soggettivismo della cultura oggi dominante», capace di «capovolgere regole imperanti nel passato»<sup>102</sup>, sembra ormai traguardo ampiamente condiviso anche tra i giuristi italiani delle nuove generazioni.

«I tre pilastri dell’ordine giuridico» enunciati da Jean Carbonnier a conclusione del suo “*Flessibile diritto*”<sup>103</sup> sono rimasti in ove il grande giurista-sociologo ha da sempre rivelato la sua passione per il diritto»<sup>104</sup>. Vi hanno fatto incursione gli altri due “pilastri”: “contratto” e “proprietà”.

La «genitorialità conseguita tramite maternità di sostituzione»<sup>105</sup> (questa due, a quanto pare. È scomparsa la “famiglia” della tradizione, proprio «la materia è l’espressione che meglio nasconde la crudezza della “surrogazione” e la volgarità dell’“affitto d’utero”») ne è lo scenario esemplare.

Una genitorialità che si materializza in un contratto è, per un verso, prassi dirompente nei confronti della regola codicistica (confermata dalla c.d. “riforma” del 2012: più avanti, n. 10) della maternità identificata dal parto; e, per altro verso, è fenomeno che, soppiantando progressivamente l’istituto dell’adozione – introdotto dalla legge del 1983 come unica forma di genitorialità “sostitutiva” – apre a un «processo di riarticolazione dei modelli di costituzione dei rapporti familiari» che induce «a ripensare complessivamente la disciplina del fenomeno procreativo»<sup>106</sup>.

Il diritto alla genitorialità diviene “*birth power*”<sup>107</sup>, in una logica dominicale che legittima il relativo titolare a disporre del suo diritto come “committente” (qualifica che nel codice civile si salda con quella di “padrone” nella prospettiva della responsabilità civile) dando vita a un rapporto contrattuale suscettibile di sfociare in «un libero mercato della procreazione»<sup>108</sup>, nel cui

---

<sup>100</sup> Di «diritti individuali fondamentali riconosciuti nelle Carte europee [chiamati a] operare in modo “sovversivo” rispetto alla logica della famiglia» parla C. CAMARDI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 8.

<sup>101</sup> L. LENTI, *L’interesse del minore*, cit., p. 150.

<sup>102</sup> L. LENTI, *Note critiche*, cit., p. 109.

<sup>103</sup> J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura e con un saggio di A. DE VITA, Milano 1997, p. 191 ss.

<sup>104</sup> A. DE VITA, *Presentazione. A colloquio con Jean Carbonnier: passione e levità nel sentimento del diritto*, cit., p. XVI.

<sup>105</sup> M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili*, cit., p. 277.

<sup>106</sup> F. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 250 s.

<sup>107</sup> Fece scalpore, a suo tempo, il volumetto, stimolante quanto provocatorio, di Carmel SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano 1992. L’edizione originaria in lingua inglese è del 1989.

<sup>108</sup> C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., p. 148, la quale inneggia a un mercato «capace di sfidare ... il mantenimento della posizione di inferiorità economica della donna». Diversa è l’idea di mercato che emerge dal più recente

## JUS CIVILE



contesto il “commesso” (rectius, qui, la “commessa”) si rende disponibile (o viene costretta) a rinunciare alla propria dignità di persona.

«*Freedom of choice, and indeed contractual liberty*» – commenta Cass Sunstein<sup>109</sup> – sono la fedele espressione, in questo campo, del «principio generale della neutralità» inteso come “opposizione al paternalismo” dello Stato: «*surrogacy arrangements are acceptable for the same reason that Roe is right*» (ma il costituzionalista della Harvard Law School tiene a distinguere tra aborto e maternità surrogata: «*there is no inconsistency in simultaneous approval of the abortion right and rejection of surrogacy arrangements*»).

