



UGO SALANITRO

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Catania

**ORDINANTE E SOCIETÀ. APPUNTI SUI FORMANTI
DEL DIRITTO DI FAMIGLIA
(A PROPOSITO DI UNA RIFLESSIONE DI ALBERTO BENEDETTI)¹**

SOMMARIO: 1. *Quale ruolo per le legge nel diritto di famiglia?* – 2. *L'interesse del minore e la rilevanza del case law.* – 3. *Un confronto tra formanti.* – 4. *Appunti per le conclusioni.*

1. – Vorrei partire dalla bella riflessione di Alberto Benedetti, il quale, in un recente dibattito a più voci sul futuro del diritto di famiglia², ha messo in dubbio l'opportunità di ulteriori riforme legislative, invocando la centralità del ruolo della magistratura³.

Il ruolo del formante legale, secondo Benedetti, è posto in crisi dalla sopravvenuta centralità dell'interesse individuale, che in materia familiare connota il rapporto tra ordinamento e società: i fenomeni della vita affettiva tendono, infatti, ad autoregolarsi, attratti dal modello dell'autonomia privata, intesa “*nella sua dimensione più pura di libertà*”. Il giudice, in questa prospettiva, è considerato “*l'unico fattore di ordine in un contesto difficile e complesso*”, al quale si richiede di valorizzare, accanto al valore della libertà, quella dimensione altruistica senza la quale verrebbe meno il senso del diritto di famiglia.

Non è una novità che il diritto di famiglia sia scosso e forse travolto dall'emersione della visione individualistica dei rapporti affettivi, come già denunciato dalla dottrina più sensibile. Il tentativo che emerge con forza dal pensiero di Benedetti è di imbrigliare il

¹ Lo scritto riprende l'intervento alla tavola rotonda conclusiva del Corso della Scuola Superiore della Magistratura, “Il nuovo diritto di famiglia”, 14-15 gennaio 2021.

² Dibattito raccolto nel volume *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di U. SALANITRO, Pacini, Pisa, 2020.

³ A. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 403 ss. e in *DSF*, 2020, 393 ss.



soggettivismo che rende frammentaria la nostra società, utilizzando lo strumento più duttile con il quale si può esprimere l'ordinante, individuato nel potere regolativo della giurisprudenza. La proposta di Benedetti deve essere inserita, pertanto, in quel dialogo serrato, sul quale è impegnata illustre dottrina, che ha quale oggetto la rilevanza dei formanti e che segna, in una visione più ampia, l'ennesimo momento di crisi del positivismo e del potere legislativo⁴.

In questa prospettiva, le domande possono essere articolate in modo da ricondurle al dibattito corrente. È ragionevole mantenere un ruolo predominante al formante legislativo sul diritto di famiglia nell'attuale momento storico, caratterizzato da una società che non è soltanto portatrice di valori plurali, ma che appare frammentata e caratterizzata da un ruolo dominante del soggettivismo individualista? Non sarebbe auspicabile promuovere un maggiore protagonismo del formante giurisprudenziale, quale organo tecnico volto a mediare e a bilanciare i diversi interessi, non più classificabili *a priori* secondo il modello fattispecie/disciplina, ma da articolare di volta in volta in considerazione del concreto conflitto di interessi?

La lettura di Benedetti, tuttavia, non intende lasciare libero il formante giurisprudenziale di pervenire alla soluzione più adatta, perché si prefigge di limitarne l'autonomia, vincolando il giudice ai valori solidaristici costituzionali. In questo senso non sarebbe in contrasto con la proposta di Benedetti mantenere al formante legislativo un ruolo di indirizzo, secondo una legislazione per principi e per clausole generali, che troverebbe già nel dettato costituzionale la sua matrice e il suo orizzonte di senso, da collocare nel bivio tra solidarietà e individualismo⁵.

La questione è stata sollevata, tuttavia, e va perciò assunta, nella sua portata specialistica: ossia chiedersi se ci siano ragioni particolari per sostenere che proprio il diritto di famiglia sia caratterizzato dalla necessità di un potenziamento del ruolo del formante giudiziale⁶. Ruolo di formante della giurisprudenza che è certamente condivisibile, per-

⁴Per un'esposizione equilibrata si veda: M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *ODC*, 2018, 2, 30 ss., dove ampi rinvii al dibattito dottrinale.

