



**Università  
degli Studi  
di Palermo**

AREA RICERCA E TRASFERIMENTO TECNOLOGICO  
SETTORE DOTTORATI E CONTRATTI PER LA RICERCA  
U. O. DOTTORATI DI RICERCA

Dottorati di Ricerca in Dinamica dei Sistemi  
Dipartimento di Scienze Politiche e Relazioni Internazionali  
Ius 02

Dal diritto della famiglia al diritto delle persone: ritorno al futuro

IL DOTTORE  
**Rosamaria Tristano**

IL COORDINATORE  
**Chiar.mo Prof. Salvatore Mancuso**

IL TUTOR  
**Chiar.mo Prof. Antonello Miranda**

CICLO XXXVI  
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2024

Dal diritto della famiglia al diritto delle persone: ritorno al futuro

## Capitolo 1 - Famiglia e diritto

1. Diritto comparato e diritto di famiglia. Una premessa
2. Diritto di famiglia e comparazione
3. Peculiarità del concetto di famiglia tra definizioni e significati diversi
4. Le famiglie nel diritto: evoluzione e nuove realtà

## Capitolo 2 - L'evoluzione della famiglia in Europa tra *civil law* e *common law*: da famiglia a famiglie

1. Modelli di famiglia in Europa a cavallo del 2000: un'analisi sociologica
2. Modelli contemporanei di famiglia in Europa

## Capitolo 3 - Modelli familiari contemporanei nei sistemi di *common law* e *civil law*

1. La disciplina giuridica della famiglia tra *common law* e *civil law*
2. La struttura della famiglia nel modello di *common law*: l'ordinamento inglese
  - 2.1 Matrimonio e autonomia contrattuale dei coniugi
  - 2.2 Divorzio e autonomia dei coniugi nella crisi della famiglia
  - 2.3 *Family mediation* e procedimenti stragiudiziali
  - 2.4 *Civil partnership e cohabitation*
  - 2.5 La disciplina della filiazione e lo *status* di figlio
  - 2.6 Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata
3. La famiglia nei sistemi di *civil law*: l'ordinamento italiano
  - 3.1 Matrimonio e autonomia negoziale dei coniugi
  - 3.2 I tempi sempre più brevi del divorzio
  - 3.3 Mediazione familiare e altri procedimenti stragiudiziali
  - 3.4 Unioni civili e convivenze
  - 3.5 La disciplina della filiazione e lo *status* di figlio
  - 3.6 Maternità surrogata e tecniche di fecondazione assistita

Capitolo 4 - Dalla famiglia alle persone: considerazioni conclusive sulla riscoperta dell'autonomia privata nei rapporti familiari

1. Lo sviluppo della disciplina delle relazioni familiari: la privatizzazione della famiglia nell'ordinamento inglese
2. Lo sviluppo della disciplina delle relazioni familiari: la privatizzazione della famiglia nell'ordinamento italiano
3. Quali prospettive per la disciplina italiana delle relazioni familiari? La riscoperta del diritto privato tra spinte innovative e radici tradizionali
4. Ipotesi e limiti per una ritrovata autonomia privata familiare

Bibliografia

## Capitolo 1

### Famiglia e diritto

#### 1. – Diritto comparato e diritto di famiglia. Una premessa

Uno studio sulle norme che oggi regolano i rapporti familiari e sulla loro possibile evoluzione non può non tenere conto della peculiarità della famiglia, che inevitabilmente si ripercuote sulle scelte normative compiute dai diversi ordinamenti.

Al di là delle definizioni e interpretazioni elaborate nel tempo, infatti, è innegabile che quello di famiglia sia un concetto composito e influenzato da una pluralità di fattori diversi, tanto da aver portato alcuni autori a sottolineare l'aspetto extra giuridico del diritto di famiglia, piuttosto che ad evidenziarne le radici liberali, che lo accomunano agli altri rami del diritto privato, ritenendolo un *“oggetto improprio per la scienza giuridica, la quale deve qui necessariamente contendersi il campo con la politica, la sociologia, la religione ecc.”*<sup>1</sup>.

Mai come negli ultimi decenni, l'evoluzione tecnologica e il progresso scientifico, così come l'abbattimento delle frontiere nazionali e la diffusione di fenomeni migratori, hanno influenzato le relazioni familiari, facendo emergere esigenze nuove.

Ciò ha messo in evidenza la complessità del rapporto tra le relazioni familiari e il diritto, che in ciascun sistema giuridico si connota in modo diverso in base all'approccio concretamente adottato, che determina la maggiore o minore aderenza delle sue regole alle esigenze concretamente manifestate a livello

---

<sup>1</sup> MARINI, G., MARELLA M., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 2014, 50-51.

sociale, sempre più variegata e legate all'individualità dei singoli membri della famiglia.

Ciò che principalmente differenzia il modo in cui gli ordinamenti si relazionano ai rapporti familiari ed ai processi di evoluzione scientifica, tecnologica e sociale che li influenzano è, essenzialmente, la linea di indirizzo, o per meglio dire la *policy*, che sottostà alle scelte compiute in merito alle regole da adottare.

Tale differenza, si manifesta concretamente non solo se si guarda alle innovazioni che i rapporti familiari hanno subito a causa del progresso scientifico, ma anche se si considera la crescente pluralizzazione e internazionalizzazione che caratterizza sempre di più la società moderna.

In altre parole, ciò può essere sintetizzato distinguendo tra ordinamenti che adottano un approccio remediale, che prevedono norme poste a tutela delle relazioni familiari nelle sole ipotesi in cui sia necessario un intervento di garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti, da ordinamenti che, al contrario, dettano norme che diano riconoscimento statale alle relazioni familiari, inquadrando in categorie giuridiche apposite al fine di regolarle e delinearne la struttura e le dinamiche evolutive, intervenendo dunque prolettivamente.

Alla luce di tale situazione, questo lavoro si prefigge l'obiettivo di analizzare il diritto di famiglia nell'ordinamento italiano, tendenzialmente riconducibile all'ultima tipologia descritta, anche considerando i diversi risultati raggiunti da altri sistemi, caratterizzati invece da un approccio remediale, al fine di individuare le prospettive di un suo possibile sviluppo, che tenga conto delle nuove esigenze e del contesto attuale, frutto delle recenti evoluzioni culturali, scientifiche e sociali.

A questo scopo, al diritto di famiglia italiano viene raffrontato quello inglese, caratterizzato da una tradizione giuridica e da un approccio alle relazioni familiari del tutto differenti, dove la personalità dell'individuo all'interno della famiglia, e dunque la sua autonomia, sono valorizzati e hanno un ruolo determinante nella regolamentazione giuridica delle relazioni familiari.

Tale confronto considera non solo la struttura dei sistemi e la loro evoluzione, ma è arricchito dalla considerazione di quei fattori socio-politici, storici e culturali che delineano l'identità e la tradizione di ciascuno di essi. Ciò consente di comprendere meglio l'adeguatezza delle regole alle esigenze sociali e, di conseguenza, la loro concreta efficacia.

## 2. – Diritto di famiglia e comparazione

La particolarità del diritto di famiglia ha fatto sì che esso venisse trascurato da parte della scienza comparatistica, che lo ha considerato poco appetibile, se non del tutto incompatibile con i propri metodi, a causa dell'eterogeneità dei diversi sistemi e dell'intreccio di elementi giuridici, tradizionali e culturali spiccatamente particolaristici.<sup>2</sup>

Secondo alcune interpretazioni<sup>3</sup>, infatti, il principale ostacolo riscontrato era proprio la dipendenza dei rapporti familiari e delle loro regole dalla morale e dalle credenze religiose di ciascun popolo e il loro stretto legame con scelte di natura

---

<sup>2</sup> Cfr. MARINI, G., MARELLA M, *op. cit.*, 50 e KRAUSE, H. D. *Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends – and Viceversa*, in Oxford Handbook of Comparative Law, cit., 1101.

<sup>3</sup> R. SALEILLES, *Rapport sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, Congrès de Paris, Paris, LGDJ, 1905, vol. 1, 9 sgg.; LAMBERT, E. *Comparative Law*, in *Encyclopedia of the Social Sciences*, 1937, 127-29

politica, che li rendeva “*invariabilmente, afflitti dai particolarismi nazionali, dunque tendenzialmente incomparabili*”.<sup>4</sup>

La comparazione giuridica, infatti, è stata a lungo legata all’idea dell’unificazione del diritto e, attraverso il raffronto formale delle regole poste nei diversi ordinamenti, ha cercato di individuare norme di diritto uniforme.<sup>5</sup>

Tutto ciò mal si conciliava con le caratteristiche del diritto di famiglia, che era ritenuto poco idoneo alla comparazione, se non addirittura incomparabile, a causa della sua marcata peculiarità<sup>6</sup> e dell’idea che il legame tra il diritto di famiglia e le tradizioni nazionali di ciascun ordinamento fosse troppo forte.<sup>7</sup>

Al pari di altre materie, anche il diritto di famiglia è stato oggetto di interesse per gli studi comparatistici fin dal primo Congresso di diritto comparato, tenutosi a

---

<sup>4</sup> MARINI G., MARELLA, M. *op. cit.* 51-52

<sup>5</sup> Cfr. GUTTERIDGE, H. C. *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, 1971, 173 s., che distingue tre fasi nell’elaborazione di un testo di diritto uniforme (*preliminary or exploratory stage, formulatory stage e operative stage*), tra cui la prima serviva ad un confronto preliminare tra le regole dei diversi ordinamenti ed era affidata alla comparazione.

<sup>6</sup> SALEILLES, R., *Rapport sur l’utilité, le but et le programme du Congrès*, Congrès de Paris, Paris, LGDJ, 1905, vol. 1, 9 sgg.; LAMBERT, E. *Comparative Law*, in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York 1937, 127-29; MARINI G., MARELLA, M. *op. cit.* 52. Ma cfr. anche LAMBERT, E. in *Le droit commun de la S.d.N – Ses organes actuels – Ses organes à venir*, pubblicato in *Mémoires de l’Académie Internationale de Droit Comparé*, I (1928), 126 ss.; in questo senso anche AUBIN, B. C. H., *Europäisches Einheitsrecht oder Intereuropäische Rechtsarmonie? Grundfragen einer europäischen Zusammenarbeit im Privatrecht*, in ZWEIGERT, K. (a cura di), *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen*, 1955, 45 ss., in part. 62, che vede nell’unificazione del diritto famiglia sostanziale, anche solo in ambito europeo “una speranza” (*als aussichtslos*).

<sup>7</sup> Per LAMBERT, E. *Le droit commun de la S.d.N – Ses organes actuels – Ses organes à venir*, in *Mémoires de l’Académie Internationale de Droit Comparé*, I (1928), 126 ss., cit. in CAGGIA, F., *Per un uso politico del diritto di famiglia comparato*, in *Comparazione e Diritto Civile* 1/2018, 3, il diritto di famiglia viene considerato “*dominio del diritto all’intimità nazionale, luogo di resistenza del particolarismo giuridico, un ambito in cui l’uniformazione non appare percorribile, e forse neanche auspicabile*”.

Parigi nel 1900<sup>8</sup>, nel cui programma figurava una sessione dedicata ai regimi patrimoniali della famiglia.

È stato osservato, ricostruendo i diversi approcci della scienza comparatistica alla famiglia, che *“l’analisi di tipo strutturalista, maggiormente incline a indagare le strutture profonde del diritto e perciò tale da cogliere e spiegare anche le ragioni e le dinamiche proprie dei legal transplants da sistema a sistema, ha fatto di tale fenomeno l’oggetto centrale dell’analisi comparatistica, ma forse anche per questo è rimasta sostanzialmente lontana dai temi del diritto di famiglia”*, mentre in quest’ambito, *“ha proliferato una metodologia di tipo funzionalista, più coerente con le presunte radici politico-sociologiche di tale disciplina e più interessata al tema del legal reform”*.<sup>9</sup>

Secondo la tesi funzionalista, il comparatista avrebbe il compito di perseguire un obiettivo politico, adottando gli strumenti ritenuti più idonei allo scopo. Questi andrebbero individuati attraverso un’indagine che consenta di individuare, in ciascuno degli ordinamenti presi in considerazione, quegli equivalenti funzionali posti per conseguirlo, per poi selezionare quello migliore o più adatto al caso.<sup>10</sup>

Peraltro, evidenziando la forte connotazione politica di questa ricostruzione, non è mancato chi ha sottolineato che gli anni di maggiore affermazione del metodo di comparazione funzionalista sono coincisi con quelli delle trasformazioni sociali che hanno caratterizzato la prima metà del Novecento.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> I materiali del Congresso di Parigi sono raccolti in *Congrès internationale de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 – Procès-verbaux des séances et documents*, Vol. 1-2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1905- 1907.

<sup>9</sup> MARINI G., MARELLA, M. *op. cit.* 51 e cfr. anche MARELLA, M., *Critical Family Law in Journal of Gender, Social, Policy & the Law*”, 19, 2, 2011.

<sup>10</sup> DAVID, R. *Le droit de la famille dans le code civil Ethiopien*, 1967.

<sup>11</sup> Cfr. MARINI G., MARELLA M. *op. cit.*



In quegli anni, le riforme normative emanate in molti paesi europei hanno offerto numerosi argomenti di analisi,<sup>12</sup> consentendo di osservare la generale tendenza dei sistemi di diritto di famiglia ad allontanarsi dai valori tradizionali e religiosi,<sup>13</sup> convergendo verso ideali di libertà, uguaglianza e laicità,<sup>14</sup> in risposta alla diffusione di esigenze di innovazione analoghe. L'emancipazione femminile, l'industrializzazione e l'affermazione dei diritti umani hanno portato i sistemi occidentali ad allinearsi lungo alcune direttive comuni in materia di famiglia, come il riconoscimento e l'affermazione dell'uguaglianza tra i coniugi, la parità di trattamento e di status dei figli legittimi e naturali e il divorzio non fondato sulla colpa.

La teoria funzionalista e l'idea dell'unificazione normativa come obiettivo ultimo della comparazione non sono mai state del tutto superate e sono ancora seguite da parte della scienza comparatistica, tanto da avere recentemente ispirato un più ampio progetto di creazione di un diritto privato europeo comune.

Nonostante il legislatore europeo abbia riconosciuto lo stretto legame della disciplina della famiglia con l'identità di ciascuno stato membro, dichiarandosi non competente in materia e limitandosi a regolare gli aspetti transnazionali dei rapporti familiari,<sup>15</sup> nel 2001 è stata creata la *Commission on European Family*

---

<sup>12</sup> Il processo è messo in evidenza da GLENDON, M. A. *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and West-Europe*, 1989.

<sup>13</sup> MÜLLER-FREIENFELS, W. *The Unification of Family Law* in *American Journal of Comparative Law*, vol. 16, 1968, 175 ss.

<sup>14</sup> Cfr. MARINI G., MARELLA M. *op. cit.*, 53-54; MARELLA, M. *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in *European Law Journal*, n. 12/2006, 78-79.

<sup>15</sup> Nonostante, di fatto, gli interventi normativi dell'Unione Europea sempre più spesso incidano sul diritto di famiglia, che è tradizionalmente di competenza degli Stati membri, essa gode, in base al principio di attribuzione contenuto nell'art. 5, par. 1, TUE, delle sole competenze che le sono state conferite dagli Stati e che sono codificate nei Trattati, e comunque, esclusivamente per la realizzazione degli obiettivi previsti dai Trattati stessi, come quelli individuati dall'art. 3 TUE, tra

*Law*, che ha riunito alcuni studiosi della materia con l'obiettivo di redigere un elenco di principi di diritto di famiglia europeo comuni a tutti gli stati membri, utile per fornire ai legislatori modelli di legge ispirati a criteri omogenei, in vista dell'armonizzazione delle norme interne in materia di famiglia<sup>16</sup>.

La *Commission* ha adottato un metodo di lavoro noto come *Better law*, improntato all'analisi degli ordinamenti dei diversi stati membri e all'individuazione, tra le loro norme, di quelle ritenute più efficaci e idonee a tutelare e perseguire gli obiettivi e gli interessi ritenuti comuni alle famiglie europee.

Il limite di questo metodo, e dunque dell'intero lavoro della *Commission*, tuttavia, sta nell'obiettivo difficoltà di individuare una regola che sia effettivamente migliore di altre.

Se anche in materia di contratti, proprietà e obbligazioni fosse efficacemente ipotizzabile un confronto tra le norme di ordinamenti diversi al fine di valutarne l'utilità e l'efficacia sulla base di elementi meramente, ciò lo sarebbe ancor meno in materia di famiglia. E anche ipotizzando di poter condurre un'analisi delle norme di diritto di famiglia dei diversi ordinamenti in maniera neutrale e senza influenze ideologiche e culturali<sup>17</sup>, non sarebbe comunque possibile essere

---

cui la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne, nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone. Tutte le competenze non espressamente attribuite nei Trattati all'Unione, come la regolamentazione dei rapporti familiari, spettano agli Stati membri. Cfr. HONORATI, C., *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia*, in BARIATTI, S., RICCI, C., TOMASI, L., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, 2007, pp. 3-45.

<sup>16</sup>Gli obiettivi e i metodi di lavoro di questa commissione sono spiegati in BOELE-WOELKI, K. *The principles of european family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, 1, 2002, 160 ss. oltre che nel volume *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di BOELE-WOELKI, K., 2003.

<sup>17</sup> La possibilità di una analisi imparziale non è generalmente condivisa e non mancano teorie secondo le quali le regole di diritto di famiglia sono troppo fortemente influenzate da fattori politici e che è proprio la politica a influenzare le scelte legislative in materia di famiglia. Cfr. BRADLEY, D. *Family Law and Political Culture*, 1996 e BRADLEY, D., *Family law*, in *Elgar*

altrettanto imparziali nella scelta della norma più efficace, e dunque astrattamente migliore.

L'efficacia delle norme di diritto di famiglia, infatti, non deriva solo dall'individuazione e dall'imposizione delle regole ritenute astrattamente più idonee e opportune, ma dipende inevitabilmente dalla loro capacità di essere condivise e percepite come utili a livello sociale e ciò dipende da fattori che non sono giuridici, bensì politici, culturali, religiosi, geografici, che non possono essere valutati in termini di astratta efficienza, senza calarli in un contesto concreto.

In altre parole, quand'anche il diritto di famiglia, di fronte a sollecitazioni di rinnovamento analoghe, tendesse a convergere verso soluzioni normative simili, diffuse attraverso fenomeni di circolazione e imitazione, ciò non basterebbe per legittimare l'idea che tali norme siano "migliori" di altre e possano dunque essere applicate a livello generale, come principi uniformi, con esiti positivi.

Il successo di un determinato modello in uno o più sistemi, infatti, non dipende dal fatto che esso sia, semplicemente, "migliore", bensì dalla sua capacità di intercettare le esigenze di rinnovamento per come specificamente e concretamente percepite a livello sociale in ciascun ordinamento; dunque l'applicazione generalizzata del medesimo principio, seppure recepita con successo in alcuni ordinamenti, in altri verrebbe avvertita come l'imposizione di una regola forse

---

*Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di SMITS, J. M., 2006, pp. 259 ss. Secondo Bradley "*family law is political discourse*" e la natura della relazione tra il diritto di famiglia e l'ordinamento cui appartiene è strettamente politica, poiché esso opera come strumento del legislatore per la realizzazione di obiettivi politici e di politica del diritto, ed è in questa chiave che vanno analizzati e spiegati i fenomeni circolatori.

anche comprensibile, ma non per questo automaticamente percepita come giusta, e pertanto non applicata e seguita in concreto.

Le norme di diritto di famiglia, infatti, non possono essere utilmente trapiantate in base alla loro efficienza o idoneità nel perseguire l'obiettivo di tutela preposto, poiché sono destinate a operare in contesti che, per quanto vicini e simili, presentano peculiarità tali da richiedere un approccio diverso a fenomeni ed esigenze uguali.

In altre parole, anche e soprattutto in materia di famiglia, il solo fatto che due ordinamenti contemplino istituti o regole analoghe non implica automaticamente che siano tali anche i loro presupposti e che le norme di uno possano indistintamente applicarsi all'altro, e viceversa.

Alla luce di queste osservazioni, l'idea di una possibile armonizzazione dei sistemi di diritto di famiglia europei che non tenga conto delle peculiarità di ciascun sistema, rischia di ridursi ad uno sterile tentativo di ingegneria giuridica, che trascuri del tutto aspetti fondamentali quali l'influenza di fattori sociali, culturali, tradizionali, per basarsi esclusivamente sull'individuazione delle regole funzionalmente più efficaci.

L'idea che i sistemi di diritto di famiglia possano essere armonizzati attraverso l'applicazione di regole uniformi è stata criticata, osservando l'erroneità delle sue premesse e, in particolare, l'inevitabile assenza di legittimazione che sconterebbe una regola introdotta in un ordinamento solo perché più efficace nel suo ordinamento di origine.

Ciò non vuol dire che il particolarismo dei sistemi di diritto di famiglia ne impedisca la circolazione, adattandosi a ordinamenti diversi da quelli in cui hanno

origine; tuttavia, la giustificazione di tale fenomeno non può limitarsi al fatto che la regola trapiantata sia “migliore” rispetto alle sue omologhe, ma deve fondarsi anche sulla considerazione dei motivi che si celano dietro la sua efficacia e della possibilità che, in un contesto diverso, essa possa essere recepita positivamente e ottenere i medesimi risultati.

Un approccio più recente all’argomento è quello adottato nell’ambito del *Common Core Project*, portato avanti già dagli anni ’90 dapprima in materia di *contract, tort, e property*, ma successivamente esteso anche ai rapporti familiari e in particolare, ai *duties of care and duties of cash*.

Il progetto mira ad analizzare questi aspetti del diritto di famiglia in ciascun sistema, ma non con l’obiettivo di imporre i principi ritenuti migliori, bensì per rilevare quel nucleo di elementi comuni verso cui i sistemi convergono spontaneamente, senza però trascurare le singole peculiarità e gli elementi di divergenza.

Il punto di partenza dei lavori condotti nell’ambito di questo progetto è l’osservazione di come sistemi differenti adottino spesso modelli giuridici analoghi in materia di relazioni familiari, che però trovano diversa applicazione in concreto, e di come l’enunciazione delle regole e la loro applicazione pratica, il noto binomio *law in the books and law in action*, spesso non coincida. Alla luce di ciò, partendo dall’analisi della struttura dei sistemi e dei loro meccanismi di funzionamento, si è cercato di individuare quali sono i fattori che portano a tali circostanze, non per individuare quale regola funzioni meglio degli altri, bensì per riconoscere quali sono quegli elementi comuni, un *common core* appunto, che

fanno sì che una regola mantenga la sua efficacia anche se applicata in sistemi diversi.

Sulla base di queste considerazioni, ad un'analisi che si concentra sullo studio della struttura e sul raffronto formale dei diversi ordinamenti e delle loro norme, o ad una funzionalistica, che mira all'uniformazione normativa e si ferma ad osservare le norme e i loro scopi senza indagare le peculiarità del contesto all'interno del quale operano,<sup>18</sup> si è affiancata una concezione più moderna, che studia con particolare interesse la materia delle relazioni familiari.

Quest'ultima si fonda sull'idea che lo scopo della comparazione sia, oltre all'imprescindibile studio della struttura dei sistemi presi in esame, la loro comprensione e la conseguente capacità di valutare i fenomeni circolatori, individuandone le motivazioni e spiegandone gli esiti alla luce dell'analisi del contesto economico, sociale e politico che li caratterizza.

Nello studio della struttura dei sistemi, si è da anni affermata la teoria dei formanti, ampiamente seguita e fondata sull'idea che, ai fini della comparazione, giochi un ruolo essenziale l'individuazione di quelle componenti fondamentali, esplicite, cioè legge, giurisprudenza e dottrina, e implicite, i cosiddetti crittotipi<sup>19</sup>,

---

<sup>18</sup>MIRANDA, A., *The Bleeding of Legal Rules Between Rights and Limits, in the Age of Migration Flows and the Crisis of the Nations*, in COLOMBO, G. *Hybridizations, Contaminations, Triangulations: itineraries in Comparative Law Through the Legal Systems of Italy and Japan*, special issue of *The Italian Law Journal*, 2018, 23.

<sup>19</sup> Secondo Sacco "alcuni formanti del diritto nascono già verbalizzati, ossia enunziati mediante parole (ad esempio, la definizione dottorale nasce verbalizzata); ma altri non vengono espressi. Questi modelli impliciti, la cui importanza è immensa, possono dirsi crittotipici o inferenziali". "Le regole non verbalizzate hanno un'importanza centrale nel diritto. Esse vengono percepite e trasmesse da una generazione di giuristi a quella successiva, così come vengono trasmesse e custodite le regole di una società tradizionale. Il portatore della regola non verbalizzata suole trovarla «ovvia» e non trova facile liberarsene nel corso del ragionamento giuridico. L'insieme dei crittotipi che dominano in un dato ambiente incide in modo rilevante sulla «mentalità» dell'ambiente in questione." Cfr. SACCO R., GAMBARO A., *Sistemi giuridici comparati*, 2010, 6-7.

in base alla quali ogni sistema si sviluppa e nelle quali può essere scomposto, che consente di delinearne la struttura in base all'analisi del modo in cui essi si manifestano e si relazionano tra loro<sup>20</sup>.

Alla teoria della scomponibilità in formanti degli ordinamenti, si accompagna poi quella secondo la quale lo studio dei sistemi non può limitarsi a guardare alla loro struttura, ma deve anche indagare i fenomeni circolatori che hanno fatto sì che determinate regole, tipiche di un sistema, vengano adottate anche da un altro.<sup>21</sup>

Secondo la teoria dei trapianti giuridici sono proprio questi fenomeni di circolazione a determinare l'evoluzione del diritto, che si svilupperebbe dunque attraverso un meccanismo di imitazione che *“non dipende tanto da qualità intrinseche dell'ordinamento o del modello imitato, quanto dalle strategie e dai problemi del sistema che imita”*<sup>22</sup>, e che dunque non può non essere studiato senza

---

<sup>20</sup>Secondo la teoria dei formanti, elaborata da Rodolfo Sacco, *“la comparazione non può (...) fare a meno di analisi giuridiche che procedano distinguendo, ossia dissociando, i vari formanti”*, ossia quei *“vari tipi di regole e di proposizioni”* che *“vengono tenuti distinti nel discorso del giurista, il quale parla di regole legali, proposizioni dottrinali, regole giurisprudenziali ecc.”* e che coesistono negli ordinamenti. Cfr. SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, 1990, 50-51. Secondo sacco, infatti *“La pura legge non è tutto il diritto. La pura definizione dottrinale non è tutto il diritto. La pura massima non è tutto il diritto. Ma nemmeno la serie esaustiva di tutte le ragioni del decidere non è tutto il diritto. Per vedere tutto il diritto bisogna dare dimensioni e collocazione appropriata ad ognuna di queste figure – legge, definizione, ragione, massima, ecc. – Bisogna cioè accettare la presenza di tutti i formanti dell'ordinamento, e ridurre ognuno di essi alle dimensioni che gli competono, senza illusioni ottiche capaci di far vedere ingrandite le figure più generali (definizioni d'insieme) e di nascondere le regole di dettaglio, ma anche senza errori di prospettiva che rendano invisibili le figure più astratte.”* Cfr. SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, 1990, 60 ss. Cfr. anche SACCO R., GAMBARO A., *Sistemi Giuridici Comparati*, 2010, 4, SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, 1992, 57 ss., SACCO, R. *Legal formants. A dynamic approach to comparative law*, in 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, I, pp. 1-34; R. SACCO, *Legal formants. A dynamic approach to comparative law*, in 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, II, pp. 343-401.

<sup>21</sup> La teoria dei trapianti giuridici si fonda sul concetto di *legal transplants*, definiti *“as the moving of a rule or a system of law from one country to another, of from one people to another”* da Alan Watson. Essi hanno ad oggetto *“rules -not just statutory rules- institutions, legal concepts and structures that are borrowed, not the spirit of the legal system”* che circolano da un sistema all'altro. Cfr. WATSON A., *Legal transplants*, 1974, 21 e WATSON A., *Legal transplants and European Private Law Ius Commune Lectures on European Private Law*, 2, 2000.

<sup>22</sup> MIRANDA, A., *Trapianti giuridici, circolazione dei modelli e persistenza della norma: l'insegnamento di Alan Watson*, in MIRANDA, A., *Diritto e tradizione. Circolazione, decodificazione e persistenza delle norme giuridiche*, 2004, 17.

conoscere non solo la struttura, ma anche la tradizione giuridica dei sistemi presi in considerazione.

La comparazione, in quest'ottica, ha dunque il compito di *“suggerire e di individuare nell'ordinamento giuridico i trapianti, di stabilirne la provenienza, di ricostruirne la genesi e controllarne l'esattezza dei presupposti rispetto all'ordinamento donante, di comprenderne e di valutarne i modi, i motivi e gli effetti, alla luce di una data tradizione giuridica, anche per poterne giudicare esattamente l'impatto e quindi, in definitiva, per potere offrire una ricostruzione più puntuale e completa del proprio sistema giuridico”*<sup>23</sup>.

Il trapianto di un modello, infatti, non necessariamente ne contempla interamente ogni elemento e presupposto, ma avviene spesso in modo parziale, quasi creativo, poiché può riguardare un formante piuttosto che un altro e manifestarsi, ad esempio, nell'adozione della regola normativa di un ordinamento, ma non anche dell'interpretazione giurisprudenziale che, nel sistema di origine, la accompagna.

In materia di relazioni familiari la principale difficoltà avvertita è quella dell'inefficacia delle norme adottate per regolarle, troppo frequentemente poco utili a colmare le lacune aperte dall'evoluzione sociale e a rispondere alle istanze di rinnovamento avvertite, e ciò, molto spesso, dipende proprio dalla trasposizione di un modello straniero il cui trapianto viene eseguito in modo parziale o impreciso, all'esito di scelte incaute dei governi e dei legislatori, spesso dovute a ragioni politiche, o semplicemente a errori di interpretazione o ad una diversa percezione delle regole normative<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> MIRANDA, A., *op. cit.*, 17.

<sup>24</sup> Non a caso è stato sostenuto che *“rules of private law have been and are in large measure out of step with the needs and desires of society”* cfr. WATSON A., *Society and legal change*, 1977.



Affinchè un fenomeno circolatorio abbia buon esito, infatti, non può non considerarsi, oltre al contesto da cui il modello trapiantato proviene e dove si applica con successo, anche quello cui è destinato, con le sue esigenze e caratteristiche.

