

LA NORMA PERSONALISTA,
LA FAMIGLIA 'FONDATA SUL MATRIMONIO'
E IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ NATURALE*

di

EMANUELE BILOTTI

ABSTRACT: *Moving from a thought on the authentic meaning of the constitutional personalism, the paper tries to clarify how the constitutional models of the natural parenthood and the family "based on marriage" are not simply a historical contingency. They are rather an essential element of a constitutional project promoting human relationships based on mutual recognition. Those models, in fact, shall cooperate to ensure the dignity of the human birth. Therefore, the relativization of those models is related to a transformation of the constitutional project into an individualistic perspective. Nevertheless, the individual rights strategy could itself convey ideological views. It is rather required to restore the reputation of the constitutional personalism.*

KEY WORDS: *constitutional personalism, individual rights strategy, natural parenthood, social parenthood, marriage, civil partnership, cohabitation.*

ENGLISH TITLE: *The constitutional personalism, the family 'based on marriage' and the right to natural parenthood*

SOMMARIO: 1. L'opzione antropologica sottesa al progetto costituzionale. – 2. Il radicamento del diritto alla genitorialità naturale nella norma personalista. – 3. I modelli della genitorialità naturale e della famiglia 'fondata sul matrimonio' a garanzia della verità della generazione umana. – 4. La storicizzazione dei modelli della genitorialità naturale e della famiglia fondata sul matrimonio negli interventi del legislatore e nell'attività delle Corti. – 5. Il limite della strategia dei diritti individuali. L'esigenza di riaccreditare la norma personalista.

ISSN (print): 00226955

DOI: 10.26350/004084_000128

1. *L'opzione antropologica sottesa al progetto costituzionale*

L'esistenza di un'antropologia costituzionale non è un dato contestabile. La Costituzione italiana del 1948 è certamente espressione di una progettualità sociale volta a imprimere una direzione precisa allo sviluppo dell'ordinamento. Una progettualità sociale non può però prescindere da un'opzione antropologica: un progetto di società presuppone anzitutto un'idea di uomo. Nessuna costruzione sociale può fare a meno di quella che Giorgio La Pira chiamava una *Weltanschauung* o una 'base teoreti-

* Il presente scritto, con l'aggiunta in nota dei riferimenti e di taluni svolgimenti ulteriori imposti anche dalla necessità di dar conto di importanti dati giurisprudenziali sopravvenuti, ripropone i contenuti della relazione svolta dall'A., il 9 novembre 2020, in occasione delle *XIII Jornadas abiertas de profundización y discusión* sul tema *La encarnación del espíritu. La naturaleza humana y la unidad sustancial de cuerpo y alma*, organizzate dal *Doctorado en Ciencias jurídicas* della *Pontificia Universidad Católica Argentina* di Buenos Aires. L'A. desidera ringraziare per l'invito e la preziosa sollecitazione culturale i proff. Mauro Ronco e Félix A. Lamas, Direttori delle *Jornadas*.

ca' che le dia forma. E dunque di una determinata concezione metafisica dell'uomo¹. Anche la Costituzione repubblicana non ha perciò potuto esimersi da una presa di posizione sul problema dell'uomo. Tra i giuristi italiani è stato soprattutto Luigi Mengoni a offrire al riguardo un chiarimento decisivo. Secondo Mengoni «il sistema giuridico dello Stato costituzionale non è compatibile con le posizioni del non cognitivismo etico, che portano a un relativismo morale assoluto»².

A ben vedere, peraltro, anche le posizioni relativiste sono solo apparentemente agnostiche sotto il profilo assiologico. In realtà sono anch'esse espressione di una definita progettualità sociale e perciò anche di una opzione antropologica precisa. È stato infatti chiarito che la prospettiva positivista di un diritto puramente formale, che rinunci cioè a qualsiasi fondamento che non sia puramente autoritativo e che si presenti come totalmente autonomo dagli altri saperi sociali, è funzionale al progetto di strutturare ogni relazione umana secondo una razionalità economica³: un

¹ Cfr. La Pira, *Premesse della politica e architettura di uno Stato democratico*, Firenze 2004 (ma 1945), pp. 21 ss. e 200 ss.: «ogni costituzione è per definizione l'assetto giuridico di un dato ordinamento sociale: ed ogni ordinamento sociale non è essenzialmente il frutto di una meccanica convergenza di elementi economici, politici, etc.: un certo determinismo storico vi ha certamente la sua parte notevole: ma la sua parte essenziale, quella dominante, è costituita da una orientazione teoretica che è alla base della società e che ineluttabilmente la plasma, o la trasforma»; di conseguenza: «a) un tipo di costituzione è definito dalla sua base teoretica e dalla concezione dell'ordinamento sociale cui si riferisce; b) la saldezza di un tipo costituzionale deriva dalla saldezza della sua base e da quella del suo tronco».

² Così Mengoni, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, 1998, pp. 305 ss., ora in Id., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano 2011, pp. 23 ss., in part. pp. 29 s. (di qui anche i successivi riferimenti).

³ Il percorso argomentativo in forza del quale «dall'analisi della struttura formale del diritto moderno e [...] possibile desumere, integralmente, l'ordine sociale da esso istituito» è ricostruito lucidamente da Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino 1996, spec. pp. 67 ss. I rigorosi passaggi sono i seguenti: a) «la generalità ed astrattezza delle norme implica, di necessità, l'eguaglianza giuridica»; b) «l'eguaglianza giuridica implica, di necessità, il principio di libertà»; c) «il principio di libertà istituisce, di necessità, il consenso individuale in forma universale delle relazioni sociali»; d) «la forma consensuale subordina, di necessità, ogni connessione sociale all'impellenza economica e sottopone questa, altrettanto necessariamente, alla forma del libero scambio». Nello stesso senso v. pure Id., *Critica del nichilismo giuridico*, Torino 2006, spec. pp. 228 ss., dove si precisa, tra l'altro, che il «formalismo del diritto moderno [...] incorpora una funzione assolutamente determinata, quella di imporre che i rapporti reali tra gli uomini si diano essi stessi come rapporti prevalentemente formali, ossia come rapporti tra individui irrelati, liberi ed uguali, che entrano in rapporti puntuali mediati dal reciproco consenso, e dunque dallo scambio». Si tratta della medesima linea di pensiero svolta da P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di Camardi, Napoli 1996, spec. pp. 16 ss.: «La struttura formale della norma[...] conferisce all'ordinamento una sua specifica identità ed una funzione tutt'altro che neutre. Nel momento in cui istituisce un ordine meramente formale ed ipotetico [...] lo rende disponibile ad incorporare, a dar forma, a rendere possibile un ordine materiale: quello dato dalla libera organizzazione dei rapporti fra gli uomini come rapporti originati e gestiti semplicemente in base agli interessi individuali di ciascuno, che costituiscono il motore e l'obiettivo di ogni relazione individuale. L'ordine materiale, cioè, della libera competizione e del libero mercato, nel quale l'unico legame rilevante è quello istituito attraverso il consenso [e – si potrebbe forse aggiungere – disponibile in ogni tempo, e dunque precario], essendo gli altri eventuali

progetto cui è sottesa un'opzione antropologica individualista e perciò radicalmente antisociale⁴. L'idea alternativa, fatta propria dalla Carta, di una legittimazione del diritto positivo in virtù di un principio sostanziale di conformità a un ordine etico⁵ appare allora già espressiva di una netta presa di distanze dell'ordine costituzionale vigente da qualsiasi progettualità sociale di tipo liberal-capitalista.

Una simile presa di distanza dalla proposta individualista risulta peraltro in maniera inequivocabile dalla solenne statuizione che, oltre a riconoscere la libertà originaria della persona, e dunque il suo primato sulla società e sullo Stato, indica anche come questa libertà tenda naturalmente a svolgersi nei diversi luoghi del vivere e dell'esistere insieme con gli altri nel rispetto di una regola di solidarietà, e perciò di subordinazione delle aspirazioni di ciascuno alla realizzazione di un qualche bene comune⁶. È questo, infatti, il significato autentico della previsione dell'art. 2 della Costituzione italiana del 1948, vera 'pietra angolare' dell'intero edificio costituzionale⁷.

È così chiaramente ripudiata anzitutto la concezione per cui, secondo la nota formula di Marx, l'essere umano è tutto nell'insieme dei rapporti sociali. Infatti, se davvero la rilevanza della persona fosse destinata ad esaurirsi nella vita di un qualche ente collettivo sostanziale, allora neppure potrebbe parlarsi di riconoscimento di una sfera originaria e inviolabile di libertà della

legami o dipendenze sociali o puri accidenti giuridicamente irrilevanti»; nello stesso senso v. già Id., *L'individualismo proprietario*, Torino 1987, pp. 40 ss.

⁴ Per questa valutazione v. La Pira, *op. cit.*, pp. 109 ss. e 208 ss., ove si chiarisce come, assunta un'antropologia individualista, la società non può darsi se non come aggregazione artificiale e volontaria, il cui fine è destinato a esaurirsi nella tutela della libertà di ciascuno, e dunque della sua persona e dei suoi beni.

⁵ Così Mengoni, *op. loc. cit.*

⁶ Sul legame tra principio personalista e principio solidarista nella Costituzione repubblicana cfr. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it (pubbl. *on line*, n. 17/2013), n. 2-3, per il quale «il principio personalista e quello solidarista non sono, secondo modello, separabili né concettualmente né praticamente, per come cioè dovrebbero prendere forma nell'esperienza; sono piuttosto la medesima cosa o, per dir meglio, il secondo è il primo *in azione*, in alcune delle sue genuine (forse, proprio la più genuina delle) espressioni che ne consentono il pieno appagamento»; v. pure Id., *Dignità versus vita?*, in www.rivistaaic.it (pubbl. *on line*, n. 1/2011), n. 4, ove si afferma che «la convergenza della libertà individuale e della solidarietà è il fine costituzionale; l'ideale, il comportamento-“modello”, è realizzare a un tempo il *massimo della libertà* e il *massimo della solidarietà*». È ben noto, tuttavia, che proprio la norma fondamentale dell'art. 2 Cost. è utilizzata per favorire una rilettura in senso individualista del progetto costituzionale. Anzi, la prospettiva personalista e quella individualista sono sempre più spesso sovrapposte e confuse l'una con l'altra. Lo ha ben evidenziato Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano 2011, p. 138. Da ultimo, con specifico riferimento alla materia familiare, il problema del «crescente numero di giuristi che valutano positivamente il definitivo passaggio dal personalismo-solidarismo della dimensione costituzionale della famiglia al c.d. “soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo” ispirato al principio della “neutralità dei valori”» è stato evidenziato anche da Busnelli, *Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia “moderna”: l'idea del “rammendo”*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di Salanitro, Pisa 2019, p. 163.

⁷ L'immagine della “pietra angolare” è, com'è noto, di La Pira, *op. cit.*, p. 219.

persona, giacché la libertà del singolo dovrebbe ridursi a semplice presa di coscienza del movimento storico nel quale si trovi inserito. Ma non solo. Ad essere ripudiata nella formula costituzionale citata è anche l'opposta antropologia individualista, che non può evidentemente tollerare vincoli personali sottratti alla disponibilità dei protagonisti, e dunque una qualsiasi forma di subordinazione dei bisogni particolari dei singoli a un qualche bene comune, ma ammette solo rapporti in cui la volontà individuale 'governa' l'interesse tutelato secondo lo schema classico del diritto soggettivo.

Ma con ciò risulta anche ben chiara, in positivo, l'opzione antropologica sottesa al progetto costituzionale. Infatti, se il fine essenziale dell'azione umana non può identificarsi né nei diversi fini sociali e statali né nella mera affermazione di sé in una prospettiva puramente utilitaristica, per cui si perde di vista la specificità dell'*humanum* e anche la persona può degradare a oggetto di utilizzazione, allora quel fine deve essere individuato nell'aspirazione inesauribile al compimento di sé attraverso l'integrazione della propria libertà con la libertà dell'altro⁸, e dunque nel perseguimento di un bene che si collochi oltre qualsiasi bene soggettivo e che sia perciò davvero in grado di unire le persone⁹. Si comprende con ciò cosa voglia dire davvero che la libertà originaria della persona si svolge nei diversi luoghi dell'esistere e dell'agire insieme con gli altri e nel rispetto di una regola di assoggettamento al bene comune: vuol dire che il fine essenziale del dinamismo umano è riconosciuto come fine trascendente o, se si preferisce, spirituale e non come fine immanente e materiale.

È chiaro allora come la 'legge' dell'incarnazione dello spirito, la cui validità è ora riproposta da Felix A. Lamas sulla scorta della tradizione aristotelico-tomista e, in ogni caso, attraverso il ricorso a una metodologia di analisi rigorosamente realista¹⁰, possa essere riconosciuta anche a fondamento dell'edificio costituzionale repubblicano. Solo in forza di quella 'legge' diviene infatti credibile la garanzia del valore sovrautilitaristico della persona¹¹ e il progetto costituzionale non può essere considerato una qualsiasi utopia sociale. Nella 'legge' dell'incarnazione dello spirito può ri-

⁸ Cfr. Ruggeri, *Il principio personalista*, cit., n. 2-3, per il quale «la dignità propria [...] si perfeziona e rende in forma eminente visibile ed apprezzabile solo nel momento in cui si dimostra essere scrupolosa osservante della dignità altrui, al di là di ciò che gli altri abbiano fatto per meritarselo e quale che sia perciò l'«uso» che abbiano fatto della propria dignità».