⁵Si può dubitare, pertanto, che la posizione di Benedetti debba essere assimilata a quella di chi ritiene che il formante giurisprudenziale, attraverso il principio di ragionevolezza, sia interprete diretto dei principi di giustizia condivisi dalla collettività e, conseguentemente, dei criteri valutativi dei destinatari della decisione, secondo la tesi sostenuta, tra gli altri, da N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 489 ss.

⁶Al riguardo, nell'ottica che stiamo esaminando, non può prescindere da molte delle considerazioni contenute nella riflessione di N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.



ché risponde al modello che è considerato corretto sul piano normativo, già per ampie aree del diritto di famiglia, con particolare riguardo al controllo dell'esercizio della responsabilità genitoriale e alle questioni legate all'affidamento dei minori, dove occorre un bilanciamento in concreto. Mi chiedo tuttavia se il modello possa o debba avere una portata pervasiva ed essere risolutivo anche nell'intera materia del diritto di famiglia e perciò anche in quegli altri ambiti, in cui le scelte giudiziali non attengono soltanto alla gestione di rapporti, proponendo soluzioni valide *rebus sic stantibus*, ma intervengono per la definizione di conflitti che investono assetti non solo personali, ma anche patrimoniali, e la cui soluzione è suscettibile di stabilizzarsi nel tempo, con autorità di giudicato, coinvolgendo direttamente anche interessi e aspettative di terzi. Mi riferisco, in primo luogo, alle regole sull'acquisizione e sulla perdita degli *status* (intesi in senso ampio: parentele, affinità, *partnership*, filiazioni), dove si sono registrati i più intensi movimenti del formante legislativo e in cui si avvertono maggiormente le pressioni divergenti dell'opinione pubblica.

2. – Al riguardo, nell'attuale momento storico, la tensione tra potere giudiziale e potere legislativo emerge in particolare nella valutazione dell'interesse del minore, il quale deve essere assunto in tutte le controversie che lo riguardano, secondo il canone di prevalenza sancito dalla Convenzione di New York.

L'interesse del minore, in effetti, non è stato preso in considerazione soltanto quale criterio per deciderne l'affidamento in caso di crisi familiare, né per valutare in concreto l'esercizio della responsabilità genitoriale, ma ha anche tradizionalmente rivestito un ruolo importante nei giudizi di stato⁷. In tal senso, le esigenze del minore sono state prese in considerazione ogni qualvolta occorre decidere in concreto se proporre in nome del minore un'azione giudiziale in materia di stato (ad es. nelle procedure *ex artt.* 244, 264, 273 c.c.). In questi casi, non potendo essere rimessa al minore la valutazione dell'interesse, deve essere affidata agli organi competenti in sede di nomina del curatore: ma la valutazione si riferisce alla fase, esterna al processo, in cui si deve decidere se promuovere un giudizio o resistere all'azione altrui. L'interesse del minore non incide quindi sul risultato del giudizio, come invece avviene in altri casi in cui costituisce il pa-

⁷ Come dimostrano le belle relazioni di L. LENTI, *La costituzione del rapporto di stato e l'interesse del minore*, e di M. MANTOVANI, *Azioni di stato e l'interesse del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. Salanitro, Pacini, Pisa, 2019, 347 ss., 373 ss.; e si aggiunga ora M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, *passim*.



rametro per decidere il conflitto tra le posizioni di soggetti terzi, diversi dal minore: situazione che ricorre quando la legge sottopone a cautele la costituzione del rapporto (riconoscimento della filiazione incestuosa, opposizione dell'altro genitore), non potendone stabilire *a priori* la positività.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, sembra spingere oltre la rilevanza del potere assegnato all'organo giudiziale, aderendo all'idea per cui, ogni qualvolta il giudizio coinvolga il minore, bisogna valutare in concreto il suo interesse al fine di risolvere il conflitto, anche in quelle fattispecie in cui il bilanciamento sia già stato considerato in astratto dal legislatore⁸.