Diventa dunque centrale, nella comparazione, non solo l'analisi della struttura dei sistemi e delle loro peculiarità, ma anche lo studio delle scelte legislative che sono state compiute per arrivare alla loro configurazione.

La comprensione delle ragioni che hanno spinto ad adottare una regola straniera, trapiantandola nel proprio sistema, può infatti spiegare qual era l'obiettivo perseguito dal legislatore e valutarne l'efficacia e le possibilità di successo.

Sul punto, non sono mancate teorie che, concentrandosi sul concetto dell'efficienza delle norme e del loro trapianto, hanno guardato all'analisi economica, e in particolare alla *system dynamics*<sup>25</sup>, per approfondire i meccanismi che la determinano.

In particolare, è stato osservato come spesso il successo di un trapianto sia determinato dalla convinzione diffusa che esso possa portare ad un miglioramento della qualità della vita e cioè, per semplificare, che piaccia.

Infatti *“ci sono cose che «piacciono» e sono considerate «belle» in relazione ad un dato gruppo sociale. Ecco che, venendo al dato giuridico, ritorna prepotente il concetto di tradizione giuridica”* poiché *“il contesto sociale è anche contesto giuridico e il background culturale in senso lato di una società influisce sul comportamento dei singoli e sulla loro percezione della «quality of life» a*

---

<sup>25</sup> La *system dynamics*, cioè una metodologia di studio volta alla comprensione del comportamento dei sistemi complessi nel corso del tempo è dettagliatamente spiegata in VON BERTALANFFY L., *General system theory. Foundations, development, applications*, 1969.

*prescindere dal fatto che si sia cittadini o sudditi o appartenenti a questa o a quella nazione o stato*".<sup>26</sup>

Mai come in materia di famiglia, dunque, è necessario combinare l'analisi di un sistema e della sua struttura con l'attenzione alla sua tradizione giuridica, cioè a quell'insieme di comportamenti e valori che, in un determinato contesto storico, viene spontaneamente condiviso da uno specifico gruppo sociale, a prescindere dalla sua imposizione.

Solo questa compatibilità con la tradizione giuridica, e non la mera scelta politica di adottare un determinato modello, può portare alla sua effettiva applicazione in concreto, e dunque al successo del suo trapianto, ed evitare che le norme imposte vengano di fatto ignorate dalla popolazione, di cui non riescono a soddisfare le istanze.

È stato osservato, infatti, che la comparazione non può avvenire solo in modo diretto, attraverso il raffronto delle *"manifestazioni esteriori della vita giuridica"*<sup>27</sup> degli ordinamenti, ma deve anche *"ammettere che in essi v'è sempre un elemento concettuale, non arbitrario, indipendente dalla volontà e dal potere degli operatori del diritto, in qualunque posizione si trovino, frutto invece del loro sapere giuridico"*.<sup>28</sup>

Secondo tale ricostruzione il diritto *"sta dunque nel pensiero, nelle argomentazioni, ovunque si presentino e chiunque ne sia l'autore – legislatore, giudice, uomo di scienza – da cui tali fatti ricevono la loro qualità di elementi coordinati d'un sistema egualitario"* e *"se si parte dall'idea che il diritto è*

---

<sup>26</sup> MIRANDA A., *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni* in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2018, 18 ss.

<sup>27</sup> RAVÀ, T. *Introduzione al diritto della civiltà europea*, 1982, 50.

<sup>28</sup> RAVÀ, T. *Introduzione al diritto della civiltà europea*, 1982, 52.

*un'opera umana che riflette per sua natura l'umanità di chi vi attende, esso non può essere opera soltanto del potere, né può venir ricercato soltanto negli atti legislativi, nelle sentenze dei giudici o nelle opere di scienza che danno conto degli uni e delle altre".<sup>29</sup>*

Una analisi comparatistica completa, dunque, sarebbe effettivamente *“possibile soltanto se si accetta l'idea che il diritto non è un fatto unilaterale di chi pone la norma, bensì un rapporto tra costui e il destinatario della norma; che esso suppone tanto l'atto di emissione della norma, quanto l'atto di ricezione” e “mentre il contenuto del comando, il provvedimento, dipende unicamente dalla volontà del legislatore e può variare all'infinito secondo tale volontà, la definizione dei fatti giuridicamente rilevanti e dei loro effetti giuridici e quindi dei tipi di rapporti di dovere e potere, viene adoperata dal legislatore e dal giudice per disporre e per decidere, ma sfugge alla loro volontà, perché tale definizione può essere soltanto esatta o inesatta, vale a dire coerente o non coerente col sistema: è l'espressione della cultura giuridica – del senso d'uguaglianza – della società umana cui appartiene.*<sup>30</sup>

Quest'idea della comparazione come *“esame comparato del sapere giuridico dei popoli”*<sup>31</sup> si adatta particolarmente bene allo studio della disciplina dei rapporti familiari. Questo infatti non può ridursi all'analisi di norme, provvedimenti giurisdizionali e ricostruzioni dottrinali, ma deve necessariamente tenere conto degli elementi culturali, sociali e tradizionali che li connotano e che, inevitabilmente, ne influenzano anche la ricostruzione giuridica.

---

<sup>29</sup> RAVÀ, T. *Introduzione al diritto della civiltà europea*, 1982, 50.

<sup>30</sup> RAVÀ, T. *Introduzione al diritto della civiltà europea*, 1982, 51.

<sup>31</sup> RAVÀ, T. *Introduzione al diritto della civiltà europea*, 1982, 52.

I sistemi, infatti, non differiscono solo perché al loro interno i formanti si esplicano e dialogano in modo diverso, ma ancor prima perché differisce la loro tradizione giuridica e culturale e, di conseguenza, anche il loro stesso modo di intendere, definire e comprendere in senso giuridico i rapporti familiari.

Non sempre, dunque, le differenze tra ordinamenti si manifestano esteriormente, ma frequentemente le loro divergenze più evidenti sono frutto di differenze più profonde e non esplicitate direttamente.

Un esempio, meglio approfondito nelle pagine successive, è proprio quello della differenza tra la disciplina delle relazioni familiari nel sistema italiano e in quello inglese, che deriva prima di tutto dalla loro connotazione pubblicistica, nel primo, e negoziale, nel secondo, da cui discende il diverso modo in cui giurisprudenza, legge e dottrina li hanno affrontati.

Il diritto di famiglia, oggi, si pone dunque nel panorama scientifico come una materia di particolare interesse per i comparatisti che, superata ormai l'iniziale diffidenza, possono meglio di altri coglierne la complessità e approfondirne non solo gli aspetti prettamente giuridici, ma anche quelli legati a fattori sociali, culturali, economici, consentendo di raggiungere quella visione d'insieme necessaria per valutare le direzioni del suo futuro sviluppo e comprendere fino a che punto la circolazione di un modello straniero possa avere esiti positivi, grazie alla conoscenza delle tradizioni sottese a ciascun ordinamento.

### 3. – Peculiarità del concetto di famiglia tra definizioni e significati diversi

I primi, fondamentali, interrogativi da porsi nello studio della disciplina delle relazioni familiari sono quelli su cosa sia la famiglia e, successivamente, quale sia il suo rapporto con il diritto, dunque quale sia il suo significato in senso giuridico. Poiché quello di famiglia è un concetto intimamente radicato in ogni individuo, descriverlo può sembrare, a un primo sguardo, fin troppo semplice, anche solo attingendo alle proprie esperienze e al proprio vissuto personale; al contrario, invece, è un concetto complesso e ricco di sfaccettature diverse, di cui non è agevole dare una definizione onnicomprensiva, che non si limiti a coglierne solo alcuni, specifici aspetti.

Proprio per questo le definizioni di famiglia sono numerose e diverse, poiché ben più di altri fenomeni essa è stata oggetto di studio nei più disparati ambiti scientifici e quasi tutte le scienze umane, dalla sociologia alla biologia, l'hanno analizzata, enucleandone gli elementi e classificandone, sulla base di diversi criteri, diverse tipologie.

Volendo però ricercare una definizione generale, comune a tutte le categorie individuate dalle diverse discipline scientifiche, è necessario ricostruire il concetto di famiglia a partire dall'unico elemento distintivo che è tipico di ogni sua forma, cioè l'interazione tra individui fondata su un legame affettivo.

Ciò che contraddistingue veramente la famiglia, infatti, è il rapporto affettivo che si instaura tra più persone, in contrapposizione all'idea di solitudine<sup>32</sup>.

Non a caso, in senso generale, si può dire che la famiglia sia *“una comunità umana, diversamente caratterizzata nelle varie situazioni storiche e geografiche,*

---

<sup>32</sup> Cfr. AUTORINO, A. *Profili Evolutivi Del Diritto Di Famiglia (Per Un'introduzione Storico-Sistemica)* in *Comparazione e diritto civile* 2, 2018, 14.

*ma in genere formata da persone legate fra loro da un rapporto di convivenza, di parentela, di affinità*<sup>33</sup> o, per dirla con le parole della Costituzione, una “*società naturale*”.

Quello di comunità è dunque l'unico elemento sempre presente quando si parla di famiglia, ma il concetto viene poi volta per volta caratterizzato in modo diverso in base all'influenza di fattori socio-culturali tipici di ciascun contesto.

Proprio la diversa combinazione e interazione di questi fattori rende la famiglia una realtà dinamica, suscettibile di variazioni nel tempo e nello spazio e capace di assumere forme diverse. E tutto ciò, oltre a rendere più articolato il lavoro descrittivo e classificatorio dello scienziato, complica anche il lavoro del giurista.

Per stabilire quando sia applicabile il diritto di famiglia, infatti, è necessario prima stabilire cosa sia o non sia famiglia in senso giuridico, dunque enucleare gli aspetti giuridicamente rilevanti del rapporto tra individui che si crea nella comunità familiare.

La peculiarità del diritto di famiglia, infatti, è quella di occuparsi di fattispecie che non hanno un'originaria connotazione giuridica e che il diritto non definisce e, in un certo senso, non può utilmente definire: la dinamicità della famiglia, infatti, mal si concilia con i tempi del diritto e con i criteri di certezza e stabilità cui questo, soprattutto nella concezione europea occidentale, si ispira.

La prima criticità del diritto di famiglia, dunque, è il precoce invecchiamento delle sue norme che, con i mutamenti dovuti all'evoluzione della società, diventano obsolete o incomplete, restando legate a concetti ormai superati.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> “Famiglia”, in Treccani.it – Enciclopedie on line, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

Basti pensare all'esempio italiano, dove, superato il dato meramente letterale, la famiglia non è più solo quella "*fondata sul matrimonio*" richiamata dalla Costituzione, ma anche all'unione di una coppia di persone dello stesso sesso fondata su vincoli affettivi, i cui rapporti personali ed economici vengono espressamente formalizzati in un accordo, o all'unione di due persone che fondano la loro relazione sul reciproco consenso, a prescindere dalla forma in cui questo venga manifestato.

Queste e altre fattispecie si sono sviluppate come aggregazioni sociali spontanee e sono rimaste per lungo tempo prive di regolamentazione giuridica, creando la necessità di prendere atto della loro esistenza e rilevanza giuridica per adeguare il diritto di famiglia alla realtà sociale.

Il conseguente ampliamento della portata del concetto di famiglia, i cui confini sono stati ridisegnati fino a ricomprendere nuove fattispecie, ha fatto sorgere esigenze ancora non contemplate dalle norme esistenti in materia; e ciò ha fatto sì che quello che era stato per secoli un concetto statico, dunque ben definito e ben definibile anche in termini giuridici, diventasse sempre più elastico, sfuggendo a classificazioni e categorizzazioni giuridiche precedenti o, a volte, ponendosi anche in contrasto con esse.

Ciò dipende, a sua volta, dal fatto che molti dei fattori di innovazione non solo erano sconosciuti, ma non erano nemmeno minimamente immaginabili al tempo in cui sono stati disciplinati i rapporti familiari. E, venendo dunque a mancare gli strumenti giuridici per affrontare queste novità e le loro conseguenze, i sistemi

---

<sup>34</sup> Quelle "*incrostazioni*" che "*in un diritto moderno dovrebbero senz'altro essere eliminate*", cfr. ALLARA, M. *La crisi dell'attività normativa dello Stato*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, 1970, p. 399.

giuridici hanno inevitabilmente ignorato realtà che, pur essendosi affermate a livello sociale, non rientravano nelle categorie giuridiche esistenti.

È stato - ed è - necessario, dunque, ripensare il diritto di famiglia, non solo dando riconoscimento giuridico ai nuovi modelli familiari che si sono diffusi e attribuendo loro diritti e tutele, ma, nel farlo, prendendo atto della loro novità e differenza rispetto alla concezione tradizionale di famiglia, i punti di contatto con la quale non possono, comunque, essere del tutto persi di vista.

La scarsa aderenza<sup>35</sup> di molte norme di diritto di famiglia alla realtà, come uno “scollamento”, è infatti sempre più evidente e accentuata, soprattutto se si pensa alle trasformazioni del mondo contemporaneo, in cui, da un lato, internet e la tecnologia hanno facilitato la comunicazione e la diffusione di informazioni e, dall’altro, fattori economici, storici e politici hanno reso sempre più frequenti e facili gli spostamenti di individui, beni e servizi da una parte all’altra del mondo.

Tutto ciò ha determinato un vero e proprio abbattimento delle frontiere e una commistione di usi, rapporti e comportamenti in parte interamente originali e in parte trapiantati da altre tradizioni e culture o ibridi di realtà e usi diversi.

Tra tutti questi fattori di innovazione, hanno giocato un ruolo particolarmente rilevante le recenti scoperte scientifiche in campo biologico, che hanno consentito una maggiore conoscenza dei meccanismi della vita umana, consentendo di

---

<sup>35</sup> Già Alan Watson osservando il fenomeno parlava di “*divergence*”, affermando che “*there is a divergence in the sense in which I am using the term when the legal rule, principle or institution is inefficient for its purpose in satisfying the needs of the people or the will of its leaders and when a better rule could be devised, and when both the inefficiency and the possibility of marked improvement are known to the persons concerned. Divergences appear in many shapes and sizes and might be classified in various ways whether in terms of how they come into existence or the effect they have upon the legal system or upon society in general. [...] Ad for their effect upon society in general this is basically either to produce a result different from what society could wish or need or, whatever the end results, to increase unnecessarily the economic cost*” in WATSON, A., *Society and legal change*, 2001 p. 5.



prolungarne la durata e rivoluzionando il rapporto dell'uomo con la procreazione, rendendolo capace di controllarla, di aumentarne le possibilità e di replicarla artificialmente.

Ciò ha avuto, come si vedrà più avanti, notevoli ripercussioni anche in campo giuridico e ha aperto nuovi scenari in materia di genitorialità e filiazione, stravolgendo le relazioni familiari e lasciando spazio a possibilità nuove che, essendo lontane dai concetti giuridici esistenti, sono difficili, se non impossibili, da regolare sulla base delle categorie tradizionali del diritto di famiglia.

In un certo senso, di fronte alla mutevolezza della famiglia e alla sua sensibilità a fattori di influenza diversi, si può dire che la posizione del diritto sia quella di un costante inseguimento<sup>36</sup> e non è un caso che il diritto di famiglia, in Italia come in altri sistemi occidentali, sia più frequentemente soggetto a riforme e modifiche rispetto ad altri ambiti del diritto privato, oltre ad essere uno dei pochi per i quali non è stato possibile realizzare un *corpus* completo e organico di norme<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Appare particolarmente calzante il richiamo al paradosso dell'esploratore in DE AGUIRRE, C. M. *The Evolution of Family Law: Changing the Rules or Changing the Game*, in *Brigham Young University Journal of Public Law*, 30, 2, 2016, 239 e ss. che racconta di "an explorer wants to reach the North Pole driving his dogsled. On the first day, before beginning his journey, the explorer checks the direction with his compass and begins to move at a high speed on a snowy frozen ground towards the north. He stops every three hours and verifies the direction of his trip with the compass. Each and every time, after reassuring himself that he is heading north, he notices that he is further from the North Pole than he was at the beginning of the day. At the end of the day - after twelve hours of exhausting effort during which he has continually travelled north - he is further from the North Pole than he was in the morning. How is this possible? To solve this paradox, one has to adopt a different perspective. From a birds-eye-view, we would be able to notice that the explorer is making his journey on a very huge iceberg, which is going to the south faster than he is able to go to the north in his dogsled." Secondo l'autore "to better understand the reasons for this crisis of the family, and for Family Law, we have to gain perspective; all the social and public efforts relating to family life are based on incorrect assumptions about family and human relations. We are devoting substantial efforts to peripheral family issues, but we are failing in the way we, as a society, are dealing with the core aspects of family life. It is therefore imperative to completely rethink the way our western societies are dealing with sex, marriage, and family".

<sup>37</sup>Non a caso, anche il *Common Core Project* (cfr. *infra*), si è inizialmente interessato ad altri aspetti del diritto privato, per focalizzarsi solo in un secondo momento sul *family law*.

Di fronte a questo quadro, l'approccio degli ordinamenti ai rapporti familiari risulta spesso inadeguato e non riesce a fornire una regolamentazione efficace di un fenomeno così dinamico e mutevole.

Il distacco tra la famiglia per come definita dalle norme giuridiche e la famiglia per come effettivamente percepita dalla società e manifestata nella vita reale, infatti, aumenta progressivamente e ciò rende auspicabile ripensare la struttura e i meccanismi del diritto di famiglia per conciliare l'esigenza di certezza delle regole, con quella dell'efficacia e concretezza della tutela.

Tale problema, tuttavia, è maggiormente avvertito nel sistema italiano e in quelli continentali, ad esso simili, mentre è stata affrontata con maggiore successo nei sistemi di *Common law*, come quello inglese.

Le ragioni di questa differenza vanno ricercate nell'approccio dei due sistemi, che si distinguono e hanno una diversa tradizione giuridica, che si riflette in metodi e scelte differenti, anche nell'approccio alle relazioni familiari e alla loro evoluzione.

Il sistema inglese, tradizionalmente, è un sistema remediale e pratico, tanto da poter dire che *“la misura della sua forza è data dalla portata della sua concreta incidenza”*<sup>38</sup>. Il diritto inglese, infatti, si fonda sull'apprendimento pratico, piuttosto che su principi teorici e ciò fa sì che, ferma restando la fondamentale

---

<sup>38</sup> CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, 2000, 22. Ma si vedano anche: HOLMES, O.W., *The Common Law*, 1881; JONES, J.W., *Historical introduction to the Theory of Law*, 1940; LAWSON F.H. *The rational strength of English law*, 1951; RADBRUCH, G., *Lo spirito del diritto inglese*, 1962; MAITLAND F.W., *The Constitutional history of England*, 1968; MILSON, S.F.C., *Historical foundation of the Common Law*, 1981; KIRALFY, A.K.R., *The English Legal System*, 1990; GELDART, W. *Elements of English Law*, 1991; HARDING, A., *A social history of English Law*, 1991.

rilevanza del dato normativo, la figura intorno alla quale il suo sviluppo e la sua evoluzione ruotano sia quella del giudice<sup>39</sup>.

Quest'ultimo, *“ritiene che la situazione reale sia sempre diversa da quella ipoteticamente immaginata, per cui, pur rimanendo pronto all'innovazione normativa ed aperto nel correggersi e modificarsi ogni volta che il caso lo richieda, preferisce aspettare che i fatti sopravvengano per risolverli con giudizi a posteriori”*<sup>40</sup>.

Di fronte ad una circostanza nuova, dunque, il giudice inglese elabora una regola nuova, ma lo fa non in modo arbitrario, bensì ricollegandosi alle regole già esistenti, che rinvia nei precedenti, *“considerando, per l'aggancio dell'operazione concettuale alla realtà, le ragioni che fanno distinguere il caso di oggi da quello o da quelli più affini presentatisi in precedenza”*.<sup>41</sup>

Quello inglese è dunque un sistema non solo aperto, ma anche e soprattutto remediale, che trova cioè impulso per la sua evoluzione nella necessità di risolvere i casi pratici che, concretamente, vengono posti.

Infatti, *“il giudice inglese, nel valutare il merito di una soluzione, si chiede non se questa sia astrattamente logica, ma «does it work?»: è, cioè, una soluzione che praticamente funziona, che risolve il caso sottoposto a giudizio?”*<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Cfr. LAWSON F.H. *op. cit.*, 29, che afferma che: *“the great strength of judge-made law is that it is the product less of a formal system of thought than of a diffused wisdom derived from the collective tradition of a profession and from long personal experience in the handling of legal problems”*.

<sup>40</sup> CRISCUOLI G., *op. cit.*, 22.

<sup>41</sup> CRISCUOLI G., *op. cit.*, 22.

<sup>42</sup> CRISCUOLI G., *op. cit.*, 23.

Diversamente l'ordinamento italiano, che come altri ordinamenti continentali ha ereditato i tratti della codificazione napoleonica, si fonda su un'idea di diritto che è teorica, fatta da regole e principi astratti espressi dalla legge, codificata e anticipatrice.

Come tutti i sistemi di *civil law*, anche quello italiano riconosce dal punto di vista formale l'assoluta supremazia della legge e dunque, a prescindere dalla loro rilevanza sociale, le fattispecie che questa non prevede rimangono prive di riconoscimento giuridico e dunque prive di tutela.

La diffusione di fattispecie non riconducibili alle norme esistenti e alle categorie e regole normativamente già poste, dunque, mette in crisi un sistema che, per definizione, si ritiene compiuto, e lo pone dinanzi a uno dei suoi principali limiti, cioè l'impossibilità di prevedere, effettivamente ed efficacemente, tutto.

Per combattere quella che si può definire una vera e propria obsolescenza normativa dei sistemi di *civil law*, fondati su norme fisse, diventa necessario adeguare le vecchie norme non solo ampliando la portata di quelle in essere attraverso un adattamento dei concetti esistenti, ma a volte anche affermando regole nuove per fattispecie nuove. Se è vero, infatti, che la difficoltà nell'approcciarsi a fenomeni innovativi e dirompenti può essere comprensibile, non è però giustificabile la permanenza di lacune e vuoti di tutela.

Ciò porta, però, come detto, ad un continuo inseguimento e a inevitabili fasi di transizione, facilmente appesantite e allungate da complicazioni politiche, che condannano ad una ricorrente, periodica, inadeguatezza normativa e alla perdurante assenza di regolamentazione di numerose fattispecie.

Proprio per questo, il diritto si trova sempre un passo indietro rispetto alla famiglia, che si estrinseca in forme impossibili da prevedere, e dunque ignorate dal legislatore.

Non è un caso ad esempio, che, come meglio approfondito più avanti, nell'ordinamento italiano, fattispecie come l'omogenitorialità, la genitorialità intenzionale, la maternità surrogata e la procreazione medicalmente assistita non abbiamo ancora trovato una regolamentazione normativa compiuta ed efficace o siano, addirittura vietate o ancora ignorate dal diritto, e solo parzialmente tutelate attraverso l'intervento, pur sempre limitato, della giurisprudenza.

I diversi approcci, remediale e prolettico, inoltre, si ripercuotono inevitabilmente nelle scelte normative e politiche dei due legislatori, e mentre quello italiano, cercando e non trovando risposta nelle leggi già codificate, ne emanerà altre, per regolare ogni nuova fattispecie, quello inglese cercherà la soluzione ai problemi che dovessero sorgere ispirandosi ai principi generali già assodati, ma senza perdere di vista le esigenze effettivamente emerse.

#### 4. - Le famiglie nel diritto: definizioni, evoluzione e nuove realtà

Le difficoltà definitorie che accompagnano il concetto di famiglia sono particolarmente accentuate in ambito giuridico. Come accennato, infatti, non tutte le relazioni e i rapporti instaurati e percepiti come familiari sono qualificabili come tali anche in senso giuridico.

In altre parole, non è raro che molte delle relazioni che vengono normalmente ritenute familiari in ambito sociale, non siano ritenute tali anche dal diritto e restino escluse dall'ambito applicativo delle regole del diritto di famiglia,

comportando un evidente disallineamento tra le esigenze concretamente avvertite e i diritti effettivamente riconosciuti.

Ciò dipende anche dal fatto che la struttura e l'organizzazione della società cambiano nel tempo e si evolvono anch'esse e dunque, parallelamente, cambia anche la percezione sociale della famiglia e dei suoi modelli.

Mentre ordinamenti e legislatori recepiscono e si adeguano alle esigenze della società, dunque, la società stessa cambia, insieme con le sue percezioni e istanze, discostandosi nuovamente dal dato normativo.

Tutto ciò appare evidente già ripercorrendo brevemente l'evoluzione della disciplina e della legislazione in materia di rapporti familiari, diversamente concepiti nel tempo<sup>43</sup>.

Inizialmente, il diritto romano riconosceva un modello parentale di famiglia, intesa come pluralità di soggetti sottoposta al potere del *pater familias* e avente origine nel matrimonio, frutto della instaurazione dell' *affectio maritalis* e cioè della situazione di fatto derivante dalla volontà di un uomo e una donna di essere marito e moglie, il cui venir meno faceva venir meno il matrimonio stesso.

L'idea di famiglia come entità parentale è rimasta tendenzialmente invariata nei secoli successivi, durante i quali le relazioni familiari e, in particolare, il matrimonio sono stati di competenza prettamente esclusiva della Chiesa.

---

<sup>43</sup> Sull'evoluzione storica del diritto di famiglia cfr. SALVI, C. *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 26, 2008, 4, 559-570; UNGARI, P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, 2002; DIURNI, A. *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. famiglia*, 36, 2007, 3, II, 1397- 1431; QUADRI, E. *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Dir. e giur.*, 118, 2003, 1, 267-277.

Solo con la rivoluzione francese e la codificazione napoleonica si è avuta una svolta e il matrimonio e le relazioni familiari sono state laicizzate e disciplinate, acquisendo maggiore rilevanza giuridica ed entrando a far parte di quei rapporti privati regolati e preordinati dall'ordinamento statale.

Il paradigma di famiglia dettato dal codice civile francese è rimasto comunque caratterizzato dall'idea della famiglia come nucleo unitario, nascente unicamente dal vincolo matrimoniale, i cui componenti, moglie e figli legittimi, erano sottoposti all'autorità del capo famiglia. Inoltre, mantenevano la loro rilevanza la volontà e il consenso delle parti, tanto che il matrimonio era considerato un contratto<sup>44</sup> e, in quanto tale, ne era originariamente prevista la possibile risoluzione, cioè lo scioglimento conseguente al divorzio, espunto dalla disciplina solo con la Restaurazione e, per questo, non presente in altre codificazioni ottocentesche ispirate a quella napoleonica né nel codice italiano del 1865.

La connotazione negoziale del matrimonio è sopravvissuta, rappresentando quasi una risposta laica al matrimonio cattolico e diventando, in Italia e in molti ordinamenti continentali, il simbolo della distinzione tra dimensione politica e sfera religiosa, tipica dell'ideologia liberale e separatista post rinascimentale.<sup>45</sup>

L'unica differenza, nel panorama europeo, rimaneva quella del *Common law* inglese, frutto di un percorso peculiare e mai coinvolto dai fenomeni di

---

<sup>44</sup> Per la Costituzione francese del 1791, il matrimonio è un contratto, indipendente dalle convinzioni religiose dei nubendi, che ha fine con il divorzio. Allo stesso modo, il Codice napoleonico del 1804 afferma che “*la loi ne considère pas le mariage que comme un contrat civil*”.

<sup>45</sup> Emblematica è l'idea di una “*libera Chiesa in libero stato*”, frase di Charles de Montalembert nota anche in Italia dopo essere stata citata da Cavour nel discorso in cui, nel 1861, ha appoggiato in Parlamento l'acclamazione di Roma capitale d'Italia.

codificazione ottocenteschi, la cui originalità si manifestava anche nella disciplina delle relazioni familiari.

Nella tradizione giuridica inglese il matrimonio era originariamente visto come il risultato dell'esplicazione della concorde volontà delle parti, da cui derivava l'acquisizione di uno specifico *status*<sup>46</sup> e degli specifici diritti ed obblighi che ad esso si ricollegavano.<sup>47</sup> A questa concezione, tuttavia, si è progressivamente affiancata quella del matrimonio come negozio, attraverso un percorso “*from status to contract*”<sup>48</sup> orientato al riconoscimento di una sempre maggiore libertà degli individui di gestire i loro rapporti familiari con strumenti e dinamiche riconducibili alla sfera tipica del diritto privato e contrattuale.<sup>49</sup> Non a caso, si è parlato di una “*growing tendency to permit the parties to regulate some of the legal consequences of marriage for themselves*”<sup>50</sup> e a ritenere i coniugi liberi in tal senso, come se fossero “*equal partners in a joint enterprise*”.<sup>51</sup>

Proprio questa coesistenza di *status* e *contract*, che caratterizza la concezione inglese del matrimonio e della famiglia ha consentito una efficace mediazione tra

---

<sup>46</sup> Lo *status* può essere descritto come una situazione giuridica particolare, che trae origine dalla volontà delle parti di acquisirlo e assumere “*un determinato ruolo nella società, cui la legge ascrive peculiari diritti e doveri, capacità e incapacità*”. Cfr. CRISCUOLI, G., *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1984, 180. Esso coinvolge dunque gli individui e lo stato e presuppone un “*sostrato esistenziale tipicamente bilaterale o partecipativo*” poiché “*il rapporto organico al quale questo geneticamente si riannoda può nascere solo se ricorrano insieme un atto di adesione voluto o, comunque, riferibile al singolo ed un correlativo atto di ricezione del gruppo, di cui il primo entra a far parte come membro e componente.*” Cfr. CRISCUOLI, G., *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1984, 181.

<sup>47</sup> Anche nell'ordinamento inglese, secondo una concezione tradizionale del diritto di famiglia lo stato manteneva un interesse fondamentale nel regolare le relazioni familiari e gli effetti che ne derivavano, dimostrando da un lato la consapevolezza della necessità sociale di certezza dei rapporti e, dall'altro, la sussistenza dell'idea che le norme in materia di famiglia avessero una funzione di protezione. Cfr. CRETNEY S.M., MASSON J., BAILEY-HARRIS R., *Principles of family law*, 2002, 4 e GIAIMO G., *Il matrimonio nel diritto inglese*, 2007, 4-5.

<sup>48</sup> MAINE, H., *Ancient law*, 1906, 179.

<sup>49</sup> Per un quadro più completo sull'evoluzione storica e giuridica del matrimonio inglese si rimanda a GIAIMO G., *Il matrimonio nel diritto inglese*, 2007, p. 8 ss.