⁹ Nei termini indicati La Pira, *op. cit.*, pp. 212 ss., individua l'elemento caratteristico della "base teoretica" di un edificio costituzionale di tipo pluralista e personalista.

¹⁰ Cfr. Lamas, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires 2013, pp. 133 ss.

¹¹ È a questo livello – e cioè nella garanzia del valore sovrautilitaristico della persona – che si apprezza, in definitiva, la peculiarità dell'impostazione personalista rispetto a quella individualista, da un lato, e a quella statalista, dall'altro: la libertà originaria della persona e il fine trascendente del suo dinamismo non ne consentono infatti la strumentalizzazione né all'affermazione dell'altro né, rispettivamente, ai fini di un qualche ente sostanziale.

conoscersi, in altri termini, un'efficace espressione di sintesi di quel nucleo minimale di "moralità legalizzata" suscettibile di fondazione razionale – e perciò di conoscenza oggettiva e di comunicazione intersoggettiva – che le Costituzioni del dopo Auschwitz hanno inteso appunto positivizzare, dando corso così, contro qualsiasi pretesa di separazione tra diritto e morale, a quell'«allungamento» della via della legittimazione del diritto positivo di cui parlava Luigi Mengoni¹².

2. Il radicamento del diritto alla genitorialità naturale nella norma personalista

È nella prospettiva appena indicata che bisogna allora valutare l'intervento del legislatore volto a regolare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e dunque le previsioni della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)¹³. In effetti, come ha avuto modo di chiarire anche la Corte costituzionale in occasione di un recente pronunciamento sulla legittimità del divieto di accesso alla tecnica eterologa da parte di coppie formate da due donne, «la possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone [...] un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale»¹⁴. Alla

¹² Cfr. ancora Mengoni, *op. loc. cit.*

¹³ Per un chiaro quadro di sintesi delle problematiche di ordine costituzionale poste dalla regolazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita si può far riferimento alle pagine di Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino 2018, pp. 487 ss., il quale muove dall'assunto secondo cui «quella italiana è una costituzione di compromesso fra visioni del mondo diverse (in particolare fra la concezione cattolica, quella marxista e quella liberale). Secondo quest'A. la Costituzione italiana «non adotta integralmente né la visione del mondo di S. Tommaso d'Aquino, né quelle di Jeremy Bentham, di John Rawls o di Roland Dworkin», sicché «ogni tentativo di piegare l'interpretazione costituzionale a una di queste dottrine va stigmatizzato come un'arbitraria sovrapposizione delle preferenze ideologiche dell'interprete alle opzioni della Cost.». In realtà, come si è cercato di chiarire, dalla lettura dell'art. 2 Cost. emerge con chiarezza un'opzione antropologica rigorosamente realista, che riconosce il finalismo propriamente spirituale del dinamismo umano e prende pertanto le distanze da qualsiasi riduzionismo materialista, sia di tipo socialista sia di tipo liberalcapitalista.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221. La sentenza è pubblicata, tra l'altro, in *Foro italiano*, 2019, I, pp. 3782 ss.; in *Corriere giuridico*, 2019, pp. 1460 ss., con nota adesiva di Recinto, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 548 ss., con nota di Barone, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*; sull'importante decisione v. anche i meditati rilievi critici di Salanitro, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 206 ss., e di Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*,

luce di quanto si è detto, però, la risposta da dare a un simile interrogativo deve anzitutto tener conto delle esigenze sottese alla norma personalista o, se si preferisce (le due espressioni possono ritenersi equivalenti), alla ‘legge’ dell’incarnazione dello spirito. Il che equivale a dire, in altri termini ancora, che quella risposta deve anzitutto essere coerente con la garanzia del valore sovrautilitaristico della persona.

Ora, è del tutto evidente che, finché il c.d. ‘diritto a procreare’ si atteggi semplicemente come libertà di diventare genitori attraverso l’esercizio della sessualità rimane aperta la possibilità per gli adulti di relazionarsi al generato secondo una logica di pura gratuità e non secondo una logica utilitaristica, e dunque la possibilità che, anche con riferimento al nascere dell’uomo, il ‘provenire da’ che è proprio di ogni vita che nasce – la relazione di dipendenza che inevitabilmente si dà tra i generanti e il generato – non si riduca senz’altro a un ‘essere prodotto da’. Diversamente, infatti, pure la relazione umana originaria finirebbe fatalmente per essere consegnata a dinamiche tipiche del mondo delle cose, viziando di conseguenza il rapporto tra gli adulti e il generato in maniera irrimediabile. Un esito di questo tipo sembra peraltro ineluttabile in ogni caso di ricorso alle tecniche riproduttive. Solo nella generazione attraverso l’esercizio della sessualità sembra invece preservata la possibilità di garantire la dignità del nascere dell’uomo¹⁵. È quanto riconosce con chiarezza anche Mauro Ronco laddove afferma che la tecnica «trasforma la generazione umana in una relazione di mero possesso, in cui i gameti [...] sono ridotti a una cosa che serve per costruire colui che dovrà nascere, visto come un mero prodotto, e non come un dono che l’amore dei coniugi e la natura danno all’uomo e alla donna»¹⁶.

in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, II, pp. 664 ss., nonché il commento di Piergentili, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in www.dirittifondamentali.it (pubbl. on line, 28 maggio 2020).

¹⁵ Per ulteriori svolgimenti al riguardo sia consentito il rinvio alla ns. *Introduzione*, in Barcellona - Ricci Sindoni - Vescovi, *La dignità del nascere*, a cura di Bilotti, Roma 2016, pp. 5 ss. La formula “dignità del nascere” è stata valorizzata anche da Spoto, *La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 2017, pp. 13 ss.; più di recente ha fatto ricorso alla formula indicata anche Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2019, p. 723, per il quale, attraverso interventi normativi come la l. n. 40 del 2004, il legislatore intende «costruire un argine all’uso della tecnica sul corpo umano», in particolare al fine «di evitare che all’ordine naturale delle cose che riguardano il nascere si sostituisca un ordine artificiale rimesso all’arbitrio delle sole persone adulte coinvolte e potenzialmente lesivo della dignità del nascere». L’ordine naturale della generazione non è dunque preservato per una qualche ragione ideologica astratta, ma appunto al fine di garantire la dignità del nascere dell’uomo. La preoccupazione di un ideologico “confinamento nell’inaccettabile” di tutto ciò che non sia “secondo natura” emerge chiaramente – e opportunamente – nella meditata trattazione di Gorgoni, *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, par. 1.

¹⁶ Così Ronco, *Aporie e contraddizioni della fecondazione eterologa*, ora in Id., *Scritti patavini*, II, Torino 2017 (lo scritto è del 2016), pp. 1891 ss.

L'affermazione di Ronco è invero specificamente riferita alla tecnica eterologa di procreazione medicalmente assistita. Non sembra però che la situazione sia diversa, almeno in linea di principio, anche in caso di ricorso alla tecnica omologa. Lo stesso Ronco, del resto, afferma con nettezza che «mediante la tecnologia la generazione diventa oggetto di un atto di potere scientifico, siccome priva del significato di dono reciproco tra i coniugi [...] e ridotto a processo di selezione e di appropriazione»¹⁷. Il chiaro Autore precisa nondimeno che il significato autentico dell'umana generazione sarebbe «ancora presente, sia pure in modo incompleto, nella *fiiv*et omologa». È certamente così. Ma l'indicata incompletezza di significato personalistico della generazione appare già un indice sufficiente dell'esistenza di un pregiudizio al valore sovrautilitaristico della persona. Il pregiudizio in questione può certo apparire – e lo è effettivamente – meno grave di quello che si realizza col ricorso alla tecnica eterologa. Non sembra però discutibile che un pregiudizio sussista anche in caso di ricorso alla tecnica omologa¹⁸.

Il rispetto della norma personalista dovrebbe allora esigere, a rigore, la negazione di qualsiasi diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale, e dunque, in positivo, il riconoscimento del diritto fondamentale della persona alla genitorialità naturale, e dunque anche alla costituzione del rapporto genitoriale unicamente in capo all'uomo e alla donna che abbiano generato attraverso l'esercizio della sessualità¹⁹. È quanto si rica-

¹⁷ Così ancora Ronco, *op. loc. cit.*

¹⁸ Per una valutazione differente, ma coerente con le scelte inizialmente operate dal legislatore del 2004, che aveva consentito la sola fecondazione omologa quale rimedio a situazioni di sterilità o di infertilità non altrimenti superabili, v. Olivetti, *Diritti fondamentali*, cit., p. 495, per il quale «si può ragionevolmente affermare che il ricorso alla fecondazione omologa è una mera tecnica (anche se pone problemi etici e giuridici non irrilevanti [...] per la questione del numero degli embrioni, e del destino degli embrioni sovrannumerari) e che pertanto la possibilità di farvi ricorso rientra nel diritto alla procreazione garantito dall'art. 31 Cost.». In altri termini, secondo l'A. cit., a differenza dell'eterologa, l'omologa non altera la natura del fenomeno procreativo, in quanto il generato è pur sempre, geneticamente, figlio dei due componenti della coppia che ha fatto ricorso alla tecnica. In realtà, l'idea che il diritto fondamentale alla procreazione – *rectius*, la libertà di procreare – possa estendersi anche alla procreazione assistita, e dunque ad ipotesi in cui la generazione umana si dà a prescindere dall'atto sessuale, sembra comunque sufficiente a dar corso a una considerazione strumentale del generato. E ciò quale che sia la tecnica – omologa o eterologa – cui si sia fatto ricorso. In effetti, sia nel caso dell'eterologa sia nel caso dell'omologa emerge comunque una logica di potere sulla vita che non sembra coerente con la garanzia del valore sovrautilitaristico della persona, e perciò della pari dignità di tutti. In una prospettiva realistica e non ideologica un esito di questo tipo può essere scongiurato solo dalla generazione attraverso l'esercizio della sessualità.

¹⁹ È bene precisare che il diritto alla genitorialità naturale – inteso come diritto alla generazione attraverso l'esercizio della sessualità, e perciò anche come diritto del generato alla genitorialità nei confronti dell'uomo e della donna che lo abbiano insieme concepito naturalmente – implica pure che il fondamento della maternità debba essere riconosciuto nel parto e nel concepimento e non solo nel parto. Il rispetto di quel diritto dovrebbe pertanto portare a escludere che madre possa essere considerata la donna che abbia partorito senza aver contribuito anche al concepimento del nato. La

va, in fondo, anche dalla lettura dell'art. 30 della Costituzione, laddove è affermato il principio della responsabilità genitoriale per il semplice fatto della generazione, a prescindere cioè dal tipo di rapporto intercorrente tra l'uomo e la donna che abbiano generato²⁰.

Come emerge con chiarezza da quanto si è detto fin qui, tale principio non trova allora il suo radicamento né in un ossequio ideologico al dato naturalistico né in una mera contingenza storica, ma nella stessa norma personalista. Il principio della centralità della genitorialità naturale non è affermato, in particolare, in quanto espressione di un convincimento radicato nella coscienza sociale al tempo della redazione della Carta. Si tratta piuttosto di una condizione irrinunciabile affinché sia preservata la dignità dell'umana generazione. Ma allora quel principio dovrebbe addirittura essere ricompreso nel novero dei principi supremi dell'ordinamento sottratti a revisione costituzionale. Il suo superamento attraverso l'affermazione di un modello concorrente di genitorialità volontaria sarebbe perciò certamente impraticabile ad opera del legislatore ordinario. Ma non solo. Anche laddove un simile risultato dovesse essere perseguito nelle forme della revisione costituzionale, determinerebbe un radicale sovvertimento dell'ordine vigente secondo logiche incompatibili con la sua originaria ispirazione personalista²¹.

tesi del duplice e concorrente fondamento della maternità è ampiamente argomentata da Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, in *Corriere giuridico*, 2015, pp. 481 ss., per il quale «nel sistema parto e procreazione, cioè gravidanza e geni sono assunti come due componenti indissociabili entro un unitario concetto di maternità come qualità di colei che genera concedendo e partorendo, non come entità dissociabili delle quali, se dissociate, debba prevalere la prima». Sempre secondo Renda, infatti, «l'art. 269, comma 3, c.c. – chiaramente dettato sul presupposto, in origine ovvio, della corrispondenza tra l'apporto genetico e quello biologico-gestazionale entro la maternità come fenomeno “naturalmente” unitario – è in realtà norma sull'oggetto della prova della filiazione fuori dal matrimonio nei confronti della madre e non norma sulla *status*, cioè è soltanto norma che impone al figlio l'onere di provare di essere la stessa persona che fu partorita dalla donna che egli assume essere la propria madre».

²⁰ Sul fondamento costituzionale del modello della genitorialità naturale v. l'accurata trattazione di Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e diritto privato*, 2017, spec. pp. 959 ss. Sul punto si è soffermato ampiamente – e in più occasioni – Nicolussi: cfr. *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affidamento*, a cura di Scabini e Rossi, Milano 2014, pp. 7 ss., nonché, più di recente, *La natura dell'umana generazione: una prospettiva giuridica*, in *La natura dell'umana generazione*, a cura di Rossi e Scabini, Milano 2017, pp. 139 ss. Nello stesso senso anche Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 485; *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, pp. 415 ss. Per una critica serrata della centralità e unicità della generazione come fondamento della filiazione si può invece consultare l'ampia trattazione di Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova 2017, pp. 237 ss. Sempre in senso critico v. anche i penetranti rilievi di Calderai, *La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, in *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, a cura di Navarretta, Torino 2017, pp. 74 ss.