Si può tuttavia dubitare della persuasività di tale lettura. In realtà, l'orientamento giurisprudenziale richiamato, che ha trovato anche condivisione nella Corte costituzionale, si limita ad attribuire direttamente a chi decide nel giudizio di stato – e non al giudice della volontaria giurisdizione che ha nominato il curatore – la valutazione della persistenza dell'interesse del minore a coltivare (o per resistere al) l'azione per l'acquisizione o la perdita dello *status*⁹. La valutazione in concreto dell'interesse del minore, in questa prospettiva, avrebbe il ruolo limitato di consentire al giudice di respingere le domande o le eccezioni formulate dal minore, ancorché astrattamente meritevoli di accoglimento, perché poste o perseguite dal curatore in contrasto con l'interesse concreto dello stesso minore.

Non sembra perciò che dall'accoglimento di siffatto orientamento giurisprudenziale consegua l'affermazione di un ruolo preminente del giudice nelle azioni di stato, volto a sottoporre tutti i processi in cui sia coinvolto un minore a una soluzione che corrisponda sempre alla valutazione in concreto del suo interesse¹⁰.

⁸ In tal senso potrebbe leggersi Corte cost., 18 dicembre 2017 n. 272, in *Corr. giur.* 2018, 446 ss., con nota di Ferrando. La tesi della rilevanza in concreto dell'interesse del minore è ripresa dalla prima sezione della Cassazione nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale dell'interpretazione, fatta propria dalle Sezioni unite, secondo la quale contrasta con l'ordine pubblico internazionale il riconoscimento in Italia di un provvedimento amministrativo o giudiziale di riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali in caso di maternità surrogata: Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 902 ss., con nota di U. Salanitro.

⁹ Mi sembra sia questo il senso che si possa attribuire alla giurisprudenza di legittimità, di cui si ricorda Cass., 24 febbraio 2020, n. 4791, in *Fam. e dir.*, 2020, 346 ss., con nota di F. Tommaseo; Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, e Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, entrambe in *Foro it.*, 2017, I, 119 ss., con nota di G. Casaburi.

¹⁰ Andrebbe riconosciuto, piuttosto, un ruolo limitato alla valutazione giudiziale in tutti quei casi in cui la sussistenza di un legame sociale consolidato imponga, nell'interesse del minore, un percorso di formalizzazione del rapporto, restando poi da decidere se la scelta di tale rapporto debba essere rimessa al legislatore.



Né tale lettura è considerata in contrasto con il principio convenzionale. Innanzitutto, perché l'interesse del minore è stato valutato in astratto in sede legislativa, rendendo imprescrittibile il diritto del minore all'accertamento della verità e ponendo limiti temporali a iniziative altrui che attentassero alla stabilità di rapporti consolidati. In ogni caso, perché le azioni di stato difendono anche interessi patrimoniali, ad esempio di tipo successorio, che non sono intrinsecamente connessi con la minore età e per i quali si giustifica un bilanciamento più articolato rispetto a quello che potrebbe discendere dalla mera applicazione della convenzione internazionale¹¹.

3. – Il formante legislativo è reputato inadeguato a risolvere in maniera appropriata i conflitti di un'organizzazione sociale caratterizzata da mutamenti troppo veloci e quasi inafferrabili, per cui – chiosa Benedetti – il legislatore o non arriva o arriva tardi; le soluzioni, inoltre, si rivelano spesso distanti dai bisogni della società (si portano ad esempio il regime legale della comunione, minato dal suo abbandono, o la disciplina del contratto di convivenza, disertata perché ritenuta poco appetibile) ovvero forniscono risposte troppo prudenti e suscettibili di superamento (si pone l'esempio delle unioni civili).

Per affrontare i dubbi sollevati da Alberto Benedetti, è necessario fare un passo indietro e chiedersi come sia strutturato, quantomeno in questo momento storico, il rapporto tra ordinante e società. È forte il dubbio che i difetti, imputati al legislatore, scontino un eccesso di fiducia nella giurisprudenza: per contro, mi sembra che emerga una costante nel modo con il quale i diversi formanti dell'ordinamento, legislativo e giudiziale (un discorso a parte vale, come vedremo, per il formante dottrinale), si siano rapportati a quelle esigenze, di natura familiare, che emergono (o che riemergono) e chiedano spazio nella società, ponendosi a volte in conflitto con gli assetti consolidati.