<sup>50</sup> CRETNEY S.M., MASSON J., BAILEY-HARRIS R., *op. cit.*, 4.

<sup>51</sup> *Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Green* [1981] AC 513



le esigenze di certezza della collettività e quelle di libertà dei singoli, grazie anche all'assenza di una specifica predisposizione normativa dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio e alla sensibilità e attenzione delle Corti alle esigenze sociali e alle circostanze concrete.

Nonostante la loro valenza privatistica, la disciplina delle relazioni familiari ha dunque una connotazione pubblicistica, data dal suo essere imposta dallo stato, e non effettivamente rimessa all'autodeterminazione degli individui.

Non a caso, già la ricostruzione in chiave giuridica del concetto di famiglia elaborata nel 1840, nel primo volume del *System des heutigen römischen Recht* di Friedrich Karl von Savigny, prende le mosse dall'idea della sua pregiuridicità ed evidenzia l'unicità delle norme in materia di famiglia, come conseguenza della peculiarità delle relazioni umane che esse disciplinano, fondate sulla natura e sulla morale e, solo successivamente, riconosciute dal diritto<sup>52</sup>.

L'interpretazione savigniana, nonostante si inserisca in un contesto in cui il matrimonio è visto quale vero e proprio contratto, fondato sul mutuo consenso delle parti, vede infatti la famiglia come un fenomeno di carattere naturale e pregiuridico, disciplinato da norme che si distinguono per la loro necessità e

---

<sup>52</sup> Cfr. VON SAVIGNY, F.K. *System des heutigen römischen Recht*, 1840-1849. Il ruolo di Savigny in quest'ambito, già sottolineato in MARINI, G., MARELLA, M. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 2014, 20, è stato analizzato da KENNEDY, D. *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, 811 ss.

imperatività<sup>53</sup>, diversamente da quelle tipiche del diritto privato patrimoniale che, al contrario, sono positive e derogabili<sup>54</sup>.

In quest'ottica, dunque, seppure volto a regolare i rapporti tra individui, il diritto di famiglia veniva contrapposto al diritto privato e ritenuto *jus publicum*, poiché il suo compito era quello di attribuire uno *status* familiare agli individui, qualificandoli padri, figli, coniugi e, su questa base, determinare la natura dei loro reciproci rapporti, senza che venisse riconosciuto alcun ruolo alla loro volontà.

Secondo questa interpretazione, dunque, i rapporti familiari erano regolati esclusivamente dal diritto positivo e proprio l'assenza di spazio per la volontà degli individui li contrapponeva ai rapporti contrattuali, basati invece sull'autodeterminazione.

Sul punto, sono state individuate<sup>55</sup> tre diverse fasi evolutive dell'interpretazione giuridica della famiglia, tutte caratterizzate dalla connotazione pubblicistica delle norme in materia di rapporti familiari: una prima fase formalista, di impianto savigniano, tipica degli anni delle prime codificazioni, successivamente, un'altra improntata al pensiero giuridico sociale, negli anni dei conflitti mondiali e, infine, un'ultima corrispondente alla riaffermazione e al riconoscimento dei diritti degli individui, tipica delle costituzioni del dopoguerra.

---

<sup>53</sup> Cfr. MARINI, G., MARELLA, M., *op. cit.*, 20, i quali affermano che nella ricostruzione savigniana “la naturalità delle relazioni familiari, cioè il fatto che l'essere umano per natura tenda ineluttabilmente a completarsi nel gruppo familiare, determina la loro stessa necessità e la necessità del diritto che le regola; l'influenza su di esse della morale, nonché il loro carattere necessario, determina l'imperatività delle norme che le riguardano”.

<sup>54</sup> Cfr. Ancora MARINI, G., MARELLA, M., *op. cit.*, 22, che affermano sul punto che “il diritto patrimoniale è dunque, diversamente dal diritto di famiglia, arbitrario nella sua esistenza, ossia non necessitato, di carattere essenzialmente positivo, dunque tendenzialmente indifferente ai dettami della morale, e derogabile per vocazione, dato che il contenuto delle obbligazioni e l'oggetto delle situazioni di appartenenza deve adattarsi alla determinazione delle parti”.

<sup>55</sup> Cfr. MARINI, G. MARELLA, M., *op. cit.*, 27 ss.

In particolare, secondo tale analisi, la visione tradizionale e formalista del diritto di famiglia, che segna quella che è stata ritenuta la prima fase di sviluppo del diritto di famiglia occidentale moderno<sup>56</sup>, troverebbe riscontro nelle prime codificazioni, che, nel rispetto della dicotomia savigniana tra diritto privato patrimoniale e pregiudizialità del diritto, pubblico, di famiglia, disciplinavano quegli aspetti delle relazioni familiari utili a fissare i diritti e i doveri connessi al ruolo, dunque allo *status*, attribuito a ciascuno dei suoi membri, così da assicurare la certezza e la prevedibilità dei loro rapporti.

Successivamente, una seconda fase interpretativa del diritto di famiglia si sarebbe aperta con l'affermazione del pensiero giuridico sociale<sup>57</sup>, negli anni in cui la rigida logicità deduttiva delle prime codificazioni e il formalismo dell'interpretazione tradizionale venivano superati per rispondere alle esigenze nascenti dall'attribuzione di un nuovo ruolo alla società, intesa organicamente come insieme dei singoli individui e considerata portatrice di interessi comuni che il diritto aveva il compito di soddisfare.

Proprio per questo, gli interventi normativi di quegli anni in materia di famiglia prenderebbero spunto dal suo essere considerata il nucleo primario della società, dunque il punto di partenza ideale per l'affermazione di nuove regole di legislazione sociale.

Secondo tale ricostruzione, dunque, da realtà naturale e pregiudiziale, la famiglia sarebbe divenuta un fenomeno sociale istituzionalizzato, di cui la legge,

---

<sup>56</sup> Cfr. MARINI, G. MARELLA, M., *op. cit.*, 6, ma anche DEWAR, J. PARKER, S., *English Family Law since World War II: From Status to Chaos in Cross Currents: Family Law and Policy in the US and England*, 2000, 123 ss. e SCALISI, V. *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2013, 1043 ss. e 1287 ss.

<sup>57</sup> Cfr. MARINI, G. MARELLA, M., *op. cit.*, 31 ss.

facendosene artefice, delineerebbe la struttura e le forme, in nome del nuovo ordine sociale solidaristico che mirava a stabilire.

Anche in questa seconda fase, dunque, verrebbe mantenuta l'idea del diritto di famiglia come diritto pubblico poichè, seppure assumendo contenuti nuovi, questo rimarrebbe governato dalla legge e sottratto al potere di autodeterminazione degli individui, i cui interessi personali cederebbero rispetto a quelli della comunità sociale e, dunque, di quella familiare, che ne viene considerata il fondamento<sup>58</sup>.

Per questo motivo, i sostenitori di questa ricostruzione hanno ritenuto che il diritto di famiglia sia stato utilizzato come strumento attraverso il quale perseguire e realizzare quello che era ritenuto l'interesse della comunità, rendendolo, in virtù della preminenza di quest'ultimo sugli interessi dei singoli e la loro volontà, un vero e proprio strumento di organizzazione e controllo della società.

A sostegno di tale teoria, peraltro, viene evidenziato come quest'idea della famiglia come gruppo istituzionalizzato, le cui regole perseguivano interessi prestabiliti e prevalenti sull'autodeterminazione dei singoli, è stata efficacemente sfruttata dai regimi totalitari del Novecento che, in questo modo, miravano a rafforzare il loro potere autoritaristico attraverso la costruzione di un ordine sociale rigido<sup>59</sup>.

Come ulteriore riscontro, viene evidenziato che i codici e le costituzioni di quegli anni definivano la famiglia come fondamento della società e, in questo modo,

---

<sup>58</sup> Cfr. CICU, A., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1939, 3 ss. e CICU, A., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, 1 ss. e, dello stesso autore *Lo spirito del diritto familiare*, (1913), in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, 1965, 127, il quale affermava che «manca completamente la libertà di conformare secondo i propri interessi i rapporti familiari, di diminuire o ampliare i diritti ed obblighi fra genitori e figli, fra marito e moglie [...] di garantire meglio di quel che faccia la legge l'adempimento di tali obblighi, o di eliminare le garanzie di legge».

<sup>59</sup> Cfr. MARINI, G. MARELLA, M., *op. cit.*, 33 ss.

giustificavano l'ingerenza dello Stato che, così, assolveva il suo compito di tutelarne gli interessi. Ad esempio in Germania, la Costituzione di Weimar del 1919 individuava nel matrimonio il fondamento della famiglia, nonché del mantenimento e potenziamento della nazione<sup>60</sup>, ma anche nella Spagna franchista la famiglia era dichiarata “*fundamento della società*”<sup>61</sup> e similmente, in Francia, il valore della famiglia veniva affermato espressamente nel progetto di Costituzione della Repubblica di Vichy<sup>62</sup>.

Queste definizioni stabilizzavano il concetto di famiglia, accentuandone l'indissolubilità e richiamando precetti morali e religiosi tradizionali, con cui convergevano.

Secondo questa ricostruzione, dunque, il diritto di famiglia europeo della prima metà del Novecento non solo manterrebbe la sua connotazione pubblicistica, ma questa sarebbe anzi rafforzata, in virtù dell'affermazione del potere dello stato di interferire nell'organizzazione interna della famiglia, regolandola con l'intento dichiarato di tutelarla, ma non a beneficio dei suoi singoli componenti, bensì in quanto nucleo fondante dell'ordine sociale.

---

<sup>60</sup> Il capo II della Costituzione di Weimar, dedicato alla Vita Collettiva (“*Das Gemeinschaftsleben*”), era aperto dall'art. 119 che recita, nella traduzione di MORTATI, C. *La Costituzione di Weimar*, 1946: “*Il matrimonio, quale fondamento della vita della famiglia, e del mantenimento e potenziamento della nazione, è posto sotto la speciale protezione della costituzione. Esso è fondato sull'uguaglianza dei due sessi. L'elevamento spirituale, la salute e lo sviluppo sociale della famiglia è compito dello Stato e dei Comuni. Le famiglie numerose hanno diritto ad un'adeguata assistenza. La maternità ha diritto alla protezione ed all'assistenza dello Stato.*”.

<sup>61</sup> All' Art. 22 del *Fuero de los espanoles* del 1945, che acquista carattere di legge fondamentale, la famiglia viene riconosciuta dallo Stato come “*El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble. El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas*”.

<sup>62</sup> La Costituzione della Repubblica di Vichy prevedeva all'art. 5 che “*l'Etat reconnait les droit des communautés spirituelles, familiales, professionnelles et territoriales au sein desquelles l'homme prend le sens de sa responsabilité sociale et trouve appui pour la défense des libertés*”.

Il crollo dei regimi totalitari e l'avvento delle costituzioni moderne, infatti, avrebbero fatto riemergere l'idea, già presente nella tradizione di molti ordinamenti continentali, ma soprattutto di quelli di *Common law*<sup>63</sup>, della famiglia come insieme di persone poste in relazione tra loro, ponendo l'accento sui diritti loro spettanti, e dunque sull'autonomia dei loro interessi e sulla loro volontà.

Ciò avrebbe aperto la via all'idea che ancora oggi ispira l'interpretazione contemporanea del diritto di famiglia, cioè il riconoscimento non più di un diritto della famiglia, ma dei diritti degli individui nella famiglia, e dunque alla fase dell'interpretazione giuridica della famiglia, caratterizzata dall'avvento delle Costituzioni moderne.<sup>64</sup>

Nell'ordinamento italiano, secondo tale analisi, proprio con la Costituzione il principio ispiratore del diritto di famiglia sarebbe cambiato da solidaristico-produttivistico, tipico del codice civile del 1942, a quello di solidarietà sociale, elevata a criterio informatore dell'intero ordinamento giuridico<sup>65</sup>.

Proprio la Costituzione italiana ha fissato una definizione giuridica di famiglia, formulata all'art. 29, che stabilisce che la Repubblica ne "*ricosce e garantisce i diritti come società naturale fondata sul matrimonio*". Tuttavia, diversamente che negli altri testi costituzionali prima citati, con cui non condivide i presupposti storici e culturali, questa definizione va interpretata alla luce della concezione contemporanea di famiglia, identificata come fondamento della società civile,

---

<sup>63</sup> Come osservato, (cfr. *infra*) in Europa l'idea del matrimonio come contratto, dunque della natura intrinsecamente negoziale e privatistica delle relazioni familiari, aveva ispirato la codificazione napoleonica, che l'aveva tratta dagli ideali laici e liberali portati avanti dalla Rivoluzione Francese ed era rimasta latente, nonostante la regolamentazione dei rapporti familiari fosse dettata dallo stato e non rimessa alla volontà degli individui coinvolti. Diversamente, l'ordinamento inglese era sempre stato tradizionalmente legato all'idea della natura negoziale e privatistica dei rapporti familiari.

<sup>64</sup> Cfr. MARINI, G. MARELLA, M., *op. cit.*, 41 ss.

<sup>65</sup> Cfr. AUTORINO, G., *op. cit.*, 8 e *Manuale di diritto di famiglia*, 1997, 4-5.

all'interno della quale ciascun individuo si forma, sviluppando interessi autonomi, per vivere e operare in conformità con i principi dell'ordinamento.

Secondo l'interpretazione tipica della fase contemporanea, infatti, la definizione costituzionale non sarebbe un richiamo alla pregiuridicità della famiglia e il richiamo alla "*società naturale*" andrebbe letto alla luce di quanto affermato dall'art. 2 della stessa Costituzione, che tutela tutte quelle formazioni sociali all'interno delle quali si svolge la personalità degli individui, alle quali appartiene anche la famiglia, tutelata dall'ordinamento "*in quanto idonea a svolgere le funzioni essenziali che le sono assegnate, legate all'esistenza e allo svolgimento della personalità dell'individuo*".<sup>66</sup>

La Costituzione, dunque, non mira a regolare la famiglia, bensì dichiara di tutelarla.

Ciò è di particolare rilevanza, poiché apre uno spiraglio per riagganciare la disciplina della famiglia ai suoi aspetti privatistici, evidenziando il fatto che, di fronte ai rapporti familiari, il ruolo dello stato non è regolamentarli, bensì garantire tutela agli individui coinvolti.

Attraverso questa interpretazione sistematica, peraltro, è possibile riconoscere tutela giuridica alla famiglia in quanto tale, non solo esteriorizzata nel vincolo matrimoniale, ma anche nelle diverse forme che essa può venire concretamente ad assumere, considerate tutte formazioni sociali al cui interno sono tutelati gli individui che le compongono.

Il richiamo all'art. 2, i cui confini, in quanto clausola generale, sono facilmente estendibili in virtù dell'elasticità e indeterminatezza del suo contenuto, consente

---

<sup>66</sup> Cfr. AUTORINO, G. *op. cit.*, 8.

inoltre di superare anche l'idea di una famiglia istituzionalizzata, poiché consente di ampliare la portata applicativa della norma, andando oltre il suo significato letterale, riconoscendo tutela non solo alla famiglia fondata sul matrimonio, ma anche ad altri schemi familiari, come le convivenze o le coppie dello stesso sesso, tutte parimenti annoverabili tra le formazioni sociali che la Costituzione tutela.<sup>67</sup>

Gli articoli dal 29 al 31 della Costituzione italiana, infatti, se coordinati con gli articoli 2 e 3, esprimono un'idea nuova della famiglia e dei diritti ad essa connessi, che non si ferma a considerarla come entità organica, ma si proietta sui suoi membri, tutelati nella loro dignità di individui e liberi di sviluppare la propria personalità.

Il ruolo dello stato, in quest'ottica, non è più quello di istituzionalizzare la famiglia, bensì di tutelare gli individui che la compongono, cui è riconosciuta la libertà di regolare i loro rapporti, seppure entro limiti fissati dalla legge. La pubblicità del diritto di famiglia si affievolisce<sup>68</sup>, anche se l'ingerenza dello stato non scompare, ma, in linea anche con la normativa sovranazionale, ha il nuovo obiettivo di tutelare i diritti dei membri della famiglia.

Il diritto di famiglia contemporaneo, dunque, si contraddistingue per due elementi caratteristici, che sono la molteplicità dei modelli familiari e la centralità dei diritti umani nella loro disciplina.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Cfr. SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, 2023, 2-4.

<sup>68</sup> Nonostante il ruolo politico e pubblico del diritto di famiglia non viene meno, come sottolineato da Marini Marella che affermano che *“il ruolo e la fisionomia della famiglia come istituzione giuridica dipende dal modo in cui si costruisce il rapporto fra essa e lo Stato, fra lo Stato e la società civile e fra il diritto comune che regola le strutture del mercato e il regime giuridico della famiglia”* in MARINI, G. MARELLA, M. *op. cit.*, 41.

<sup>69</sup> Sul punto, cfr. MARINI, G. MARELLA, M., *op. cit.*, 41 ss. e, sempre sul ruolo e sul significato di questi elementi, cfr. anche KRAUSE, H. D. *Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends – and Viceversa*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di REIMANN M., ZIMMERMANN, R., 2006, 1099 ss., in part. 1106 e 1114 ss.; ANTOKOLSKAIA, M.



Il primo era già emerso e acquista adesso nuova e maggiore concretezza<sup>70</sup> grazie all'interpretazione adeguatrice delle clausole generali<sup>71</sup>, tra cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione,<sup>72</sup> e l'applicazione coerentemente fattane dalle Corti, che ha consentito l'effettivo riconoscimento di diversi modelli familiari, tutelando l'affermazione delle individualità e identità espresse al loro interno dagli individui e dai singoli gruppi sociali.

Il secondo, invece, rinvia all'attribuzione e al riconoscimento dei diritti degli individui che sono parte della famiglia, anche attraverso l'interpretazione della giurisprudenza sovranazionale. Infatti, anche se la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo riconoscono, rispettivamente all'art. 9 e all'art. 12, la competenza degli stati a disciplinare i rapporti familiari con le loro leggi nazionali, molti dei principi che esprimono sono connessi proprio con il diritto di famiglia<sup>73</sup>.

Il dettato costituzionale deve essere coordinato anche con queste disposizioni che, da un lato, risentendo di una impostazione già più moderna, si rivolgono direttamente ai singoli, valorizzati nella loro individualità come destinatari dei

---

*Comparative Family Law: Moving with the Times?* in *Comparative Law. A Handbook*, a cura di ORUCU E., NELKEN, D., 2007, 241 ss.

<sup>70</sup> Sull'importanza del tema nel diritto di famiglia inglese nella seconda metà del Novecento si v. DEWAR, J., PARKER S., *op. cit.*, 128; per il dibattito sviluppatosi nell'esperienza italiana nella seconda metà degli anni '80 esemplarmente SCALISI, V. *La «famiglia» e le «famiglie»*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, 1986, 270 ss.

<sup>71</sup> Oltre alle clausole generali, in questo ambito ha giocato un ruolo particolarmente rilevante il principio della preminenza dell'interesse del minore, applicato nel tentativo di rimediare a un divieto o ad una lacuna normativa, come nelle ipotesi di omogenitorialità e maternità surrogata, ampliando la portata del concetto di famiglia e ammettendone la pluralità dei modelli. Cfr. DI MASI, M. *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, in *Riv. crit. d. priv.*, 2014, 615 ss.

<sup>72</sup> Cfr. CAGGIA, F. *op. cit.* 1587; MESSINETTI, D. *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, 137 ss.

<sup>73</sup> Il diritto di famiglia non è oggetto di competenza dell'Unione Europea e l'art. 81, paragrafo 3 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, riconoscendo la peculiarità della materia, sancisce un potere di blocco dei singoli stati membri a presidio delle prerogative nazionali in materia familiare.

diritti e dei divieti posti, ma che, dall'altro, hanno un carattere chiaramente “relazionale”<sup>74</sup>, che deriva dall'idea che l'individuo operi all'interno di un contesto complesso, cioè il gruppo familiare.

Proprio grazie alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, dunque ai principi sovranazionali, sono state infatti ricondotte nel novero dei rapporti familiari le convivenze, anche tra persone dello stesso sesso, in virtù dell'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione<sup>75</sup>.

Tuttavia, guardando all'ordinamento italiano è evidente come ciò non sia bastato a determinare una effettiva apertura all'autonomia delle parti, e dunque una privatizzazione del diritto di famiglia intesa non solo come riconoscimento della natura negoziale dei rapporti familiari, ma anche come arretramento del potere pubblico e ampliamento dell'autodeterminazione privata.

E ciò, come detto, determina l'inevitabile difficoltà del legislatore a reagire efficacemente dinanzi a circostanze nuove, che fanno emergere l'inadeguatezza delle norme e le numerose lacune.

Come mostra l'esempio del lungo *iter* normativo che è stato necessario per il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso e delle convivenze di fatto, infatti, nonostante l'evoluzione dottrinale e interpretativa, è il legislatore che, nei sistemi di *civil law* come quello italiano, mantiene il potere di influire, di fatto, sulla qualificazione dei rapporti familiari, attraverso l'emanazione di leggi che li regolano.

---

<sup>74</sup> SESTA M., *op.cit.*, 3, che porta l'esempio del “diritto di sposarsi e costituire una famiglia” che “deve necessariamente coordinarsi con quello dei minori di “intrattenere regolarmente rapporti personali e diretti con i due genitori”.

<sup>75</sup> Cfr. Corte EDU Oliari ed altri c. Italia del 21 luglio 2015 e i numerosi altri precedenti in materia.

Tuttavia, un nuovo intervento legislativo non è sempre efficace e proprio in materia di famiglia le nuove leggi non centrano spesso il loro obiettivo e falliscono nell'intento di rispondere alle esigenze di tutela espresse a livello sociale.

La gravità della situazione si manifesta chiaramente se si prendono in considerazione i fenomeni con cui l'attuale sistema del diritto di famiglia è chiamato a confrontarsi: da un lato, il progresso scientifico, e in particolare la scoperta di nuove tecniche di fecondazione assistita, che ha notevoli ripercussioni sul concetto di genitorialità e omogenitorialità e poi, dall'altro, i flussi migratori e gli spostamenti, sempre più frequenti e facili che, con la crisi dei concetti di nazione e identità nazionale, spingono verso la rivisitazione dei rapporti, anche e soprattutto giuridici, in chiave sempre più pluralistica e multiculturale<sup>76</sup>.

È anche attraverso la sempre maggiore facilità di spostamento e comunicazione, infatti, che usi e comportamenti dapprima ignoti si sono diffusi e affermati, anche mescolandosi con quelli già presenti e trasformando l'assetto della società europea contemporanea, sempre più composita e, per questo, definita multiculturale e multi comunitaria.

In particolare, il concetto di multiculturalismo identifica una società in cui più culture possono convivere rispettandosi reciprocamente senza impedire un interscambio reciproco; diversamente, il multicomunitarismo indica un contesto in cui ciascun individuo, seppure all'interno di un gruppo sociale ampio e composito, manifesta la sua totale fedeltà e appartenenza alla sua minoranza di

---

<sup>76</sup> Cfr. MIRANDA, A. *Multiculturalism in the Italian family law*, in *Annuario di Diritto Comparato e di studi legislative*, 2019.

origine, che coesiste con altre senza che vi sia, però, tra loro, uno scambio o un'integrazione<sup>77</sup>.

Osservando questo fenomeno da un punto di vista giuridico, dunque con riferimento ai sistemi, è stato osservato che, anche all'esito di fenomeni circolatori e del trapianto di norme e modelli da un paese all'altro<sup>78</sup>, tutti gli ordinamenti sono in qualche modo ibridi<sup>79</sup> e, parallelamente alla loro reciproca contaminazione, l'identità nazionale e il potere rappresentativo dei singoli paesi si è sempre più indebolito.

In questo nuovo e complesso contesto, dunque, è evidente che *“lo «Statutory Law» ma anche interi sistemi giuridici non abbiano più il «controllo» sui destinatari”*<sup>80</sup> trovandosi in sempre maggiori difficoltà nel garantire il rispetto dei diritti e libertà fondamentali.

Questo fenomeno è stato definito anche *“stingimento”* normativo<sup>81</sup>, rinviano all'immagine evocativa di un tessuto che, con gli anni e l'uso, si macchia e perde il suo colore originale, o a quella del risultato di una mescolanza di colori troppo

---

<sup>77</sup> Sui concetti di multicomunitarismo e multiculturalismo, vedi KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, 1996, ma anche BAUMAN, Z., *In Search of Politics*, 2006; SARTORI, G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, 2000.

<sup>78</sup> Sulle teorie della circolazione dei modelli e del trapianto legale cfr. WATSON A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, 1993 e SACCO R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto civ.*, vol. II, 1988, p. 365-370.

<sup>79</sup> Cfr. MIRANDA, A., *State and Society - the "Legal Culture" in the "Interdisciplinary" Comparison between Legislation and Family Law and between Law in the Book and Law in Action*, in *Ius Comparatum*, vol. 2, 2022, p. 233-234.

<sup>80</sup> Cfr. MIRANDA A., *Lo “stingimento” delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018, pp., p. 10.

<sup>81</sup> Il riferimento è a MIRANDA, A., *op. cit.*, che parla di *“stingimenti non tradotti necessariamente in esplicite regole giuridiche”* e dell'*“effetto «scolorente» di regole, valori, miti e mode aliene sul canovaccio del sistema autoctono”*. *L'effetto stingimento rispetto all'ibridazione o al trapianto è sostanzialmente indipendente dal riconoscimento o dall'importazione operata dai “poteri” dello Stato. Esso come si è visto può avvenire con l'adozione da parte di una data popolazione o società di miti, mode, culture, riti, costumi, lingua e abitudini aliene.*

azzardata per un lavaggio in lavatrice. Esso infatti sta ad indicare proprio la scoloritura e l'affievolimento dei caratteri tipici dei sistemi che deriva dalla commistione e dall'incontro di elementi diversi, un effetto che *“rispetto all'ibridazione o al trapianto è sostanzialmente indipendente dal riconoscimento o dall'importazione operata dai “poteri” dello Stato. Esso come si è visto può avvenire con l'adozione da parte di una data popolazione o società di miti, mode, culture, riti, costumi, lingua e abitudini aliene”*.<sup>82</sup>

Il fenomeno ha portata generale, ma coinvolge in modo particolare i rapporti familiari poichè, più di altri rami del diritto privato, il diritto di famiglia esprime quella che è la percezione che gli individui hanno degli ordinamenti e delle loro regole e rispecchia quelle che sono le idee, le tradizioni e la cultura di ciascun popolo<sup>83</sup>.

Un esempio tipico è quello della convivenza, all'interno dei sistemi contemporanei, di minoranze etniche e religiose diverse e della commistione di regole che ne deriva.

Basti pensare che, all'inizio del 2020, l'8,2% di tutta la popolazione residente negli stati membri dell'Unione Europea proveniva da un paese diverso da quello

---

<sup>82</sup> Cfr. MIRANDA, A. *op. cit.* p. 11.

<sup>83</sup> Non a caso, in MARINI G., MARELLA A., *op. cit.*, p. 25 ss., si fa riferimento al peculiare ruolo del diritto di famiglia in epoca coloniale e a come i paesi colonizzatori abbiano tendenzialmente rispettato e mantenuto il diritto di famiglia locale, imponendo invece le proprie regole in materia di diritto privato patrimoniale e di rapporti contrattuali. Inoltre, anche successivamente, *“nelle colonie, la disciplina della famiglia offriva la possibilità al nazionalismo di contrapporsi al potere coloniale e alla degenerazione del mondo occidentale, ribadendo i caratteri della tradizione e dando vita a una serie complessa di compromessi in cui posizioni estremamente ‘moderne’ e avanzate nel diritto del mercato si combineranno con visioni estremamente tradizionali della famiglia. Anche nella fase postcoloniale, le élites locali impegnate nell'opera di modernizzazione del sistema giuridico nazionale, forti anche di quella specialità del diritto di famiglia di cui Savigny costituisce il primo rilevante teorico, prendono in considerazione il ‘trapianto giuridico’, cioè l'importazione della cultura giuridica straniera dominante, per singoli settori, e spesso la conservazione delle tradizioni locali nel diritto di famiglia rappresenta il prezzo da pagare per imporre al Paese un diritto patrimoniale moderno”*.

di origine, per un totale di 36,5 milioni, di cui poco più di 22 milioni da paesi extra-Ue.

I numeri più elevati si registravano in Germania, con circa 10,4 milioni, il 12,4% della popolazione complessiva, seguita a distanza dalla Spagna, con oltre 5,2 milioni e l'11,0% e dalla Francia, con 5,1 milioni e il 7,6%<sup>84</sup>.

In Italia, che si posizionava quarta in Europa con l'8,4% della popolazione totale, poco più di 5 milioni di residenti stranieri, i numeri sono leggermente cresciuti e, stando ai dati Istat, al primo gennaio 2022, gli stranieri regolarmente residenti in Italia erano 5,030 milioni, cioè l'8,5% della popolazione totale e, di questi, ben 3,6 milioni avevano origini extracomunitarie. La comunità straniera più numerosa era quella proveniente dalla Romania, rappresentata da ben il 21,5% di tutti gli stranieri presenti sul territorio, seguita da quella marocchina con l'8,4%, quella albanese, con l'8,3% e quella cinese, con quasi il 6%.

Stando poi alla stima Cesnur sul pluralismo religioso in Italia, nel 2023 il 4,3% dei cittadini italiani appartiene ad una minoranza religiosa e, di questi, il 24,6% sono di fede musulmana, il 2,5% induisti, il 9,5% buddhisti.

La coesistenza di culture eterogenee all'interno dei medesimi gruppi sociali comporta l'affiancamento alle regole giuridiche delle usanze e dei precetti religiosi seguiti dagli appartenenti alle diverse comunità che, anche quando sono pienamente integrate nel contesto degli stati che le ospitano, mantengono identità e tradizioni proprie e al loro interno hanno ricreato le loro istituzioni, applicando

---

<sup>84</sup> Stando alle statistiche del dossier Idos 2021 sull'immigrazione.

le loro regole, in un contesto che richiama il multi comunitarismo, più che la multiculturalità.<sup>85</sup>

Ad una realtà in cui, come detto, gli ordinamenti hanno confini sempre più elastici e sfumati e l'identità delle nazioni tende ad affievolirsi, si aggiunge dunque il rischio di una sovrapposizione di identità e di competenze, che rende necessaria la ricerca di un equilibrio tra la necessità di tutelare le minoranze e quella di garantire il rispetto dei principi e valori giuridici fondamentali.