²¹ Al riguardo sia consentito rinviare al ns. *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2021, pp. 460 ss. Nel senso che le norme costituzionali sulla famiglia, e

È certamente condivisibile, insomma, l'istanza metodologica secondo cui le disposizioni costituzionali devono essere intese correttamente in conformità al loro fine, che è appunto quello di «promuovere le condizioni di “partecipazione ai processi della produzione sociale (materiale e culturale)”»²². Ma è appunto in una simile «prospettiva di promozione (più che di controllo) sociale, propria delle Costituzioni del dopoguerra», che non può che essere riconosciuta la centralità del principio della genitorialità naturale²³. Non si tratta allora di opporre una soluzione argomentata secondo un principio di verità della forma giuridica, e dunque sulla base di una teoria cognitivista del diritto, a una soluzione fondata invece sul discorso pratico e sul pensiero problematico²⁴. Si tratta piuttosto di prendere atto di un dato costituzionale – la centralità sistematica della genitorialità naturale – che contribuisce alla traduzione normativa del valore sovrautilitaristico della persona.

Né l'idea di un modello concorrente di genitorialità volontaria potrebbe essere accreditata facendo riferimento all'adozione. In questo caso, infatti, la genitorialità volontaria sovviene come rimedio a fronte di un fallimento definitivo della genitorialità naturale. Si tratta dunque di una genitorialità volontaria non concorrente con la genitorialità naturale, ma ad essa succedanea, e perciò del tutto inidonea a metterne in discussione l'esclusività²⁵.

dunque anche il principio della genitorialità naturale, non sarebbero modificabili neppure attraverso il procedimento di revisione costituzionale, sulla base di un percorso argomentativo in parte differente, v. anche AA.VV., *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *AIC – Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2019 (pubbl. on line del 9 dicembre 2019), pp. 177 ss., per il quale «le norme sulla famiglia incidono su aspetti decisivi del rapporto tra autorità e libertà e, dunque, in ultima analisi, sono legate al problema della forma di Stato». L'A. aggiunge che «tale conclusione trova conferma nell'esperienza storica, nella quale, in corrispondenza dell'affermazione di regimi totalitari, si verificano spesso pesanti compressioni – spesso legate a una loro funzionalizzazione – delle libertà connesse al fenomeno familiare».

²² Così Calderai, *op. cit.*, p. 75, citando opportunamente Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. 74.

²³ Secondo Calderai, *op. loc. ult. cit.*, invece, nell'indicata prospettiva promozionale bisognerebbe piuttosto riconoscere che «l'assunzione di responsabilità nei confronti del nato è il solo presupposto necessario (non sufficiente) e l'elemento comune alle diverse modalità di costituzione dello Stato».

²⁴ Così invece Calderai, *op. loc. ult. cit.* Il pensiero problematico, del resto, certamente indispensabile nel favorire una proficua comunicazione del sistema normativo con la complessità sociale, nella misura in cui non cancella il vincolo dell'interprete alla legge, di per sé neppure contraddice un principio di verità della forma giuridica, a prescindere dal quale, peraltro, un edificio sistematico può difficilmente essere costruito. Sull'integrazione del pensiero problematico e del pensiero sistematico nel lavoro interpretativo rimane fondamentale l'insegnamento di Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, pp. 3 ss. e anche in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna 1985, pp. 11 ss.

²⁵ Nel senso indicato nel testo, tra tanti, si è espresso anche Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 961, per il quale è «dal fatto della procreazione e non dall'atto di volontà che discende la genitorialità», sicché «soltanto il “fallimento” di questo modello può dare ingresso ad altre forme

3. I modelli della genitorialità naturale e della famiglia 'fondata sul matrimonio' a garanzia della verità della generazione umana

Al fine di garantire la dignità del nascere dell'uomo, il diritto alla genitorialità naturale è condizione necessaria ma non sufficiente. Infatti, anche laddove non fosse consentito il ricorso alle tecniche riproduttive, il rischio che i generanti si relazionino al generato secondo una logica utilitaristica non sarebbe per ciò solo scongiurato. La logica del dono può peraltro penetrare con maggiore difficoltà il rapporto di dipendenza che si dà tra i generanti e il generato finché quel rapporto rimanga un rapporto diretto, non mediato. E ciò perché un rapporto diretto di derivazione rischia comunque di essere insidiato da logiche strumentali. Una mediazione contribuisce a scongiurare questo rischio.

Ora, è appunto attraverso il 'per sempre' del matrimonio, e dunque per il tramite della forma istituzionale propria del rapporto coniugale²⁶, che

di filiazione (adozione) o all'attivazione di altri *strumenti formali* per ottemperare all'obbligo, assunto dallo Stato nella Costituzione, di proteggere l'infanzia (art. 31, comma 2, Cost.), ovvero al fine di tutelare l'interesse superiore del bambino».

²⁶ La 'forma istituzionale' del rapporto coniugale – e dunque il suo atteggiarsi come rapporto di *status* – si dà nella misura in cui il rapporto è sottratto alla disponibilità dei suoi protagonisti. Per la configurazione dello *status* quale peculiare rapporto giuridico in cui, a differenza di quel che accade negli altri rapporti di diritto privato, non è la volontà a "governare" l'interesse, ma è piuttosto un interesse sovraordinato – e dunque, nel caso degli *status* familiari, il bene comune della famiglia – a orientare la volontà del singolo, rimangono fondamentali gli scritti di Cicu: v., in part., *Il concetto di "status"*, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, t. 1, Milano 1965, pp. 181 ss. (e già in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli 1917, pp. 59 ss.); *Considerazioni sulla struttura del rapporto giuridico*, ora in *Scritti minori*, cit., 1965, pp. 71 ss. (e già in *Rend. Sess. Acc. Scienze Ist. Bologna*, Classe sc. morali, s. IV, vol. VII, 1944, pp. 26 ss.). Nella dottrina italiana una concezione istituzionale del matrimonio e delle relazioni giuridiche familiari è stata riproposta in maniera persuasiva da Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 169 ss. L'A., recuperando l'insegnamento di Mengoni (cfr. *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, spec. pp. 11 ss.), evidenzia in particolare come il riconoscimento costituzionale del primato della persona anche nelle relazioni familiari e la giusta critica della tradizionale concezione istituzionale gerarchica di stampo pubblicistico non comportino anche il superamento del modello istituzionale e l'assunzione di un modello contrattuale alternativo. Più precisamente, secondo Nicolussi, la concezione istituzionale della famiglia sarebbe «vittima di un equivoco che la confonde con l'istituzione in senso tradizionale», e dunque con l'istituzione gerarchica e patriarcale. In realtà, come aveva chiarito già Mengoni, «al concetto di istituzione non appartiene come elemento essenziale la presenza di un capo e pertanto non vi è ostacolo ad impiegare tale categoria anche per spiegare la famiglia paritaria». La Costituzione repubblicana, dunque, non esclude – ma, anzi, garantisce – una concezione istituzionale del matrimonio e della famiglia; richiede piuttosto la sostituzione di una concezione vetero-istituzionale delle relazioni giuridiche familiari – una concezione di stampo gerarchico e patriarcale – con una concezione neo-istituzionale, che «accoglie l'istanza tipicamente moderna di promozione della parità e quindi anche di emancipazione della donna». Con particolare riferimento al rapporto coniugale questa concezione neo-istituzionale è stata svolta in maniera compiuta anche nell'ampio studio di Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, pp. 3 ss.; di quest'ultimo A. v. anche *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, I, pp. 1025 ss., dove si mette bene in chiaro che il ripudio della tradizionale concezione istituzionale della

una simile mediazione diviene possibile. Quella peculiare forma giuridica, infatti, nel dischiudere la possibilità di una donazione di sé in totalità personale, e dunque di una relazione di piena reciprocità tra uomo e donna²⁷, dà vita a un'autentica comunione di persone: un nuovo ente dinamico capace appunto di mediare il rapporto di dipendenza tra i generanti e il generato, ponendo tutti su uno stesso piano²⁸. Anche Ronco, del resto, nell'indicare il significato autentico dell'umana generazione allude chiaramente

famiglia non porta anche a disconoscere che nei rapporti giuridici familiari si danno interessi che trascendono gli interessi individuali dei singoli. In quest'ottica una concezione rigorosa dello *status* quale rapporto giuridico non patrimoniale caratterizzato dalla subordinazione della volontà del singolo al bene comune della famiglia appare allora ancora utile per un corretto intendimento della peculiarità delle relazioni giuridiche familiari. Una considerazione istituzionale, ma non autoritaria, della vita familiare – e, segnatamente, del rapporto coniugale – era peraltro già emersa nelle pagine sempre attuali di Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, pp. 119 ss. (ora anche in *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa 2017, pp. 301 ss.). Qui, nel tentativo di superare la contrapposizione tra letture unilaterali dell'art. 29 Cost., incapaci di comporre in equilibrio i valori dell'unità della famiglia e dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, si riconosceva nell'indicata previsione costituzionale un principio di eguale libertà dei coniugi nel governo della famiglia e insieme di eguale responsabilità degli stessi per la sua unità, la quale era correttamente intesa non, banalmente, come concordia tra i coniugi, ma appunto come stabilità della famiglia, e perciò come indisponibilità del rapporto coniugale. Bisogna peraltro riconoscere che l'idea di un rapporto indisponibile appare ormai estranea all'odierno contesto culturale e che, quale che sia l'assetto normativo vigente, la trasformazione epocale delle relazioni giuridiche familiari *from status to relation* – per usare la formula di successo di Schwenger, *The Evolution of Family Law. From Status to Contract and Relation*, in *European Journal of Law Reform*, 2001, pp. 199 ss.; e già Ead., *Vom Status zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel*, Baden Baden 1987 – si è ormai compiuta nella prassi. Sicché sempre Busnelli (cfr. *Relazioni, famiglie, società*, nel volume con identico titolo a cura di Agostinelli e Cuffaro, Torino 2020, p. 68) rileva da ultimo che «i mutamenti della realtà sociale sembrano aver “tradito” lo “spirito” della Costituzione».

²⁷ La nozione della 'piena reciprocità' tra i sessi – ma anche tra le generazioni nel caso del rapporto genitoriale – quale carattere indefettibile a partire dal quale riconoscere l'identità specifica della famiglia come istituzione in un contesto di accentuata pluralizzazione delle forme familiari è desunta dalla letteratura sociologica, e segnatamente da Donati, *La famiglia. Il genoma che fa vivere la società*, Soveria Mannelli 2013, spec. cap. 1, n. 2. Nel concetto sociologico della “piena reciprocità” il giurista non fa fatica a riconoscere quella ‘fusione di vita con vita’ in cui Capograssi [cfr. *Analisi dell'esperienza comune* (1930), ora anche in *La vita etica*, Milano 2008, p. 382] identificava l'essenza dell'unione coniugale e che anche Busnelli (cfr. *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, IV, pp. 129 ss.; *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, Napoli 1975, pp. 273 ss.) ha richiamato al fine di far comprendere la reale portata di quell'impegno globale di dedizione in cui deve identificarsi la fedeltà coniugale, che non si riduce pertanto né a semplice esclusività sessuale né ad assistenza morale e materiale. Fedeltà è piuttosto unione di vita, e dunque 'piena reciprocità'. Ma il dono reciproco di sé in totalità personale non è possibile se non nel 'per sempre' del matrimonio, in un rapporto *auf Lebenszeit*, secondo l'efficace espressione del § 1353 BGB, e dunque in un rapporto di *status*: un vincolo personale che, per dirla con le parole di Cicu, 'esprime un essere'. È chiaro allora che tra fedeltà e *status* esiste una relazione necessaria di reciproca implicazione, sicché uno *status* si dà davvero soltanto laddove il diritto garantisce una relazione di 'piena reciprocità' tra due individui, avendo indentificato in essa un valore per la collettività.

²⁸ Al riguardo sia consentito rinviare a considerazioni già svolte in altre sedi: cfr. *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, pp. 938 ss.; *Il contributo del diritto della famiglia alla costruzione dell'Europa*, in *L-JUS*, 2019, pp. 56 ss.

te al dono reciproco tra i coniugi²⁹. Non parla, genericamente, dell'uomo e della donna che generano attraverso l'esercizio della sessualità. L'uomo e la donna sono ulteriormente qualificati come coniugi. E ciò non è casuale, dato che nell'atto coniugale, stante il rapporto di *status* che lega i coniugi, si danno le premesse affinché la generazione umana sia rispettosa delle esigenze della norma personalista.

Si chiarisce con ciò la ragion d'essere del modello costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.). Nella prospettiva indicata, infatti, il vincolo coniugale non serve semplicemente a sottrarre il rapporto di coppia a logiche strumentali. Una simile finalità, riguardando unicamente la sfera della moralità individuale, dovrebbe infatti rimanere estranea ad un ambito di regolazione propriamente giuridico. Il dato rilevante, in quanto pertinente al *bonum externum*³⁰, è piuttosto che il vincolo coniugale coopera con la genitorialità naturale al fine di garantire il significato personalistico della generazione umana. Il vincolo coniugale consente infatti la formazione di un contesto di vita comunitaria dal quale, insieme alla dipendenza originaria, è bandita, almeno in potenza, ogni altra forma di dipendenza: un contesto di vita nel quale e a partire dal quale la realizzazione di sé nell'esistere e nell'agire insieme con gli altri diviene sempre meno una prospettiva utopistica e sempre più una possibilità concreta.