Non è possibile dare una risposta definitiva, anche per la frammentarietà degli studi sociologici e di storia della famiglia¹². Si percepisce tuttavia che l'intervento normativo – che provenga dal legislatore o da un orientamento giurisprudenziale condiviso – tende

re o lasciata alla discrezionalità giudiziaria: al momento l'indicazione della Corte costituzionale è nel senso che la decisione spetta al formante legislativo (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33).

¹¹ Per una disarticolazione dei criteri di soluzione dei conflitti nelle azioni di stato, si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Famiglia*, 2019, 525 ss.

¹² Per un tentativo in questa direzione, si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 13 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563 ss.; si veda ora il brillante *excursus* di M. SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177 ss.



a riconoscere e regolare gli interessi emergenti soltanto quando questi siano già consolidati nella società, ancorché minoritari. A differenza della dottrina che, in certe sue frange più sensibili, richiede tutela anche per interessi di nicchia o socialmente marginali, il legislatore e la giurisprudenza maggioritaria sembrano caratterizzare l'espressione del loro potere normativo al rispetto di quel frammento del dettato costituzionale per cui la famiglia è da tutelare perché "società naturale": frammento che, in questa prospettiva, è inteso nel senso che gli interessi familiari assumono rilevanza, sul piano della necessità di regolamentazione giuridica, nella misura in cui si siano preventivamente e spontaneamente consolidati nel contesto sociale. In questa sede, appare evidente, si utilizza il termine "società naturale" in un senso che può sembrare lontano da un certo pensiero giurisnaturalista: si tratta tuttavia di un significato che, anche alla luce dei lavori preparatori, non sembra così diverso da quello condiviso in seno alla Costituente nel compromesso tra la componente laica e quella cattolica¹³.

Gli esempi sono molteplici. Le istanze dottrinali per riconoscere i rapporti di parentela ai figli nati fuori dal matrimonio risalgono almeno alla riforma del diritto di famiglia nel 1975; ma i nati fuori dal matrimonio sono stati registrati come numeri importanti soltanto con il censimento del 2010 e non deve quindi sorprendere che la giurisprudenza non abbia anticipato l'intervento del legislatore del 2012¹⁴. Le proposte di modifica degli orientamenti giurisprudenziali consolidati in tema di assegno divorzile sono risalenti, ma hanno trovato accoglimento¹⁵ soltanto quando il modello familiare di diversificazione dei ruoli, che si era imposto (o meglio reimposto) negli anni del dopo guerra e del boom economico, ha perso la sua pervasività e, di fronte alla pluralità degli equilibri coniugali, si è rivelata la necessità di attribuire al giudice un più ampio potere di adattare la regola al caso concreto¹⁶: non dobbiamo però dimenticare che la garanzia del mantenimento del tenore di vita per il coniuge più debole ha consentito storicamente di bilancia-

¹³ Rilevanti sono le parti dei lavori preparatori riportate già da V. BARBA, *Patti prematrimoniali in previsione della crisi familiare*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 212, nota 2.

¹⁴ Si cfr. U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica*, cit., 18.

¹⁵ Prima con la sentenza della prima sezione della Cass., 10 maggio 2017 n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, 2715 ss., con nota di M. Bianca, poi con la sentenza delle Sezioni Unite 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, I, 2018, 2673 ss., con note di G. Casaburi e di M. Bianca. Sulla decisione delle Sezioni Unite, spunti di interesse in P. DI MARZIO, *Una conclusione, ovvero una introduzione?*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 424 ss.

¹⁶ Così SALANITRO, *Per una riflessione sistematica*, cit., 30 s.; nello stesso senso BENANTI, *Dal sistema alle riforme: l'assegno di divorzio*, e C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 65 ss., 77 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2020, 422 ss.



re la fuga convenzionale dal regime legale della comunione dei beni e ha quindi offerto alla coppia un quadro ordinamentale in cui consentire scelte che, in quel contesto sociale, si sarebbero altrimenti rivelate fortemente squilibrate¹⁷.