Tutti i sistemi europei contemporanei, infatti, riconoscono la libertà fondamentale di ciascun individuo di professare la propria religione<sup>86</sup>, ma è innegabile che questa sia stata sancita con riferimento a un contesto storico e sociale non più attuale, in cui non si era posto, né era immaginabile, il problema di capire e stabilire fino a che punto, effettivamente, questa libertà potesse spingersi, proprio come, parallelamente, non era stato pensato, né era pensabile che sarebbe divenuto utile, se non necessario, definire il concetto di madre.

In un contesto sociale in cui convivono individui appartenenti a minoranze religiose profondamente diverse e in cui, dunque, ciascuno applica e segue i

---

<sup>85</sup> Cfr. MIRANDA, A. *op. cit.*, pp. 11 e ss. che, partendo dall'osservazione della circolazione dei modelli giuridici, osserva che “*i moderni flussi migratori e la enorme circolazione di persone e di regole comportano comunque lo "stingimento" di principi e prassi aliene sulla tela del sistema giuridico ospitante*”, cioè un fenomeno che definisce di “*circolazione non (ancora) istituzionalizzata*”, determinata dalle modificazioni nella composizione dei gruppi sociali, ad esempio a causa di fenomeni migratori, e dalla presenza di comunità e gruppi che, portando con loro modelli e tradizioni giuridiche proprie, inevitabilmente contaminano il sistema del paese che li ospita.

<sup>86</sup> La libertà di religione trova affermazione e riconoscimento già nelle prime carte costituzionali. Vi fanno riferimento l'articolo 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789 e l'articolo 5 delle successive Costituzioni francesi del 1814 e del 1830, poi articolo 7 in quella del 1848, così come gli articoli dal 144 in poi della Costituzione di Francoforte del 1849 e poi gli articoli 135 e ss. della Costituzione tedesca del 1919, ma anche l'articolo 16 della Costituzione spagnola del 1978. Inoltre è sancita nelle principali dichiarazioni internazionali e sovranazionali dei diritti, ad esempio all'articolo 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'articolo 9 della CEDU, all'articolo 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e all'articolo 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

precetti del suo credo, che sono frutto di culture e tradizioni spesso profondamente diverse e lontane, è infatti possibile che emerga la loro incompatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di cui fanno parte. Basti pensare alla poligamia, ai matrimoni tra minorenni e alle tante usanze che, seppure dovrebbero essere consentite nell'ambito della libertà di professare la propria fede, sono di fatto incompatibili con i principi fondamentali degli ordinamenti europei.

Non in tutti i sistemi, infatti, la distinzione tra la sfera religiosa e quella giuridica è netta come nei paesi occidentali, dove la laicità dello stato è un principio ormai affermato, e si pone dunque la necessità di operare un bilanciamento tra la libertà di religione e il divieto di agire in contrasto con l'ordinamento e i suoi valori fondanti.

Ancora una volta, viene in rilievo la diversità dell'approccio dei sistemi di *common law* e di quelli di *civil law*.

I primi, infatti, si basano sull'idea di fondo che, in una società multiculturale, la legge nazionale possa ottenere un effettivo livello di tutela dei diritti solo grazie al bilanciamento e all'armonizzazione e, pur potendo e dovendo intervenire ogniqualvolta i diritti fondamentali dell'individuo siano messi a rischio, non debba imporre la sua supremazia vietando gli usi delle diverse comunità cui si rivolge, poiché ciò porterebbe ad una reazione di rifiuto e, paradossalmente, rafforzerebbe proprio quelle regole tradizionali che mirava ad estirpare.

L'approccio dell'ordinamento inglese alle trasformazioni sociali è ben sintetizzato da un discorso tenuto nel 2008 dall'allora Arcivescovo di Canterbury



e Lord Chief Justice, Rowan Williams,<sup>87</sup> che evidenzia la necessità di trovare uno spazio per il riconoscimento dell'identità delle minoranze religiose nell'ambito della legge nazionale.

In quest'ottica, un punto di centrale importanza è il riconoscimento della duplice identità di ciascun individuo, al contempo cittadino e credente, che deve essere considerata e rispettata in quanto tale, senza attribuire una generica maggiore rilevanza ad uno solo dei due aspetti che la compongono<sup>88</sup>.

La chiave di volta di un ordinamento pluralistico deve essere dunque l'idea della supremazia dei diritti e principi fondamentali, riconosciuti a tutti gli individui a prescindere dall'appartenenza religiosa; dunque, *“no «supplementary» jurisdiction could have the power to deny access to the rights granted to other citizens [regardless of faith affiliation], or to punish its members for claiming those rights”*<sup>89</sup>.

In particolare, prendendo spunto dalla riflessione della giurista ebraica Ayelet Shacar,<sup>90</sup> Williams afferma la necessità di superare l'*ultimatum* *“either your culture or your rights”* e ribadire l'idea che a ciascun individuo sono riconosciuti diritti la cui tutela è garantita dall'ordinamento e che non possono essere violati, compresi o messi in discussione in conseguenza del riconoscimento di uno spazio per regole e autorità giurisdizionali religiose.

---

<sup>87</sup> Il testo è interamente reperibile online ed è stato pubblicato dall'Ecclesiastical Law Journal. Cfr. WILLIAMS, R., *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective in Ecclesiastical Law Journal*, 10(3), 2008, pp. 262-282.

<sup>88</sup> *“The danger arises not only when there is an assumption on the religious side that membership of the community (belonging to the umma or the Church or whatever) is the only significant category, so that participation in other kinds of socio-political arrangement is a kind of betrayal. It also occurs when secular government assumes a monopoly in terms of defining public and political identity”* WILLIAMS R., *op. cit.*, p. 265.

<sup>89</sup> Cfr. WILLIAMS R., *op. cit.* p. 268.

<sup>90</sup> Cfr. SHACHAR, A. *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* Cambridge University Press, 2001.

Il rimedio per dare pieno riscontro alle esigenze derivanti dalla sovrapposizione di identità che caratterizza la moderna società pluralista, secondo questa teoria, è l'adozione di un sistema di “*transformative accommodations*”<sup>91</sup> in cui a ciascun individuo, in alcuni ambiti specifici, venga lasciata la libertà di scegliere a quale organo giurisdizionale rivolgersi,<sup>92</sup> ma sempre nei limiti del rispetto di quei valori e diritti fondamentali propri dell'ordinamento<sup>93</sup>.

L'approccio inglese, dunque, si fonda sull'idea che, nel contesto contemporaneo, il ruolo della legge dovrebbe essere ripensato in base all'idea che “*the rule of law is thus not the enshrining of priority for the universal/abstract dimension of social existence but the establishing of a space accessible to everyone in which it is possible to affirm and defend a commitment to human dignity*”<sup>94</sup>.

È innegabile infatti che, a prescindere da un riconoscimento ufficiale, le minoranze e le comunità presenti all'interno di un paese, sia la Gran Bretagna, l'Italia o qualunque altro stato, conservano e tramandano le proprie usanze e abitudini e, pur rispettando le leggi nazionali nei rapporti esterni, continuano a seguire le proprie regole in tutti quegli aspetti che rimangono interni alla comunità: matrimoni, divorzi, successioni, ma anche rapporti contrattuali o

---

<sup>91</sup> SHACHAR, A. *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, p. 122.

<sup>92</sup> WILLIAMS, R. *op. cit.* p. 274.

<sup>93</sup> È esemplificativo l'aneddoto riportato in MIRANDA, A., *op. cit.*, p. 2, tratto da NAPIER, W. F. P., *The Life and Opinions of General Sir Charles James Napier, G.C.B.*, Cambridge University Press, 2011, sulla risposta data dal Governatore britannico in India, Charles James Napier, al dibattito sulla possibilità di vietare o limitare la pratica del Sati (la pratica tradizionale di bruciare le vedove sulla pira del marito defunto) senza violare il principio del pieno riconoscimento delle tradizioni e delle regole locali. Dinanzi alle lamentele dei locali, che chiedevano il rispetto delle loro regole religiose, si dice infatti che egli rispose: “*Be it so. This burning of widows is your custom; prepare the funeral pile. But my nation has also a custom. When men burn women alive, we hang them, and confiscate all their property. My carpenters should all therefore erect gibbets on which to hang all concerned when the widow is consumed. Let us all act according to national customs*”.

<sup>94</sup> WILLIAMS, R. *op. cit.* p. 272.

commerciali. E l'inevitabile riconoscimento cui si riferisce il discorso citato, altro non sarebbe che una presa d'atto di questa situazione, in cui parallelamente al progressivo processo di integrazione, sopravvivono tante giurisdizioni "sommerse" quante sono le comunità e le minoranze.

Non una convivenza di giurisdizioni parallele, ma un dialogo tra ordinamenti diversi che, seppure nella consapevolezza della diversità delle tradizioni giuridiche di ciascuno, si fondi sulla reciproca conoscenza e tolleranza, potrebbe dunque essere la soluzione per ripensare il ruolo del diritto in una prospettiva più pluralista e idonea a confrontarsi con una società sempre più multiculturale e le sue esigenze<sup>95</sup>.

Questo approccio trova numerose conferme concrete non solo nell'ordinamento inglese, ma anche in Australia, Canada e Stati Uniti, non a caso tutti paesi dell'area di *Common Law*.

Un esempio è quello degli appartenenti a polizia e forze armate di origini Sikh, cui è stata riconosciuta la possibilità di portare la barba e di indossare il turbante al posto del copricapo d'ordinanza, come prescritto dai precetti della loro fede, purchè ciò non compromettesse la riconoscibilità del loro ruolo.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Sul punto si veda anche la teoria della *Sustainable Diversity and Reconciliation of Legal Traditions* e in particolare GLENN P. H., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford Un. Press, 2000.

<sup>96</sup> Negli Stati Uniti, dopo la generale esenzione prevista per i Sikh dal 1958 al 1981, il regolamento dell'esercito aveva espressamente vietato di indossare il turbante e portare la barba, sia per motivi di sicurezza, sia per evitare il proliferare di richieste di esenzioni anche da parte degli appartenenti ad altre fedi (si veda il caso *Sherwood v. Brown*, 619 F.2d 47 9th Cir. 1980). Più recentemente, dopo i casi *Singh v. Carter*, 168 F. Supp. 3d 216 (D.D.C. 2016) e *Singh v. McHugh*, 185 F. Supp. 3d 201, è stata nuovamente riconosciuta ai Sikh la possibilità di ottenere un'esenzione dal regolamento, confermata poi ufficialmente nel 2020 con l'Instruction 1300.17, *Religious Liberty in the Military Services*, del Department of Defense. Sempre negli Stati Uniti, la stessa possibilità è stata riconosciuta anche ai poliziotti, così come anche in Australia e in Canada, dove già nel 1991 era stato consentito a Baltej Singh Dhillon, membro della Royal Canadian Mounted Police, di indossare il turbante al posto del copricapo tradizionale. Sul punto, cfr. BERRY M., BARONE KOLENC, A., *Born-Again RFRA: Will the Military Backslide on Its Religious Conversion?* in

Diversamente invece, i sistemi di *civil law*, come quello italiano, si fondano sulla supremazia della legge e sulla esclusività, da un punto di vista “positivo”, del suo ruolo di fonte del diritto e dunque devono necessariamente intervenire a livello normativo, applicando le norme esistenti o, qualora queste non siano compatibili, emanandone di nuove e scegliendo se vietare, consentire o limitare questi comportamenti.

Ciò, tuttavia, ha notevoli implicazioni politiche, prima che giuridiche, poiché in materia di pluralismo e multiculturalismo, le scelte circa l’approccio da adottare e il tenore delle norme da applicare o emanare sono spesso condizionate dall’ideologia prevalente e dagli obiettivi dei gruppi al governo e ciò porta spesso a risultati controversi e poco efficaci.

È ormai noto il caso, emblematico e ampiamente commentato, della legge francese del 2004<sup>97</sup> che ha vietato l’esposizione di simboli religiosi nelle scuole pubbliche, come crocifissi, *kippah*, turbanti *sikh* e *abaya* o veli islamici.

La norma, in cui si concretizza l’approccio di chiusura tipicamente francese, è fondamentalmente un atto politico e riflette il sentire di parte dell’opinione pubblica rispetto alla cospicua crescita della comunità musulmana, ma non ha un fondamento o una giustificazione giuridica e ha sollevato dubbi di compatibilità con la Costituzione francese e la CEDU.

---

*Missouri Law Review* 435, 2022, 87(2); LOCKWOOD G., NATH V., CAPLAN S., *Religion and Belief Discrimination at Work: Legal Challenges in the UK* in *Athens Journal of Law* 421, 2023, 9(3).

<sup>97</sup> La Loi 2004-228 del 15 marzo 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, che vieta tutti quei “*signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse*”, è il frutto del lavoro di due commissioni, la prima nominata dall’Assemblea Nazionale, la *Mission d’information sur la question du port ses signes religieux à l’école*, e l’altra voluta dall’allora Presidente, Jaques Chirac, la *Commission de réflexion sur l’application du principe de la laïcité dans la République*, più nota come Commissione Stasi, dal nome del suo presidente, Bernard Stasi.

In particolare, essa si fonda sull'idea che uno stato laico, quale la Francia si professa, sia *“uno stato per il quale le scelte spirituali o religiose attengono alla libertà individuale, pur mantenendo anche una dimensione pubblica, nel senso che lo stato non ignora i culti religiosi, ma si adopera perché tutti possano esprimersi, garantendo libertà di culto e di espressione proteggendo il singolo nelle sue scelte più personali”*.<sup>98</sup> La neutralità dello stato dunque, nella visione francese, dovrebbe realizzarsi attraverso l'esclusione di ogni manifestazione religiosa dalla sfera pubblica, soprattutto in un ambiente come quello scolastico, destinato a formare gli individui.

Questa visione, peraltro, è stata avallata anche dalla giurisprudenza europea, che, in un caso recente, ha ritenuto legittimo il divieto di indossare il velo islamico imposto negli uffici comunali belgi, affermando che la scelta di un Comune che miri a rendere gli uffici amministrativi neutrali rispetto a tutte le religioni e convinzioni filosofiche si fonda sul principio di non discriminarietà e che, dunque, la scelta di vietare di indossare qualsiasi segno religioso sia legittima, al pari di quella che invece ne consenta l'uso totalmente libero e a chiunque.

Secondo la Corte, infatti, ogni Stato membro e ogni suo ente dispongono, nell'ambito delle loro competenze, di un margine di discrezionalità nella concezione della neutralità del servizio pubblico che intendono promuovere sul luogo di lavoro. Tale finalità deve essere perseguita in modo coerente e sistematico, e le misure adottate per conseguirla devono essere limitate allo stretto necessario. Dunque il compito dei giudici nazionali, in questo campo, resta quello

---

<sup>98</sup> RESCIGNO, F. *Se non ora quando? Principio di eguaglianza e laicità all'italiana*, in *Ianus*, n. 12, 2015, p. 26.

di verificare se le misure adottate realizzino una conciliazione tra la libertà di religione e le finalità legittime che sono alla base della scelta adottata<sup>99</sup>.

Tuttavia una laicità “a tutti i costi”, imposta per legge, rischia di generare un fenomeno inverso e, piuttosto che favorire l’integrazione e la parità, può invece portare ad un allontanamento dei membri delle comunità dalla vita pubblica e dalle istituzioni statali, ottenendo un effetto opposto e certamente indesiderato.

Inoltre, le interpretazioni restrittive risultano spesso intrinsecamente contraddittorie, poiché per impedire un fenomeno ritenuto contrario all’ordinamento, si pongono in contrasto proprio con principi e diritti su cui lo stesso si fonda e che, in altre ipotesi, sono invece garantiti e tutelati.

Anche in Italia, nonostante l’idea di laicità dello stato non corrisponda a quella francese<sup>100</sup>, si assiste all’abbassamento del livello di tutela dei diritti religiosi<sup>101</sup> e a un crescente dibattito circa l’approccio da seguire.

---

<sup>99</sup> Cfr. la sentenza sulla causa C-148/22 della Corte di giustizia dell’Unione Europea sul caso di una dipendente di un Comune belga, che svolgeva la sua funzione di responsabile di un ufficio comunale principalmente senza contatto con gli utenti del servizio, cui è stato vietato di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro. A seguito della modifica del regolamento di lavoro dell’ufficio e della disposizione di osservare una rigorosa neutralità, vietando ogni forma di proselitismo e non consentendo di indossare segni vistosi della propria appartenenza ideologica o religiosa, la donna aveva chiesto ai giudici nazionali di accertare la violazione della sua libertà di religione e della discriminazione da lei subita. La Corte, investita del rinvio pregiudiziale sulla domanda, ha affermato che una politica di rigorosa neutralità imposta da una pubblica amministrazione ai suoi dipendenti, se finalizzata alla creazione di un ambiente amministrativo totalmente neutro, è oggettivamente giustificata da una finalità legittima, così come sarebbe altrettanto giustificata la scelta di consentire, in maniera generale e indiscriminata, di indossare segni visibili di convinzioni filosofiche o religiose.

<sup>100</sup> Nell’ordinamento italiano, diversamente da quello francese, manca una disposizione costituzionale che qualifichi espressamente lo stato italiano come laico ed è la sentenza della Corte Costituzionale n. 203 del 12 aprile 1989 ad esplicitare per la prima volta il principio di laicità dello stato nel nostro ordinamento, elaborandone una visione definita in dottrina “positiva”. La Corte, infatti, prende le distanze da una concezione del fenomeno religioso come elemento strettamente correlato alla sfera privata e personale, senza adottare un atteggiamento di mera astensione ed estraneità verso di esso, ma piuttosto un approccio positivo, cioè una valutazione “favorevole” e non quindi distaccata, né indifferente, rispetto al fenomeno religioso.

<sup>101</sup> Un noto esempio è la sentenza della Cassazione penale n. 24084 del 15 maggio 2017, con cui è stato condannato per il reato di porto abusivo di armi o oggetti atti a offendere, un uomo appartenente alla minoranza indiana *Sikh*, trovato in possesso di un *Kirpan*, un pugnale di circa 19

La conclusione, ancora una volta, è una diretta conseguenza della tradizione giuridica della famiglia dei sistemi di *civil law*, cui l'ordinamento italiano appartiene: solo un intervento normativo, infatti, potrebbe porre fine all'incertezza individuando i criteri in base ai quali operare il necessario bilanciamento tra i valori in gioco.

Viene però da chiedersi fino a che punto, una disposizione generale e astratta, inevitabilmente statica e rigida, possa efficacemente dare risposta ad esigenze talmente mutevoli e fenomeni dagli sviluppi così imprevedibili.

A fronte di ciò, grazie anche all'osservazione dell'esperienza inglese, è stata ipotizzata l'idea della privatizzazione delle relazioni familiari e delle regole che le disciplinano attraverso la valorizzazione del ruolo degli individui e della loro volontà<sup>102</sup>.

L'espansione dell'autonomia dei membri della famiglia, liberi di regolamentare i propri rapporti familiari<sup>103</sup> e, al contempo, certi della tutela loro garantita dallo stato, il cui intervento è ridotto all'essenziale ed esclusivamente volto a tutelare diritti e interessi ugualmente riconosciuti a tutti gli individui, sembra consentire di fronteggiare con maggior efficacia le nuove esigenze emerse nella società contemporanea.

Infatti, alla luce dei fondamentali elementi del pluralismo dei modelli familiari e del riconoscimento della primazia dei valori umani, è proprio nella direzione della

---

centimetri, che uno dei cinque articoli di fede, le cinque K, che tutti i Sikh sono tenuti a indossare per dimostrare la propria convinzione religiosa e che, per questo, egli si era rifiutato di consegnare.

<sup>102</sup> Cfr. MIRANDA, A. *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law*, in BRUNETTA D'USSEAU, F., D'ANGELO A., (a cura di) *Matrimonio, matrimonii*, 2000, 371 e ss.

<sup>103</sup> Cfr. MIRANDA, A. *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law*, in *Matrimonio, matrimonii*, 2000, 371 ss.

riscoperta autodeterminazione degli individui all'interno del nucleo familiare che pare auspicabile che il diritto di famiglia si muova, superando la complessità<sup>104</sup> delle sue contraddizioni interne, e confrontandosi così più efficacemente con la realtà attuale e le nuove esigenze sociali, ma assicurando, al contempo, l'effettiva tutela dei diritti fondamentali.

---

<sup>104</sup> Sul carattere complesso della fase contemporanea del diritto di famiglia v. DEWAR J. e PARKER S., *op. cit.*, 130 ss. e in questo senso anche RHOADES, H. *Concluding thoughts: The enduring chaos of family law*, in *Rights, Gender and Family Law*, a cura di WALLBANK, J., CHOUDHRY S., E HERRING, J., 2010, 276 ss.



## Capitolo 2

L'evoluzione della famiglia in Europa tra *civil law* e *common law*: da famiglia a famiglie

### 1. - Modelli di famiglia in Europa a cavallo del 2000: un'analisi sociologica

I rapporti e le relazioni familiari, oltre ad essere caratterizzati da una intrinseca dinamicità e mutevolezza, sono oggetto di regole peculiari e diverse in base all'approccio adottato dai diversi ordinamenti e all'interpretazione, anch'essa suscettibile al cambiamento e alle caratteristiche di ciascun contesto, datane dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tutto ciò, inevitabilmente, influenza e complica l'analisi giuridica, soprattutto comparatistica, di quel complesso di norme, interpretazioni e casi giurisprudenziali relativi ai rapporti familiari, che è il diritto di famiglia.

Inoltre, non può trascurarsi il fatto che, così come avviene per la maggior parte dei rapporti privati, il progresso e l'evoluzione sociale incidono anche e soprattutto sulla percezione e sulla struttura dei rapporti familiari, poi recepiti dapprima nella ricostruzione dottrinale e nell'interpretazione casistica delle corti e, in ultimo, dal diritto positivo.

Basti pensare al matrimonio, che ancora oggi è regolato da norme risalenti, pensate per un istituto ritenuto fondamentale, ma che sta perdendo la sua centralità e, pur essendo rimasto apparentemente identico, è in realtà profondamente trasformato e ha una struttura e una valenza sociale del tutto diverse dal passato.

Proprio partendo dall'idea che fosse necessario prendere in considerazione un più ampio quadro evolutivo economico, sociale e culturale, un'interessante analisi sociologica inglese condotta a cavallo del duemila si è soffermata sulle relazioni tra famiglia e scelte politiche e legislative<sup>105</sup>.

Grazie alla attualità del suo approccio, questo studio mantiene ancora oggi, dopo più di venti anni, un notevole interesse. Esso infatti cristallizza la fase iniziale dell'evoluzione sociale e culturale che è in atto ancora oggi e che ha fatto emergere le esigenze di rinnovamento del diritto di famiglia, che solo parzialmente hanno trovato risposta nelle più recenti riforme normative.

Ovviamente, il confronto con uno studio sociologico, come quello citato, richiede tutte le cautele necessarie ad una incursione fuori campo, anche quando riguarda, come in questo caso, temi rilevanti anche per l'analisi giuridica, con cui condivide alcune premesse.

Anche lo studio in esame, infatti, attraverso l'analisi e il confronto dal punto di vista sociologico delle principali fattispecie familiari negli ordinamenti europei e dei diritti ed obblighi ad esse riconnessi, cerca di risalire ad una definizione del concetto di famiglia e all'individuazione delle sue caratteristiche e, a tal fine, prende anch'esso in considerazione l'inevitabile impatto dei diversi contesti geografici, sociali e politici sulle scelte degli individui e dei legislatori, dunque le loro ripercussioni sulle relazioni familiari e sulle regole che ciascun sistema adotta per disciplinarle.

I concetti chiave alla luce dei quali viene osservata e differenziata la disciplina dei rapporti familiari, e in particolare degli obblighi che ne derivano, sono la

---

<sup>105</sup> MILLAR J., WARMAN, A., *Family obligations in Europe*, 1996.

“*privacy*”<sup>106</sup>, intesa però come sfera familiare privata, e la “*autonomy*”<sup>107</sup>, nel senso più che di autonomia, di indipendenza<sup>108</sup>.

Il concetto di *privacy* indica lo spazio di riservatezza proprio di ciascun nucleo familiare, cioè la sfera privata all’interno della quale i membri della famiglia sono liberi di stabilire e gestire i loro rapporti, che si contrappone allo spazio di ingerenza e intervento che ciascun sistema riconosce allo stato. Se infatti è vero che le scelte inerenti alla famiglia e alle relazioni familiari rientrano nell’ambito della sfera privata di ciascun individuo, è altrettanto vero che ciò ha delle ripercussioni a livello sociale e ciascun sistema, nel disciplinare i rapporti familiari, sceglie di dare maggiore rilevanza all’aspetto privatistico o a quello pubblicistico della famiglia, adottando dunque un diverso approccio e diverse scelte politiche.

Il primo elemento preso in considerazione, dunque, è l’ampiezza dell’ingerenza statale nei rapporti familiari e, di conseguenza, lo spazio lasciato alla autodeterminazione privata.

Quanto alla *autonomy*, essa consiste nell’indipendenza, o meglio nella “non-dipendenza” reciproca dei membri di uno stesso gruppo familiare, dunque nel livello di autodeterminazione riconosciuto ai componenti della famiglia all’interno di essa, ed è tanto maggiore quanto più ne è riconosciuta l’eguaglianza. Questi due elementi, in un certo senso, delimitano lo spazio di libertà e azione lasciato alla famiglia, intesa sia come entità organica che si relaziona all’esterno con lo stato e la società, sia come gruppo di individui in rapporto tra loro. Essi

---

<sup>106</sup> MILLAR J., WARMAN, A., *op. cit.*, 9.

<sup>107</sup> MILLAR J., WARMAN, A., *op. cit.*, 10.

<sup>108</sup> MILLAR J., WARMAN, A., *op. cit.*, 10.

dipendono dalle scelte legislative e politiche adottate nei diversi ordinamenti e ne rispecchiano l'idea predominante di famiglia.

Osservando la struttura familiare dei sistemi europei del tempo alla luce di questi due elementi, lo studio sociologico citato ha individuato tre diversi modelli di famiglia.

Al primo modello, detto anglo-scandinavo, appartengono i paesi dell'area nordeuropea<sup>109</sup>, caratterizzati già negli anni novanta dall'elevato numero di convivenze<sup>110</sup> e dalla marginalità del matrimonio, dimostrata dall'elevato numero di nascite fuori dal matrimonio, oltre che da numerosi divorzi.

Al secondo gruppo appartengono invece i paesi dell'area mediterranea e l'Irlanda, che nonostante la posizione geografica veniva loro assimilata a causa del comune sentimento religioso cattolico e della sua influenza sulla struttura e le regole della famiglia. In questi paesi il quadro appariva del tutto difforme rispetto al gruppo precedente, essendo caratterizzati dalla netta prevalenza dei matrimoni sulle convivenze, quasi del tutto assenti, e dalla scarsità di divorzi e nascite al di fuori del matrimonio<sup>111</sup>. Nonostante tutti questi sistemi avessero introdotto leggi sul divorzio<sup>112</sup>, la struttura familiare era più omogenea e meno dinamica, ancora

---

<sup>109</sup> Stando alle statistiche diffuse dal Consiglio d'Europa riportate nella tabella in MILLAR J., WARMAN A., *op. cit.*, 12, nel 1994 Danimarca, Finlandia, Norvegia, Svezia e Regno Unito erano tutte accomunate da una percentuale di convivenze tra il 12% (Regno Unito) e il 48% (Svezia) del totale delle famiglie di persone tra i 25 e i 29 anni e da una percentuale di divorzi dal 2,4% (Norvegia) al 4,3% (Regno Unito) ogni 1000 persone. Inoltre, ogni 1000 nascite, dal 28,9 (Finlandia) al 46,4% (Danimarca) sono avvenute al di fuori del matrimonio.

<sup>110</sup> Il numero elevato di convivenze in Svezia aveva portato a ritenere che, qualora l'aumento si fosse mantenuto costante, entro il 2030 meno della metà delle coppie sarebbe stata sposata. Cfr. MILLAR J., WARMAN A., *op. cit.*, 12.

<sup>111</sup> Nei paesi dell'area mediterranea, solo in Italia e Portogallo si registrava una percentuale, seppure minima di convivenze. Cfr. MILLAR J., WARMAN A., *op. cit.* tabella pag. 12.

<sup>112</sup> In tutti i paesi del gruppo mediterraneo il divorzio è stato introdotto tra gli anni '70 e '80 e solo in Irlanda nel 1995.

incentrata sulla tendenziale indissolubilità del matrimonio, come risultato di un contesto sociale tradizionale e molto influenzato dal sentimento religioso.

I restanti paesi europei presentavano caratteristiche comuni ad entrambi i modelli descritti e per questo venivano collocati in un terzo gruppo, intermedio, caratterizzato dalla prevalenza dei matrimoni, ma anche da un'elevata diffusione dei divorzi e da un più elevato numero di persone che sceglievano di vivere sole, piuttosto che in coppia, fenomeno quasi assente nel gruppo nordico.

La caratteristica comune a tutti i tre modelli era la previsione della sussistenza di specifici obblighi derivanti dai rapporti familiari, sebbene il reciproco dovere di contribuire alle esigenze della famiglia fosse stato affermato e formulato in modo diverso dai vari ordinamenti. Ad esempio in Italia, ma anche in Germania e Spagna, nonostante l'enunciazione della formale eguaglianza tra i coniugi, ne veniva ammessa la possibile differenza di fatto, attraverso l'espressa previsione della possibilità di adempiere all'obbligo di contribuire alla vita familiare non solo in termini economici, ma anche attraverso il lavoro domestico e di cura, rispecchiando così la realtà sociale del tempo e, in parte, ancora attuale, caratterizzata dalla scarsa diffusione del lavoro femminile e dalla divergenza di fatto tra la condizione sociale degli uomini e delle donne.

Solo in caso di divorzio, gli obblighi familiari si manifestavano con maggiore evidenza, concretizzandosi in un contributo economico che, anche in questo caso, veniva disciplinato in modo diverso da un ordinamento all'altro, prevedendo la possibilità di determinarlo attraverso l'autonomo accordo delle parti o l'intervento, obbligatorio o sussidiario, delle Corti.