Non è facile contrastare l’onda lunga di «una civiltà post-moderna avvezza a trasporre il desiderio a diritto soggettivo ed incline alla frustrazione ogni volta che la trasposizione non riesce»<sup>110</sup> contrapponendovi i pur significativi principi di un ordinamento – il nostro – che «è tra i pochi in Europa ad essere dotato di una Costituzione non agnostica in tema di famiglia»<sup>111</sup>.

La recente vicenda, al momento non ancora definitivamente conclusa (retro, nt. 94) che ha visto contrapporsi radicalmente le rationes decidendi della Corte EDU e della nostra Corte di Cassazione in ordine alla soluzione di casi simili di “maternità surrogata” (retro, n. 8, in fine) evidenzia chiaramente che il tanto auspicato “dialogo delle Corti” è, almeno in materia di dinamiche familiari, un dialogo tra sordi.

Vero è che la Corte EDU, confermando la sua «scarsa confidenza con il fenomeno del costituzionalismo»<sup>112</sup>, mostra nella sua ultima decisione in argomento<sup>113</sup> di ignorare i principi del nostro ordinamento su cui è fondata la peculiare concezione costituzionale della famiglia e della filiazione (artt. 29, 30 e 31 Cost.), un *unicum* nel panorama delle Costituzioni europee (retro, n. 2), che si riverbera sul modo, altrettanto peculiare, di intendere la tutela del «*diritto del minore ad una famiglia*» (l. n. 184/1983).

Ma è anche vero che la nostra Corte di Cassazione, nella contrapposta decisione<sup>114</sup>, (così come in precedenza la Corte costituzionale, non a caso accusata di aver “dimenticato” l’art. 30

---

libro di Mary WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli? Introduzione* di M. Mori (Torino, 2004. L’edizione originaria in lingua inglese è del 2002). La presidente del Comitato che ha pubblicato il celebre “*Warnock Report*” confessa che «nessuno più di me è contrario all’idea di agenzie a fini di lucro per la gravidanza surrogata». Ma, osservando l’atteggiamento generale negli Stati Uniti, prende atto che «se c’è un mercato per una pratica come la gravidanza surrogata, allora ciò dimostra che questo è quel che la gente vuole e che è perfettamente ragionevole soddisfare la domanda. È un buon modo di fare soldi come qualsiasi altro “mercato di nicchia”. Il fatto che ci siano persone cui non piace l’idea di noleggiare madri surrogate è del tutto irrilevante: nessuno è costretto a diventare una madre surrogata né ad utilizzarne una» (p. 82 s.).

<sup>109</sup> C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy)*, in 92 *Columbia L. Rev.*, p. 2, 44 ss. (1992).

<sup>110</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 453 s.

<sup>111</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 440.

<sup>112</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., *ibidem*.

<sup>113</sup> Corte EDU 27 gennaio 2015, cit.

<sup>114</sup> Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

## JUS CIVILE



Cost.<sup>115</sup>), non fa leva in termini sufficientemente perentori (e con la necessaria consapevolezza che «ai sensi del diritto dell'Unione europea la materia famiglia è una competenza esclusiva interna, e la sua disciplina appartiene alle istituzioni nazionali»<sup>116</sup>) su questo *unicum*, di per sé suscettibile di essere assunto a punto di riferimento per reclamare, sull'esempio della Corte costituzionale tedesca, «la competenza dell'*Identitätskontrolle*, ossia la verifica della potenziale violazione dell'identità costituzionale da parte di atti comunitari»<sup>117</sup>.

Ma «la barriera giurisprudenziale è sufficientemente alta»? O non sarebbe «preferibile una scelta normativa organica e ponderata»?<sup>118</sup>.

**10.** – Il legislatore, tanto atteso, ha rinunciato in partenza all'obiettivo di una riforma del diritto della famiglia in grado di affrontare organicamente il problema della difficile integrazione delle fonti, ma ha scaglionato il suo intervento in due frammenti normativi, invertendo l'ordine tradizionale che procede dalla famiglia alla filiazione.