È vero che ci sono stati interventi legislativi che si sono rivelati inadeguati. Non mi riferisco tanto alla scelta del regime legale della comunione, che in realtà è stato confermato da un numero sempre amplissimo di coppie¹⁸: anche perché, come spiega bene Andrea Zoppini in un intervento rimasto inedito, si tratta di una disciplina residuale, che impone a chi intende derogarla uno sforzo negoziale¹⁹. Né mi riferisco al contratto di convivenza, il cui insuccesso sociale si può spiegare alla luce della compressione che questo strumento regolativo subisce da un lato dalla presenza di istituti sempre meno vincolanti – quale è diventato il matrimonio dopo la riforma del divorzio breve o come sono state configurate le unioni civili – e dall’altro lato dalla scelta di libertà sottesa alla volontà della coppia convivente²⁰.

L’esempio più evidente di regola incongrua è stato quello sulla procreazione assistita, disciplinato da una legge considerata frutto di scelte ideologiche oltranziste. Si può però dubitare che anche in questo caso la colpa non sia tanto del formante legislativo, che aveva predisposto le c.d. “passerelle” (silenzi, ambiguità) per consentire interpretazioni costituzionalmente orientate²¹, quanto piuttosto degli interpreti, fortemente polarizzati, che hanno accolto quasi all’unanimità le tesi più restrittive, gli uni per intestarsi una di-

¹⁷ Il collegamento tra la disciplina dell’assegno divorzile e la derogabilità del regime patrimoniale della famiglia è segnalato, ancora di recente, da E. QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, da C. BENANTI, *La funzione dell’assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, e da T. AULETTA, *Riforme ed evoluzioni del diritto di famiglia: riflessioni di un percorso di mezzo secolo*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 469 ss., 588 ss., 627 ss.

¹⁸ Ma cfr. per una valutazione negativa, seppure in un’ottica propositiva di riforma, G. OBERTO, *Attualità del regime legale*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 491 ss.

¹⁹ Ne ho dato conto in U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica*, cit., 31 s, testo e nota 73.

²⁰ Di grande interesse è la lettura di G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319 ss. (anche ID., *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189 ss.), per il quale la tipizzazione è strettamente funzionale all’opponibilità del regime nei confronti dei terzi e legittima indirettamente l’autonomia privata dei conviventi. Ma proprio sull’efficacia del regime dell’opponibilità si segnalano molti interventi critici: E. QUADRI, “Convivenze” e “contratto di convivenza”, in *Jus civile*, 2017, 2, 106 ss.; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 694 ss.; G. OBERTO, *Attualità del regime legale*, e M. CAVALLARO, *Ratio e tipo nella convenzione matrimoniale e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 501 ss., 553 ss.

²¹ È la prospettiva accolta nei miei scritti in argomento: da ultimo si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 206 ss.



disciplina da cui aggredire gli assetti normativi più liberali in tema di interruzione di gravidanza, gli altri per lamentarne l'incongruità e perorarne prima l'abrogazione referendaria e poi lo smantellamento da parte della Corte costituzionale²².

Proprio in tema di procreazione assistita, appare interessante illustrare l'atteggiamento della giurisprudenza sulla costituzione del rapporto filiale in quei casi in cui l'accesso alle tecniche sarebbe vietato per la mancanza di requisiti soggettivi: mentre nel caso di procreazione *post mortem* la Cassazione ha accolto l'idea che, in caso di consenso del defunto, il rapporto si costituisca ugualmente, raccogliendo le sollecitazioni della dottrina²³, nel caso della filiazione da coppia dello stesso sesso la costituzione del rapporto non è stata sinora ammessa²⁴ e si è preferito rimettere la questione alla Corte costituzionale, accettando il rischio di un successivo rinvio al legislatore²⁵. Prospettiva analoga è stata seguita nel caso di filiazione da maternità surrogata solidale: anche qui la giurisprudenza ha tenuto ferma l'estensione analogica al partner del genitore genetico della disciplina dell'adozione in casi particolari²⁶, adottando un modello di filiazione che non è stato considerato costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale, la quale a sua volta ha auspicato l'intervento del legislatore²⁷.