Nei paesi di modello scandinavo l'ottenimento del divorzio non è subordinato alla prova di specifici presupposti e le parti hanno piena libertà nello stabilirne concordemente le condizioni, previo, in alcuni casi, il decorso di un periodo intermedio di separazione o un tentativo di mediazione, soprattutto a tutela dei figli<sup>113</sup>. In altri sistemi, al ruolo delle parti si affianca quello delle Corti, chiamate a ratificare gli accordi di divorzio<sup>114</sup> o ad intervenire quando non sia possibile trovarne, determinando le condizioni e gli obblighi ritenuti più opportuni con un provvedimento apposito. Infine, in alcuni casi è previsto che le Corti debbano riconoscere la sussistenza di specifici requisiti, come la colpa di uno dei coniugi o il decorso di un determinato periodo di tempo, prima di concedere il divorzio alle parti che ne abbiano fatto richiesta.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> In Norvegia il diritto ad ottenere il divorzio non è soggetto alla prova di alcun requisito, né necessita di motivazioni specifiche, ma è interamente rimesso alla autonoma decisione delle parti, tranne in presenza di figli sotto i 16 anni, quando è obbligatorio il decorso di un periodo intermedio di separazione durante i quali seguire un percorso obbligatorio di mediazione per stabilire le condizioni del loro mantenimento. Allo stesso modo, in Svezia solo le coppie con figli minori sono obbligate a un periodo di separazione di sei mesi, prima di ottenere il divorzio. Cfr. MILLAR J., WARMAN A., *op. cit.* 13.

<sup>114</sup>In Italia, ma anche in Austria, Portogallo, Belgio e altri paesi europei, è prevista la ratifica degli accordi di divorzio con un provvedimento giudiziale.

<sup>115</sup> Nell'ordinamento italiano, non ricorre la necessità di provare specifici presupposti per l'ottenimento della separazione, che ai sensi dell'articolo 151 del codice civile può essere "*chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole*". Peraltro, è ormai indiscussa l'interpretazione più volte ribadita in giurisprudenza secondo la quale "*ciascun coniuge ha un diritto costituzionalmente fondato di ottenere la separazione personale e interrompere la convivenza ove, per fatti obiettivi, ancorché non dipendenti da colpa dell'altro coniuge o propria, tale convivenza sia divenuta intollerabile, così da essere divenuto impossibile svolgere adeguatamente la propria personalità in quella "società naturale" costituita con il matrimonio che è la famiglia. Il concetto di "intollerabilità" della convivenza si presta a un'interpretazione aperta a valorizzare anche elementi di carattere soggettivo, costituendo un fatto psicologico squisitamente individuale, riferibile alla formazione culturale, alla sensibilità e al contesto interno alla vita dei coniugi*" (Cass. 09/10/2007, n.21099). Al contrario, il secondo comma dell'articolo 151 del codice civile prevede che "*il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio*", e "*la dichiarazione di addebito della separazione implica la prova che la irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile esclusivamente al comportamento volontariamente e consapevolmente contrario ai doveri nascenti dal matrimonio di uno o di*

## 2. - Modelli contemporanei di famiglia in Europa

Dallo studio sociologico citato emerge un quadro piuttosto variegato dei rapporti familiari europei negli anni immediatamente precedenti al duemila, caratterizzato da una netta divisione tra il gruppo scandinavo, già proiettato verso un contesto sociale più vicino a quello attuale, e il gruppo mediterraneo, dove il peso della tradizione religiosa e di una struttura sociale statica e tradizionalista facevano da freno agli impulsi innovativi che si sarebbero maggiormente avvertiti solo pochi anni dopo.

La classificazione fin qui brevemente descritta, tuttavia, non ha resistito alla prova del tempo.

La profonda alterazione del contesto sociale, economico e politico europeo degli ultimi decenni ha ridotto le distanze tra i modelli familiari tipici degli anni novanta e ne ha stravolto la struttura tradizionale, facendo emergere nuove esigenze di rinnovamento del diritto di famiglia che accomunano pressochè tutti i sistemi.

Nella società odierna, la scelta di formare una famiglia viene presa ad un'età sempre più alta e i nuovi nuclei familiari sono sempre più ristretti, poichè non è raro che le coppie decidano di avere un solo figlio o anche di non averne,

---

*entrambi i coniugi, ovverosia che sussista un nesso di causalità tra i comportamenti addebitati ed il determinarsi dell'intollerabilità della ulteriore convivenza"* (Cass. 30/05/2023, n.15196).

Diversamente, il divorzio viene pronunciato senza che sia necessario dare prova di alcuna circostanza, ma all'esito dell'accertamento del venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla e della presenza degli altri presupposti elencati all'articolo 2 della legge n.898 del 1970 tra cui il decorso di un determinato periodo di separazione ininterrotto dal momento dell'emissione della sentenza o dell'omologa dell'accordo che l'hanno disposta.

In alcuni paesi, la non tollerabilità della prosecuzione del rapporto deve essere dimostrata dal decorso di un determinato periodo di separazione, come nel caso della Germania e dell'Italia, ma anche, seppure con diversi criteri, del Regno Unito.

attendendo una stabilità economica sempre più difficile da trovare. Basta pensare all'evoluzione del mercato del lavoro che diventa sempre più flessibile a causa del declino di impieghi stabili e dell'ascesa di occupazioni part-time e a tempo determinato, che peraltro si ottengono dopo un periodo di studio e formazione più lungo che in passato, e che genera una precarietà da cui deriva inevitabilmente una maggiore difficoltà nel raggiungere la stabilità economica, con ovvie conseguenze sulla vita e le scelte familiari.

Guardando alla situazione italiana, ad esempio, è subito evidente che il riferimento al modello mediterraneo, citato dalla classificazione sociologica di cui sopra, è ormai anacronistico e il concetto tradizionale di famiglia, con un numero elevato di matrimoni, pochi divorzi e ancor meno convivenze, è ormai superato.

Negli anni '90 lo scarso tasso di natalità era già la spia di una situazione economica e sociale in trasformazione, ma il processo è oggi giunto ad uno stadio più avanzato, come dimostrano i numeri delle più recenti statistiche. I dati attuali, infatti, evidenziano da un lato l'emergere di nuove tendenze, ma dall'altro il permanere di istituti e concetti già noti, ma di fatto trasformati e riempiti di nuovi contenuti.

In Italia, il calo dei matrimoni, soprattutto religiosi,<sup>116</sup> e l'aumento delle convivenze mostrano la tendenza all'instabilità delle strutture sociali tradizionali e solo il 21,8% degli uomini che lasciano la famiglia di origine entro i trent'anni

---

<sup>116</sup> L'ultima nota Istat riporta che nel 2021 i matrimoni sono stati 180.416, quasi il doppio del 2020, che ha scontato le conseguenze della pandemia, ma comunque il 2% in meno rispetto al 2019.

I matrimoni religiosi sono in calo (-5,1%) rispetto al periodo pre - pandemico e i dati provvisori dei primi nove mesi del 2022 indicano, rispetto al 2021, un aumento dei soli matrimoni civili del 4,8%.



scelgono di sposarsi, mentre il 22,5% preferisce la convivenza<sup>117</sup>; al contrario, il 40% delle donne della stessa fascia di età preferisce il matrimonio, anche se la scelta della convivenza è anche per loro in aumento guardando alle generazioni più giovani<sup>118</sup>.

Indubbiamente, dietro questi numeri si cela l'influenza dell'evoluzione della società, influenzata anche dalle diverse politiche sociali adottate<sup>119</sup>, poichè oggi il matrimonio non è più il principale motivo per lasciare il nucleo familiare di origine e raggiungere l'indipendenza, ma anzi, al contrario, il mutamento dei modelli culturali e l'allungamento del periodo di studio e formazione, insieme con l'instabilità del mercato del lavoro, portano spesso i giovani a posticipare la scelta di formare una famiglia, restando più a lungo con i genitori o da soli. Inoltre questa instabilità, porta spesso a preferire la convivenza al matrimonio, infatti dal 2014 ad oggi la propensione a sposarsi è scesa del 16% per gli uomini e del 9,7% per le donne nella fascia di età al di sotto dei trent'anni e solo da questa età in su vede un leggero aumento<sup>120</sup>.

L'aumento delle convivenze in Italia, spesso preferite anche da coloro che instaurano un secondo rapporto familiare a seguito di un divorzio, oltre che dai più giovani, fa venire meno il primo elemento distintivo che consentiva di ricondurre questo paese al modello mediterraneo. E sulla stessa direzione spinge

---

<sup>117</sup> Secondo i dati dell'Indagine Famiglie, soggetti sociali e ciclo di vita ISTAT del 2016.

<sup>118</sup> Cfr. il report Istat per il 2021.

<sup>119</sup> Le scelte statali in materia di *welfare* familiare contribuiscono al mantenimento dell'instabilità e a disincentivare i matrimoni e, in generale, la nascita di nuove famiglie. Il modello italiano, infatti, si caratterizza ancora oggi per il riversamento degli oneri di assistenza e cura sulle famiglie, senza la predisposizione di idonee misure previdenziali, assistenziali e fiscali di sostegno e incentivo che facciano da bilanciamento. Al contrario altri paesi, soprattutto del gruppo nordeuropeo, si distinguono per l'adozione di politiche sociali apposite, che incoraggiano e sostengono gli individui, e in particolare i giovani, a creare nuove famiglie. Cfr. MILLAR J., WARMAN A., *op. cit.* p. 16 ss.

<sup>120</sup> Cfr. il report Istat per il 2021.

l'aumento dei divorzi, in costante aumento fin dalla loro introduzione, nel 1970, e poi cresciuti del 57,5% nel 2015, dopo l'introduzione di procedimenti stragiudiziali alternativi e la riduzione dei tempi dei procedimenti giudiziali.<sup>121</sup>

Parlare di modelli familiari diversificati in Europa, dunque, non ha più lo stesso significato che poteva avere in passato e, nonostante permangano numerose differenze, la classificazione analizzata nel paragrafo precedente è stata stravolta dallo sviluppo culturale e sociale degli ultimi decenni e le divergenze culturali che prima erano maggiormente accentuate, tanto da ripercuotersi sui comportamenti e sulle statistiche e determinare differenze nette, oggi sono meno marcate.

---

<sup>121</sup> Il riferimento è alla legge n. 55 del 6 maggio 2015, rubricata “Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi”, più nota come legge sul cd. “divorzio breve”, e al decreto legge n. 132 del 12 settembre 2014 sulle “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”, che ha introdotto anche per i procedimenti in materia di separazione e divorzio la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita.

### Capitolo 3.

#### Modelli familiari contemporanei nei sistemi di *common law* e *civil law*

##### 1. - La disciplina giuridica della famiglia tra *common law* e *civil law*

Le statistiche mostrano come la struttura delle famiglie europee appaia più omogenea che in passato e i modelli familiari contemporanei attraversino una generale fase di trasformazione, ispirata da fenomeni diffusi in modo pressochè generale nei diversi paesi.

Se, infatti, “*fino ad una trentina di anni or sono, l’idea prevalente era quella che vedeva nella famiglia una microcomunità con comunione di scopi, adesso pare nettamente primeggiare una sorta di sostanziale individualismo*”,<sup>122</sup> ma la reazione dei diversi ordinamenti a questa emersione del ruolo dei singoli individui all’interno della famiglia non è stata altrettanto omogenea.

All’affermazione di nuovi modelli di famiglia e alla riformulazione di quelli tradizionali, infatti, sono seguite reazioni normative diverse, frutto di un approccio e di una tradizione giuridica differenti, ciascuna maggiormente legata ad una delle due componenti che caratterizzano il ruolo che, in questo contesto, il diritto può assumere. Se da un lato, infatti, esso può essere propulsore, poiché può incoraggiare a tenere o ad astenersi da determinati comportamenti, dall’altro esso deve avere soprattutto un ruolo adeguatore, così da mediare tra gli spontanei cambiamenti dei rapporti familiari e le regole preesistenti, adeguando le leggi alla realtà sociale e rendendole così efficaci.

---

<sup>122</sup> DIDUCK A. *Law’s families*, 2003, p. 24.

Guardando alla regolamentazione giuridica della famiglia nell'area europea, cui restringiamo questa analisi, la prima grande differenza da notare è quella tra l'approccio del *common law* inglese e quello dei sistemi di *civil law*, nei quali per la differenza della loro tradizione e dei loro meccanismi di funzionamento ed evoluzione, “*the classification, the concepts of the two law families therefore cannot be the same*”.<sup>123</sup>

La comparazione dei sistemi di queste due famiglie, lungi dall'essere ormai obsoleta, è invece di particolare attualità e interesse in materia di famiglia, poiché proprio in questo campo l'evoluzione normativa è stata influenzata in modo particolare dalla tradizione giuridica di ciascun ordinamento, caratterizzata da un diverso modo di intendere la famiglia e il suo rapporto con il diritto.

È stato osservato<sup>124</sup> che il diritto di famiglia dell'Europa continentale è caratterizzato, con le dovute differenze tra i vari sistemi, dall'enunciazione legislativa fattane attraverso la codificazione cui, successivamente, si sono affiancati i testi costituzionali.

È proprio in base a tale osservazione che i sistemi di *civil law* sono stati distinti in tre gruppi.<sup>125</sup>

In paesi come l'Italia, il Lussemburgo e la Grecia, la famiglia è ritenuta un elemento fondante dell'ordine giuridico e sociale e per questo il suo ruolo è affermato a livello costituzionale, mentre specifiche disposizioni di legge introducono e regolano la possibilità di intervenire per assicurarne la protezione economica e sociale. Diversamente, paesi come la Germania, la Francia, il

---

<sup>123</sup> Cfr. ZAJTAY, I., *Beiträge zur Rechtsvergleichung*, 1976, p. 85 e ss.

<sup>124</sup> Cfr. MARINI G., MARELLA M., *op. cit.*

<sup>125</sup> Cfr. MARINI G., MARELLA M., *op. cit.*, 56-58.

Portogallo e la Spagna, riconoscono il ruolo della famiglia come entità sociale meritevole di tutela costituzionale in ambito economico e sociale, mentre rimandano a specifici interventi normativi la previsione e la regolamentazione dell'intervento dello stato a tutela e protezione di soggetti deboli, come i minori, e di situazioni di particolare delicatezza, come la maternità. Infine altri paesi, come la Danimarca, l'Olanda, il Belgio, non fanno alcun riferimento alla famiglia nelle loro costituzioni ma, tramite l'intervento della giurisprudenza, la ricollegano comunque a specifici valori sovranazionali e costituzionali come l'uguaglianza, giungendo a riconoscere anch'essi tutela costituzionale alla famiglia e al diritto alla vita familiare.

L'idea della famiglia come elemento basilare dello stato, di cui forma e mantiene la struttura sociale, dunque, fa da denominatore comune ai sistemi europei di *civil law*, che le attribuiscono tutti valore costituzionale.

Ovviamente, il significato di queste declamazioni è stato ridimensionato e attualizzato dalla giurisprudenza e, nonostante l'affermazione costituzionale del suo ruolo simbolico, nessun sistema intende ancora la famiglia come entità organica, ma è ormai prevalente l'interpretazione che la vede più come un insieme di rapporti individuali, accomunati da una specifica funzione e per questo tutelati a livello costituzionale e riconducibili a diritti fondamentali.

Nonostante l'intervento pubblico nel diritto di famiglia sia ormai concentrato sul riconoscimento e sull'attribuzione di diritti agli individui che la compongono, la sua connotazione di fondo rimane, in un certo senso, pubblicistica.

Guardando, ad esempio, al sistema italiano, è evidente come i rapporti familiari, nonostante siano pacificamente ritenuti di natura privatistica, si fondino su un complesso di norme etero imposte e inderogabili dalla volontà degli individui.

Anche i più recenti interventi normativi, volti a modificare o innovare singoli aspetti della disciplina sostanziale e processuale delle relazioni familiari, non hanno ampliato lo spazio di autodeterminazione dei privati se non in modo parziale e disarmonico, peraltro attraverso disposizioni che si sono inserite, non senza contraddizioni, nell'impianto già esistente del diritto di famiglia, rendendolo un coacervo di disposizioni vecchie e nuove, nate con finalità diverse e formulate con linguaggio differente, che si sono spesso rivelate poco efficaci a causa di ambiguità e omissioni che hanno generato dei veri e propri vuoti di tutela.

La situazione è ben diversa al di là della Manica, dove il *family law* è più recente e ha avuto uno sviluppo del tutto peculiare.

Il *family law* inglese è il prodotto della tradizione giuridica e dell'evoluzione culturale del paese, infatti risente dell'approccio casistico, tipico del *Common law*, tradizionalmente orientato all'analisi pratica dei casi concreti, piuttosto che alla sistematizzazione e categorizzazione in fattispecie astratte, che invece, spinte dal pensiero Illuminista e poi dalle grandi codificazioni, hanno preso piede in Europa e condizionato lo sviluppo giuridico dei paesi di *civil law*.

Quello inglese, infatti è un sistema giuridico che si può definire aperto, non confinato in categorie codicistiche rigide come i sistemi dell'Europa continentale. Si può dire, anzi, che il *common law* inglese si trova in una posizione diametralmente opposta rispetto a quella della codificazione, la cui tecnica non è

congeniale alla mentalità del giurista inglese, il cui linguaggio deve essere “*narrow enough to indicate basic principles, yet broad enough to allow flexibility, since no legislature can foresee and solve the problems with which the future is fraught*”, dunque “*abbastanza netto e rigoroso nella posizione delle regole, ma allo stesso tempo sufficientemente aperto e flessibile per la risoluzione dei problemi di adattamento che la pratica immancabilmente e non raramente pone*”<sup>126</sup>.

Lo sviluppo delle categorie e dei concetti giuridici in Inghilterra, infatti, ha sempre avuto origine dai singoli casi sottoposti alle Corti, di fronte ai quali i Giudici, che non necessariamente dovevano essere giuristi, “*did what was appropriate to impede the penetration of a purely academic and «systematically» orientated tradition of legal thought into the English way of «stumbling forward in the empirical fashion, of blundering into wisdom (Maitland)*”<sup>127,128</sup>.

Il *family law* in senso moderno si è affermato solo a metà del novecento e, diversamente da quanto accaduto in materia di contratti, *torts* e in altri campi del diritto privato, le relazioni familiari sono state per molti secoli trascurate dal diritto inglese.

Nel diciottesimo secolo Blackstone, ispirandosi a Gaio per la redazione del suo Commentario<sup>129</sup> divise la parte dedicata ai *Rights of Persons* in cinque sezioni:

---

<sup>126</sup> Cfr. CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, 2000, 17.

<sup>127</sup> Il riferimento è alla frase di Maitland, in MAITLAND, F. *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. 3, 1911, 445.

<sup>128</sup> Cfr. MÜELLER-FREIENFELS W. *The emergence of «Droit de Famille» and «Familienrecht» in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003, 40.

<sup>129</sup> Il *Commentaries on The Laws of England*, definito da Baker *magnum opus* di W. Blackstone, venne pubblicato nel 1765, riedito dallo stesso autore per l’ottava volta nel 1778 e ristampato fino alla ventisettesima edizione, nel 1876. È uno dei più noti *books of authority* inglese e costituisce un vero e proprio trattato organico di diritto. Cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.*, 514. ss.

*master and servant, husband and wife, parents and children, guardian and ward, and corporations*, rifacendosi alla categoria, già diffusa nella tradizione giuridica continentale, del “diritto delle relazioni domestiche”.

Questa categorizzazione, già proposta da Pufendorf<sup>130</sup> prima della distinzione savigniana tra diritto pubblico di famiglia e diritto privato patrimoniale, raggruppava tutti i rapporti finalizzati alla produzione di beni e servizi, ma anche alla riproduzione umana, tutti fondati su relazioni ordinate giuridicamente e gerarchicamente.<sup>131</sup>

Influenzato dalla visione conservatrice di Blackstone dei rapporti familiari,<sup>132</sup> il diritto di famiglia inglese ha subito una lunga stasi, restando pressochè inalterato fino alla seconda metà del diciannovesimo secolo<sup>133</sup>.

Le profonde trasformazioni sociali e politiche ottocentesche, conseguenza dell'avvento dell'industrializzazione e dalla trasformazione delle abitudini e dei costumi sociali, resero però inevitabile una presa di coscienza circa l'inadeguatezza della disciplina dei rapporti familiari.

Proprio considerando questa situazione, si tentò una spinta riformatrice con il *Matrimonial Causes Act* del 1857 che introdusse una prima, embrionale, disciplina del divorzio e fu seguito da altre leggi.

Le istanze di rinnovamento vennero affidate al diritto positivo, affinché si affiancasse ad una ricostruzione dottrinale ormai superata e a principi fondati su

---

<sup>130</sup> Cfr. BENSER, R. *Die Systematik des Privatrechts in Blackstone's "Commentaries on the Laws of England"*, 1938, 77.

<sup>131</sup> MARINI A., MARELLA M., *op. cit.* 24.

<sup>132</sup> Già Bentham ne criticò l'approccio che, non a caso, è stato ritenuto una delle cause del ritardo nello sviluppo del diritto di famiglia inglese. Cfr. ad esempio, MACKINNON, F. in *Johnson's England*, a cura di TURBERVILLE, A.S., vol. 2, 1933, 290.

<sup>133</sup> Un tipico esempio della “stagnazione” del diritto di famiglia inglese e del suo isolamento dal parallelo sviluppo cui si assisteva nello stesso campo in Europa, è la disciplina del matrimonio e del divorzio, che rimase competenza delle autorità ecclesiastiche fino al 1857.



precedenti giurisprudenziali, che da soli non potevano sopperire alle nuove esigenze sociali.

Tuttavia, gli interventi normativi della metà del diciannovesimo furono spesso frammentari e disomogenei e accanto a loro continuarono a sopravvivere usi ancora obsoleti, impedendo la formazione di un gruppo organico di norme che disciplinassero compiutamente i rapporti familiari.

Ciò portò ad un crescente distacco della disciplina della famiglia dalla realtà sociale, tanto aggravato dall'avvento delle guerre mondiali da rendere inevitabile un nuovo intervento normativo, che recepisce le istanze sociali, nuovamente mutate, in materia di divorzio e regolasse gli obblighi di mantenimento che ne derivavano.

Il radicale intervento di riorganizzazione e riforma della disciplina giuridica dei rapporti familiari, pensati in chiave organica come fattispecie interconnesse, incontrò il favore dell'opinione pubblica e del dibattito scientifico,<sup>134</sup> tanto da portare Lord Scarman, a riconoscere che “*the word ‘family’ has suddenly become fashionable with lawyers*”<sup>135</sup>.

Alla base della riforma del *family law*, stava il superamento dell'idea di famiglia come entità statica e unitaria, ritenuta “*primitive community*”<sup>136</sup> e “*originary natural phenomenon*”<sup>137</sup>. Fu infatti la realizzazione della dinamicità della famiglia

---

<sup>134</sup> L'interesse e il positivo riscontro dell'opinione pubblica sono testimoniati, tra l'altro, dal lavoro pubblicato nel 1964 ad opera di un gruppo nominato dall'Arcivescovo di Canterbury. Cfr. “*Putting Asunder: a Divorce Law for Contemporary Society: the Report of a Group Appointed by the Archbishop of Canterbury in January 1964*”, 1966.

<sup>135</sup> Cfr. *The Listener* 24, n. 9, 1970, 407 ss.

<sup>136</sup> SCHINDLER, D. *Recht, Staat und Völkergemeinschaft*, 1948, 115, definisce la famiglia “*die Ursprungsgemeinschaft*”, cioè la comunità di origine.

<sup>137</sup> HUCH, R. *Urphänomene*, 1946, 13, definisce la famiglia come “*erstes Urphänomen der Natur*”.

e della sua connessione con la realtà sociale a rendere il *family law* un “*trademark for fundamental reforms in social life*”<sup>138</sup>.

In questo processo di riforma, fu fondamentale il ruolo del “*family law workshop*”, il primo nel suo genere, organizzato a Londra presso la London School of Economics and Political Science, da Otto Kahn-Freund, comparatista ritenuto tra i “padri” del diritto di famiglia inglese<sup>139</sup>. Ad esso parteciparono, oltre a trentadue professori provenienti da diverse università inglesi e scozzesi, anche giudici e giuristi, come Sir Leslie Scarman, L.J., allora capo della *Law Commission* e giudice della *Probate, Divorce and Admiralty Division* della *High Court* e L. C. B. (Jim) Gower, membro della *Law Commission* responsabile in materia di diritto di famiglia.

Nel suo discorso di apertura dei lavori, Kahn-Freund dichiarò che “*although family law has always been regarded as an integral part of the private law syllabus in continental countries, a battle has been necessary to introduce it in England*”, ritenendo che la principale motivazione fosse che “*statute law was central in this subject, and it was widely thought that statute law could not be taught as easily as case law*”.<sup>140</sup>

Il riferimento ad una “battaglia” combattuta per l’introduzione del diritto di famiglia, come è stato osservato, voleva rappresentare l’idea di una lotta non solo

---

<sup>138</sup> Cfr. MUELLER-FREIENFELS W., *op. cit.*, 42.

<sup>139</sup> Come osservato in MUELLER-FREIENFELS W., *op. cit.* alla nota 52 a pagina 42, nonostante gli artefici della affermazione del moderno *Family law* inglese furono senza dubbio numerosi, Otto Kahn-Freund ne è spesso ritenuto il vero “padre”, ma ciò soprattutto da parte di giuristi tedeschi, che padroneggiavano già l’idea di un diritto di famiglia categorizzato, come Dieter Giesen, nella prefazione alla traduzione tedesca della prima edizione di *Family Law and Social Politics* di John Eckelar del 1983.

<sup>140</sup> KAHN-FREUND, O. *The Content of the Undergraduate Course in General*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 9, 1966-1967, 202.

per una riforma normativa, ma anche per l'apertura ad una nuova dimensione della concezione giuridica delle relazioni familiari<sup>141</sup>.

Fino a quel momento, infatti, in Inghilterra era stata principalmente la giurisprudenza a occuparsi dei rapporti familiari e il suo approccio tipicamente concreto e remediale, che pure aveva efficacemente garantito la tutela dei diritti e delle situazioni portate alla cognizione delle Corti, aveva dato origine a un *corpus* di principi disomogenei, senza che vi fosse tra essi e le singole norme una armonia o una connessione e senza riuscire a sradicare del tutto un'interpretazione dottrinale conservatrice e obsoleta, legata a consuetudini e precedenti troppo lontani dalla realtà sociale. Non a caso, infatti, è stato affermato che “*as the century opened there was no academic discipline of family law. For this we had to wait until after the Second World War*”<sup>142</sup>.

Tuttavia, l'interpretazione dottrinale, la letteratura scientifica<sup>143</sup> e l'organizzazione dell'insegnamento universitario,<sup>144</sup> seppure hanno contribuito a dare maggiore

---

<sup>141</sup> Non è un caso, peraltro, che Kahn-Freund, da comparatista, avesse ben presente la categorizzazione tipica del diritto di famiglia continentale. Cfr. MUELLER-FREIENFELS, W., *op. cit.*, 43.

<sup>142</sup> FREEMAN, M. *Family Values and Family Justice Current Legal Problems*, 1997, 318.

<sup>143</sup> Nel 1953 venne pubblicato il primo testo intitolato *Family Law*, scritto da Jack Hamawi, che ricostruiva, però, solo la normativa in materia e che per questa sua incompletezza viene ritenuto da MUELLER-FREIENFELS W., *op.cit.* 44, un “*modest learning manual of 364 pages*”. Successivamente, nel 1957, venne pubblicata la prima edizione del manuale *Bromley's Family Law* di Peter Mann Bromley, ristampato in otto successive edizioni fino al 1998 e, da quella data, riedito a cura di N. V. Lowe e G. Douglas. Solo l'anno successivo, nel 1958, dopo aver tenuto un corso universitario sullo stesso argomento al King's College di Londra E. L. Johnson pubblicò un volume dedicato al *Family Law*, di cui è stato detto che “*it fits the familiar material into the general frame- work of family law, and presents a logical whole, which does indeed show (as the author has hoped) the recent developments of English Family Law and their place within the general structure of our Law*”, cfr. il commento di F. J. Odgers, *Johnson's Family Law*, in *Cambridge Law Journal*, Vol. 16, N. 2, Nov. 1958, 243-244. Infine, nel 1957 venne pubblicata a cura di R. H. Graveson and C. R. Crane, la raccolta *A Century of Family Law 1857-1957*, che già dal titolo appare però contraddittoria rispetto alle parole di Kahn-Freund sull'introduzione del *Family Law* nel secondo dopoguerra e che è, in realtà, una raccolta di scritti su diversi temi inerenti al diritto di famiglia, più che un manuale organico sulla materia.

<sup>144</sup> La London School of Economics and Political Science, grazie a Kahn-Freund, Olive Stone, and Jim Gower, fu la prima in tutta l'Inghilterra ad offrire, nell'anno accademico 1951-1952, un corso

omogeneità e sistematicità alla materia, hanno avuto di fatto un ruolo poco determinante nell'evoluzione del diritto di famiglia inglese che, anche in quest'ambito, è stata determinata principalmente dalla giurisprudenza e dall'intervento delle Corti.

Queste, che a differenza dei Tribunali italiani e degli organi giurisdizionali tipici dei sistemi di *civil law* non sono meramente interpreti e portavoce del diritto positivo, si sono sempre più specializzate nel tempo, affrontando il tema delle relazioni familiari con maggiore competenza ed elaborando decisioni aderenti al sentire sociale e alle esigenze concretamente avvertite dalla popolazione.

Dal 1857, infatti, nonostante si continuassero di fatto ad applicare i principi tratti dalle regole del diritto romano e di quello canonico, su cui si basavano le precedenti pronunce delle corti religiose, la competenza per le questioni matrimoniali venne trasferita da queste ultime<sup>145</sup> alla *Divorce Court*, appositamente istituita dal *Matrimonial causes Act* e, neanche vent'anni dopo, riunita alla *Court of Probate*<sup>146</sup> nella *Probate, Divorce, and Admiralty Division*, una delle cinque sezioni della *High Court*, ironicamente ricordata come *Wreck*

---

dedicato al *Family law*, sebbene ancora denominato "*Law of Domestic Relations*". Anche il King's College e l'University College di Londra furono sede di numerose lezioni sull'argomento già negli anni '50 e lo stesso fecero altri College, tra cui Cambridge. A Oxford, invece, fu Kahn-Freund ad introdurre un corso sul *Family Law*, quando vi giunse negli anni '60 e nel 1964 e fu sempre lui a organizzare un corso post-laurea in materia di *divorce law* che confrontava i sistemi inglese, francese e neozelandese. Infine, nel 1969, John Eekelar tenne lì la sua prima lezione sul *family law* e, nel 1970 il *Family Law* fu per la prima volta materia di esame in un corso di laurea ordinario.