Ma allora, proprio come per la genitorialità naturale, neppure la ragione della costituzionalizzazione del matrimonio – e cioè dell'unione di vita stabile dell'uomo e della donna – può rinvenirsi sbrigativamente in una mera contingenza storica, nel semplice radicamento di quel modello di relazione di coppia nella tradizione di un popolo e nella profondità della sua coscienza collettiva. Un dato, quest'ultimo, che appare peraltro sempre più incerto. Anche per il matrimonio ciò che rileva è piuttosto la circostanza che esso rappresenti una garanzia essenziale di credibilità di un progetto costituzionale fondato sulla norma personalista e costituisca perciò una condizione imprescindibile della sua realizzazione³¹.

²⁹ Cfr. Ronco, *op. loc. cit.*

³⁰ Secondo la definizione di Thomasius, riferita da Mengoni, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 28, i principi morali *quae respiciunt ad bonum externum* sono «quelli afferenti ai rapporti sociali che in pari tempo sono o tendono a essere regolati dal diritto positivo». La tesi di Mengoni è appunto che «la positivizzazione trasforma questi principi in significati normativi specificamente giuridici».

³¹ Ciò non vuol dire, beninteso, che il matrimonio debba essere l'unica forma giuridica attraverso cui un rapporto di coppia può assumere rilevanza per l'ordinamento. Il modello pluralista delle forme giuridiche dello «stare insieme», fondato sull'art. 2 Cost., non è in discussione. Difatti, è certo anzitutto che possa assumere rilevanza anche il semplice fatto della vita in comune in cui si realizzano pur sempre valori solidaristici. È fuor di dubbio, in altri termini, che l'ordinamento, senza comprimere la libertà dei singoli di non ordinare la propria vita di coppia secondo una forma giuridica che comporti la nascita di diritti e obblighi reciproci, debba comunque tutelare gli affidamenti che si ingenerano in un rapporto stabile di reciproca assistenza morale e materiale. Ma non solo. La garanzia costituzionale riconosciuta al rapporto coniugale quale rapporto di *status* non esclude neppure altre forme di rile-

4. *La storicizzazione dei modelli della genitorialità naturale e della famiglia fondata sul matrimonio negli interventi del legislatore e nell'attività delle Corti*

È chiaro a questo punto quale sia davvero la posta in gioco quando i paradigmi costituzionali della genitorialità naturale e del matrimonio sono messi in discussione: con essi è messa in discussione anche la garanzia della dignità del nascere dell'uomo, e perciò un intero progetto costituzionale volto a promuovere ad ogni livello della vita sociale un modello di relazione umana che sia aliena, almeno in linea di principio, a logiche degradanti di dominio e di sopraffazione. Lo svuotamento dall'interno di entrambi i modelli indicati sotto la spinta di prassi sociali radicalmente individualiste è tuttavia in atto da tempo³². L'opera del legislatore e l'attività delle Corti non mancano di registrare un simile processo, al quale anzi, negli ultimi tempi, sembra sia stata impressa un'accelerazione definitiva.

Quanto anzitutto al matrimonio, nella prassi giurisprudenziale l'idea di un rapporto che, per quanto dissolubile, rimanga comunque sottratto alla disponibilità dei suoi protagonisti è superata da tempo³³. Taluni recenti

vanza giuridica del rapporto di coppia per cui ci si sottopone liberamente a un vincolo, e dunque a un regime di diritti e obblighi reciproci. Ciò che non sembra possibile è solo che anche certi rapporti assumano la peculiare forma dello *status*, e dunque che si tratti di rapporti sottratti alla disponibilità dei protagonisti. È ciò perché, come si è provato a chiarire nel testo, un'ingerenza così significativa nella libertà del singolo – per quanto liberamente consentita – può giustificarsi, in una prospettiva di rigorosa eccezionalità, solo in vista della garanzia della dignità del nascere dell'uomo. Lo *status* dovrebbe allora rimanere una prerogativa delle sole coppie formate da individui di sesso diverso. Altre forme giuridiche dello stare insieme dovrebbero invece essere ricondotte allo schema del contratto: uno schema in cui la dedizione di sé in totalità personale non può che rimanere un dato privo di rilevanza per l'ordinamento. D'altra parte, la specificità del matrimonio rispetto ad altre forme giuridiche del rapporto di coppia non sembra davvero identificabile che nel suo essere rapporto di *status*, essendo altrimenti destinata a ridursi a un dato puramente nominalistico. Sul punto v. anche quanto si dirà subito *infra* nel paragrafo seguente e alle note 36 e 37.

³² Tra gli altri, il dato è messo efficacemente in evidenza da Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di Macario e Miletta, Roma 2017, pp. 147 s., laddove afferma che «nell'ordinamento attuale [...] l'art. 29 Cost. sembra divenuto un fossile, cioè il resto di un organismo un tempo vivente». Lo stesso A. osserva poi opportunamente come si debba ormai riconoscere il limite della legge nel «conformare ad un modello predeterminato la realtà sociale che intende disciplinare» e come «il diritto – specie il diritto vivente, come applicato e talvolta creato dai giudici – si comporti piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi: in breve, anziché conformare, esso risulta conformato dalla realtà effettuale». Con riferimento alla materia familiare «il contrasto [...] tra enunciazioni di principio, a livello costituzionale e di legge ordinaria, e soluzioni pratiche» era stato peraltro evidenziato da tempo da Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, cit., pp. 1 ss.

³³ Il riferimento è soprattutto all'evoluzione giurisprudenziale in ordine al modo di intendere l'intollerabilità della convivenza che, ai sensi dell'art. 151 cod. civ., costituisce il presupposto per domandare la separazione giudiziale per poi addivenire eventualmente allo scioglimento del vincolo coniugale. È noto, infatti, che ormai da tempo anche la giurisprudenza di legittimità intende l'intollerabilità della convivenza in senso soggettivo come «fatto psicologico squisitamente individuale»:

interventi del legislatore sulla disciplina del divorzio hanno ulteriormente accelerato il processo³⁴. La garanzia costituzionale di stabilità accordata al vincolo coniugale, che si ricava dal chiaro riferimento all'unità della famiglia nell'art. 29, co. 2, Cost.³⁵, si è così sempre più logorata e la spinta nel senso della relativizzazione del modello investe ormai profili ulteriori, a cominciare dalla diversità di sesso dei coniugi.

Si è detto invero che tra il matrimonio e la specifica forma giuridica riservata alle coppie formate da persone dello stesso sesso – la cd. unione civile (art. 1, co. 1-35, l. n. 76/2016) – non può darsi confusione (cd. *Differenzierungsgebot*)³⁶. Solo una parte minoritaria degli interpreti appa-

cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, pubblicata, tra l'altro, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, pp. 519 ss., con nota adesiva di Lenti, *Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*; Cass. 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 38 ss., con nota di Tommaseo, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*.

³⁴ Il riferimento è soprattutto agli artt. 6 e 12 del d.l. n. 132 del 2014 (convertito in l. n. 162 del 2014), che hanno introdotto procedure negoziate di separazione e divorzio. Ora, è vero che l'introduzione di tali procedure, se pure ha indubbiamente rappresentato «un passo di non poco momento verso la negoziabilità dello *status*», non ne ha però ancora determinato la piena disponibilità, dato che «la riforma non ha affatto inciso sulle cause tipizzate di scioglimento del matrimonio», in particolare consentendo ai coniugi di decidere in ordine alla sopravvivenza o meno del vincolo (così Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corriere giuridico*, 2015, pp. 525 ss.). Bisogna però considerare anche l'ulteriore riforma che ha ridotto – a sei mesi in caso di separazione consensuale e a un anno in caso di separazione giudiziale – i tempi di separazione necessari per ottenere lo scioglimento del vincolo coniugale (l. n. 55 del 2015). Da ultimo, mettendo a confronto questa complessiva evoluzione legislativa con l'introduzione da parte del legislatore francese, «con ben altra trasparenza di intenti», di un divorzio puramente consensuale, Quadri, *Crisi della coppia: a 50 anni dalla legge sul divorzio*, in *Relazioni, famiglie, società*, cit., pp. 34 ss., ha giustamente parlato di «usuale ipocrisia» del legislatore nazionale. È chiaro infatti quale sia il combinato disposto di certe riforme e dell'evoluzione giurisprudenziale cui si è fatto cenno alla nota precedente: il vincolo coniugale è sempre più nella disponibilità dei suoi protagonisti e prende pertanto sempre più le distanze dalla logica rigorosa dello *status*. Da ultimo, v. anche Ferrando, *Matrimonio, unione civile, convivenza*, in *Relazioni, famiglie, società*, cit., p. 24, secondo la quale, a seguito di certe innovazioni legislative, «l'entrata e l'uscita dallo *status* coniugale sempre meno sono sottoposti a controllo pubblico e sempre più vengono affidati all'autonomia dei coniugi».

³⁵ Sulla garanzia costituzionale di stabilità del vincolo coniugale rimane fondamentale il riferimento alle pagine di Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, cit., pp. 312 ss. Sul punto v. ora anche l'analitica trattazione di Renda, *Il matrimonio civile*, cit., pp. 166 ss.

³⁶ Era appunto questo il compito che la Corte costituzionale aveva affidato al legislatore ordinario dapprima con la sent. n. 138 del 15 aprile 2010 (in *Foro italiano*, 2010, I, pp. 1361 ss., con note di Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omolesbiche sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* e di Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omolesbico*) e poi con la sent. n. 170 dell'11 giugno 2014 (in *Foro italiano*, 2014, I, pp. 2674 ss., con note di Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice e di Patti, Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*): riconoscere anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso un quadro giuridico di riferimento senza però creare confusione col matrimonio. La Corte costituzionale ha infatti affermato che «le unioni omolesbiche non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Anche la Corte di Strasburgo, del resto, pur avendo condannato l'Italia per l'inadempimento della sua obbligazione di

re però disposta a valorizzare in maniera conveniente talune differenze di disciplina, che dovrebbero invece essere riguardate come fondamentali alla luce di quanto si è detto. Si allude in particolare – ma non solo – alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà tra i *partner* dell'unione civile (art. 1, co. 11, l. n. 76/2016) e alla possibilità di sciogliersi unilateralmente da essa, salvo preavviso, in virtù di una semplice dichiarazione resa dinanzi all'ufficiale di stato civile (art. 1, co. 24, l. n. 76/2016)³⁷. E largamente

garantire «uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle [...] unioni omosessuali», non aveva certo disposto che tale formalizzazione dovesse realizzarsi attraverso la previsione di effetti corrispondenti a quelli del matrimonio (cfr. sent. 21 luglio 2015, ricc. n. 18766/11 e n. 36030/11, Oliari e a. c. Italia, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 918 ss.; su tale decisione v. Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, *ivi*, II, pp. 575 ss.). Sulle decisioni cit. della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo v. ora le penetranti osservazioni critiche di De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., pp. 129 ss., il quale evidenzia in particolare come né il Giudice delle leggi né il Giudice europeo dei diritti abbiano chiarito quale debba essere il contenuto minimo della forma giuridica da riservare alle coppie formate da persone dello stesso sesso al fine di soddisfare le esigenze fondate nell'art. 2 Cost. e, rispettivamente, nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

³⁷ Le differenze di disciplina tra l'unione civile e il matrimonio sono opportunamente valorizzate da Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*⁸, Padova 2019, pp. 219 ss.; Id., *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 1792 ss.; Id., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 885 ss.; De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari*, cit., pp. 136 ss.; nello stesso senso, volendo, v. anche il ns. *Convivenze, unioni civili*, cit., pp. 907 ss. Secondo questa linea di pensiero il rapporto nascente dall'unione civile sarebbe molto diverso dal rapporto coniugale. E ciò in definitiva perché quel rapporto, rimanendo nella disponibilità dei suoi protagonisti, non sarebbe rapporto di *status* come il rapporto coniugale, ma rapporto contrattuale di reciproca assistenza morale e materiale. Con ciò, come è stato rilevato (v. De Cristofaro, *op. loc. cit.* e, volendo, anche il ns. *Convivenze, unioni civili*, cit., pp. 908 s.), il modello italiano di riconoscimento dei rapporti di coppia tra persone dello stesso sesso si caratterizzerebbe anche rispetto alla soluzione adottata da quegli ordinamenti che, come quello tedesco, almeno in una prima fase, non hanno ritenuto di introdurre il matrimonio cd. egualitario, ma hanno comunque dato corso a un riconoscimento di certi rapporti di coppia in termini di *status*, con la conseguenza che, nel giro di pochi anni, si è pervenuti dapprima a un risultato di sostanziale assimilazione attraverso successivi interventi del legislatore e del Giudice delle leggi e poi senz'altro all'introduzione del cd. *Ehe für Alle*. È ben noto, tuttavia, che in dottrina ha finito per prevalere l'idea secondo cui unione civile e matrimonio, nonostante talune differenze, condividono comunque tratti essenziali di disciplina, sicché, al di là di taluni accorgimenti puramente nominalistici, che sarebbero espressione di un atteggiamento idiosincratico del legislatore, anche nell'unione civile sarebbe riconoscibile la sostanza del matrimonio. E ciò sia sotto il profilo del rapporto sia sotto il profilo dell'atto sia per quanto attiene alla rilevanza del rapporto nei confronti dei terzi e della collettività. Questa posizione, da ultimo, è ben rappresentata da Ferrando, *Matrimonio, unione civile, convivenza*, cit., pp. 13 ss. e da Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2021, pp. 486 ss. Peraltro, come ha osservato Quadri, *Unioni civili: la disciplina del rapporto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, II, p. 1688, pur nella diversità di visioni di fondo tra quanti tendono ad assimilare l'unione civile al matrimonio e quanti tendono invece a marcare le differenze, «pare possibile riscontrare un significativo punto di convergenza nella caratterizzazione in termini di *status* della situazione conseguente alla costituzione di una unione civile e di *status*, in particolare, di carattere specificamente "familiare"». Talora questa opinione è il presupposto di una denuncia della pretesa incostituzionalità della nuova disciplina dell'unione civile rispetto

minoritaria è rimasta anche l'idea secondo cui sarebbe discriminatoria la circostanza che la disciplina delle unioni civili sia riservata solo a coppie formate da persone dello stesso sesso e non anche a tutte le convivenze fondate sulla reciproca assistenza morale e materiale, finanche al di là degli stessi rapporti di coppia, con conseguente irragionevolezza di ogni riferimento all'esercizio della sessualità – si pensi alla disciplina degli impedimenti di cui all'art. 1, co. 4 ss., l. n. 76/2016 – “importato” dalle norme codicistiche sul matrimonio³⁸.