L'inversione, forse condizionata dai noti contrasti parlamentari, non è nondimeno casuale.

La l. n. 219/2012, recante formalmente «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*» ma diretta in realtà a introdurre nel codice civile il nuovo «*stato giuridico della filiazione*» all'insegna dell'unificazione, appare mosso dall'intento di introdurre «una vera e propria rivoluzione del modo tradizionale di concepire i rapporti familiari e, dunque, la famiglia».

Palese risulta la “dipendenza” dai principi europei: «il nostro ordinamento appare con ciò essersi sostanzialmente conformato alla ... Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»<sup>119</sup>.

L'obiettivo non è stato peraltro perseguito con rigorosa coerenza: sorprendenti riproposizioni di categorie vetero-dogmatiche, specifiche (e consapevoli?) conferme di norme del codice legate alla, avversata, concezione tradizionale della famiglia, ma anche altrettanto sorprendenti rinunce a istituti di *civil law* di sperimentata funzionalità contribuiscono, nel loro insieme, a dare della legge, pur «salutata con entusiasmo e soddisfazione dai primi commentatori»<sup>120</sup>, un'immagine confusa e ambigua.

Sorprendente è, anzitutto, la rubrica del nuovo art. 315, ossia del primo articolo introdotto dalla legge nel codice civile: «Stato giuridico della filiazione». La conferma di una categoria –

---

<sup>115</sup> C. cost. 10 giugno 2014, n. 162, cit. Diversa, e ferma nel difendere «l'interpretazione dinamica che dovrebbe essere conferita all'art. 29 Cost. (e più in generale alle disposizioni costituzionali relative ai diritti fondamentali)» – così S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 77 ss. – risulta la strategia argomentativa prescelta da C. cost. n. 138/2010 (su cui v. *retro*, n. 7).

<sup>116</sup> S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 49.

<sup>117</sup> S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 156.

<sup>118</sup> S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 157.

<sup>119</sup> Così F. PROSPERI, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in C. CECHELLA-M. PALADINI (a cura di), *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Pisa, 2013, p. 32 s.

<sup>120</sup> Il rilievo è di G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, p. 782 ss.

## JUS CIVILE



lo *status* –, considerata ormai in dottrina “espediente tecnico neutrale”<sup>121</sup>, sembra paradossalmente la scelta meno adatta a conseguire il superamento della pluralità degli stati di figlio in un concetto davvero più alto e unificante: che non può essere lo stesso status per tutti, ma deve essere per tutti il principio di pari dignità personale e di non discriminazione per le “condizioni personali e sociali” (art. 3, comma 1, Cost.), e specificamente – come precisa la Carta di Nizza all’art. 21 – per la “nascita”<sup>122</sup>.

«In realtà, lo stato dei figli – è stato osservato<sup>123</sup> – non è stato unificato». Certo, non si parla più di stati, bensì di “denominazioni”, ma poco cambia: permane, piaccia o non piaccia, la distinzione tra «figli nati nel matrimonio» e «figli nati fuori dal matrimonio», sia pure limitatamente «alle disposizioni a essi specificamente relative» (art. 2, comma 1, lett. a).

La formula dell’art. 315 – «*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*» – è dunque, nella sostanza, una formula mentitoria, o quanto meno riduttiva.

Ciò non vuol dire, beninteso, che questa distinzione sia da condannare. Anzi, essa appare rispettosa del dettato costituzionale, che all’art. 30, comma 3, si riferisce espressamente alla tutela dei “figli nati fuori dal matrimonio” per presidiarne il margine di compatibilità con “i diritti dei membri della famiglia legittima”, mediante «un accorgimento tecnico adeguato a presiedere al trattamento del conflitto di lealtà ingenerato dalla fattispecie presupposta dalla norma costituzionale»<sup>124</sup>. È però in vistosa contraddizione con l’obiettivo “rivoluzionario” proclamato «con gran squilli di trombe e rulli di tamburi, amplificati dalla stampa di grande informazione»<sup>125</sup>.