<sup>145</sup> Le *Ecclesiastical Courts* furono create dopo la conquista normanna da con l'intenzione di separare la giurisdizione civile, amministrata dalle *Lay Courts*, da quella ecclesiastica ed ebbero ampi poteri e competenze, più o meno spirituali, come la materia matrimoniale e delle successioni, ma anche tutte le vicende che coinvolgevano chierici e religiosi. Cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.*, 51 ss.

<sup>146</sup> Anch'essa, analogamente alla *Divorce Court*, istituita nel 1857 dal *Court of Probate Act* con il compito di decidere le controversie in materia testamentaria, sottratta alla giurisdizione ecclesiastica allo stesso modo di quella familiare.

*Court* per la sua competenza in naufragi di vario genere.<sup>147</sup> Ne prese poi il posto la *Family Division* della *High Court*, istituita dall'*Administration of Justice Act* del 1970 e ulteriormente specializzata, così come le *Family Courts*, di grado inferiore, sezioni distinte delle corti civili competenti in specifiche aree del diritto di famiglia.

Oltre alla giurisprudenza, anche la legislazione in materia di famiglia si è evoluta nel segno di una maggiore specializzazione, anche grazie al supporto fornito al Parlamento dalla *Law Commission*, in seno alla quale il diritto di famiglia venne considerato un'area del diritto a sé stante e di particolare rilevanza sociale<sup>148</sup>.

All'esito di quella che si può definire una vera e propria rivoluzione del pensiero giuridico sui rapporti familiari, fu effettivamente possibile ricomporre i pezzi del *family law* in un sistema organico ed efficiente, fondato sull'unione dell'operato del Parlamento con quello delle Corti. E quale risultato del coordinamento della coerenza e generalità dei principi posti dalla legge con la concretezza del metodo casistico, affidato esclusivamente al ruolo di “*comparatively few judges of high calibre who know each other's minds and are masters of the law*”,<sup>149</sup> il “*family law, as used nowadays in England, is a sociological, biological, general concept, not a precise, sharp legal one*”<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.*, 53.

<sup>148</sup> Il lavoro della *Law Commission* in materia di famiglia è sempre stato caratterizzato da un approccio critico e dall'attenzione alle esigenze sociali e alle soluzioni proposte in sistemi giuridici diversi. Ciò ha contribuito all'efficacia e alla modernità delle riforme proposte, oltre a supportare l'idea del necessario confronto su un piano politico, economico e sociale, oltre che giuridico. Cfr. BRADLEY D., *Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy in Maastricht Journal of European Law*, 1999.

<sup>149</sup> Per usare le parole di Lord Scarman in una *lecture* tenuta nel 1966 all'Università di Bristol in materia di *Family Law and Law Reform*.

<sup>150</sup> MUELLER-FREIENFELS W., *op. cit.* 46.

La peculiarità del diritto inglese, che si manifesta anche in ambito familiare, sta infatti proprio nell'equilibrio dei rapporti tra giurisprudenza e diritto positivo<sup>151</sup> e nel ruolo di quest'ultimo che, diversamente dalle leggi dei sistemi dell'Europa continentale, non enuncia categorie generali cui ricondurre i singoli rapporti familiari, incasellandoli in uno schema che consenta di individuare la regola da applicare.

Al contrario, nel *family law* inglese la legge individua i principi di riferimento necessari a formare un quadro giuridico che assicura la tutela dei soggetti deboli coinvolti, ma al suo interno le parti sono libere di manifestare la loro volontà e autodeterminarsi, fermo restando il potere delle Corti di decidere conformemente ai principi stabiliti dalla legge, trovando la soluzione più idonea ai casi concreti patologici che vengono loro sottoposti<sup>152</sup>.

In conformità al meccanismo che, tipicamente, governa i rapporti tra *case law* e *statute law* inglese, il diritto positivo pone regole che prevalgono su quelle giurisprudenziali in virtù della loro specialità, ma tale prevalenza è solo “*relativa perché, se è vero, dal punto di vista di una considerazione statica dell'ordinamento, che il diritto giudiziario è per principio destinato a cedere il passo alla legge con cui viene a porsi in contrasto, dal punto di vista di una*

---

<sup>151</sup> La peculiarità del rapporto tra *case law* e *statute law*, tra diritto giurisprudenziale e positivo, sta proprio nel fatto che “*the statutes assume the existence of the common law*” e si pongono come “*addenda and errata of the book of common law; and they would have no meaning except by reference to the common law*” (cfr. GELDART W., *Elements of English Law*, 1991, cit. in CRISCUOLI G., *op. cit.*, 20). Il diritto positivo, dunque è complementare a quello giurisprudenziale, nei confronti del quale si trova in una posizione di prevalenza proprio in virtù di tale specialità.

<sup>152</sup> Non a caso, durante una lezione tenuta all'Università di Yale, negli Stati Uniti, fu proprio Kahn-Freund, evidenziando la peculiarità del diritto di famiglia rispetto ad altre materie, ad affermare che “*to teach family law in terms of 'case law' is to act like a professor of medicine who teaches pathology in terms of the rarest diseases to students knowing nothing about anatomy or physiology*”.

*considerazione dinamica dello stesso ordinamento è decisivo il fatto che i singoli statutes, una volta emanati, vengono rispettati dalla giurisprudenza nello spirito del common law, di guisa che finiscono tosto con l'essere condizionati da una serie di decisioni interpretative vincolanti che fissano la loro concreta portata normativa: con l'effetto finale, per gli stessi, di essere inglobati nel sistema, venendo a fare indissolubilmente parte del tessuto elastico ed assorbente del common law".*<sup>153</sup>

Soprattutto con riferimento all'epoca contemporanea, dunque, è stato sostenuto che l'idea del diritto positivo come “*corpo estraneo*”<sup>154</sup> nel *Common law*, sia ormai superata e che questo, al contrario, sia ormai un “*elemento del tutto fisiologico*”, spesso l'unico in grado di promuovere riforme effettivamente innovative, soprattutto in ambito sociale, tali da consentire di deviare dalla rigorosa applicazione e reiterazione “*a senso unico*” dei precedenti.<sup>155</sup>

La legge, infatti, è condizionata “*dall'impegnatività propria dei giudizi ermeneutici delle corti*”, ma questi sono raggiunti “*in aderenza o nel rispetto di canoni ermeneutici particolarmente rigidi nell'assicurare il costante ossequio delle corti al comando del Parlamento*”, le cui leggi, a loro volta, “*debbono*

---

<sup>153</sup> Cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.*, 21, che paragona il sistema inglese a un “*telaio da ricamo la cui tela di base rappresenta il diritto giudiziario ed il ricamo su di essa operato il diritto legislativo*”, che “*si sovrappone alla tela che lo sorregge, ma incorporandovisi, perde, rispetto alla medesima tela, la sua autonomia e la sua stessa individualità nella armonia del risultato complessivo*”.

<sup>154</sup> Il riferimento è a David che, nella sua classificazione, afferma che “*la legge, nella concezione tradizionale inglese, non viene vista come un modo di espressione normale del diritto. Essa continua ad essere un corpo estraneo nel sistema del diritto inglese*”. Cfr. DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 1980, 338.

<sup>155</sup> Cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.*, 410 sulla funzione dello *statute law* di “*rompere, come dice il prof. Kiralfy, il nodo gordiano con il quale i giudici, percorrendo la strada dei precedenti, che è una via obbligata ed a senso unico - «one way street» -, finiscono a volte col legarsi le mani, cadendo in contraddizioni e sentenziando in modo difforme*”. Come avviene in materia di *social legislation* “*ossia quelle riforme d'interesse sociale e di grande respiro che richiedono sensibili virate di bordo*”.

*essere rispettate nei limiti del contenuto normativo per esse fissato da tali precedenti, che pertanto effettivamente prevalgono sulle leggi medesime nella dinamica della loro attuazione*<sup>156</sup>.

Proprio questo peculiare rapporto che lega la legge alle pronuncie dei giudici, unito all'elasticità tipica del suo approccio remediale e alla particolare sensibilità alla situazione sociale, ha portato il sistema inglese a reagire con maggiore prontezza alle emergenti esigenze sociali di rinnovamento in materia di relazioni familiari.

La presenza di più fonti e la mancata affermazione del primato del diritto positivo, unitamente alla tipica natura remediale del *common law*, hanno consentito un approccio più elastico e concreto anche a questo tipo di evoluzione sociale, senza confrontarsi, o forse meglio scontrarsi, con la necessità di un intervento normativo<sup>157</sup>.

Queste considerazioni sono quanto più rilevanti se si guarda al diritto di famiglia, la cui analisi non sarebbe completa se non ci si soffermasse anche su questo aspetto della sua evoluzione.

I rapporti familiari, infatti, sono i primi ad essere colpiti dalla commistione e dallo "stingimento" delle regole, poiché per loro stessa natura hanno una forte componente culturale e religiosa e non è un caso, dunque, che proprio in materia di famiglia emerga con maggiore evidenza la sovrapposizione di regole e competenze.

---

<sup>156</sup> CRISCUOLI, G., *op. cit.*, 2000, 410-411.

<sup>157</sup> Sul punto è fondamentale la diversa concezione dei principi e diritti fondamentali dell'ordinamento tra i sistemi di *civil law* e di *common law*. In particolare, la differenza tra le idee di stato di diritto, in cui l'ordinamento si fonda sulla primazia della legge e sul riconoscimento legislativo anche dei diritti fondamentali, che infatti sono spesso enunciati a livello costituzionale e comunque sempre normativizzati, e di *rule of law*.



Sempre più spesso i Tribunali si trovano dinanzi a casi che riguardano la validità di matrimoni celebrati secondo i riti religiosi di specifiche comunità,<sup>158</sup> o la competenza degli organi giurisdizionali religiosi in materia di divorzio<sup>159</sup> e altri rapporti familiari, o ancora la legittimità di istituti tipici della cultura di alcune minoranze<sup>160</sup>.

In ipotesi di questo tipo, piuttosto che l'approccio dei sistemi di *civil law*, che, interpretando restrittivamente le proprie regole, cadono spesso in contraddizione, appare più efficace la pragmaticità del sistema inglese che, svincolato dall'insormontabile primato del diritto positivo, valuta la compatibilità con l'ordinamento delle fattispecie nuove e di istituti e regole estranei attraverso il

---

<sup>158</sup> Come il caso *Ahkter v Khan* [2020] EWCA 122 in materia di validità del matrimonio religiosi islamici e il successivo dibattito sul ruolo delle *Sharia Courts* nell'ordinamento inglese. Sul punto si fa rinvio a PERA A., *Family law, religious marriage and sharia courts in western societies. one comparative insight on the english model*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2017.

<sup>159</sup> Si veda il caso *Re AI and MT* [2013] EWHC 100 (Fam), in cui, ferma restando l'affermazione della esclusiva competenza delle Corti inglesi in materia di minori, poichè "*first, insofar as the court has jurisdiction to determine issues arising out of the marriage, or concerning the welfare and upbringing of the children, that jurisdiction cannot be ousted by agreement. The parties cannot lawfully make an agreement either not to invoke the jurisdiction or to control the powers of the court where jurisdiction is invoked*" e ricordando che il rispetto per tutte le confessioni religiose "*does not oblige the Court to depart from the welfare principle because the welfare principle is sufficiently and broad and flexible to accommodate many cultural and religious practices*", viene sottolineata l'importanza del ruolo del *Beth Din*, il Tribunale ebraico scelto dalle parti in ragione della loro profonda fede religiosa, affermando che "*at a time when there is much comment about the antagonism between the religious and secular elements of society, it was notable that the court was able not only to accommodate the parties' wish to resolve their dispute by reference to their religious authorities, but also buttress that process at crucial stages*".

<sup>160</sup> Come nel caso del ripudio islamico o *ṭalāq*, oggetto della sentenza n. 17170 del 14 agosto 2020 della Corte di Cassazione, dove si riconosce la contrarietà dell'istituto ad alcuni principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, come l'uguaglianza e la parità dei coniugi, in quanto nel *fiqh*, come abbiamo visto, è esclusivamente il marito a dare impulso al *ṭalāq*, senza che la moglie ne sia necessariamente informata e senza possibilità di contraddittorio tra le parti. Ma è anche il caso della *kafalah*, che nella sentenza n. 25310 dell'11 novembre 2020 è stata ritenuta dalla Corte di Cassazione un valido presupposto al ricongiungimento familiare di un minore con il suo affidatario, purchè in considerazione del caso concreto ciò risulti coerente con il superiore interesse del minore.

loro raffronto, operato in concreto dalle Corti<sup>161</sup>, con quei principi giuridici generali e non codificati che sono i *values*.<sup>162</sup>

In questo modo, adottando come termine di paragone non il diritto positivo, ma un criterio che è duttile, poichè si evolve parallelamente al sentire sociale e al contempo è profondamente ancorato ai tradizionali principi fondanti dell'ordinamento, diventa più agevole individuare la compatibilità con l'ordinamento, e dunque la legittimità, di tutti quei comportamenti e quelle circostanze che non appartengono ad esso e che esulano dalle sue tradizioni e dal contesto in cui esso si è formato, sia perché nuove, sia perché estranee.

Osservando lo specifico incastro dei formanti legislativo e giudiziario, l'approccio pluralistico e la qualificazione in termini effettivamente, e non solo formalmente, privatistici dei rapporti familiari, è evidente come la disciplina inglese delle relazioni familiari, diversamente da quella italiana, risponda con maggiore efficacia alle sollecitazioni sociali che spingono verso il suo rinnovamento.

Questa differenza, che riguarda in generale lo spirito dei due sistemi e la loro tradizione giuridica, è particolarmente evidente in una materia come il diritto di

---

<sup>161</sup> In MIRANDA, A., *op. cit.*, p. 23, si individua la possibilità di “replicare”, con le dovute differenze, il metodo inglese, facendo “*ricorso ai «principi generali» -richiamati espressamente dal codice civile all'art. 12 delle disposizioni preliminari- ed inoltre facendo leva non solo esclusivamente sull'ordine pubblico ma anche sul buon costume*”, in modo da “*stabilire in modo più oggettivo quali siano i “valori” a fondamento della società e del sistema giuridico e dunque attraverso essi valutare se ed in che misura la «regola» aliena che ha stinto il tessuto normativo autoctono sia o meno compatibile e dunque accettabile*”.

<sup>162</sup> I *values*, sono una delle fonti storiche del diritto inglese, cioè fonti di natura persuasiva, non vincolanti, che influiscono “*con il peso del loro valore, solo in via di supporto*” e consentono “*la determinazione, in via essenzialmente giudiziale, del contenuto delle norme di diritto positivo (...) in vista della precisa correlazione sostanziale che lega l'esperienza alla storia*”. In particolare, i *values* sono quei valori fondamentali, la cui “*forza d'influenza scaturisce direttamente dalla loro corrispondenza – al di là del carattere individuale di alcuni di essi- a precisi interessi collettivi o sociali*”. Essi non sono codificati, né esiste “*alcuna regola che fissi le modalità di apprezzamento di questi valori da parte del giudice nello svolgimento del c.d. «judicial reasoning» che lo deve portare alla sentenza*” e coincidono con quei principi comunemente sentiti come fondanti e ispiratori, tra cui la *sanctity of the person and of property*, il *social welfare*, la *national and social safety*. Cfr. CRISCUOLI, G., *op. cit.*, p. 57-58.

famiglia. Quest'ultimo infatti, per sua natura, è strettamente legato a fattori non giuridici, ma sociali, politici, morali e dunque, affinché sia efficace, non basta la sola coerenza delle norme con i concetti e le categorie giuridiche tipiche dell'ordinamento, ma è anche necessario che venga percepito a livello sociale come adeguato.<sup>163</sup>

## 2. - La famiglia nei sistemi di *common law*: l'ordinamento inglese

### 2.1 - Matrimonio e autonomia contrattuale dei coniugi

Come già accennato all'inizio di questo lavoro (*infra* 1.4), il matrimonio nel sistema inglese è sempre stato tradizionalmente inteso come un contratto.

L'*act of marrying*<sup>164</sup>, cioè la convergenza delle distinte dichiarazioni di volontà dei due coniugi dirette verso un interesse comune per formare un rapporto unitario, infatti, "*involves a contract that is recognized at law*"<sup>165</sup> e già la dottrina tradizionale definiva il matrimonio come un "*agreement by which a man and a woman enter into a certain legal relationship with each other and which creates and imposes mutual rights and duties*", concludendo che "*looked at from this point of view, marriage is clearly a contract*".<sup>166</sup>

Il *contract of marriage* ha caratteristiche peculiari rispetto agli altri contratti di diritto privato,<sup>167</sup> ma presenta comunque quello scambio di *considerations*<sup>168</sup>,

---

<sup>163</sup>Cfr. MIRANDA A., *Surrogate motherhood in Italy*, in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, a cura di MONEGER F., 2011.

<sup>164</sup> Nel sistema inglese si possono distinguere due aspetti del matrimonio: *the act of marrying*, cioè il momento costitutivo del rapporto, inteso sia come rito, sia come atto costitutivo, e *the state of being married*, cioè il rapporto che si instaura tra i coniugi a seguito della manifestazione del loro consenso.

<sup>165</sup> DICKEY A., *Family law*, 1990, p. 210.

<sup>166</sup> BROMLEY. P.M., LOEWE N.V., *op. cit.*, p. 20.

<sup>167</sup> Brevemente, le caratteristiche proprie del matrimonio rispetto agli altri *contracts*, risiedono nella capacità delle parti, che possono ottenere un *parental consent* che legittimi il matrimonio

rinvenibile nel reciproco impegno di adempiere agli obblighi del rapporto coniugale che le parti assumono, tale da consentire di qualificare il matrimonio come un rapporto contrattuale.

Ma la privatizzazione della disciplina della famiglia, nel sistema inglese, si manifesta in una vera e propria redistribuzione dei ruoli dello stato e dei privati a favore di questi ultimi, dove al primo è lasciato quello di controllore, supervisore e garante degli interessi protetti, mentre al secondo è riconosciuta la libertà di regolamentare, anzi di autoregolamentare il proprio rapporto.

La famiglia infatti, nell'ottica inglese, è vista come un vero e proprio affare privato, nel quale lo stato non ha motivo di intervenire, se non per garantire la tutela di interessi e diritti superiori, da accertare caso per caso.

A prova di questo disinteresse del legislatore per la famiglia, basta pensare al *Common law marriage*, una sorta di matrimonio consuetudinario, parallelo a

---

contratto prima del raggiungimento della maggiore età e che comunque, anche in mancanza di quest'atto, rimane valido, a differenza degli altri *contracts* che, se stipulati da un soggetto incapace, al di là dei casi eccezionali dei *beneficial contracts* e dei *contracts for necessities*, sono invalidi ed eventualmente sanabili attraverso un atto di conferma posto in essere una volta raggiunta la maggiore età. Ancora, a differenza dei normali *contracts*, il matrimonio prevede il rispetto di specifiche formalità, come i *banns*, equiparabili al concetto italiano di pubblicazioni. Infine, l'invalidità del matrimonio dipende da vizi diversi da quelli tipici del diritto dei contratti, come nel caso di nullità del matrimonio posto in essere senza il rispetto delle formalità previste o nonostante la sussistenza di un precedente matrimonio di una delle parti o di un vincolo di parentela tra loro. cfr. BROMLEY. P.M., LOEWE N.V., *op. cit.*

<sup>168</sup> La *consideration*, termine inizialmente usato in campo processuale per indicare la motivazione delle sentenze, è stata originariamente definita, nel suo significato attuale, come ««what induces a grant or a promise» e cioè la giustificazione di una concessione o di un impegno. (...) Per il tempo successivo, fino ai nostri giorni, non si notano modificazioni sostanziali rispetto a quest'ultimo significato, ma solo un ancoraggio sempre più rigoroso ed esclusivo del termine nel campo contrattuale fino a significare il più tipico degli elementi del contract, ben distinto dall'omologa figura della causa, propria dei contratti regolati negli ordinamenti continentali di civil law». Ancora oggi permane una notevole difficoltà nel dare una definizione univoca di questo concetto, che gli stessi giuristi inglesi definiscono di solito con riferimento al suo contenuto o alla sua funzione. Nel primo senso, la definizione classica, che non è né l'unica, né può considerarsi del tutto esaustiva, è data dal giudice Lush nel caso *Currie v Misa* [1875] LR 10 Exch 153,162 che afferma che “a valuable consideration in the sense of the law may consist either in some right, interest, profit or benefit, accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered or undertaken by the other”. Cfr. CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, 2001, p. 32 ss.

quello regolato dalla legge e risalente alla prassi delle corti ecclesiastiche, fondato esclusivamente sul tacito accordo delle parti di vivere come marito e moglie, senza nessuna altra formalità o requisito<sup>169</sup>.

La coesistenza di questo istituto accanto al matrimonio tradizionale ha a lungo generato notevole confusione<sup>170</sup>, cui fu posto rimedio nel 1753, con la decisione del caso *Cochrane v. Campbell*<sup>171</sup>, in cui la *House of Lords* dichiarò la validità del secondo matrimonio contratto formalmente in Chiesa da un uomo, nonostante il suo precedente *Common Law Marriage*. Per evitare che situazioni del genere si ripetessero, Lord Hardwicke, allora *Lord Chancellor*, curò nello stesso anno l'emanazione dell'*English Marriage Act*,<sup>172</sup> che aboliva il *Common Law Marriage*, ribadendo il necessario rispetto delle formalità religiose<sup>173</sup> ai fini della conclusione di un matrimonio valido.

Nonostante questo divieto, il *Common Law Marriage* è sopravvissuto, anche grazie all'incompletezza della legge del 1753, dal cui campo di applicazione erano escluse numerose ipotesi,<sup>174</sup> tanto da farne spesso mettere in dubbio l'effettiva

---

<sup>169</sup> Cfr. MIRANDA, A., *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law*, in F.B. D'USSEAU e A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, 2000, p. 377

<sup>170</sup> Cfr. COLLINGWOOD, J., *Common Law Marriage, the case for a change in the Law*, 1994

<sup>171</sup> Il caso metteva in discussione la validità di un matrimonio religioso, contratto formalmente in conformità alle regole canoniche, sulla base dell'esistenza di un matrimonio precedente, contratto in segreto *per sponsalia de presenti* sulla base della disciplina del *Common Law Marriage*. La prima moglie rivendicava l'eredità per lei e i figli nati dall'unione, ma la Corte, considerando prevalente il matrimonio formale, seppure successivo, non le riconobbe alcun diritto, considerando lei come concubina e i figli come illegittimi, dato anche che il testamento dell'uomo non faceva riferimento alcuno alla prima famiglia. Cfr. JACKSON, V., *The formation and annulment of marriage*, 1969, p. 62.

<sup>172</sup> Si veda sempre V. JACKSON, *op. cit.*, 63 ss.

<sup>173</sup> Per contrarre validamente matrimonio religioso era richiesta la celebrazione in una *Parish Church* dinanzi ad un sacerdote e la pubblicità del matrimonio mediante pubblicazioni in una Chiesa o cappella pubblica per tre domeniche consecutive prima della celebrazione, tranne che non si fosse ricevuto il previo consenso di entrambi gli sposi per come stabilito dalla legge.

<sup>174</sup> Il divieto non si applicava ai membri della Famiglia Reale, Ebrei e Quaccheri, né ai matrimoni contratti nelle colonie e in Scozia, dove era ancora valido il matrimonio *per sponsalia de presenti*. Per evitare spostamenti in massa verso la Scozia per eludere l'*English Marriage Act*, nel 1856

portata abrogativa,<sup>175</sup> e all'omissione, nel successivo *Marriage Act* del 1949, di ogni riferimento alla necessaria conformità al rito della Chiesa d'Inghilterra; ciò ha portato a ritenere ancora esistente e valido il *Common Law Marriage*<sup>176</sup>, che, creando un rapporto convenzionale, attribuisce delle regole a una situazione che sarebbe altrimenti priva di tutela e riconosce alle parti lo stesso *status* dei coniugi uniti conformemente alla legge.

La sopravvivenza del *Common Law Marriage* manifesta l'evidente propensione del sistema inglese a non fornire una dettagliata regolamentazione giuridica dei rapporti familiari e a valorizzare piuttosto la volontà e l'autonomia delle parti,<sup>177</sup> che non solo opera a livello costitutivo del rapporto, ma assume notevole rilevanza anche per regolarne l'assetto o rideterminarlo in caso di crisi, e ciò sia nell'ambito del matrimonio formale, sia delle convivenze.

Se è vero, dunque, che la conseguenza della conclusione di un *contract of marriage* è, anche nel sistema inglese, l'attribuzione ai coniugi di uno *status*, lo *state of being married*, cui si ricollegano diritti ed obblighi specifici, è altrettanto vero che, nei limiti della *public policy* e del rispetto dei fondamentali principi

---

venne introdotto l'obbligo di residenza per almeno tre settimane nel luogo di celebrazione del matrimonio. Solo nel 1939 il *Marriage Scotland Act* abolì i matrimoni informali, contratti validamente con la sola dichiarazione di volontà delle parti. Si veda sempre V. JACKSON, *op. cit.* che riporta quanto detto da Lord Brougham nel 1856: «*In Scozia, un rispettabile gentiluomo, le cui due figlie andarono a fare una cavalcata con il palafreniere, scoprì con infinito stupore e non meno sgomento che una di loro tornò a casa un'ora dopo affermando di essersi sposata con il palafreniere stesso e che il suo matrimonio era perfettamente valido per la legge vigente in Scozia come se fosse stato celebrato da un sacerdote dopo le pubblicazioni*».

<sup>175</sup> Cfr. C. BELLINI, *Common Law Marriage*, in F. B. D'USSEAU e A. D'ANGELO (a cura di), *op. cit.*, 26-29; M. PARRY, *The law relating to cohabitation*, Londra, 1998, 2ss.

<sup>176</sup> Anche la giurisprudenza ne ha avallato la sopravvivenza e nel 1978 in *Davis v. Johnson* [1978] 2 W.L.R. 553, Lord Denning ha affermato, riferendosi a una coppia convivente che “*if they were living together in the same household as husband and wife, that is enough*”. Cfr. *infra* §2.4.2.

<sup>177</sup> Anche nel caso della legge del 1753 di Lord Hardwicke, infatti, le prescrizioni indicate avevano fondamento religioso, ma non giuridico.

tipici di questo rapporto<sup>178</sup> le parti di un *contract of marriage*, così come quelle di qualsiasi altro *contract*, hanno piena libertà di regolare l'assetto del loro rapporto.

Lo *state of being married*, dunque, non deve intendersi come uno *status* rigido previsto normativamente, bensì in ottica negoziale, come la concreta manifestazione della volontà espressa dalle parti di costituire un rapporto coniugale, plasmato, in forza di questo accordo, sulle loro esigenze.

Ciò si manifesta, in concreto, attraverso la stipula di accordi para-matrimoniali che, proprio come un contratto, nascono dalla volontà liberamente e chiaramente manifestata dalle parti, consapevoli del rapporto così posto in essere.<sup>179</sup>

In particolare, le Corti hanno più volte sottolineato la differenza tra un mero *domestic arrangement*, inidoneo a costituire in capo alle parti un obbligo eseguibile poiché privo di una *intention to create legal relations*<sup>180</sup>, e un vero e proprio accordo contrattuale costitutivo di effetti e diritti azionabili in giudizio. La sussistenza di un accordo contrattuale, a meno che non venga fornita prova contraria, si presumerebbe in tutti quei casi in cui l'accordo intervenga in un contesto familiare in crisi, nel quale la separazione sia già intervenuta o sia imminente, mentre in caso contrario è presumibile che ci si trovi di fronte ad

---

<sup>178</sup> Nonostante la “*growing tendency to permit the parties to regulate some of the legal consequences of marriage for themselves*”, evidenziata in CRETNEY S. M., MASSON J. M., *Principles of family law*, 1990, p.4, i principi generali e i diritti e obblighi fondamentali riconnessi al rapporto coniugale restano inalterati, come nel caso del diritto del coniuge di succedere all'altro quale erede necessario, in mancanza di testamento.

<sup>179</sup> Cfr. CRETNEY S. M., MASSON J. M., *op. cit.*, p. 248 e ss.

<sup>180</sup> Cfr. *Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571, in cui Lord Atkin distingue i *domestic arrangements* dai contratti, ritenendo riguardo ai primi che “*the small courts of this country would have to be multiplied one hundredfold if these arrangements were held to result in legal obligations. They are not sued upon, not because the parties are reluctant to enforce their legal rights when the agreement is broken, but because the parties, in the inception never intended that they should be sued upon. Agreements such as these are outside the realm of contracts altogether.*”

accordi non giuridicamente vincolanti,<sup>181</sup> ma inerenti alla normale gestione domestica familiare.

Dalla necessità di superare queste presunzioni attraverso la prova dell'effettiva volontà delle parti, deriva l'opportunità che gli accordi para-matrimoniali abbiano forma scritta, nonostante ciò non sia espressamente previsto quale requisito di validità dell'accordo, che può astrattamente concludersi anche oralmente o per fatti concludenti.<sup>182</sup> Solo nel caso in cui l'accordo preveda obblighi a carico di una sola delle parti e manchi, dunque, quel reciproco scambio di prestazioni e impegni che integra il necessario requisito della *consideration*, dovrà sopperirsi a tale carenza attraverso la stipula in una particolare forma scritta ufficiale, il *deed*<sup>183</sup>.

Infine, come per tutti i contratti, anche gli accordi finalizzati a regolare l'assetto dei rapporti tra i coniugi dovranno essere espressione della libera volontà delle parti, esente da vizi, come l'*undue influence*<sup>184</sup> e gli altri tipici vizi della volontà, violenza, dolo e errore<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Così Lord Denning in *Gould v. Gould* [1969] EWCA Civ J0618-1: "*in family cases, when husband and wife are living together happily, the Court does not, as a rule, impute to them by their domestic arrangements an intention to create legal relations (...) But when husband and wife decide to separate and the husband promises to pay a sum as maintenance to the wife during the separation, the Court does, as a rule, impute to them an intention to create legal relations*".

<sup>182</sup> Cfr. BLACK J. M., BRIDGE A. J., *A practical approach to family law*, 1989, p. 387.

<sup>183</sup> Il deed o act under seal è "*uno speciale strumento tecnico di carattere generale, il quale serve a dare valore giuridico impegnativo a numerosi atti convenzionali o solo unilaterali dal diverso scopo e dal vario contenuto*." Esso, dunque, quale "*speciale vestimentum del rapporto, è la causa diretta ed esclusiva della sua giuridicità vincolante*" e "*lo schema del deed rende giuridicamente vincolante qualunque impegno «by the form of the record itself» e cioè per la forma in sé, nella quale esso si sostanzia, indipendentemente dal suo specifico contenuto e dalla specifica ragione obiettiva o psicologica che ne abbia determinato l'assunzione*". Cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.* p. 26 ss.