²² Quest'ultima strategia, in larga misura vincente, è stata interpretata in modo esemplare, nei tanti interventi sul tema, da G. FERRANDO, di cui si legga almeno: *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 165 ss.,

²³ Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, con nota di M. FACCIOLI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1282 ss.

²⁴ Si cfr., per le diverse posizioni, A. NICOLUSSI, *Paradigmi della filiazione*, e M.C. VENUTI, *La genitorialità della coppia omoaffettiva*, entrambi in *Quale diritto di famiglia*, cit., 269 ss., 292 ss.

²⁵ La vicenda, sollevata dal Tribunale di Padova con riferimento a due donne che avevano avviato una esperienza genitoriale comune, interrotta dalla crisi del loro rapporto, ha avuto un epilogo nella sentenza della Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, con la quale la Corte ha lanciato un "forte monito" al legislatore per individuare una soluzione adeguata alla tutela del minore a mantenere il rapporto con entrambe le donne.

²⁶ Nel senso che si tratti di un'integrazione di lacuna sopravvenuta (c.d. interpretazione evolutiva), si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Per una riflessione sistematica*, cit., 22.

²⁷ Il caso è stato sollevato dalla prima sezione della Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, cit., che ha considerato in contrasto con la Costituzione l'interpretazione, accolta anche dalle Sezioni Unite con la sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737 ss., con nota di U. Salanitro, secondo la quale il genitore intenzionale in caso di maternità surrogata all'estero può accedere all'adozione in casi particolari: contrasto non risolto da Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, che ha sollecitato l'intervento del legislatore. Sulle questioni di ordine pubblico internazionale e maternità surrogata, si vedano almeno: V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. sez. un., n. 12193/2019*, in *Genius*, 2020, 19 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019. Propone interpretazioni costituzionalmente orientate del divieto di maternità surrogata: A.C. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020.



Ricorrendo questioni etiche delicate²⁸, il giudice ordinario non si è sentito legittimato a proporre scelte di piena equiparazione, ma ha preferito aderire a soluzioni che, proprio perché diverse da quelle degli altri soggetti generati da procreazione assistita, si sono rivelate col passare del tempo in contrasto con il dato costituzionale²⁹.

4. – Se si condivide questa sommaria analisi, emerge che i difetti imputati al legislatore, di essere tardivo e inadeguato, sono in realtà ricorrenti anche per il formante giurisprudenziale, ed anche in quei casi in cui esso adotta soluzioni che non sono vincolate dal dato normativo.

A questo punto occorre tornare sulla questione sollevata da Alberto Benedetti, per chiedersi se il bilanciamento tra soggettivismo e solidarietà non possa trovare una risposta, quantomeno di ultima istanza, proprio nel formante legislativo. La circostanza che il legislatore offra una pluralità di strumenti che vengono incontro alle esigenze di individui e formazioni sociali, ancorché alcuni di essi non trovino riscontro nella prassi, non deve essere considerato necessariamente un fallimento del regolatore: il *surplus* di tutele può essere giustificato proprio dall'esigenza di dare una risposta adeguata alla moltiplicazione degli interessi da tutelare. Lo strumento legislativo non deve essere considerato superfluo o ineffettuale, anche quando non incida direttamente sugli specifici rapporti, poiché resta rilevante quale indicatore degli assetti valoriali e degli equilibri normativi³⁰.

²⁸ Cfr. ancora P. DI MARZIO, *Una conclusione*, cit., 426 ss.

²⁹ Nel merito si rinvia, tra gli altri, ad A. FEDERICO, *Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 317 ss.

³⁰ Tornando al tema del contratto di convivenza, si ricorda che è stato ripetutamente criticato il legislatore della novella per non avere previsto quale oggetto del contratto la disciplina della crisi nella coppia convivente; critica che deve, tuttavia, tenere conto dell'atteggiamento ostativo della giurisprudenza sui patti prematrimoniali in vista della crisi, nonostante l'opinione più aperta della dottrina e la tendenziale assenza di espresse preclusioni legali. In questa prospettiva si potrebbe considerare l'omissione legislativa espressione della medesima valutazione fatta propria dalla giurisprudenza, tendente a evitare che le decisioni patrimoniali sulla crisi del rapporto siano assunte in un tempo in cui la coppia non sia grado di valutarne adeguatamente la portata. Non è detto che tale valutazione debba essere tenuta ferma, anche perché non appare coerente con la progressiva patrimonializzazione dei rapporti personali in ampi settori del nostro ordinamento. Sul tema dei patti prematrimoniali in vista della crisi si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 645 ss., dove numerosi riferimenti; ai quali si aggiungano M.L. CENNI, *Crisi familiare, autonomia privata e regimi patrimoniali della famiglia. Il ruolo del notaio*; A. LAS CASAS, *Autonomia privata e contrattazione prematrimoniale*; E. BIVONA, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*; V. BARBA, *Patti patrimoniali*, cit.; E. BARGELLI, *Diritto "privato" e prospettive dell'autonomia coniugale*, tutti in *Quale diritto di famiglia*, cit.,