Vero è che l'indicato processo di deistituzionalizzazione del matrimonio fa sì che con sempre maggiore difficoltà si riesca a metterne a fuoco la differenza rispetto a forme alternative dello 'stare insieme' qual è anzitutto l'unione civile tra persone dello stesso sesso: tra un rapporto che è – o dovrebbe essere – di *status*, e dunque unione di vita sottratta alla disponibilità dei suoi protagonisti, e un rapporto contrattuale, che vincola alla reciproca assistenza morale e materiale, per giunta con facoltà di libero recesso. L'impressione è piuttosto che la differenza tra le due forme giuridiche debba ricondursi a un'idiosincrasia del legislatore, il cui fondamento razionale rimane sfuggente³⁹. È evidente, tuttavia, che in tal modo il passaggio dalla logica del *Differenzierungsgebot* alla logica opposta del *Differenzierungsverbot* diventa assai agevole, come dimostra l'esperienza di altri ordinamenti⁴⁰. Nella giurisprudenza costituzionale, del resto, la cd.

all'art. 29 Cost.: in tal senso v. Vari, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, in *Famiglia*, 2016, pp. 203 ss. Altri interpreti muovono invece dall'idea secondo cui non sussisterebbe alcun ostacolo di ordine costituzionale né all'estensione, anche totale, della disciplina del matrimonio all'unione civile né all'introduzione del cd. matrimonio egualitario. Questi interpreti intendono evidentemente in un modo assai più circoscritto le affermazioni contenute nelle due sentenze indicate dal Giudice delle leggi del 2010 e del 2014. Al riguardo, volendo, v. le considerazioni già svolte nel ns. *Convivenze, unioni civili*, cit., pp. 933 ss., testo e nota 97.

³⁸ L'ipotesi era stata prospettata nel ns. *Convivenze, unioni civili*, cit., p. 914, nota 66. Si era infatti osservato che, se si prende sul serio il dato della mancata previsione dell'obbligo di fedeltà nella disciplina dell'unione civile, il vero problema di costituzionalità che una simile disciplina presenta non sembra essere quello della sua compatibilità con l'art. 29 Cost., ma quello della sua ragionevolezza, anzitutto sotto il profilo della limitazione del suo ambito di applicazione ai soli rapporti di coppia tra persone dello stesso sesso, e quindi della correlativa esclusione da esso di ogni altro rapporto tra due o più persone comunque fondato su una promessa di mutua assistenza morale e materiale.

³⁹ In tal senso v., ad es., Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., pp. 486 ss.

⁴⁰ Il riferimento è soprattutto alla vicenda tedesca che, com'è noto, ha avuto come esito l'introduzione del matrimonio cd. egualitario mediante una legge ordinaria di riforma del codice civile del 20 giugno del 2017 (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, entrata in vigore il 1° ottobre dello stesso anno). E ciò nonostante che il Tribunale costituzionale federale, nella sentenza del 17 luglio 2002, nel ribadire la piena legittimità della legge del 16 febbraio 2001 (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften*) introduttiva delle cd. 'unioni registrate' (*eingetragene Lebenspartnerschaften*) riservate alle sole coppie formate da persone dello stesso sesso, avesse anche affermato con chiarezza che la diversità di sesso dei coniugi doveva considerarsi un elemento essenziale della garanzia d'istituto del matrimonio (cfr. BVerfG, 17 luglio 2002, par. 87: «Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaft-

garanzia d'istituto del matrimonio, fatta valere al fine di impedirne l'estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso, è considerata fondata unicamente sul suo 'significato tradizionale' già accolto dalle norme codicistiche⁴¹. Si è detto in particolare che «i costituenti, elaborando l'art.

lichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates [...], in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen [...] und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können [...]). Invero, in quella stessa sentenza il Tribunale costituzionale aveva anche chiarito che il legislatore ordinario non poteva comunque considerarsi tenuto all'osservanza di un *Differenzierungsgebot* tra matrimonio e unioni registrate riservate alle coppie formate da persone dello stesso sesso, e dunque che non vi fossero principi costituzionali ostativi all'identità di contenuto tra matrimonio e 'unione registrata'. Tale affermazione si fondava nondimeno sul presupposto che le coppie formate da persone dello stesso sesso non potessero accedere al matrimonio, sicché in nessun modo un regolamento dell'unione registrata, per quanto assai prossimo a quello del matrimonio, avrebbe potuto mettere in discussione la tutela costituzionalmente riservata al matrimonio (cfr. BVerfG, 17 luglio 2002, par. 94: «Zwar hat der Gesetzgeber in weiten Bereichen die Rechtsfolgen des neuen Instituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft den eherechtlichen Regelungen nachgebildet. Dadurch werden die Ehe oder Ehegatten jedoch nicht schlechter als bisher gestellt und nicht gegenüber der Lebenspartnerschaft oder Lebenspartnern benachteiligt. Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können»). La logica del *Differenzierungsgebot* fu nondimeno accolta in alcune decisioni successive (v. BVerfG, 20 settembre 2007 e 6 maggio 2008, che respinsero questioni di legittimità costituzionale relative alla diversità di trattamento tra *partner* dell'unione registrata e coniuge argomentando dalla speciale protezione costituzionale riservata al matrimonio, che prevarrebbe sul principio di eguaglianza), ma fu poi abbandonata con convinta adesione alla logica opposta del *Differenzierungsverbot* (v. BVerfG, 7 luglio 2009 e 21 luglio 2010, che hanno sancito l'illegittimità della diversità di trattamento del *partner* di una 'unione registrata' rispetto al coniuge quanto alla spettanza del trattamento pensionistico di reversibilità e all'imposta successoria): per un'accurata analisi critica dell'indicata evoluzione giurisprudenziale v. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., pp. 240 ss., il quale osserva come, all'esito di certi sviluppi, «la garanzia d'istituto del matrimonio, pur affermata come persistentemente vitale, viene a trasformarsi in garanzia "di rubrica", poiché essa perde la correlazione, che le è necessaria affinché sia tale, con il contenuto minimo essenziale dell'istituto che ne costituisce l'oggetto». Era inevitabile, a questo punto, che in breve si sarebbe pervenuti all'introduzione del cd. matrimonio egualitario.

⁴¹ La formula *Einrichtungsgarantie* o *Institutsgarantie* è desunta, com'è noto, dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, la quale è solita far riferimento a una garanzia costituzionale della 'struttura fondamentale' del matrimonio (*Garantie der Fundamentalstruktur der Ehe*), sottratta alla disponibilità del legislatore ordinario. Il giudice costituzionale italiano allude a un concetto analogo quando parla di un "nucleo" intangibile della norma costituzionale sul matrimonio. Il concetto di 'garanzia d'istituto' venne elaborato all'epoca della Repubblica di Weimar con la finalità di garantire l'essenza (*das Wesen*) – la 'struttura fondamentale' (*die Fundamentalstruktur*), appunto – degli istituti civilistici oggetto di previsione costituzionale: cfr. Thoma, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen*, in *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, I, Berlin 1930, p. 33. In effetti, il concetto di 'garanzia d'istituto' è stato ed è tuttora impiegato con riferimento alla proprietà, alla libertà contrattuale, alla libertà di associazione, alla libertà testamentaria, alla tutela successoria dei più stretti congiunti del defunto, al matrimonio, e cioè a tutti quegli istituti civilistici costituzionalizzati, che un giurista tedesco ha indicato come *normgeprägte Grundrechte*, intendendo con ciò evidenziare come il loro contenuto sia interamente conformato dal diritto positivo: «Eigentum, Ehe, Vertrag und Verein sind rechtliche Gebilde, die nur nach Maßgabe einer bestimmten Rechtsordnung existieren» (cfr.

29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile» e che tale disciplina «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»⁴². Non si è fatto invece cenno al profondo radicamento dei caratteri essenziali del matrimonio nella norma personalista.

Quanto poi alla genitorialità naturale, l'accesso consentito dal legislatore alla tecnica omologa di procreazione medicalmente assistita per le coppie affette da sterilità o infertilità patologiche e non altrimenti superabili (art. 4, l. n. 40/2004) ha permesso successivamente alla Corte costituzionale, in virtù di un sindacato di ragionevolezza invero alquanto dubbio, di ammettere anche il ricorso alla tecnica eterologa a parità di condizioni, aprendo così a forme concorrenti di genitorialità volontaria⁴³. Continuano

Bumke, *Ausgestaltung von Grundrechten. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit*, Tübingen 2009, p. 17). Di qui la messa in guardia nei confronti di un impiego disinvolto del concetto di 'garanzia d'istituto', che potrebbe finire per cristallizzare improbabili letture delle norme costituzionali alla luce della legislazione ordinaria. E perciò la conseguente necessità di ancorare saldamente la delimitazione dell'ambito di una determinata garanzia d'istituto – nella specie quella del matrimonio – ai valori di fondo del sistema costituzionale e innanzitutto alla norma personalista. Nella civilistica italiana l'idea di una garanzia d'istituto del matrimonio, contenuta nell'art. 29 Cost., è stata opportunamente valorizzata da Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, cit., pp. 182 ss., e da Renda, *Il matrimonio civile*, cit., pp. 89 ss. Il limite di una lettura puramente 'originalista' e, come pure si dice, "storicista" dell'art. 29 Cost. e l'esigenza di verificare piuttosto l'esistenza di un percorso argomentativo capace di mettere in connessione il paradigma eterosessuale del matrimonio con la norma personalista sono stati evidenziati anche nel ns. *Convivenze, unioni civili*, cit., pp. 933 ss., nota 97.

⁴² Così si legge in Corte cost., sent. n. 138 del 2010. È evidente in questa affermazione il rischio indicato di una lettura delle norme costituzionali alla luce della legislazione ordinaria.