<sup>184</sup> Per *undue influence* o prevalenza abusiva si intende "*l'abuso non violento della debolezza e del bisogno altrui*", in presenza del quale "*it would be unconscientious and inequitable for the law to enforce a contract*", che rimanda al principio di equity "*secondo cui una persona non può approfittare, a danno di un'altra, del rapporto di fiducia o di confidenza esistente tra loro o, per altro verso, dello stato di necessità o di bisogno economico o di debolezza psicologica in cui taluno si trovi*". Una delle più note definizioni è quella del caso *Allacrd v Skinner* [1887] 36 CH D 145, che la descrive come "*some unfair or improper conduct, some overreaching, some form of*



## 2.2 - Divorzio e autonomia dei coniugi nella crisi della famiglia

Anche in Inghilterra, passata alla storia proprio per lo scioglimento del matrimonio di Enrico VIII, ottenere un divorzio è stato a lungo difficile<sup>186</sup> ed è stato necessario un lungo percorso di riforma, conclusosi solo nel 2022.

La competenza in materia di divorzio è stata attribuita alle Corti inglesi solo nel 1857 e la legge sul divorzio è stata a lungo criticata e ritenuta “*full of inconsistencies, anomalies, and inequalities amounting almost to absurdities; and it does not produce desirable results in certain important respects*”<sup>187</sup>.

Nel 1973 il *Matrimonial Causes Act* è intervenuto riformando la materia e fissando come unico presupposto per ottenere lo scioglimento del matrimonio l’“*irretrievable breakdown of the marriage*”, che doveva essere dimostrato sulla base di cinque possibili elementi. I primi tre sono basati sulla dimostrazione del comportamento colpevole del coniuge<sup>188</sup> e sono: l’adulterio e la conseguente intollerabilità della convivenza, il comportamento irragionevole dell’altra parte, tale che “*the petitioning spouse cannot reasonably be expected to live with the respondent spouse*”, e l’abbandono della casa coniugale per almeno due anni. I

---

*cheating and generally, though not always, some personal advantage obtained by the guilt part*” cfr. CRISCUOLI G., *op. cit.* p. 251 ss.

<sup>185</sup> Ne sono esempio i casi *Wales v Wadham* [1977] 1 WLR 199, Fam D, *Allsop v Allsop* [1980] 124 SJ 710, e *Galloway v. Galloway* [1914] 30 TLR 531.

<sup>186</sup> Prima del 1857, le corti ecclesiastiche potevano concedere il divorzio *a mensa et thoro*, letteralmente “dalla tavola e dal letto”, che era però più simile alla nostra separazione, poiché non consentiva di contrarre un nuovo matrimonio, ma faceva soltanto venire meno l’obbligo di coabitare. Il potere di sciogliere un matrimonio rimase riservato al Parlamento fino a quando, nel 1857, il *Matrimonial Causes Act* lo attribuì alle Corti, composte dal Cancelliere, dai *presiding judges* delle tre Corti di *common law* e dal *senior puisne judge* di ciascuna di queste e dal *judge of the Probate Court*, rendendo il divorzio solo formalmente più semplice, ma di fatto accessibile “*from the very rich (who alone could afford the expense of divorce by Act of Parliament) to the rich*”. Cfr. CRETNEY S. M., *Principles of family law*, 1979, p. 97, che cita ABEL SMITH B., STEVENS R., *Lawyers and the Court*, 1967, p. 42.

<sup>187</sup> Così Sir Gorell Barnes P. in *Dodd v. Dodd* già nel 1906.

<sup>188</sup> Definiti appunto “*conduct based rather than fault based*” da Lady Hale in *Owens v. Owens*.

restanti due elementi invece prescindono dal comportamento delle parti e consistono nella dimostrazione del decorso di un periodo di separazione di due anni, in caso di consenso di entrambi i coniugi alla domanda di divorzio, oppure di un periodo di cinque anni, qualora la domanda provenga da uno solo dei coniugi, senza il consenso dell'altro.

L'inadeguatezza di una disciplina ancora basata sulla dimostrazione della colpa dell'altra parte, o quanto meno di una sua determinata condotta, è emersa con sempre maggiore intensità<sup>189</sup> e una ulteriore conferma è stata data dal caso *Owens v. Owens*<sup>190</sup> in cui, nonostante fosse evidente l'irrimediabilità del fallimento del matrimonio, la ricorrente non aveva dimostrato la consequenzialità tra l'irragionevolezza del comportamento del marito e la crisi familiare e, stante l'opposizione del marito alla domanda, la Corte non aveva potuto emettere una pronuncia di divorzio, costringendo la ricorrente ad attendere il decorso dei cinque anni previsti in caso di dissenso della parte convenuta.

Nel decidere il caso, i giudici non avevano potuto ignorare l'inadeguatezza della norma, rilevando che *“the application of the test to the facts of an individual case is likely to change over time, in line with changes in wider social and moral values. The most relevant change over the past forty years is the recognition of equality between the sexes, and of marriage as a partnership of equals”*. Proprio alla luce di ciò, la Corte aveva invitato il Parlamento *“to consider replacing a law which denies Mrs. Owens a divorce in the present circumstances”*, poichè, come affermato da Lady Hale, *“it is not for us to change the law laid down by*

---

<sup>189</sup> Già nel 1996 era stato presentato un disegno di legge volto a semplificare il procedimento di divorzio, che venne però ritirato quando, nel 2014, il governo inglese dichiarò la sua contrarietà a questa riforma.

<sup>190</sup> *Owens v. Owens* [2017] EWCA Civ 182.

*Parliament - our role is only to interpret and apply the law that Parliament has given us”.*

L’invito della Corte è stato finalmente accolto<sup>191</sup> e nel 2022 è entrato in vigore il *Divorce, Dissolution and Separation Act*, subito acclamato per avere finalmente determinato il superamento del divorzio per colpa in Inghilterra.

Se già prima della riforma la procedura di divorzio era ritenuta “*quasi-administrative*”<sup>192</sup>, attualmente il ruolo del giudice nel procedimento di divorzio è ulteriormente ridotto.

La domanda viene presentata attraverso la compilazione di specifici moduli, che consentono alla parte ricorrente di esprimere la sua volontà di porre fine al matrimonio e dichiarare lo stato di irrimediabile compromissione della relazione familiare; il compito del giudice è solo quello di controllare la correttezza della dichiarazione resa, che non necessita di ulteriori prove e non richiede alcuna verifica nel merito delle circostanze dedotte.<sup>193</sup>

Il necessario e unico presupposto è rimasto l’“*irretrievable breakdown of the marriage*” ai fini dell’ottenimento del divorzio, ma senza che sia più necessaria la dimostrazione di specifici comportamenti dell’altra parte. La sola dichiarazione circa l’irrimediabilità della crisi e l’intollerabilità della convivenza, infatti, sarà sufficiente a darne dimostrazione e potrà provenire da una sola parte, ma anche da

---

<sup>191</sup> Già nell’autunno del 2018 il segretario alla Giustizia aveva indetto una consultazione e, a seguito del plebiscitario consenso ad una riforma della legge sul divorzio, nel 2019 è stato confermato l’inserimento di un progetto di legge in materia nella successiva sessione parlamentare.

<sup>192</sup> WELSTEAD M. *Familial relationships: entrances and exits* in BRINIG, M., *International Survey of family law*, 2019, p. 92.

<sup>193</sup> Ai sensi della *section 1* del *Divorce, Dissolution and Separation. Act*, “*The court dealing with an application under subsection 1 must:*

*(a) take the statement to be conclusive evidence that the marriage has broken down irretrievably, and*

*(b) make a divorce order.”*

entrambe in un ricorso congiunto, e non potrà essere contestata dal coniuge convenuto.

Nonostante la lunga attesa e il ritardo<sup>194</sup> rispetto all'insorgenza delle prime critiche circa l'inadeguatezza della precedente normativa, la riforma ha finalmente concretizzato anche in materia di divorzio la valorizzazione della volontà degli individui all'interno della famiglia, realizzando "*the avowed aims of a humane divorce law which is to strive for a balance between buttressing the stability of marriage and allowing those couples whose marriage have broken down to leave the relationship with the minimum of bitterness and distress*".<sup>195</sup>

Inoltre, anche in vista dello scioglimento del matrimonio è riconosciuta alle parti la libertà di ridefinire l'assetto dei loro rapporti alla luce delle sopravvenute esigenze.

Gli accordi più diffusi sono quelli che hanno ad oggetto prestazioni patrimoniali a favore di uno dei coniugi, i *maintenance agreements*, e quelli che, più generalmente, determinano i complessivi diritti ed obblighi reciproci che i coniugi acquisiscono con lo scioglimento del matrimonio, i *separation agreements*.

I *maintenance agreements* non implicano il contestuale scioglimento del matrimonio o la separazione personale, e sono definiti dalla *section 34* del *Matrimonial Causes Act* del 1973 "*any agreement in writing made, whether before or after the commencement of this Act, between the parties to a marriage, being: (a) an agreement containing financial arrangements, whether made during the continuance or after the dissolution or annulment of the marriage; or (b) a*

---

<sup>194</sup> Le implicazioni connesse alla Brexit hanno distolto il Parlamento dalla riforma, rallentandone il percorso.

<sup>195</sup>Cfr. il Family Law Bill [HL] [Bill 82 of 1995/96] Divorce Law Reform Research Paper 96/42 del 21 Marzo 1996.

*separation agreement which contains no financial arrangements in a case where no other agreement in writing between the same parties contains such arrangements*"; essi possono contenere la previsione di obblighi di natura patrimoniale a carico di uno dei coniugi nei confronti dell'altro o dei figli, a titolo, appunto, di mantenimento.

La stessa legge, riprendendo alcuni principi già affermati dalle Corti e confermando l'approccio del sistema inglese all'autonomia privata in materia familiare, interviene per porre alcuni limiti all'autonomia privata al fine di garantire la tutela delle parti più deboli.

Un esempio è la previsione della nullità parziale di qualsiasi clausola di questi accordi che limiti il potere di una delle parti di agire in giudizio,<sup>196</sup> ritenuta illecita "*on ground of public policy*";<sup>197</sup> o la previsione della possibilità che le Corti intervengano, su istanza di una delle parti, per modificare il contenuto degli accordi qualora venga loro dimostrato che "*by reason of a change in the circumstances in the light of which any financial arrangements contained in the agreement were made or, as the case may be, financial arrangements were omitted from it (including a change foreseen by the parties when making the agreement), the agreement should be altered so as to make different, or, as the case may be, so as to contain, financial arrangements*", oppure che "*that the*

---

<sup>196</sup> La *section 34* afferma che: "*if a maintenance agreement includes a provision purporting to restrict any right to apply to a court for an order containing financial arrangements, then—*  
*(a) that provision shall be void; but*  
*(b) any other financial arrangements contained in the agreement shall not thereby be rendered void or unenforceable and shall, unless they are void or unenforceable for any other reason (and subject to sections 35 and 36 below), be binding on the parties to the agreement.*"

Questa norma si ispira alla decisione del caso *Hyman v. Hyman* [1929] AC 601 e ai successivi conformi *Minton v Minton* [1979] AC 593 e *Lasala v Lasala* [1980] AC 546.

<sup>197</sup> *Hyman v. Hyman* [1929] AC 601

*agreement does not contain proper financial arrangements with respect to any child of the family*".<sup>198</sup>

Ai sensi della *section 35*, inoltre, le Corti non potranno intervenire sull'accordo inserendo obblighi di natura patrimoniale o modificandone l'entità, qualora essi perdurino "*beyond the death or remarriage of that party*" mentre la *section 36* stabilisce che, anche dopo la morte di una delle parti, le Corti possano intervenire sull'accordo su richiesta o nei confronti del suo *personal representative*.<sup>199</sup>

Per quanto riguarda invece i *separation agreements*, con questi accordi le parti stabiliscono i termini della loro separazione, rideterminando l'assetto familiare e i reciproci diritti ed obblighi dei coniugi senza il necessario coinvolgimento delle Corti, come peraltro ritenuto preferibile anche in dottrina,<sup>200</sup> e dunque esclusivamente attraverso strumenti di diritto privato.

Tali accordi non sono soggetti al *Matrimonial Causes Act*, bensì regolati dalle norme generalmente valide in materia di contratti<sup>201</sup> e possono avere contenuto ampio e variabile in base alle concrete esigenze di ciascuna coppia<sup>202</sup>.

Tipicamente, prevedono un obbligo di natura economica a carico di uno dei coniugi, a titolo di mantenimento di quello economicamente più debole, di cui può essere stabilito l'adempimento attraverso la corresponsione diretta, periodica o in unica soluzione, di una somma, oppure attraverso l'istituzione di un *trust*, di cui un coniuge è nominato beneficiario e che può essere soggetto a limiti o

---

<sup>198</sup> *Matrimonial Causes Act 1973, section 35.*

<sup>199</sup> Sul punto, cfr. MIRANDA A., *Il testamento nel diritto inglese*, 1995, p. 407 ss.

<sup>200</sup> Cfr. BROMLEY P.M. *Family Law*, 1976, p. 164.

<sup>201</sup> Come già accennato in materia di *contract of marriage*, i *separation agreements* non sono soggetti a requisiti di forma obbligatori ai fini della loro validità e, come tutti i contratti, possono essere inficiati dai tradizionali vizi della volontà e da *undue influence*. Essi saranno inoltre soggetti alle norme in materia di inadempimento contrattuale. Per una più completa analisi della disciplina inglese in materia di contratti si rinvia a CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, 2001.

<sup>202</sup> Cfr. GIAIMO G., *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, 1997, p. 45 ss.

condizioni, ad esempio nel caso in cui il coniuge beneficiario contragga nuovo matrimonio<sup>203</sup>. Ancora, prevedono le modalità secondo cui le parti assolveranno al dovere di mantenere i figli dopo lo scioglimento del matrimonio, valutabili dalle Corti con riferimento al preminente interesse del minore.<sup>204</sup> Infine, le parti hanno la massima libertà nello stabilire se e come redistribuire il loro patrimonio e dividere i beni comuni, soprattutto in considerazione dell'assenza di una precisa disciplina sull'attribuzione della proprietà dei beni acquistati in costanza di matrimonio e la conseguente applicazione delle regole in materia di proprietà dei beni, nonché dell'ampiezza dei poteri attribuiti alle Corti nel caso in cui la definizione dei rapporti patrimoniali avvenga in giudizio.

Per quanto riguarda, invece quegli accordi volti a regolare anticipatamente le condizioni dello scioglimento di un matrimonio, la dottrina inglese più risalente vi guardava con diffidenza ritenendo, con un ragionamento parzialmente simile a quello di parte della giurisprudenza e dottrina italiana (cfr. *infra*), che ciò potesse avere l'inaccettabile effetto di incoraggiare i divorzi.<sup>205</sup>

Questa posizione è stata progressivamente superata, ma è sopravvissuta più a lungo la diffidenza per quegli accordi che, prima che venga contratto il

---

<sup>203</sup>Secondo *Fearon v Aylesford* [1884]14 QBD 792, la clausola che prevede il venir meno dell'obbligo di mantenere l'ex coniuge qualora quest'ultimo contragga un nuovo matrimonio o instauri una nuova relazione deve essere espressamente inserita nel testo dell'accordo e approvata e non può presumersi altrimenti.

<sup>204</sup> Tradizionalmente era ritenuto nullo per contrarietà all'ordine pubblico qualsiasi accordo che prevedesse la rinuncia di uno dei genitori all'obbligo di mantenere i figli. Nonostante il *Guardianship Act* del 1973 abbia attenuato questa previsione, ammettendo questa rinuncia, anche parziale, resta fermo il limite del rispetto dell'interesse del minore, in forza del quale nessun accordo ad esso contrario potrà essere ritenuto eseguibile dalle Corti.

<sup>205</sup> Nel 1848, decidendo il caso *Wilson v Wilson* [1848] 1 HL 538, la *House of Lords* affermò l'assenza di qualsiasi profilo di illiceità in un accordo che individui i termini di una separazione già in atto.

matrimonio, ne prevedano le condizioni di un futuro e solo eventuale scioglimento.

L'opinione più diffusa<sup>206</sup> era che tali contratti andassero contro l'ordine pubblico, se non nel caso in cui una coppia già separata, volendo tentare una riconciliazione, prevedesse, al contempo, l'assetto familiare per il caso in cui questa fallisse<sup>207</sup>.

Solo nel 2009, con l'ormai notissimo caso *Radmacher v Granatino*<sup>208</sup>, la *Court of Appeal* ha posto le basi per superare la nullità dei contratti prematrimoniali, confermate l'anno successivo dalla *Supreme Court*, che ha affermato che “*the Court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement*”.

Il caso riguardava l'accordo sottoscritto prima del loro matrimonio, contratto in Inghilterra, da un banchiere francese e un'ereditiera tedesca, in forza del quale ciascuno dei coniugi rinunciava ad ogni pretesa o diritto sui beni di proprietà dell'altro, acquistati prima o durante il matrimonio.

La coppia, con due figli, aveva divorziato otto anni dopo e l'uomo, che aveva abbandonato il lavoro per dedicarsi alla carriera accademica, riducendo così notevolmente i suoi guadagni, aveva contestato la validità dell'accordo, voluto dalla moglie, deducendo lo squilibrio economico a vantaggio della donna e l'inevitabile influenza che, in quanto parte debole, aveva subito. La donna, per

---

<sup>206</sup> *Hindley v. Westmeath* [1827] 6 B&C 200; *Westmeath v Westmeath* [1830] 1 DOW&CL 519 HL

<sup>207</sup> In questo caso, veniva ritenuta prevalente la volontà di riconciliarsi, per favorire la quale veniva e ritenuto ammissibile che si stipulasse un accordo di questo tipo.

<sup>208</sup> *Radmacher (formerly Granatino) vs Granatino* [2010] UKSC 42



parte sua, deduceva l'assenza di un divieto normativo e la piena libertà e consapevolezza del marito al momento della sottoscrizione dell'accordo.

L'accordo, con una sola *dissenting opinion*,<sup>209</sup> è stato ritenuto valido dalla *Supreme Court*, che ha affermato che nessun contratto avente ad oggetto diritti derivanti dal matrimonio, anche se stipulato all'estero, può essere considerato valido in Inghilterra se non in presenza di una serie di requisiti, ritenuti sussistenti nel caso in esame: prima dell'accordo, le parti dovranno avere consapevolezza delle reciproche situazioni patrimoniali e personali all'esito di una *full disclosure*, inoltre ciascuna parte dovrà essere assistita da un legale e la lingua in cui sarà redatto l'accordo dovrà essere nota ad entrambi<sup>210</sup>.

### 2.3. - *Family mediation* e procedimenti stragiudiziali

---

<sup>209</sup> L'unica *dissenting opinion* è stata quella di Lady Hale, peraltro la componente della *Supreme Court* ad avere maggiore esperienza in materia di famiglia. Nella sua decisione ha dissentito con l'idea che i *pre-nuptial agreements* fossero generalmente considerati vincolanti ed eseguibili in giudizio, e non ne fosse rilevata la differenza rispetto agli accordi stipulati successivamente al matrimonio, richiamando il caso *Macleod v. Macleod* [2008] UKPC 64, da lei deciso, con il quale è stato affermato il principio in forza del quale solo per motivi di *policy* è ammesso che le Corti modifichino il contenuto di un *post nuptial agreement*. Inoltre Lady Hale, evidenziando il fatto di essere l'unica donna del collegio, ha posto l'attenzione sulla "*gender dimension*" della questione, esprimendo la sua preoccupazione per il fatto che le Corti potessero perdere di vista l'originario obiettivo degli accordi prematrimoniali e "*deny the economically weaker spouse the provision to which she – it is usually although by no means invariably she – would otherwise be entitled*". Inoltre, pur condividendo l'idea della necessaria valutazione di ciascun accordo al fine di determinarne la rilevanza, Lady Hale non ha condiviso i criteri proposti per valutarli, temendo che da ciò potesse derivare una presunzione di generale validità e vincolatività e una conseguente limitazione del potere discrezionale delle Corti. Il diverso esame da lei proposto prevedeva di esaminare i *pre-nuptial agreements* chiedendosi se "*did each party freely enter into an agreement, intending it to have legal effect and with full appreciation of its implications? If so, in the circumstances as they now are, would it be fair to hold them to their agreement?*". Infine, secondo Lady Hale, c'è comunque un "*irreducible minimum*" di doveri e diritti scaturenti dal matrimonio che non dovrebbe essere modificabile dalla volontà delle parti, come il dovere di reciproco sostentamento e di mantenimento dei figli.

<sup>210</sup> Cfr. KINGSTON S., ROYCE- GREENSILL A., *Binding issues*, in *Family Law Journal*, November 2011, pp. 12 ss.

Conformemente ai principi che hanno già ispirato la riforma delle *civil procedure rules* nel 1999, anche e soprattutto in materia familiare la soluzione giudiziale delle controversie deve restare una “*last resort*”<sup>211</sup>.

E nel rispetto di questo principio, prima della presentazione della domanda di divorzio, i coniugi hanno la possibilità di concludere dei *separation agreement*<sup>212</sup>, concordando le condizioni economiche e personali da fare valere dopo il loro divorzio, nonché di tentare la composizione della crisi familiare o il raggiungimento di un accordo sulle condizioni del divorzio attraverso la mediazione familiare.

Quest’ultima, ormai diffusa in tutta Europa, è comparsa per la prima volta proprio in Inghilterra, quando negli anni settanta si è diffuso il ricorso alla *family mediation* per favorire la conciliazione delle parti nell’ambito dei procedimenti promossi dinanzi alle giurisdizioni inferiori.

Nel 1971 venne emanata dal Presidente della *Family division* della *High Court* la *Practice direction on matrimonial conciliation*, che prevedeva che, nelle cause di divorzio, il giudice avesse facoltà di rimettere i coniugi al *Divorce County Court Welfare Officer*, che agiva come ausiliario del giudice e inoltre, successivamente si diffuse anche la prassi del tentativo di mediazione operato direttamente dal giudice.

---

<sup>211</sup> Cfr. *Access to justice: final report*, sez. III, cap. 10, n. 2, il *report* conclusivo in materia di *Access to justice* di Lord Woolf.

<sup>212</sup> Attraverso questi accordi, le parti possono liberamente pianificare e concordare le conseguenze del loro divorzio, regolando i reciproci rapporti attraverso la previsione di obblighi di natura economica, ma anche relativi al mantenimento e alla crescita dei figli.

Nonostante già nel *Both Report*<sup>213</sup> fosse emersa l'opportunità che le parti fossero assistite da un mediatore esterno nella determinazione dei loro rapporti familiari, solo a maggio del 1995 vennero diffusi dal governo inglese un *Green paper* in materia di mediazione come strumento di conciliazione in caso di crisi familiare e un *White paper* in materia di mediazione come strumento per favorire la comunicazione tra i coniugi. Ad essi seguì l'emanazione del *Family law act* del 1996, che ha introdotto e regolato definitivamente l'istituto della mediazione familiare.

Questa legge si basa sull'idea che la regolamentazione dei rapporti familiari debba tenere conto delle loro implicazioni sociali, psicologiche ed emotive e si ispira a due principi: “*that the institution of marriage is to be supported*” e “*that the parties to a marriage which may have broken down are to be encouraged to take all practicable steps, whether by marriage counselling or otherwise, to save the marriage*”.<sup>214</sup>

Per questo motivo, è previsto che prima della proposizione della domanda di divorzio, come condizione di procedibilità<sup>215</sup>, venga esperito un tentativo di mediazione, che ha inizio con un *information meeting* in cui vengono fornite alle parti informazioni e chiarimenti sulla procedura di divorzio e sulle sue implicazioni, come la tutela dei figli e le questioni economiche da affrontare.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Il *Report of the Committee on Matrimonial Causes Procedure* di luglio del 1985, detto *Both report* dal nome del giudice incaricato di presiedere la Commissione.

<sup>214</sup> Cfr. SERIO, M., *Osservazioni sul Family law act inglese del 1996*, in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 565

<sup>215</sup> Ai sensi della *section 8* del *Family law act* “*a party making a statement must (except in prescribed circumstances) have attended an information meeting not less than three months before making the statement*”.

<sup>216</sup> DAVIS, *Divorce Reform - Peering auxilium into the future*, in *Family law journal*, 1994, p. 564.

La *family mediation* è stata poi oggetto della riforma delle *Family procedure rules* in vigore dal 2011 che, in materia di *relevant family procedures*,<sup>217</sup> pongono come obiettivo l'incremento e l'incoraggiamento dell'uso di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, come la mediazione, nonché la garanzia che tutte le parti coinvolte siano portate a conoscenza della possibilità di considerare la mediazione come strumento utile a comporre la lite.

La possibilità di ricorrere a strumenti di auto-mediazione, come i *separation agreements*, e di etero-mediazione, come la *family mediation*, assicura alle coppie la possibilità di scegliere liberamente come regolare i loro rapporti in previsione dello scioglimento del matrimonio. Ciò valorizza al massimo la libera manifestazione della loro volontà e la loro autodeterminazione e si inserisce perfettamente nella concezione privatistica dei rapporti familiari che caratterizza l'ordinamento inglese.

#### 2.4. - *Civil partnership e cohabitation*

La definizione tradizionale del matrimonio come “*voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*”<sup>218</sup> è rimasta a lungo invariata e confermata dalla legge, che prevedeva espressamente che il vincolo riguardasse un uomo e una donna.

Solo da ciò poteva legittimamente derivare in capo alle parti lo *status* di coniugi, e di conseguenza si riteneva che, “*since marriage is a union of a man and a woman,*

---

<sup>217</sup> Secondo la *practice direction 3°* in materia di *Pre-application protocol for mediation information and assessment* questi procedimenti sono quelli che hanno ad oggetto questioni in cui sono coinvolti minori.

<sup>218</sup> In *Hyde v. Hyde*, del 1866, Lord Penzance ha dato quella che è ritenuta la definizione tradizionale del matrimonio per l'ordinamento inglese, basandosi sulla definizione ecclesiastica di matrimonio.

*it follows that a union between parties who are not respectively male and female is void*”,<sup>219</sup> allo stesso modo di quelli poligami o incestuosi.

La definizione tradizionale di matrimonio è rimasta a lungo immutata e, in considerazione dell’incompatibilità del suo presupposto con una unione omosessuale, l’introduzione di una disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso è avvenuta inizialmente con il *Civil Partnership Act* del 2004 e solo dopo con il successivo *Marriage (Same sex) Act* del 2013, comunque senza ritardo rispetto al resto d’Europa, nonostante il lungo percorso per il riconoscimento e l’affermazione dei diritti degli omosessuali.<sup>220</sup>

Il *Civil Partnership Act* ha introdotto un istituto alternativo, diverso dal matrimonio e dunque fonte di uno *status* diverso da quello coniugale, ma che, attraverso la costituzione e registrazione di una *civil partnership*, consente l’acquisizione di diritti e obblighi assimilabili e in parte corrispondenti a quelli tipici del matrimonio, pur mantenendo rispetto ad esso un’intrinseca differenza<sup>221</sup>. Queste unioni, similmente a quanto previsto dal legislatore italiano del 2016, hanno come requisiti esclusivamente la maggiore età<sup>222</sup> e l’assenza di vincoli di parentela e di precedenti unioni o matrimoni, ma non pongono alcuna prescrizione

---

<sup>219</sup> CRETNEY. S.M., *Principles of family law*, Londra, 1979 p.48.

<sup>220</sup> In Inghilterra, l’omosessualità è stata per anni considerata un crimine. Il *Buggery Act* del 1533 la sanzionava con la pena di morte, poi sostituita dalla reclusione con l’*Offence against the person Act* del 1861 e il *Criminal law Amendment Act* del 1885. Solo nel 1967, con il *Sexual offences Act*, l’omosessualità è stata depenalizzata, grazie anche ai lavori preparatori svolti dal *Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, pubblicati nel cd. Wolfenden Report del 1957, che hanno portato avanti l’idea che il compito dello stato fosse tutelare la sicurezza pubblica, senza che però ciò giustificasse ingerenze nella vita privata degli individui.

<sup>221</sup> Pur non potendosi validamente dichiarare coniugi, infatti, ai membri di una *civil partnership* sono attribuiti diritti in campo pensionistico oltre che la possibilità di regolamentare, così come i coniugi, i loro rapporti personali e patrimoniali con appositi accordi.

<sup>222</sup> Il *Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act* del 2022 ha innalzato l’età minima per contrarre matrimonio e per costituire una *civil partnership* da 16 a 18 anni. Dall’entrata in vigore della legge, a febbraio 2023, ai sensi della riformata *section 2* del *Marriage Act* del 1949 “*a marriage solemnized between persons either of whom is under the age of eighteen shall be void*”.

circa il sesso, tanto da essere divenuti, in un secondo momento, una alternativa al matrimonio anche per le coppie eterosessuali<sup>223</sup>, data l'assenza di una legge che regoli le convivenze.

L'intrinseca diversità tra *civil partnership* e matrimonio è stata sottolineata anche in *Wilkinson v. Kitzinger and Another*<sup>224</sup>, dove la richiesta di riconoscimento del matrimonio contratto da due donne in Canada è stata respinta sulla base del fatto che, nonostante “*abiding single sex relationships are in no way inferior, nor does English Law suggest that they are by according them recognition under the name of civil partnership*”, permanga un “*insormountable hurdle*” al loro riconoscimento come matrimonio, poiché questo rimane una “*age-old institution*”, ritenuta “*by longstanding definition and acceptance*” esclusivamente una relazione tra un uomo e un donna; dunque “*to the extent that by reason of that distinction it discriminates against same-sex partners, such discrimination has a legitimate aim, is reasonable and proportionate, and falls within the margin of appreciation accorded to Convention States*”.

Le differenze rispetto al matrimonio riguardano essenzialmente lo *status* che ne deriva e alcuni aspetti procedurali e amministrativi, inclusi quelli relativi allo scioglimento del rapporto, che nel caso delle *civil partnership* si ottiene con l'emanazione di un *order* apposito, all'esito di un procedimento diverso da quello di divorzio. In particolare, anticipando la definitiva svolta a favore del *no-fault divorce* sancita dalla recente riforma in materia di divorzio, per le *civil*

---

<sup>223</sup> Il *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* 2019 ha modificato il precedente *Civil partnership Act* del 2004 aprendo la possibilità di costituirle anche alle coppie eterosessuali. Vedi anche il caso *Steinfeld and Keidan v. Secretary of State for International Development* [2018] UKSC 32.