Altrettanto sorprendente, se non sconcertante, appare per altro verso il progressivo accantonamento, nella rinnovata rubrica del Titolo IX del Libro primo, dell’istituto della potestà genitoriale, ridotto dalla legge a mero presupposto del nuovo istituto della “responsabilità genitoriale” per essere poi sostituito senz’altro (e con dubbia legittimazione<sup>126</sup>) da quest’ultimo con il d. leg. n. 154/2013<sup>127</sup>: nella cui “*Relazione illustrativa*” si legge che la sostituzione è stata apportata in ragione della “ormai superata nozione di potestà genitoriale” e «in considerazione dell’evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli».

È, questo, un maldestro e fuorviante fraintendimento della norma in cui la Convenzione di

---

<sup>121</sup> F. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto della filiazione*, cit., p. 248.

<sup>122</sup> Esempio in tal senso è l’art. 6, comma 5, della Legge fondamentale tedesca: “Ai figli naturali sono garantite per legge le stesse condizioni per il loro sviluppo fisico e spirituale e per la loro posizione nella società che spettano ai figli legittimi”.

<sup>123</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., p. 207.

<sup>124</sup> A. RENDA, *Equiparazione o unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 111.

<sup>125</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 202.

<sup>126</sup> Il rilievo è di G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, cit., p. 785 s.

<sup>127</sup> L’occasione per il mutamento è data dal Reg. CE n. 2001/2003, che contempla una «(elastica e atecnica) nozione europea di responsabilità genitoriale, di matrice essenzialmente internazionalprivatistica» (G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità*, cit., p. 191 s.

## JUS CIVILE



New York *sui diritti del fanciullo* sancisce «la responsabilità, il diritto e il dovere dei genitori» (art. 5). Ma è, forse, più semplicemente un richiamo irresistibile, quanto inconferente, alla clausola generale dei *best interests of the child*, in ragione della quale – aggiunge sconsideratamente la menzionata Relazione – «i rapporti genitori-figli non devono più essere considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori»<sup>128</sup>.

In realtà, la nozione di “potestà genitoriale”, disinvoltamente soppressa all’ultimo momento, è ancora indispensabile, per l’interprete chiamato ad applicare le nuove norme intitolate ai “diritti e doveri del figlio”, come sintesi collaudata dei “diritti e doveri” che necessariamente devono connotare la responsabilità dei genitori, se si vuole che tale responsabilità non scada al livello di mero affare privato<sup>129</sup>.

Insomma, la formula della rubrica del Titolo V – «*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*» – è formula reticente<sup>130</sup>. Serve solo a dare alla legge una parvenza di modernità, per la verità più ostentata che radicalmente perseguita.

Invero, la mancata eliminazione di norme del codice vincolate alla configurazione tradizionale del diritto della filiazione – l’art. 269, comma 3 (caposaldo della genitorialità attribuita a colei che partorisce), anzitutto; ma anche l’art. 147<sup>131</sup> – costituisce un’ulteriore prova che quella della legge del 2012 è una “sedicente” riforma<sup>132</sup> o, forse meglio, una “rivoluzione” in realtà non (del tutto) voluta.

Sembra essere quest’ultima l’interpretazione più aderente all’intento del legislatore: il quale, non a caso, si ricorda dell’art. 30 Cost.<sup>133</sup> – norma “dimenticata” dalla Corte costituzionale: *retro*, nt. 98 – preoccupandosi di «adeguare al principio dell’unificazione dello stato di figlio» la valutazione di compatibilità attinente «all’inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell’uno o dell’altro genitore», demandata “esclusivamente al giudice” (art. 2, comma 1, lett. e, n. 1), e finendo con il confermare, nella sostanza, la norma dell’art. 252, così da sollevare, sempre non a caso, la censura di chi osserva che “la soppressione” sarebbe anche qui «l’unico modo

---

<sup>128</sup> Di una «formula mutuata – si potrebbe pur dire – acriticamente dalla legislazione europea» parla F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento “pubblico”*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 717.