L'idea che la soggettività degli interessi possa trovare una migliore gestione attraverso la duttilità – direi quasi, la frammentarietà – della giurisprudenza non appare convincente, se questa la si intende come insieme di decisioni casistiche: il valore ordinante della certezza del diritto, che trova riconoscimento anche nei sistemi di *common law* in base alla vincolatività del precedente, non sembra possa essere trascurato. L'assunto che la flessibilità della giurisprudenza, espressione di decisionismo equitativo, si ponga come strumento adeguato all'articolazione degli interessi, tramite una moltiplicazione dei bilanciamenti in concreto, pone il problema della legittimazione del processo di soluzione del conflitto, che perderebbe il riferimento al sistema o quantomeno alla coerenza sapienziale³¹.

Il tema della legittimazione delle scelte valoriali si contrappone al potenziamento del ruolo dei giudici negli ordinamenti di *civil law* anche ove tale ruolo sia inteso nel senso più elevato di “dottrina delle corti”, in cui si riconosca il compito di esprimere principi e regole alla giurisprudenza, inteso quale corpo sociale dotato di superiore cultura giuridica e di quella consapevolezza dei valori costituzionali e sociali, sì da esprimere una generale capacità di mediare direttamente, in questa epoca di complessità, i conflitti tra interessi divergenti³².

Difficoltà che emerge in particolare nella disciplina del diritto di famiglia, anche per chi sia convinto dell'opportunità di sottrarre al formante legislativo la selezione delle scelte regolative, per evitare che gli assetti della vita familiare siano condizionati o compressi da valori maggioritari, populistici o addirittura reazionari: scelte che non siano semplicemente tardive o inadeguate, ma che si rivelino in contrasto con le acquisizioni di civiltà che caratterizzano il mondo occidentale contemporaneo e siano foriere di assetti tradizionali o reputati non corrispondenti all'articolazione dei valori e dei modelli sociali

99 ss., 363 ss.; M.C. NANNA, *Accordi in vista del divorzio. Validità e legittimità degli atti dispositivi del patrimonio familiare*, Pacini, Pisa, 2020, *passim*.

³¹ Si colloca su un altro versante la critica di G. CHRISTANDL, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Una breve storia a partire dal XIX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 43 ss., 70, per il quale “l'arbitrarietà della decisione del caso singolo, celata dietro giustificazioni apparenti, priva l'applicazione della legge del suo metodo e conseguentemente della sua scientificità”, in quanto “la scientificità richiede metodo e il metodo richiede a sua volta un percorso orientato alla legge e guidato da regole che siano almeno formalmente verificabili”.

³² È il senso in cui il formante giurisprudenziale quale motore dell'evoluzione normativa è apprezzato – e distinto dal decisionismo equitativo del caso concreto – da M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 18 ss., 30 ss., 33, il quale tuttavia osserva che “la giurisprudenza affronta i problemi sociali soltanto nel prisma della lite, che è una parte importante della realtà, ma fornisce anche una visione parziale e talora distorta dei fenomeni sociali in cui le liti nascono”.



della modernità. Le polemiche legate al d.d.l. Pillon, a tal proposito, si caratterizzavano nel senso che sembrava messa in dubbio la stessa legittimazione del legislatore ad intervenire sulla materia – indirizzando la giurisprudenza verso una soluzione di maggiore equilibrio tra i genitori nella scelta delle modalità di affidamento del minore – ancor prima di criticare una soluzione che, per la sua estrema rigidità, si sarebbe posta in contrasto con la convenzione di New York³³.