⁴³ Il riferimento è alla nota sent. n. 162 del 2014, con cui il Giudice delle leggi ha consentito unicamente alle coppie formate da un uomo e da una donna maggiorenni, entrambi viventi, coniugati o conviventi, con problemi accertati e irreversibili di sterilità o infertilità, il ricorso alla fecondazione eterologa inizialmente vietato dall'art. 4, comma 3°, l. n. 40/04. In tal modo è stata effettivamente ammessa la costituzione di rapporti genitoriali fondati unicamente sul consenso prestato alla tecnica, e dunque privi di sostrato biologico. Tale decisione, com'è noto, è stata oggetto di severe valutazioni critiche da parte della dottrina: cfr., ad es., Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, pp. 67 ss.; Id., *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2014, pp. 1105 ss.; Busnelli, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un difficile traguardo per l'embrione*, in Id., *Persona e famiglia*, cit., pp. 135 s.; Olivetti, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 494 ss. Le critiche sono state rivolte soprattutto nei confronti dell'assunto secondo cui il divieto di fecondazione eterologa contrasterebbe col cd. diritto alla procreazione della coppia: un diritto considerato 'incoercibile' qualora non vulneri altri valori costituzionali. Invero, la stessa Corte costituzionale, nella successiva sent. n. 221 del 2019, ha ridimensionato significativamente taluni passaggi argomentativi della precedente decisione. Del resto, la logica dell'autodeterminazione riproduttiva degli adulti, una volta assecondata, appare difficile da arginare, come attesta il dibattito relativo all'accesso alla fecondazione eterologa da parte di coppie di donne (cfr. Camardi, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 42 ss.; Salanitro, sub *Art. 5 [Legge 19 febbraio 2004, n. 40]*, in *Della famiglia*², a cura di Di Rosa, in *Commentario Gabrielli*, III, Torino 2018, pp. 1713 s.) e perfino all'ammissibilità della surrogazione di maternità, almeno di quella cd. solidale (cfr. Scalisi, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 1100; Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica*

invero ad essere vietati sia la fecondazione *post mortem* sia l'accesso alla fecondazione eterologa da parte di coppie dello stesso sesso (art. 5, l. n. 40/2004) sia la surrogazione di maternità (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004). Nondimeno, nel superiore interesse del minore, la giurisprudenza di legittimità ha permesso l'accertamento della paternità dell'uomo che abbia consentito all'impiego del proprio seme crioconservato per la fecondazione *post mortem* del coniuge sopravvissuto da realizzare all'estero⁴⁴. E sem-

della regolazione sociale, 2018, pp. 151 ss.; Id., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma 2020, pp. 109 ss.; Salanitro, sub *Art. 12*, in *Della famiglia*, cit., p. 1780, testo e nota 23). In ogni caso, non sembra corretto sostenere che, a seguito della sent. n. 162 del 2014, l'ordinamento ha riconosciuto un diritto incondizionato a procreare con metodi diversi da quello naturale. In realtà, come la stessa Corte costituzionale ha chiarito nella sentenza n. 221 del 2019, l'intervento del 2014 è stato dettato unicamente dall'esigenza di porre rimedio a un bilanciamento di interessi reputato irragionevole. La l. n. 40 del 2004, infatti, pur avendo consentito il ricorso alle tecniche procreative al solo scopo di favorire il superamento di problemi di sterilità o infertilità patologiche e comunque a condizione che il nucleo familiare che ne scaturisce riproduca il modello di famiglia caratterizzata dalla presenza di un padre e di una madre, col divieto di fecondazione eterologa «aveva negato in assoluto [...] la possibilità di realizzare il desiderio della genitorialità proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*». Con la sent. del 2014 il Giudice delle leggi avrebbe dunque sanato tale incongruenza. L'apertura operata con tale decisione non sembra pertanto mettere in discussione che l'accesso alle tecniche riproduttive – a tutte le tecniche, non solo alla fecondazione eterologa – è pur sempre consentito secondo una logica di rigorosa eccezionalità quale rimedio a una situazione patologica. La sentenza n. 162 del 2014 non può pertanto essere utilizzata al fine di accreditare l'idea di un riconoscimento generalizzato dell'autodeterminazione procreativa degli adulti quale fondamento dello *status filiationis*: v. anche Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 962; Barone, *Le vie della doppia maternità*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2020, I, pp. 936 ss.

⁴⁴ Cfr. Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, pubblicata, tra l'altro, in *Foro italiano*, 2019, pp. 2003 ss., con nota adesiva di Casaburi, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, pp. 1282 ss., con nota di Faccioli, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 27 ss., con nota di Giunchedi, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*. Si trattava in particolare di un caso in cui il defunto, quando era ancora in vita, aveva espressamente acconsentito all'impiego del proprio seme crioconservato per la fecondazione del coniuge dopo la sua morte. Il rapporto genitoriale accertato esibiva pertanto un inequivocabile fondamento biologico. Non sembra tuttavia che il fondamento biologico della filiazione in caso di concepimento attraverso il seme di un defunto debba senz'altro essere considerato un valore per l'ordinamento. In effetti, come si è provato a chiarire (v. *supra*, par. 2), i divieti di accesso alle tecniche procreative non rispondono semplicemente all'esigenza di preservare il carattere naturale della generazione umana. La garanzia di tale esigenza è a sua volta funzionale alla garanzia della dignità del nascere dell'uomo: garantire la naturalità della generazione umana serve cioè a garantire che essa si realizzi in una maniera rispettosa del valore sovrautilitaristico della persona. Il fondamento biologico della responsabilità genitoriale rappresenta allora un valore solo nella misura in cui vale a sottrarre il generato alla logica utilitaristica propria dell'autodeterminazione riproduttiva degli adulti. Anche una genitorialità biologica che risulti dal ricorso a tecniche vietate può dunque apparire problematica per l'ordinamento. Vero è che la derivazione biologica conserva comunque un valore identitario. Quest'ultimo valore può nondimeno essere tutelato anche per surrogato, a prescindere dalla costituzione del rapporto genitoriale, mediante il diritto alla conoscenza delle origini biologiche, come accade nel caso dell'adozione e come dovrebbe accadere, anche secondo il Giudice delle leggi (cfr. Corte cost. n. 162 del 2014), nelle ipotesi in cui il ricorso alla fecondazione eterologa è eccezionalmente consentito. Sul diritto

pre nell'interesse del minore la giurisprudenza di legittimità ammette pure che possano divenire efficaci in Italia gli atti di nascita formati all'estero che accertino una doppia maternità in caso di ricorso alla tecnica eterologa da parte di coppie formate da due donne⁴⁵, mentre si esclude che atti di nascita di quest'ultimo tipo possano essere formati in base alla legge

a conoscere le origini biologiche quale «strumento atto a “rimediare” o forse, *rectius*, a “supplire” alla dissociazione tra identità e origini che si verifica in seguito alla scissione dello *status* dal fatto biologico» cfr. Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, II, pp. 61 ss.; Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 2012, pp. 65 ss. e in *AIC – Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012 (pubbl. *on line* del 22 febbraio 2012).

⁴⁵ Si tratta di una giurisprudenza ormai consolidata. Nel senso indicato v. anzitutto Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, pubblicata, tra l'altro, in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 181 ss., con nota adesiva di Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, pp. 362 ss., con nota adesiva di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Giurisprudenza italiana*, 2017, pp. 2075 ss., con nota adesiva di Fossà, *Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*. Sempre nel senso della trascrivibilità dell'atto di nascita estero attestante una doppia maternità si è espressa in seguito anche Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, pubblicata, tra l'altro, in *Foro italiano*, 2017, I, pp. 2280 ss., con nota di Casaburi; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, pp. 1708 ss., con nota adesiva di Palmeri, *Irrelevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. Si tratta di due casi diversi: nel primo una delle donne indicate come madri nel provvedimento straniero aveva donato l'ovulo e l'altra aveva partorito; nel secondo caso la partoriente era invece la stessa donna che aveva fornito il materiale genetico per la fecondazione *in vitro*, sicché l'altra donna aveva semplicemente consentito alla tecnica ed aveva pertanto col nato solo un legame intenzionale. Un caso analogo a quest'ultimo è venuto in considerazione nella più recente Cass. 23 agosto 2021, n. 23319, che ha confermato il precedente del 2017. In tutte le decisioni indicate si è ritenuta la compatibilità con l'ordine pubblico dell'accertamento estero di una doppia maternità. Secondo i giudici della Suprema Corte, infatti, la disciplina dell'accesso alle tecniche procreative rappresenta solo una delle modalità di attuazione del potere regolativo spettante al legislatore su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, nella quale però le scelte non sono costituzionalmente obbligate. L'eccezione di ordine pubblico opererebbe invece laddove siano contraddetti principi fondamentali vincolanti per il legislatore ordinario, desumibili da norme costituzionali o convenzionali. Invero, dopo Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193 (su cui v. *infra*, nota 47), ai fini della valutazione di non conformità all'ordine pubblico deve aversi riguardo anche al modo in cui tali principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria. La decisione dell'agosto del 2021 dimostra tuttavia come tale precisazione non abbia determinato una decisione differente sulla riconoscibilità in Italia di atti di nascita esteri attestanti una doppia maternità. In ogni caso, infatti, si esclude che sia regola di ordine pubblico la norma che impone la diversità di sesso quale requisito per l'accesso alle tecniche di procreazione assistita, e cioè l'art. 5 della l. n. 40 del 2004. Per la Suprema Corte, insomma, «le disposizioni di legge ordinaria che declinano la genitorialità in termini di padre e di madre o che altrimenti richiedono la diversità di sesso non sono considerate [...] incarnazione di valori costituzionali». In argomento v. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, pp. 738 s.; Id., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corriere giuridico*, 2020, p. 911.

italiana in caso di nascita in Italia⁴⁶. Il riconoscimento di una genitorialità

⁴⁶ Si tratta anche in questo caso di un orientamento consolidato. In effetti, dopo l'importante sent. n. 221 del 2019, con la quale, come si è detto, la Corte costituzionale ha riconosciuto non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme della legge n. 40 del 2004 che non consentono il ricorso all'eterologa a coppie di donne (v. *supra*, nota 14), già in diverse occasioni la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che, in caso di nascita in Italia, quel divieto non consente la formazione di atti di nascita recanti l'indicazione di una doppia maternità sulla base del riconoscimento del nato anche da parte della *partner* della partoriente. In tal senso v. Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, nonché, da ultimo, Cass. 23 agosto 2021, n. 23320 e n. 23321. La prima delle decisioni indicate è pubblicata in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 537 ss., con nota critica di Scalera, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro* e ulteriore nota di Calvigioni, *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita dei genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*; in *Corriere giuridico*, 2020, pp. 1041 ss., con nota critica di Grasso, *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la Cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*; per un commento adesivo v. invece Barone, *Le vie della doppia maternità*, cit., pp. 925 ss. I giudici della Suprema Corte sono dell'avviso che non vi sia contraddizione tra la soluzione contraria all'accertamento di una doppia maternità in base alla legge italiana e la ritenuta compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di nascita estero che accerti una doppia maternità (v. *supra*, nota 45). In tal senso si fanno valere le seguenti argomentazioni: *a*) si afferma anzitutto che, nel caso del riconoscimento dell'atto estero attestante una doppia maternità, «è impellente la tutela del diritto alla continuità (e conservazione) dello “*status filiationis*” acquisito all'estero, unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici, quale manifestazione dell'apertura dell'ordinamento alle istanze internazionalistiche [...]»; *b*) ogni contraddizione deve poi escludersi in quanto «il riconoscimento dell'atto straniero non fa venir meno l'estraneità dello stesso all'ordinamento italiano, il quale si limita a consentire la produzione dei relativi effetti così come previsti e regolati dall'ordinamento di provenienza, nei limiti in cui la relativa disciplina risulti compatibile con l'ordine pubblico»; *c*) si osserva inoltre che non sussiste contraddizione anche perché «la nozione di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento dell'efficacia degli atti e dei provvedimenti stranieri [quella fissata da Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193] è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno, corrispondente al complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano»; *d*) si fa valere infine che «tale disparità di trattamento non comporta la violazione di alcun precetto costituzionale, costituendo il naturale portato della differenza tra la normativa italiana e quelle vigenti in altri Paesi, la cui diversità [...] non costituisce di per sé causa d'illegittimità costituzionale [...]». L'argomento critico della «disparità di trattamento tra casi che, per molti aspetti, sono sovrapponibili» è invece sollevato da Scalera, *op. cit.*, pp. 542 s., ad avviso del quale «il risultato [al quale perviene la Suprema Corte] è dal punto di vista giuridico irragionevolmente differente, non potendo farsi discendere effetti tanto diversi a seconda del luogo ove sia formato l'atto di nascita». Anche la Suprema Corte, del resto, in un'altra decisione recente avente però ad oggetto una diversa questione, con riferimento al caso di ricorso all'eterologa da parte di coppie di donne ha chiaramente posto il problema della «coerenza di un sistema che accoglie la disparità di trattamento di minori che versano in situazioni di fatto del tutto omologabili»: così Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit. *infra*, nota 47. L'argomento dell'irragionevole disparità di trattamento potrebbe peraltro essere impiegato anche allo scopo di indurre un ripensamento dell'orientamento favorevole alla trascrizione di certi atti di nascita esteri. In effetti, se è vero che le regole del diritto internazionale privato hanno lo scopo di favorire l'apertura agli altri ordinamenti, è pur vero che il limite dell'ordine pubblico ha la funzione di impedire che quest'apertura avvenga compromettendo la coerenza interna dell'ordinamento (cfr. Mosconi e Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*⁹, I, *Parte generale e obbligazioni*, Torino 2020, pp. 288 ss.). Neppure la Corte costituzionale – v. sent. n. 221 del 2019 – ritiene però rilevante l'argomento della disparità di trattamento tra nati in Italia e nati all'estero in caso di ricorso alla fecondazione eterologa in violazione del divieto previsto dalla legge italiana. La stessa Corte, peraltro, sia nella sent. n. 237 del 2019 sia nella sent. n. 230 del 2020, ha mostrato di considerare corretta la deduzione di una regola contraria all'accertamento della doppia maternità in base alla legge italiana dal divieto – costituzionalmente

intenzionale accertata all'estero continua inoltre ad essere escluso in caso di nascita da una madre surrogata⁴⁷.

legittimo – di accesso alla tecnica eterologa per coppie di donne. Contro la correttezza di una simile deduzione v. tuttavia i rilievi di Grasso, *op. ult. cit.*, pp. 1045 ss., il quale sembra dar credito alla tesi secondo cui l'art. 9 della l. n. 40 del 2004 «esprimerebbe un principio generale di carattere positivo in virtù del quale coloro che hanno espresso il consenso [all'accesso alla tecnica] sarebbero vincolati al riconoscimento del nato per loro volontà, come tale applicabile in via analogica alle altre ipotesi di nati a seguito di tecniche vietate dalla legge». Un simile argomento è stato accolto, a un certo punto, anche dalla Suprema Corte. È in base ad esso, infatti, che Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, ha ritenuto ammissibile la costituzione dello *status filiationis* anche nei confronti del marito deceduto in un caso di fecondazione *post mortem* (v. *supra*, nota 44). La giurisprudenza successiva ha però significativamente ridimensionato la portata di una simile decisione, osservando che in quel caso «non era in discussione l'esistenza di un rapporto biologico tra il nato ed il genitore d'intenzione» (così Cass. n. 23320/2021).