<sup>129</sup> C. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione*, cit., p. 254 ss.

<sup>130</sup> Di “mutamento soltanto formale” discorre F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori*, cit., p. 718.

<sup>131</sup> Secondo L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 202, 207 è articolo «inutile, fuorviante e datato. Quando lo vedremo finalmente cancellato?». Opposta è l’opinione di M. PARADISO, *Unicità dello stato di filiazione e unificazione delle denominazioni (art. 1, comma 11, legge n. 219/2012)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2013, p. 589, secondo cui «l’unicità dello stato di figlio non implica anche l’abrogazione dell’art. 147». «Il proposito di elidere ogni connessione tra i figli e la ‘coppia’ dei genitori, coniugati o no, sembra solo il portato di opzioni ideologiche e appare smentito dalla realtà fattuale dei rapporti».

<sup>132</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit. Di “mancata occasione” di riforma parla F. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto della filiazione*, cit., p. 250 s.

<sup>133</sup> “L’unificazione dello stato di figlio non ha fatto venir meno la “non indifferenza (o preferenza) per il modello di famiglia fondata sul matrimonio, governata, tra l’altro, dalla clausola di compatibilità di cui al comma 3 dell’art. 30 della Costituzione”: così R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, cit., p. 42 s.

# JUS CIVILE



di rispettare il principio dell'unicità dello stato di figlio»<sup>134</sup>.

In conclusione, «il nostro parlamento ci ha dato una legge tecnicamente maldestra e con modesti risultati innovativi»<sup>135</sup>. Ma «una diversa lettura» della legge consente di «intravedere in essa un tentativo di recupero di una qualche dimensione «istituzionale» della famiglia «legittima», quella cui si riferisce specificamente l'art. 29 Cost.»<sup>136</sup>.

**11.** – Si arriva così alla l. n. 76/2016 sulla «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze».

La legge non menziona mai espressamente la «famiglia»<sup>137</sup>, ma sembra muovere dall'implicito presupposto che «la famiglia fondata sul matrimonio costituisce pur sempre paradigma sistemico rispetto al quale si misura la cifra di rilevanza giuridica dei rapporti di coppia»<sup>138</sup>; prescinde – nella sua stesura definitiva – da qualsiasi riferimento alla filiazione, ma sembra postulare un nuovo intervento legislativo diretto a «ricucire» in un'unica – e, sperabilmente, coerente – riforma organica i frammenti normativi in essere; si occupa essenzialmente delle «coppie»: coppie civilmente unite dello stesso sesso; coppie semplicemente «conviventi».

Palese è, qui, la «dipendenza» dagli indirizzi della Corte costituzionale: alla quale va riconosciuto il merito – o, comunque, lo sforzo – di aver cercato di uscire dalle secche dell'antinomia delle fonti additando una tecnica di intervento che, mutuando dalla fantasia di Renzo Piano un'immagine suggestiva, si presta *mutatis mutandis* a essere trasferita dall'urbanistica alla legislazione.

È quella del «rammendo delle periferie»: per integrare «la città del futuro – ha detto il grande architetto nel suo discorso di insediamento al Senato – c'è bisogno di una gigantesca opera di rammendo e ci vogliono delle idee».

L'idea di rammendo a cui si è ispirata la giurisprudenza costituzionale consiste, come fin qui è emerso, nel man(u)tenere intatto e centrale – ma non esclusivo<sup>139</sup> – il disegno normativo ordinato dai costituenti agli artt. 29-31, e nell'aprire nel contempo a esperienze o situazioni periferiche con l'intento di recuperarle al diritto salvandole dalla coltre dell'irrilevanza o della sottovalutazione. In altri termini, il messaggio indirizzato al legislatore è stato quello di sostituire la metafora dell'arcipelago (con la relativa «isola grande») con quella del rammendo atto a «ricucire» il «centro storico» (anche se dovesse finire con il riguardare «solo il 10 per cento della popolazione»).