È parte di uno scenario più ampio, infatti, la tentazione di affidare una materia così delicata alla giurisprudenza: il tema attraversa questioni fondamentali di politica del diritto, che si collocano al centro dell'odierno dibattito sulle tecniche di governo e che attingono alla crisi dei modelli democratici e all'attrattiva dello schema tecnocratico, quale struttura organizzativa idonea a competere nello scenario internazionale.

Si tratta di uno scenario la cui soluzione non mi convince, né in termini generali, né con riferimento al tema della famiglia³⁴.

In termini generali, per ragioni che sono in parte legate a processi di precomprensione e a una tendenziale diffidenza, storicamente giustificata per chi è cresciuto in un certo clima culturale della seconda metà del Novecento, sulle effettive capacità di una élite tecnocratica di individuare e perseguire il bene comune³⁵.

Diffidenza che si moltiplica nella misura in cui l'opzione giudiziaria o tecnocratica andrebbe a coinvolgere i temi della famiglia, soprattutto per le implicazioni connesse con le scelte di rilevanza etica: non perché sia convinto che le decisioni parlamentari siano esenti da errori o non possano produrre soluzioni che siano fonte di ingiustizie e/o che ledano il benessere di gruppi ed individui; né perché sia affezionato all'idea, la quale ha in effetti caratterizzato il nostro tempo, che il processo legislativo o le consultazioni referendarie producano prevalentemente risultati più avanzati e progressisti di quelli che potrebbero scaturire da un organismo dotato di *expertise* e cultura giuridica.

Il dubbio sulla scelta del formante da preferire si gioca tutto sulla legittimazione delle politiche in una materia così vicina alla sensibilità collettiva, in cui il rischio di scolla-

³³ Diverse prospettive critiche emergono da U. SALANITRO, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l. Pillon*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 333 ss. e da M.R. MARELLA, *Tra pulsioni punitive e rigurgiti proprietari. I molti pasticci del d.d.l. Pillon*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 109 ss.

³⁴ Evoca addirittura il dubbio sulla legittimazione degli *overruling* giurisprudenziali nel diritto di famiglia S. PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 459.

³⁵ Tanto più che – come suggerisce M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 34 – con la perdita di centralità del formante legislativo, è difficile che il ruolo di decisore politico di ultima istanza possa essere assunto dalla magistratura e non piuttosto da un potere di governo accentrato.

JUS CIVILE



mento tra ordinamento e società potrebbe sollecitare scenari imprevedibili: sono convinto che sia preferibile sopportare il rischio dell’approvazione di una regola “ingiusta” o “errata” di matrice parlamentare – che troverebbe la censura degli organi costituzionali o una correzione degli interpreti³⁶ – piuttosto che sottrarre queste materie al dibattito politico più ampio e alla partecipazione popolare, aumentando la sensazione di impotenza che caratterizza i corpi elettorali delle democrazie mature nell’era della globalizzazione.

È un invito alla cautela, nella consapevolezza dell’imperfezione di qualsiasi soluzione, ma nella convinzione che la crisi di legittimazione del sistema democratico sia il problema centrale al quale dovrebbero dedicarsi gli sforzi delle menti, anche giuridiche, più raffinate di questo tempo: non dimenticando che un sistema democratico ben bilanciato, per quanto in equilibrio precario, sembra essere ancora, nell’attuale momento storico, lo strumento più adeguato per fare fronte alle difficili sfide del pluralismo e della frammentarietà etica e sociale.

³⁶ L’adesione all’idea che l’interprete debba essere fedele al formante legislativo, non impone – anzi può prescindere – dal rispetto del testo, ogni qualvolta gli elementi di contesto suggeriscano un *défaillance* del regolatore; né pretende il rispetto delle scelte valoriali del legislatore storico ogni qualvolta i mutamenti degli equilibri normativi e/o dell’assetto sociale abbiano provocato il sopravvenire di una lacuna e l’esigenza di intervenire con il meccanismo correntemente noto come “interpretazione evolutiva”: al riguardo cfr., persuasivamente, A. BELFIORE, *L’interpretazione della legge. L’analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 421 ss.