⁴⁷ In tal caso il riconoscimento in Italia del provvedimento straniero incontra infatti il limite dell'ordine pubblico, giacché il divieto di maternità surrogata è considerato posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione: valori non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore alla continuità del rapporto accertato all'estero, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione. Si è espressa in tal senso, com'è noto, Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, pubblicata, tra l'altro, in *Foro italiano*, 2019, I, pp. 4027 ss., con nota adesiva di Luccioli, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 2019, pp. 653 ss., con note critiche di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e di Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, pp. 737 ss., con nota parzialmente adesiva di Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit.; in *Giurisprudenza italiana*, 2020, pp. 543 ss., con nota critica di Valongo, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2019, pp. 1105 ss., con nota di Spadafora, *Procreare sempre licet?*, in *Famiglia*, 2019, pp. 369 ss., con nota di Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*; per un commento adesivo v. anche Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020 (pubbl. *on line* del 23 maggio 2020); in senso critico v. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019* e Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, *ivi*. Il carattere di ordine pubblico del divieto di maternità surrogata previsto dalla legge italiana era stato già affermato da Cass. 11 novembre 2014, n. 24001 (in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 235 ss., con nota adesiva di Benanti, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Corriere giuridico*, 2015, pp. 471 ss., con nota adesiva di Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*). Anche la Corte costituzionale, con l'importante sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272 (pubblicata, tra l'altro, in *Corriere giuridico*, 2018, pp. 446 ss., con nota parzialmente adesiva di Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, pp. 547 ss., con note parzialmente adesive di Gorgoni, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis* e di Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*), aveva poi ritenuto che, in caso di maternità surrogata, il bilanciamento tra l'interesse del minore alla stabilità del rapporto in atto e l'esigenza della verità della filiazione è operato direttamente dal legislatore, facendo prevalere il secondo sul primo. Infatti, il divieto penalmente sanzionato di una pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» attribuisce anche natura pubblica all'interesse alla verità e impone quindi «di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità», escludendo perciò il riconoscimento di un rapporto genitoriale puramente volontario. Contro l'inequivocabile pronunciamento delle Sezioni Unite e della stessa Corte costituzionale, Cass. (ord.) 29 aprile 2020,

Peraltro, in entrambi i casi considerati da ultimo – la nascita da madre surrogata e la nascita in Italia a seguito di ricorso all'estero alla fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne – la formalizzazione del rapporto col cd. genitore d'intenzione è resa comunque possibile, anche se solo a seguito di un concreto vaglio giudiziale dell'interesse del minore, e dunque in una prospettiva, per così dire, "rimediale", mediante il ricorso alla disciplina dell'adozione 'in casi particolari'. Più precisamente: nel caso di coppie coniugate che abbiano fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità, in virtù di un'applicazione – invero assai problematica – della norma che consente l'adozione del figlio del coniuge (art. 44, co.

n. 8325 (in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, I, pp. 1109 ss., con nota critica di Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*; in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 675 ss., con nota adesiva di Ferrando, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale* e nota critica di Recinto, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Corriere giuridico*, 2020, pp. 902 ss., con nota parzialmente critica di Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit.), ha nuovamente riproposto la questione all'attenzione del Giudice delle leggi, provando ad accreditare la tesi secondo cui, in caso di nascita (all'estero) da madre surrogata, il superiore interesse del minore imporrebbe la trascrizione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità di entrambi i committenti, e dunque il riconoscimento *ab initio* dello *status filiationis* del nato anche nei confronti del committente privo di legame biologico. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 33 del 2021 (v. *infra*, nota 50), ha deciso per l'inammissibilità della questione, richiamando il legislatore a farsi carico del compito «ormai indifferibile» di «porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore» nato all'estero da una madre surrogata. La stessa Corte ha nondimeno ribadito la legittimità della finalità di disincentivare il ricorso a una pratica degradante, mostrando così di non voler assecondare una logica del fatto compiuto, alla quale invece ci si piegherebbe ove si consentisse il riconoscimento *ab initio* dello *status filiationis* del nato anche nei confronti del committente privo di legame biologico. Il Giudice delle leggi ha mostrato così di voler rimanere fedele all'approccio compromissorio che aveva già caratterizzato la sentenza n. 272 del 2017 e che era stato successivamente accolto anche dalle Sezioni Unite nella sentenza di maggio del 2019. Anche questa volta, infatti, a muovere la Corte costituzionale è il convincimento secondo cui «gli interessi del minore [devono] essere [...] bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Da ultimo, la Suprema Corte ha nuovamente ribadito la propria posizione in ordine alla contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento del rapporto genitoriale già accertato all'estero tra il nato da madre surrogata e il committente privo di legame biologico in Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 992 ss., con note di Figone (*L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*), Recinto (*Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*) e Sesta (*Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*). La decisione, che ha dato modo alla Suprema Corte di offrire un ampio *excursus* sulla propria giurisprudenza e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema della cd. omogenitorialità, affronta però – e risolve positivamente – la diversa questione della compatibilità con l'ordine pubblico di un'adozione straniera consensuale da parte di una coppia formata da due persone dello stesso sesso. Su tale questione specifica si sofferma la severa nota critica di Sesta, il quale mette bene in chiaro come, in quel caso, la compatibilità con l'ordine pubblico di un'adozione basata esclusivamente sul consenso sia stata affermata dalla Suprema Corte senza però che si sia proceduto ad alcuna verifica sulla necessità nell'ordinamento straniero di uno stato di adottabilità del minore, col rischio di avallare abusi e finanche di legittimare surrettiziamente la pratica della surrogazione di maternità.

1, lett. *b*, l. n. 184/1983)⁴⁸; in caso di coppie non coniugate, e dunque sia in caso di ricorso alla maternità surrogata sia in caso di ricorso alla fecondazione eterologa in violazione dei divieti di legge, in virtù di un'applicazione estensiva – e non meno controversa – di una diversa previsione normativa (art. 44, co. 1, lett. *d*, l. n. 184/1983) pensata per far fronte a un *deficit* di cura genitoriale, che certo non sussiste nei diversi casi di ricorso a tecniche vietate dalla legge italiana, essendo fuori discussione l'accertamento della genitorialità fondata sul dato biologico⁴⁹.

⁴⁸ Al riguardo v. Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 717, nota 9, il quale chiarisce come, nelle ipotesi di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004, l'adozione del figlio del coniuge (cd. *stepchild adoption*) «viene concepita come *second step* [...] di un unitario progetto che consiste inizialmente nella violazione della legge e nella successiva richiesta allo stesso ordinamento offeso di avallare una filiazione non consentita». Del resto, precisa ancora l'A. cit., in certi casi «il genitore naturale, terzo rispetto alla coppia, rimane anonimo e quindi non svolge alcuna funzione di controllo, onde l'unico assenso è quello dello stesso genitore che ha concepito il progetto di genitorialità mediante questi due *steps* contraddittori. Sicché mentre l'adozione in casi particolari del coniuge è posta chiaramente nell'interesse del minore perché ne valorizza *a posteriori* il rapporto con l'adottante ed è garantita anche dall'assenso del genitore naturale, l'applicazione di esse per le procreazioni medicalmente assistite vietate dalla legge sembra piuttosto un *escamotage* per dare attuazione a un progetto di filiazione di coppia vietato dalla legge».

⁴⁹ La soluzione indicata si è imposta dapprima nella giurisprudenza di merito e poi anche in quella di legittimità a partire da Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, pubblicata, tra l'altro, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 2573 ss., con nota critica di Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa* e nota adesiva di Rivera, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 1135 ss., con nota adesiva di Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016* (1213 ss.), in *Famiglia*, 2016, pp. 295 ss., con nota adesiva di Irti, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983*, in *Corriere giuridico*, 2016, pp. 1203 ss., con nota critica di Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, pp. 91 ss., con ns. nota critica *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale che, in virtù dell'applicazione estensiva della lett. *d*, art. 44, l. n. 184/83, ha portato ad ammettere la possibilità dell'adozione del figlio di un convivente da parte dell'altro, di sesso differente o dello stesso sesso, sia consentito rinviare al ns. *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 1004, nota 3. La soluzione si basa sull'assunto secondo cui la norma citata, che consente l'adozione dei minori anche da parte di persona non coniugata «quando vi sia constatata impossibilità di affidamento preadottivo», dovrebbe applicarsi non solo laddove l'affidamento preadottivo di un minore adottabile si sia rivelato 'di fatto' impossibile, ma anche in presenza di un'impossibilità cd. 'di diritto' o 'giuridica', e cioè anche laddove si tratti di minori che non possono essere dichiarati adottabili, non essendo accertabile lo stato di abbandono. Il principale argomento testuale fatto valere in tal senso è ricavato dall'*incipit* dell'art. 44 cit., secondo cui «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7», e dunque anche quando non siano dichiarati adottabili. Tale formula – si dice – farebbe riferimento a tutti i casi particolari di adozione, anche a quello della lett. *d*, sicché quest'ultima previsione potrebbe venire in considerazione anche in mancanza di un *deficit* di cura genitoriale, com'è appunto nel caso dell'adozione da parte del *partner* del genitore. In altra occasione si è già provato a chiarire come una simile opzione interpretativa si ponga in contraddizione con la scelta del legislatore di enumerare specifici 'casi particolari' di adozione e, più in generale, con una lettura sistematica dell'art. 44: cfr. *L'adozione del figlio del convivente*, cit., pp. 1007 ss.; in senso critico, nella dottrina più recente, v. anche Nicolussi,

Nondimeno, da ultimo, anche il meccanismo dell'adozione 'in casi particolari', per come è attualmente disciplinato, e in particolare per il fatto di essere subordinato all'assenso del genitore naturale, è stato considerato non del tutto adeguato dal Giudice delle leggi, che ha conseguentemente richiamato il legislatore a farsi carico del compito – ritenuto ormai non più differibile – di porre rimedio alla presente situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore⁵⁰.

Famiglia e biodiritto civile, cit., pp. 766 s.; Sesta, *Manuale*, cit., pp. 446 s.; Giacobbe, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2019, pp. 248 ss.; Spadafora, *Contrattare sugli affetti*, Milano 2018, pp. 291 ss. È bene precisare che in Cass. n. 12962/2016 la possibilità di far ricorso alla lett. d dell'art. 44 cit. è stata affermata con riferimento a un caso di ricorso alla fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne. La praticabilità di una tale soluzione anche in caso di ricorso alla surrogazione di maternità è stata invece affermata per la prima volta nella giurisprudenza di legittimità da Cass. n. 12193/2019, dopo che già Corte cost. n. 272/2017 aveva fatto riferimento ad essa quale strumento legale utile al fine di tutelare adeguatamente il nato da madre surrogata nonostante il divieto di riconoscimento *ab initio* del rapporto genitoriale col committente privo di legame biologico.

⁵⁰ Il riferimento è alle sentt. n. 32 e n. 33 del 9 marzo 2021, con le quali la Corte costituzionale, nel pronunciarsi per l'inammissibilità delle questioni di legittimità della soluzione interpretativa che esclude l'accertamento di una doppia maternità in base alla legge italiana (v. *supra*, nota 46) e, rispettivamente, della soluzione interpretativa che, in caso di nascita da madre surrogata, esclude il riconoscimento in Italia del rapporto genitoriale puramente volontario già accertato all'estero (v. *supra*, nota 47), ha invitato il legislatore a dettare una disciplina che superi i limiti dell'adozione "in casi particolari" ed attribuisca al nato i diritti del figlio anche nei confronti del cd. genitore intenzionale, senza escludere peraltro che a un simile risultato si possa pervenire anche solo in una prospettiva 'rimediatale', e cioè quando risulti che la continuità del rapporto affettivo in atto sia in concreto la soluzione migliore per il minore. Anche la Corte di Strasburgo, del resto, pur affermando che la tutela del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo richiede che il diritto nazionale riconosca una *legal parent-child relationship* anche col cd. genitore intenzionale, ha nondimeno stabilito che non è necessario che tale riconoscimento avvenga *ab initio* attraverso la trascrizione dell'atto di nascita estero, dovendo considerarsi adeguati al fine anche altri mezzi la cui operatività sia subordinata alla verifica della concreta relazione in atto tra il minore e l'adulto, sempreché la procedura interna assicuri che il risultato possa essere conseguito *promptly and effectively* nel miglior interesse del minore: così l'*advisory opinion* della Grande camera del 10 aprile 2019, confermata da Corte eur. dir. uomo, 19 novembre 2019, ricc. 1462/18 e 17348/18, nei casi C. c. Francia ed E. c. Francia, e poi anche da Corte eur. dir. uomo, 16.7.2020, ric.11288/18, nel caso D. c. Francia. Le sentt. della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 sono pubblicate, tra l'altro, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 677 ss., con nota parzialmente adesiva di Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e nota di Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, I, pp. 609 ss., con nota di B. Checchini, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, 2021, pp. 1037 ss., con nota di Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*. Sulle sentt. cit. v. anche la discussione ospitata da *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, pp. 748 ss., con contributi di D'Amico (*La Corte e il "non detto"*). *Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, Ferrando (*Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*), Salanitto (*L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*), Venuti [*Diritti dei figli vs. Genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*] e nostro (*La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del*

Del resto, ed è ciò che più conta in questa sede, nella giurisprudenza costituzionale emerge con chiarezza come l'idea di preservare per quanto possibile un modello naturale di bigenitorialità quale espressione delle «condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato», pur non potendo ritenersi arbitraria né irrazionale, sia comunque da considerare un approdo storicamente e socialmente condizionato: il semplice portato di una convenzione sociale e non un'esigenza irrinunciabile in vista della realizzazione del progetto costituzionale⁵¹. La genitorialità naturale, in altri termini, è intesa dal Giudice delle leggi come il modello di relazione genitoriale che, in un determinato momento storico, la coscienza collettiva ha riconosciuto come quello più idoneo a realizzare l'interesse del generato. Si esclude invece, a quanto pare, l'idea che quel modello possa essere funzionale alle esigenze della norma personalista.