<sup>134</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 210 e 214.

<sup>135</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 217.

<sup>136</sup> R. SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., p. 82 ss.

<sup>137</sup> Compagno solo sporadici riferimenti a «vita familiare» (comma 12), «nucleo familiare» (comma 45), «casa familiare» (comma 60), «familiari» (comma 39).

<sup>138</sup> R. SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., p. 30.

<sup>139</sup> «Il nucleo del significato originario [dell'art. 29 Cost.] permane» – ribadisce M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 713 – «ed è quello del riconoscimento del matrimonio come atto costitutivo del modello familiare fondamentale del sistema».

# JUS CIVILE



ne”) con le “periferie” (che possono anche diventare «la grande scommessa dei prossimi decenni»).

Il legislatore, afflitto dall’inconcludenza delle contrapposizioni ideologiche interne al parlamento, è rimasto a lungo insensibile al reiterato richiamo della Corte costituzionale, o meglio paralizzato e come tale impossibilitato a dare una risposta.

Ne è scaturita una condanna dell’Italia da parte della Corte EDU: condanna unanime quanto al mancato rispetto del richiamo della Corte costituzionale; assunta a maggioranza, e innovativa nella giurisprudenza della Corte EDU, in ordine all’asserito mancato adempimento di una vera e propria obbligazione avente ad oggetto l’introduzione di una disciplina normativa delle relazioni omoaffettive: è il caso *Oliari e al. c. Italia*<sup>140</sup>.

Finalmente, il Governo è ricorso alla richiesta della fiducia per ottenere dalla Camera dei deputati una legge che consta di 69 commi di un unico articolo.

**12.** – È prematuro formulare un giudizio ponderato sui contenuti della legge appena varata e sulla loro rispondenza all’idea di rammendo offerta dalla giurisprudenza costituzionale.

Certamente, colpisce ad una prima lettura la stesura “riduttiva” del testo definitivo dedicato alla disciplina delle coppie omoaffettive: scompare, rispetto al disegno di legge, non soltanto la previsione dell’adottabilità del figlio del proprio *partner* (*punctum dolens* delle ultime contrapposizioni nella discussione alla Camera) ma anche l’attribuzione ai *partners* di un dovere di fedeltà, novità questa davvero ingiustificabile (o spiegabile come malaccorto, e odioso, tentativo ulteriore di differenziazione dai coniugi). Ma, ancor prima, difficilmente comprensibile risulta l’agnostica definizione di “unità civili” attribuita alla concreta realtà delle coppie omoaffettive.

Viceversa, sempre ad una prima lettura, la generica definizione di “convivenze” con cui si apre la seconda parte della legge risulta “ultronea” rispetto alla specificità della disciplina, opinabilmente circoscritta ai «legami affettivi di coppia». Per di più, l’apertura alla realtà sociale che parrebbe desumersi dal nesso definitorio della “convivenza” – e dei “conviventi” – con il “fatto” sembra in larga misura contraddetta da una disciplina di stretto diritto positivo che ambisce a “cristallizzare” i risultati dell’esperienza giurisprudenziale e a blindarne i presupposti e gli effetti, finendo paradossalmente per avvicinare la coppia dei conviventi al coniugio e a (continuare ad) abbandonare di conseguenza un’ampia realtà di convivenze di fatto all’amorfa zona dell’irrelevanza.

Ma se non è dato qui valutare con la dovuta attenzione la qualità del rammendo bene o male – ma finalmente – approntato dal legislatore, è possibile chiederci se il rammendo è, o meno, destinato a durare nel tempo.

Guardando all’Europa, e alla difficile impresa di rimanere entro il margine di apprezzamento degli Stati – che dopo la sentenza *Oliari c. Italia* è divenuto «molto più ristretto di quanto fosse

---

<sup>140</sup> Corte EDU 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 918 ss., con l’*Opinione* di L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia* (II, p. 983 ss.).

## JUS CIVILE



nel 2010»<sup>141</sup> – il testo della legge, prima della ricordata espunzione della norma sulla *step-child adoption*, era stato giudicato “adeguato allo scopo” da chi, in dottrina, ha seguito da vicino l’evolversi degli orientamenti della Corte EDU<sup>142</sup>. Avvenuta l’espunzione, cresce l’incertezza.

Ma il problema è ancor prima italiano.

L’aspirazione della nascente riforma del diritto italiano della famiglia ad affrontare organicamente e, finalmente, risolvere il problema della difficile integrazione delle fonti ha il merito di tentare – in tendenziale sintonia con la raffigurazione proposta, “in ultima analisi”, dalla dottrina a cui si deve la più recente ricostruzione delle “stagioni della famiglia” (retro, nt. 9) – una virtuosa conciliazione tra la conferma della «posizione di particolare privilegio a favore della “*famiglia fondata sul matrimonio*” riservatole dall’art. 29, comma 1, Cost.» con le altre “realità familiari”, che «non sono da trattare come *deviazioni*, bensì come situazioni aventi titolo – all’interno dell’appartenenza al comune *genus familiae* – ... all’attribuzione di corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi»<sup>143</sup>.

Tuttavia è verosimile pensare che le contrapposizioni ideologiche continueranno ed avranno come bersaglio critico l’interpretazione, e la stessa sorte, da dare alla legge appena varata.

Da una parte si era ventilata immediatamente una proposta di referendum abrogativo, con l’obiettivo di restaurare l’esclusività del disegno normativo costituzionale.

Dall’altra, ben più concretamente, si continua a parlare di una legge di transizione verso il definitivo approdo a una indifferenziata disciplina europea (dei frantumi) della famiglia e a un approccio *gender neutral* al matrimonio. Questo orientamento sembrerebbe, oltre tutto, trarre nuova linfa da una recente sentenza della Corte costituzionale in tema di rettificazione di attribuzione di sesso<sup>144</sup>: la quale, sancendo «la prevalenza della salute dell’individuo sulla corrispondenza tra sesso anatomico e sesso anagrafico», è stata accusata di non essersi “avveduta di avere di fatto configurato un terzo genere”, già contemplato da altri ordinamenti<sup>145</sup>.

\* \* \*

A conclusione di oltre un mezzo secolo di ricerche e di studi sul diritto della famiglia non mi sento di fare previsioni per il futuro. Desidero soltanto, apprestandomi al commiato, esprimere un auspicio. Se le sopravvenienze suggerissero, o inducessero a ritenere necessario, il definitivo abbandono delle “architetture costituzionali” che hanno fatto della famiglia disegnata dalla nostra Costituzione un *unicum* nel panorama europeo, auspicherei che una così significativa vicenda storica – che sancirebbe apertamente il passaggio dal personalismo-solidarismo al «sog-

<sup>141</sup> L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, cit., p. 578.

<sup>142</sup> L. LENTI, *Prime note*, cit., p. 580.

<sup>143</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., *Parte seconda*, p. 1317.

<sup>144</sup> C. cost. 5 novembre 2015, n. 221, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 582 ss.

<sup>145</sup> C. CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all’esame della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 591.

## JUS CIVILE



gettivismo della modernità dei diritti dell'uomo» (*retro*, nt. 8) – fosse contrassegnata dal ricorso allo strumento legislativo della revisione costituzionale.

Sarebbe, questo, un gesto di rispetto e di lealtà nei confronti dei padri della Costituzione, che ebbero il coraggio di tracciare con limpida chiarezza di intenti e univocità di significati un disegno normativo della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio: un disegno che certamente si presta ad essere superato, ma che non merita di essere franteso o semplicemente ignorato.