In tal senso è significativa l'affermazione del Giudice delle leggi secondo cui «nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto [...] del grado di accettazione del fenomeno della cd. “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»⁵². Per il Giudice delle leggi, dunque, la maturazione di una diversa coscienza collettiva al riguardo – e, più in generale, con riferimento alla genitorialità volontaria – ben può condurre a un diverso assetto normativo, che non dovrebbe trovare ostacoli nel dato costituzionale: un assetto per cui la genitorialità volontaria è riconosciuta come modello concorrente rispetto alla genitorialità naturale.

In questa prospettiva diverrebbero allora praticabili anche soluzioni legislative che amplino ulteriormente l'accesso alla fecondazione eterologa⁵³ e che consentano finanche il ricorso a una qualche forma cd. altruistica o solidale di maternità surrogata⁵⁴. In effetti, quanto più si perdono di vista

legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale). L'*advisory opinion* della Grande camera della Corte di Strasburgo è pubblicata anche in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, pp. 757 ss., con nota di Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*.

⁵¹ Una simile idea emerge con chiarezza dalla lettura della sent. n. 221 del 2019 ed è stata ripresa anche nelle successive decisioni n. 237 del 2019, n. 230 del 2020, n. 32 e n. 33 del 2021. Al riguardo, per un'analisi critica, sia consentito rinviare al ns. *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, cit., spec. pp. 462 ss.

⁵² Così Corte cost. n. 221/2019. L'indicata posizione della Corte costituzionale è da ultimo valorizzata anche nella giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.

⁵³ Sono chiarissime in tal senso le sentt. n. 221 del 2019, n. 230 del 2020 e n. 32 del 2021.

⁵⁴ Anche a prescindere da un intervento del legislatore, del resto, ampi settori della dottrina sostengono ormai la tesi della praticabilità già in via interpretativa di una valutazione differenziata della surrogazione di maternità a seconda che si tratti di surrogazione commerciale o solidale: oltre ai contributi cit. *supra*, nota 43, v. anche Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., pp. 915 s.,

le esigenze irrinunciabili implicate nel modello della genitorialità naturale – esigenze, come si è visto, profondamente radicate nel ‘nucleo duro’ della Carta – tanto più diviene plausibile sostenere, come fa appunto la Corte costituzionale, che anche in questa materia «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte [del Giudice delle leggi], onde verificare che esse non decampino dall’alveo della ragionevolezza»⁵⁵.

5. Il limite della strategia dei diritti individuali. L’esigenza di riaccreditare la norma personalista.

Le evoluzioni descritte con riferimento ai due modelli costituzionali della famiglia ‘fondata sul matrimonio’ e della genitorialità naturale si realizzano sia in sede legislativa sia nelle diverse sedi giurisprudenziali – anche in quelle sovranazionali – in forza di un appello insistito ai diritti individuali, e segnatamente al diritto al rispetto della ‘vita privata’ da garantire dall’ingerenza delle autorità pubbliche eventualmente anche attraverso l’adozione di misure positive⁵⁶. È da qui che muove, in ultima istanza, sia la spinta

ad avviso del quale le argomentazioni addotte nel senso di un’interpretazione restrittiva del divieto di maternità «assumono ancora più pregnanza nel bilanciamento in sede di costituzione del rapporto e oltremodo in sede di applicazione delle regole di ordine pubblico internazionale, dove gioca anche e soprattutto l’interesse del minore già nato».

⁵⁵ Si tratta di affermazioni che ricorrono sia in Corte cost. n. 221/2019 sia in Corte cost. n. 230/2020. Per un tentativo di analisi critica v. anche il ns. *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, cit., pp. 460 ss.

⁵⁶ È noto in effetti che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo – la norma sul diritto al rispetto della vita privata e familiare – ha esercitato un ruolo decisivo affinché anche nel nostro ordinamento sia stato possibile sia superare l’esclusività del matrimonio quale unica forma giuridicamente rilevante del rapporto di coppia sia introdurre forme di genitorialità puramente volontaria a seguito del ricorso alle tecniche procreative, e dunque anche al di là dell’esigenza di porre rimedio a una situazione grave ed irreversibile di abbandono. Bisogna tuttavia precisare che, in virtù del riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento, gli interventi del Giudice europeo dei diritti non hanno mai imposto soluzioni eversive al legislatore e ai giudici nazionali. In effetti, quanto anzitutto al riconoscimento dei rapporti di coppia tra persone dello stesso sesso, la Corte di Strasburgo ha senz’altro imposto l’introduzione di una disciplina legale attributiva di diritti e obblighi reciproci, ma non il matrimonio. E così pure con riferimento alla genitorialità volontaria. È noto, infatti, che l’accesso alla fecondazione eterologa alle coppie formate da un uomo e una donna in caso di sterilità o infertilità non altrimenti rimediabili è stato consentito nel 2014 dalla Corte costituzionale a prescindere da qualsiasi imposizione in tal senso da parte della Corte di Strasburgo, la quale anzi, dopo un’iniziale presa di posizione favorevole alla liberalizzazione, si era mostrata piuttosto cauta (il riferimento è alla nota decisione della Grande camera del 3 novembre 2011, ric. 57813/00, nel caso S. H. e altri c. Austria, che ha riformato la precedente decisione sullo stesso caso del 1° aprile 2010). Si è visto poi che, nei casi di genitorialità volontaria accertata all’estero a seguito di pratiche fecondative vietate da un ordinamento

alla relativizzazione della nozione del matrimonio sia l'aspirazione ad un sempre maggiore ampliamento dei presupposti per l'accesso alle tecniche riproduttive. D'altra parte, anche il riconoscimento di nuove forme di genitorialità volontaria nei diversi casi di ricorso a tecniche vietate è senz'altro giustificato, anche a detrimento del principio di legalità, in nome del superiore interesse del minore, e dunque del rispetto dovuto ai suoi diritti inviolabili⁵⁷.

A questo punto non sembra allora inopportuno dedicare una breve riflessione conclusiva proprio alla cd. strategia dei diritti individuali. Si tratta di una tecnica argomentativa che ha buon gioco in un contesto in cui l'esigenza di un ordine giuridico a garanzia della libertà e della dignità della persona diviene sempre più urgente a fronte di una costruzione sociale animata da logiche utilitaristiche ispirate da una premessa antropologica radicalmente individualista⁵⁸. La strategia dei diritti s'impone, d'altra parte, anche perché serve al giurista al fine di colmare un *deficit* di legittimazione nel dibattito pubblico sempre più vistoso, che trova la sua causa ultima in un processo di secolarizzazione ormai compiuto, che fa venir meno la possibilità di fondare oggettivamente il suo sapere sull'autorità di un ordine *a priori* e favorisce di conseguenza la piena identificazione del diritto nelle decisioni dei giudici⁵⁹.

nazionale, il Giudice europeo non impone senz'altro allo Stato proibizionista la trascrizione del provvedimento straniero, ma richiede che si pervenga prontamente alla costituzione di una *legal parent-child relationship* sempreché un simile risultato possa essere considerato conforme all'interesse del minore nel caso concreto (v. *supra*, nota 50).

⁵⁷ Sulla priorità dell'interesse del minore v. ora la chiara sintesi di Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., pp. 73 ss., il quale non manca di soffermarsi anche sulla possibilità di un conflitto tra interesse del minore e principio di legalità (*ivi*, pp. 98 ss.). Con riferimento all'impiego del principio della priorità dell'interesse del minore nelle decisioni, che, in ipotesi di ricorso a tecniche riproduttive vietate dalla legge, sono pervenute al riconoscimento di rapporti genitoriali puramente volontari, cfr. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, I, pp. 422 ss., ad avviso del quale emergerebbe in certi casi una funzione di quel principio «direttamente costitutiva di giuridicità non legale traente fondamento dagli stessi fatti di consolidazione dell'interesse». A dire dell'illustre A., infatti, si realizzerebbe in tal modo un «vero e proprio oltrepasamento del principio di legalità» in nome di una fattualità del diritto ritenuta senz'altro positiva e comunque non realisticamente arginabile.

⁵⁸ Al riguardo sono illuminanti le considerazioni di P. Barcellona, *Conclusioni*, in *I valori della convivenza civili e i codici dell'Italia unita*, a cura di Rescigno e Mazzamuto, Torino 2014, pp. 410 ss.: «La strategia dei diritti corrisponde [...] alla fase della fine della politica, alla fase nella quale l'uomo appare "nudo": ridotto a pura vita naturale, a *zòè* senza *bios*, senza esistenza politica. Quando l'uomo cessa di rappresentarsi come un soggetto politico è costretto a mettere in campo la sua pura vitalità animale, per difendersi da una megamacchina che lo sovrasta e controlla. Questa megamacchina è solo in parte "potere economico". È qualcosa di più e di diverso: è un mega apparato che impasta scienza, finanza, informazione, tecnologie avanzatissime. È qualcosa di peggiore persino della weberiana "gabbia d'acciaio": è un nudo potere di fronte alla nuda vita».

⁵⁹ Ci si avvale qui degli esiti dell'analisi di Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., spec. pp. 149 ss., dove l'A. mette efficacemente a nudo il «corto-circuito di fatto e valore» che caratterizza il «ritorno giusnaturalistico» della cd. strategia dei diritti. Sulla connessione tra legittimazione neogiusnaturalistica del lavoro del giurista e crisi della democrazia v. anche Id., *op. cit.*, pp. 174 ss.

Bisogna nondimeno considerare che la secolarizzazione, nel momento stesso in cui scredita qualsiasi premessa metafisica e favorisce l'avvento di un neogiusnaturalismo ingenuo e superficiale, finisce per ciò stesso per indebolire anche ogni appello ai diritti individuali. Infatti, se l'appello ai diritti non può rinviare ad un fondamento *a priori*, allora finisce fatalmente per occultare le medesime logiche individualiste che danno forma alla costruzione sociale nel tempo presente. È quanto riconosce chiaramente anche Mario Barcellona laddove afferma che nel mondo secolare i diritti individuali «non evocano [...] sostanze, ma consistono in procedimenti»⁶⁰. Bisogna allora riconoscere che, a differenza di quanto poteva accadere in passato, nella modernità l'appello ai diritti rischia di veicolare prese di posizione puramente ideologiche. Quell'appello, pertanto, non può di per sé essere idoneo a garantire libertà e dignità della persona.

Non sembra tuttavia che da una simile *impasse* si possa uscire altrimenti se non provando a restituire una nuova credibilità alla norma personalista, e dunque al finalismo trascendente del dinamismo umano. Bisogna infatti riconoscere che alla prova dei fatti il semplice dato della sua positivizzazione al massimo livello dell'ordinamento si è rivelato insufficiente. Le prassi sociali materialiste hanno finito comunque per trasformare radicalmente in senso individualista la chiara opzione antropologica sottesa alle norme della Carta. In questo quadro il realismo con cui Felix A. Lamas argomenta la 'legge' dell'incarnazione dello spirito a partire da un'analisi rigorosa dell'esperienza umana può forse rappresentare una risposta adeguata alla sfida della modernità.

È tuttavia necessario che il giurista si renda disponibile ad approfondire e ad accogliere anche risultati di un'indagine che è propriamente filosofica. Affinché ciò sia possibile è però necessario un ripensamento profondo dei contenuti della sua formazione. Anche nello studio del diritto bisogna allora favorire un approccio interdisciplinare autentico. E cioè un approccio che non si limiti a coltivare la forma 'debole' della multidisciplinarietà, certo sempre utile a una migliore comprensione di un determinato oggetto di studio da più punti di vista, ma sappia anche attingere la forma 'forte' della transdisciplinarietà, quella per cui ogni scienza particolare deve sapersi innestare all'interno di un sapere unitario e sintetico sull'uomo e sul mondo⁶¹.

⁶⁰ Così Barcellona, *op. cit.*, p. 167, il quale parla dei diritti individuali come uno dei «grandi simboli giuridici della Modernità». È chiaro che una concezione puramente formale dei diritti individuali è solo apparentemente neutra. In realtà, è un veicolo potente attraverso cui un'opzione antropologica radicalmente individualista dà forma al sistema ordinamentale.

⁶¹ Si è provato a svolgere qualche considerazione in tal senso in *La cultura giuridica di fronte alla sfida interdisciplinare*, in *Le scienze: dentro, "a confine" ed oltre... Inter- e transdisciplinarietà: condivisione per una possibile convergenza*, a cura di Ruta, Roma 2021, pp. 197 ss.