<sup>224</sup> *Wilkinson v. Kitzinger and Another* [2006] EWHC 835 (Fam).

*partnership* è stato appositamente prevista l'irrelevanza dell'adulterio ai fini dello scioglimento del rapporto.

Solo nel 2013, superato l'orientamento tradizionale, è stato emanato il *Marriage (Same sex) Act*, che esordisce affermando che “*marriage of same sex couples is lawful*” e consente alle coppie dello stesso sesso di sposarsi o di trasformare la loro unione civile in matrimonio, eliminando definitivamente ogni disparità<sup>225</sup>.

Manca ancora, invece, nell'ordinamento inglese come in quello italiano, una legge che riconosca i diritti delle coppie conviventi, il cui rapporto non ha ancora ricevuto un effettivo riconoscimento giuridico.

È proprio in simili ipotesi, però, che emerge, ancora una volta, la diversità dell'approccio alle relazioni familiari del sistema inglese rispetto a quelli continentali.

L'ordinamento inglese, infatti, forte anche dell'esperienza del tradizionale *Common Law Marriage* ha sviluppato negli anni un corposo apparato di principi giurisprudenziali a garanzia delle coppie conviventi<sup>226</sup>, cui si affianca la

---

<sup>225</sup> Solo nell'anno di emanazione del *Marriage (Same sex) Act* si sono sposate più di 15.000 coppie e le *civil partnerships* sono diminuite dell'85%, mostrando la netta preferenza delle coppie dello stesso sesso per il matrimonio.

<sup>226</sup> Il caso *Crake & Butterworth v SBC* [1982] 1 All ER 498, uno dei primi in materia di convivenza, ha stabilito una serie di criteri in presenza dei quali possa ritenersi che una coppia non sposata “*living together as husband and wife*”, che sono “*whether the partners were members of the same household; the stability of their relationship; financial support arrangements; presence of a sexual relationship; children; and public acknowledgment of the relationship*”. La successiva giurisprudenza ha sottolineato però come questi criteri fossero “*nearly always equivocal*” e “*little, however apparently damning, for which an explanation cannot be provided by a wily claimant, or for that matter an honest one*”, evidenziando l'intrinseca differenza di ciascuna famiglia e la necessità di una analisi concreta di ciascun caso, poiché “*ultimately, every “living together” case depends on an analysis of the evidence in the particular case. It is time that that analysis recognised the importance of the emotional aspect of a marriage. This does not replace the other aspects of marriage; rather it adds a perspective and depth to the analysis.*”. In un altro caso in materia fiscale, *DG v. HMRC* [2013] UKUT 631 (AAC) è stato giustamente osservato come “*for example, “living apart together” is a well-recognised modern social phenomenon, in which a married (or indeed unmarried) couple share an intimate relationship but live at separate addresses (...). They are not “separated” in the sense envisaged by the statute. So, where a married*

possibilità di sottoscrivere un *cohabitation agreement*. Quest'ultimo, diversamente dai contratti di convivenza italiani che implicano la registrazione, consiste in un accordo che può essere liberamente sottoscritto da due conviventi, peraltro a prescindere dalla natura del loro rapporto, per garantirsi reciprocamente alcuni diritti di carattere prevalentemente economico, volti a organizzare al meglio la vita della famiglia e a prevenire controversie in caso di crisi della stessa, definendo le modalità di tutela ritenute più idonee alle loro personali esigenze.

Superato il tradizionale orientamento che ne predicava l'illegittimità<sup>227</sup>, infatti, la stessa libertà negoziale attribuita alle coppie sposate è stata riconosciuta alle parti di altri modelli familiari, come i conviventi.

---

*couple operate out of two households, it does not automatically follow that either of them can claim tax credits as a single person. Conversely, and logically, where a married couple operate as a single household, it does not automatically follow that one of them cannot claim tax credits as a single person. The question is not whether they share a common household but rather whether they are separated within the terms of the legislation*". Ancora, nel 1978 in *Davis v. Johnson* [1978] 2 W.L.R. 553, Lord Denning affermò, riferendosi a una coppia di conviventi: "*if they were living together in the same household as husband and wife, that is enough*" e nel 1983 il giudice Griffith, in *Bernars v. Joseph* [1982] 2 W.L.R. 1052, 4, affermò l'equiparazione tra conviventi e sposi quanto agli interessi riguardo alla casa comune di abitazione, nel caso in cui la convivenza «*was intended to involve the same degree of commitment as marriage*». In un'altra pronuncia che risale al 1991, *Rignell v. Andrews* [1991] F.C.R. 65, 63 Tax. Cas. 312. Il *General Commissioner of Income Tax*, investito della questione dopo il rigetto della *Crown Court*, diede un'interpretazione estensiva del termine "moglie", affermando che *Common Law husband* e *Common Law wife* possano essere trattati allo stesso modo di marito e moglie uniti in un matrimonio legale, sul punto cfr. S. M. CRETNEY, *Family Law*, Londra, 1997, 13.

<sup>227</sup>Tradizionalmente, stante l'illiceità dei rapporti familiari di fatto, non formalizzati con il matrimonio, che erano considerati contrari al buon costume, si riteneva che fossero parimenti illeciti gli accordi tra conviventi, il cui scopo era illecito, così come la relazione che legava le parti. La validità di tali accordi veniva inoltre considerata un pregiudizio per l'istituto del matrimonio poiché poteva rappresentare un utile sotterfugio per evitarne i doveri, oppure un limite alla possibilità di sposarsi; e poiché "*the institution of family is the basis of the civilised state and law should and does encourage the closest relation between husband and wife and discourage every transaction, the tendency of which is to give the husband another woman to care for as well as or instead of his wife*" (*Spiers v Hunt* [1908] KB725), gli accordi tra conviventi andavano contro l'ordine pubblico. Infine, da un lato l'assenza di un legame formale tra le parti, derivante dall'intenzione di non assumere gli obblighi connessi al matrimonio e mantenere informale la propria relazione, rendeva più complesso l'accertamento della volontà di porre in essere accordi giuridicamente rilevanti, e dall'altra, la particolarità del rapporto intercorrente tra le parti, secondo una interpretazione risalente, lasciava spazio alla possibilità di una *undue influence* di una parte a danno dell'altra. Cfr. GIAIMO G., *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, 1997, p. 70 ss.



I *cohabitation agreements* sono pacificamente ritenuti di natura negoziale e sono dunque soggetti alle stesse regole previste per i contratti, di cui devono avere i medesimi requisiti di validità ed efficacia. In considerazione dell'assenza di una disciplina normativa apposita, questi accordi sono uno strumento fondamentale per garantire tutela giuridica alle coppie non sposate, soprattutto con riferimento ai doveri di cura e mantenimento dei figli, ai rapporti economici tra le parti e alla proprietà dei beni acquistati durante la convivenza, non solo ai fini della ordinaria gestione, ma anche in vista di una eventuale rottura del rapporto.

Inoltre, a sopperire alla carenza normativa, intervengono anche le Corti, il cui approccio alle famiglie di fatto e ai loro accordi è del tutto peculiare e volto a garantire loro la massima tutela possibile.

Anche in mancanza di un accordo tra i conviventi, infatti, i giudici hanno la possibilità di intervenire stabilendo i criteri più idonei per regolare il loro rapporto quando questi non siano stati estrinsecati in un accordo, ma siano comunque deducibili dai comportamenti delle parti e dalle circostanze del caso concreto. In questo modo, l'intervento giurisprudenziale assicura la tutela equitativa dei diritti della parte più debole del rapporto, ricostruendo quella volontà non formalizzata, ma manifestata in concreto e dunque deducibile sulla base delle azioni poste in essere, che viene dichiarata con una decisione che riconosce l'accordo implicito<sup>228</sup>, tacitamente intervenuto tra le parti.

---

<sup>228</sup> In materia di *implied contract* tra conviventi, nel caso *Tanner v. Tanner* [1975] WLR 1346, Lord Denning ha riconosciuto la necessità che la Corte rilevasse la sussistenza di un negozio, rimasto implicito, ma i cui elementi erano deducibili sulla base dei comportamenti posti in essere dalle parti, tutelando la parte più debole del rapporto, in questo caso la donna e i figli, cui è stato riconosciuto il diritto di continuare ad abitare nella casa familiare anche dopo la rottura del rapporto. Il medesimo principio è stato applicato anche ai casi *Chandler v. Kerley* [1978] WLR 693 e *Horrock v. Foray* [1976] WLR 230, nei quali, inoltre, pur confermando la necessità di

L'approccio del sistema inglese alle convivenze, infatti, è esemplificativo di come esso affronti il diritto di famiglia e le sue continue mutazioni. L'assenza di regolamentazione del singolo modello familiare, infatti, per quanto fortemente auspicata e attualmente oggetto di dibattito<sup>229</sup>, non esclude del tutto la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, e ciò avviene non solo attraverso l'intervento giurisprudenziale, ma anche grazie all'iniziativa negoziale delle parti, cui è riconosciuta piena libertà nella determinazione contrattuale dei loro rapporti.

Proprio perché, la legge inglese non attribuisce alcuno *status* ai conviventi, invece, la tutela normativa della loro posizione resta molto limitata e gli unici diritti e obblighi riconosciuti per legge nell'ambito di questi rapporti riguardano la tutela degli eventuali figli, garantita dal *Children Act* del 1989 e alcune azioni a difesa della proprietà immobiliare, ai sensi del *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996. Anche in materia successoria, non è previsto alcun diritto in capo al convivente superstite, se non sulla casa familiare, nell'ipotesi eccezionale prevista dall' *Inheritance (Provision for Family Dependents) Act* del 1975 in cui la convivenza nella stessa casa si sia protratta per un periodo di almeno due anni immediatamente precedente la morte del convivente defunto, oppure qualora il sostentamento della coppia gravasse esclusivamente su quest'ultimo.

La tutela dei conviventi resta dunque rimessa principalmente alla giurisprudenza e proprio i casi *Stack v. Dowden*<sup>230</sup> e *Jones v. Kernott*<sup>231</sup> hanno ribadito la necessità

---

tutelare la parte debole del rapporto, è stata affermata anche quella di valutare con equità e ragionevolezza le circostanze del caso.

<sup>229</sup> Cfr. CRAIG, J. *Cohabitation: a call to action*, in *New Law Journal* del 3 marzo 2023.

<sup>230</sup> *Stack v Dowden* [2007] UKHL 17

<sup>231</sup> *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53

che le Corti, ai fini della decisione, tengano in considerazione la comune intenzione delle parti, deducendola dal comportamento tenuto nel corso della relazione e dalle circostanze del caso concreto.

Ancora una volta, dunque, nonostante l'apparente interessamento della *Law Commission* con la pubblicazione del *report* intitolato *Cohabitation, financial consequences of relationship breakdown*, già nel 2007, manca una regolamentazione normativa delle convivenze e accanto al peculiare ruolo delle Corti è la valorizzazione dell'aspetto privato dei rapporti familiari che consente di ottenere un effettivo livello di tutela, fondata sulla volontà delle parti, piuttosto che su una qualificazione del loro rapporto attribuita dalla legge.<sup>232</sup>

## 2.5. - La disciplina della filiazione e lo *status* di figlio

L'ordinamento inglese tradizionalmente prevedeva una distinzione tra figli legittimi, cioè “*born or conceived in lawful wedlock*”<sup>233</sup> e figli “*illegitimate*”, cioè nati fuori dal matrimonio e privi di ogni rapporto giuridico e di parentela sia in linea paterna che materna.<sup>234</sup>

Ancora una volta, il motivo di questa distinzione stava nella connessione tra la posizione del figlio e lo *status* dei genitori, poiché solo la nascita all'interno del vincolo matrimoniale comportava l'acquisizione della condizione di figlio

---

<sup>232</sup> Cfr. P. TATCHELL, *New rights for unmarried partners*, in *New Law journal*, 1999.

<sup>233</sup> *Blackstone's Commentaries on the English Laws of England*, Vol. 1, p. 446-447.

<sup>234</sup> Cfr. BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, 1770 p. 459 e BROMLEY P.M., LOWE N.V., *Bromley's Family Law*, 1987, p. 233.

legittimo,<sup>235</sup> mentre nessun diritto, né rapporto di parentela era riconosciuto ai nati fuori dal matrimonio<sup>236</sup>.

All'inizio del ventesimo secolo l'esigenza di porre fine a discriminazioni rese anacronistiche dalla trasformazione dei modelli sociali era fortemente avvertita dalla popolazione, anche grazie all'azione del *National Council for the Unmarried Mother and Her Child* e alla sua campagna di propaganda a favore della riforma della filiazione e del riconoscimento del vincolo di parentela tra i figli naturali e le loro madri.

Il processo di riforma durò circa vent'anni e iniziò nel 1926 con il *Legitimacy Act*, che ha abolito il divieto alla legittimazione per *subsequens matrimonium* posto dalle *Constitutions of Merton* del 1236, che rimasero in vigore per i soli figli adulterini fino al 1959, quando il successivo, omonimo, *Legitimacy Act* le abrogò definitivamente.

Alcuni anni dopo, il *Family reform act* del 1987 eliminò ogni riferimento all'espressione "*illegitimate*"<sup>237</sup> e riconobbe il rapporto giuridico e di parentela del figlio nato fuori dal matrimonio non solo con i genitori, ma anche con gli altri familiari in linea materna e paterna.

La legge del 1987, tuttavia, non ha realizzato una effettiva parificazione dello *status* di figlio, anzi, in un certo senso, si può dire che i suoi effetti siano stati soprattutto formali e che nell'ordinamento inglese permanga ancora una differenza nel trattamento giuridico dei figli legittimi e naturali.

---

<sup>235</sup> Cfr. *Birtwhistle v. Vardill*, [1834], 2 Cl & F, 591.

<sup>236</sup> Cfr. GIAIMO G., *The status of the child nell'ordinamento giuridico inglese*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*. Vol. II, 177-186.

<sup>237</sup> La natura discriminatoria della qualificazione "*illegitimate*" e la necessità di superare questa distinzione terminologica era stata evidenziata dalla *Law Commission* nel *Working Paper* n.74 *On illegitimacy* del 1979.

Ciò è evidente già guardando alla procedura necessaria all'attribuzione della *parental responsibility* su un minore nato fuori dal matrimonio, poiché solo per la madre essa deriva dal solo fatto della nascita, mentre per il padre non viene automaticamente riconosciuta alcuna rilevanza giuridica al vincolo biologico.

Il quadro va completato alla luce del *Children Act* del 1989, che introduce alcuni concetti fondamentali per l'intera disciplina della filiazione inglese, generalmente validi per tutti i figli, a prescindere dal rapporto tra i loro genitori: la *parental responsibility*, la centralità del benessere del minore e il “*non-intervention principle*”.

L'idea di *parental responsibility* nasce dalla considerazione, sollevata alla fine degli anni '70 in seno alla *Law Commission*, dell'anomalia dell'assenza di un concetto giuridico di genitorialità e della descrizione del rapporto tra genitori e figli in chiave di diritti e doveri e di autorità,<sup>238</sup> con termini poco attuali e fuorvianti;<sup>239</sup> su queste basi, essa venne introdotta intendendola nel senso che “*the duty to care for the child and to raise him to moral, physical and emotional health is the fundamental task of parenthood and the very justification for the authority it confers*”.<sup>240</sup>

La *section 2* del *Children Act* stabilisce che la *parental responsibility* spetti automaticamente ad entrambi i genitori, se sposati, e che, altrimenti, venga

---

<sup>238</sup> Cfr il *Report* n. 172 del 1988 della *Law Commission* in materia di *Guardianship and Custody*.

<sup>239</sup> LOWE, N. *The legal position of parents and children in English law*, in *Singapore Journal of legal studies*, 1994, p. 340.

<sup>240</sup> Cfr. il *report* “*An introduction to the Children's Act 1989: a new framework for the care and upbringing of children*” del *Department of Health*, paragrafo 1.4.

riconosciuta dalla legge alla sola madre<sup>241</sup>, con facoltà del padre di averla riconosciuta se il suo nome risulti dall'atto di nascita del bambino, oppure all'esito di un *parental responsibility order* o in base ad un *parental responsibility agreement* tra i genitori, ai sensi della *section 4*.<sup>242</sup>

La *parental responsibility* inglese<sup>243</sup> inoltre, diversamente dalla responsabilità genitoriale italiana, ha il suo limite non solo nel raggiungimento della maggiore età, ma anche nel riconoscimento della “*Gillick competency*” del minore, cioè della sua capacità di discernimento, valutata in considerazione delle circostanze del caso concreto<sup>244</sup>, infatti “*as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of sixteen will have medical treatment terminates if and when the child achieves sufficient understanding and intelligence to understand fully what is proposed*”<sup>245</sup>. Essa, dunque, non è un concetto assoluto, ma si affievolisce parallelamente alla crescita del minore e al suo effettivo raggiungimento della maturità e consapevolezza, che non dipendono

---

<sup>241</sup> Ai sensi della *section 2* del *Children Act* del 1989 “*Where a child’s father and mother were married to [or civil partners of.] each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child*”.

<sup>242</sup> Ai sensi della *section 4* del *Children Act* del 1989 “*Where a child’s father and mother were not married to [or civil partners of.] each other at the time of his birth, the father shall acquire parental responsibility for the child if:*

*(a) he becomes registered as the child’s father under any of the enactments specified in subsection (1A);*

*(b) he and the child’s mother make an agreement (a “parental responsibility agreement”) providing for him to have parental responsibility for the child; or*

*(c) the court, on his application, orders that he shall have parental responsibility for the child*”.

<sup>243</sup> La *section 3* del *Children Act* la definisce come “*all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property. It also includes the rights, powers and duties which a guardian of the child’s estate (appointed, before the commencement of section 5, to act generally) would have had in relation to the child and his property*”.

<sup>244</sup> Il nome deriva dal caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] UKHL 7 in materia di consenso del minore ai trattamenti sanitari. Cfr. MIRANDA A., *Scelte esistenziali ed educative dei minori in diritto inglese ed italiano*, in *Rass. Civ.*, 1986 pp. 1022-1068.

<sup>245</sup> Nella decisione del caso *Gillick*, Lord Scarman afferma l’opportunità di verificare la sussistenza della consapevolezza del minore circa la situazione e le sue implicazioni.

da un mero dato anagrafico, ma dall'effettiva verifica delle circostanze del caso, condotta in concreto dalle Corti.

Diversamente dal concetto italiano di responsabilità genitoriale, poi, la *parental responsibility* è diversamente delimitata anche alla luce del fatto che l'ordinamento inglese non distingue tra capacità giuridica e capacità di agire e attribuisce, in alcuni casi, una specifica *capacity to contract* anche ai minori di diciotto anni<sup>246</sup>.

Il secondo elemento centrale della disciplina della filiazione è la “*paramountcy of the Child's Welfare*”, ossia la cruciale priorità del benessere del minore, che deve essere il fondamentale criterio delle Corti nell'affrontare ogni questione che coinvolga la sua crescita o la gestione delle sue proprietà e che la *section 1* della legge<sup>247</sup> riprende dal caso *J v. C.*<sup>248</sup>.

Infine, il “*non-intervention principle*”, che è forse quello maggiormente esplicativo dell'approccio inglese alla disciplina della famiglia, che consiste

---

<sup>246</sup> I contratti stipulate da soggetti minori di diciotto anni sono invalidi, ad eccezione dei cd. *contracts for necessities* e dei *beneficial contracts*, che possono essere stipulati anche prima dell'acquisizione della maggiore età, e dunque della piena capacità di contrarre. La prima categoria riguarda l'acquisto di beni di prima necessità, cd. *necessaries*, indispensabili per la cura, il mantenimento o l'assistenza del minore in relazione alle sue condizioni economiche e sociali, per il quale il minore contraente sarà però responsabile solo a condizione che il prezzo pagato sia ragionevole. Si vedano i casi *Peters vs. Fleming* (1840) 6 M. and W 42, 46, *Elkington vs. Amery* [1936] All. E. R. 86 e *Wharton v. Mackenzie* (1844) 5 Q.B. 606, sull' valutazione delle condizioni ai fini della sussistenza della necessità e *Fawcett vs. Smethurst* (1914) 84 L.J. (K.B.) 473, sulla ragionevolezza del prezzo. La seconda categoria è invece quella dei contratti di lavoro, di impiego o finalizzati all'educazione e alla formazione del minore che li conclude, che sono validi soltanto se gliene derivi un beneficio, da valutare alla luce delle condizioni complessive del caso, cfr. *Clements v. L. and N.W. Ry.* [1894] 2 Q.B. 482; *De Francesco v. Barnum* (1890) 45 Ch. D. 430; *Chaplin v. Leslie Frewin (Publisher) Ltd.* [1965] 3 All. E. R., 764. Cfr. CRISCUOLI G. *Il contratto nel diritto inglese*, 2001, 156 ss.

<sup>247</sup> “*When a court determines any question with respect to*

*(a) the upbringing of a child; or*

*(b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration”.*

<sup>248</sup> *J v. C.* [1970] AC 668

nell'idea che “*children are generally best looked after within the family with both parents playing a full part and without resort to legal proceedings*”,<sup>249</sup> espressa anche alla *section 1(5)* che afferma che: “*where a Court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all*”.

Quella che, in un certo senso, può essere ritenuta una “*statutory presumption that no order should be made*”<sup>250</sup> è stata ritenuta, non a caso, la massima espressione della visione privatistica del diritto di famiglia<sup>251</sup> e si pone in netta contrapposizione con l'approccio pubblicistico italiano e dei sistemi di *civil law* in generale.

La mancata espressa imposizione di un'unica condizione uguale per tutti i figli, dunque, non ha impedito all'ordinamento inglese di fornire tutela a tutti i minori, e ciò indipendentemente dalla sopravvivenza di una distinzione terminologica in figli naturali e matrimoniali.

## 2.6. - Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata

Nel Regno Unito, la necessità di individuare una disciplina giuridica della procreazione medicalmente assistita è emersa già alla fine degli anni '70. In particolare nel 1978 quando, all'Holdam General Hospital, nei pressi di

---

<sup>249</sup> Cfr. *An introduction to the Children's Act 1989: a new framework for the care and upbringing of children* del Department of Health, al paragrafo 1.4.

<sup>250</sup> LOWE. N., *op. cit.*, p. 41.

<sup>251</sup> Cfr. CRETNEY S. “*Privatising the family: the reform of Child law*”, 1989; BAINHAM, A. *The privatization of the public interest in children*, 1990.



Manchester, è nata, per la prima volta al mondo da fecondazione *in vitro*, la piccola Louise Brown.

L'evento divise l'opinione pubblica “*between pride in technological achievement, pleasure at the new-found means to relieve, at least for some, the unhappiness of infertility, and unease at the apparently uncontrolled advance of science, bringing with it new possibilities for manipulating the early stages of human development*”<sup>252</sup>, rendendo evidente la necessità di una regolamentazione normativa.

Proprio per questo, nel 1982, venne istituito il *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, presieduto dalla filosofa Mary Warnock e per questo noto come *Warnock Committee*, i cui lavori sono stati pubblicati nel *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, più noto come *Warnock Report*.

Il *report* è un documento dal contenuto non solo giuridico, ma ricco di considerazioni etiche, sociali e scientifiche e incentrato su due temi principali: la ricerca biomedica in campo genetico ed embriologico, di cui si cercano di individuare i limiti, e la fecondazione artificiale.

Mentre il primo tema risulta più complesso, richiedendo un ulteriore approfondimento,<sup>253</sup> il lavoro svolto dal *Committee* sul secondo tema ha ispirato

---

<sup>252</sup> Cfr. *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (Warnock Report)*, 1984, p. 4.

<sup>253</sup> Il Governo britannico chiese sull'argomento un supplemento di studi, invitando a un approfondimento dei punti più complessi e controversi del *Report*, come risulta dal *Legislation on Human Infertility Services and Embryo Research: A Consultation Document* (H.M.S.O., Cm. 46), su cui cfr. anche PARKER D., *Legislation on human infertility services and embryo research*, in *Family Law*, 1987, vol. 17.

lo *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990<sup>254</sup>, che disciplinava le ipotesi di fecondazione *in vitro*, inseminazione artificiale e donazione di ovulo e gameti maschili, da eseguire con l'autorizzazione e sotto la supervisione di una autorità appositamente istituita, la *Human Fertilization and Embryology Authority*<sup>255</sup>.

Nel 2005, in vista di una riforma della normativa in vigore, è stata istituita una nuova commissione, la *House of Commons Science and Technology Select Committee*, la cui relazione in materia di *Human Reproductive Technologies and the Law* ha ispirato lo *Human Fertilization and Embryology Act* del 2008, in vigore ancora oggi, che ha aggiornato la legge precedente, senza però alterarne l'impianto sostanziale.

L'approccio multidisciplinare al fenomeno e l'attenzione agli aspetti etici e scientifici, oltre che alle esigenze concretamente avvertite a livello sociale, ha reso

---

<sup>254</sup> Per un'analisi più approfondita di questa legge, cfr. CRISCUOLI, G. *La legge inglese sulla «surrogazione materna» tra riserve e proposte* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, 3-4.

<sup>255</sup> Ai sensi della *section 8* dello *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 “*the Authority shall:*

(a) *keep under review information about embryos and any subsequent development of embryos and about the provision of treatment services and activities governed by this Act, and advise the Secretary of State, if he asks it to do so, about those matters,*

(b) *publicise the services provided to the public by the Authority or provided in pursuance of licences,*

(c) *provide, to such extent as it considers appropriate, advice and information for persons to whom licences apply or who are receiving treatment services or providing gametes or embryos for use for the purposes of activities governed by this Act, or may wish to do so”.*

La norma è stata poi modificata dalla *section 6* della legge del 2008, che “*after that paragraph insert:*

(ca) *maintain a statement of the general principles which it considers should be followed:*

(i) *in the carrying-on of activities governed by this Act, and*

(ii) *in the carrying-out of its functions in relation to such activities,*

(cb) *promote, in relation to activities governed by this Act, compliance with*

(i) *requirements imposed by or under this Act, and*

(ii) *the code of practice under section 25 of this Act, and*

*After that subsection, insert:*

*The Authority may, if it thinks fit, charge a fee for any advice provided under subsection (1)(c)”*

l'approccio inglese alla regolamentazione della procreazione assistita del tutto diverso rispetto a quello italiano.

La legge del 2008, come già, con alcune differenze, quella del 1990, pone per prima cosa le definizioni di alcuni concetti fondamentali, come “*embryo, gamete and associated expressions*”, definiti dalla *section 1*.

Tra i concetti fondamentali, rientrano anche quelli di madre e padre, che vengono appositamente definiti. Ai sensi della *section 33*, infatti, solo “*the woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child*”.

Il padre, invece, è l'uomo con cui la madre era sposata o convivente “*at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination*” a prescindere dal fatto che egli sia il padre biologico del bambino, tranne che non venga dimostrato il suo dissenso all'impianto dell'embrione.<sup>256</sup>

La riforma del 2008, inoltre, ha incluso tra i soggetti che possono legittimamente accedere alle tecniche di procreazione assistita anche le coppie dello stesso sesso, disciplinando le ipotesi in cui la madre sia “*in civil partnership or marriage to a woman at time of treatment*” e prevedendo che quest'ultima “*is to be treated as a*

---

<sup>256</sup> Cfr. la *section 35*, rubricata “*meaning of father*”, che recita: “*if (a) at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination, the woman was a party to a marriage [with a man] [or a civil partnership with a man], and (b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage [or civil partnership], then, subject to section 38(2) to (4), the other party to the marriage [or civil partnership] is to be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be)*”.

*parent of the child*<sup>257</sup> analogamente a quanto stabilito per il padre nel caso di coppie di sesso diverso.

Anche per questo motivo, la formulazione della legge del 2008 tende, laddove possibile, a utilizzare espressioni neutre e ad evitare riferimenti di genere, come nel caso della sostituzione del riferimento a “*a child’s need for a father*” con “*the child’s need for supporting parenting*”.<sup>258</sup>

Inoltre, diversamente dalla legge italiana<sup>259</sup>, sono espressamente previste e regolate le ipotesi di morte del padre, biologico e intenzionale, prima dell’impianto dell’embrione e le conseguenze sull’instaurazione del vincolo genitoriale con il minore nato all’esito dell’intervento.

Ai sensi della *section 40*, infatti, il marito o convivente della madre al tempo della creazione dell’embrione, morto prima dell’impianto, “*has to be treated as the father of the child*” a prescindere dalla presenza di un vincolo genetico con il

---

<sup>257</sup> Ai sensi della *section 42* “*if at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her artificial insemination, the woman was a party to a civil partnership with another woman or a marriage with another woman, then subject to section 45(2) to (4), the other party to the civil partnership or marriage is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be)*”

<sup>258</sup> Nelle *Explanatory notes* alla legge del 2008, in materia di *Welfare of the child*, si legge che “*section 14(2)(b) of the Act amends the reference to a child’s need for a father so that the licence condition to be imposed under section 13(5) of the 1990 Act will refer instead to the child’s need for “supportive parenting”. Section 23 makes the same amendment to section 25(2) which concerns the guidance to be given about that licence condition. Section 13(5) as amended will therefore require license holders, before providing treatment services, to consider the welfare of a child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting) and the welfare of any other child who may be affected by the birth. This will continue to be a matter on which the HFEA must provide guidance*”.

<sup>259</sup> L’articolo 5 della legge 40 del 2004, che richiede come necessario requisito per l’accesso alle tecniche di fecondazione assistita che i membri della coppia richiedente siano “*entrambi viventi*”, sembra escludere questa ipotesi. La questione, ancora una volta, è stata affrontata a livello interpretativo nella sentenza n. 13000 del 15 maggio 2019, in cui la Corte di Cassazione ha affermato che “*in materia di procreazione medicalmente assistita, ai fini della determinazione dello status filiationis, l’art. 8 della legge n. 40 del 2004 è riferibile anche al nato da fecondazione omologa post mortem, mediante l’utilizzo del seme crioconservato del padre che, dopo aver prestato il consenso all’accesso alle tecniche di p.m.a., congiuntamente a quello della moglie, successivamente non lo revocò ed a ciò acconsentì per dopo la propria morte; ciò anche quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla causa di scioglimento del matrimonio*”.

bambino, purchè prima della morte abbia prestato consenso scritto all'impianto<sup>260</sup> e anche la madre lo abbia indicato per iscritto come tale.<sup>261</sup> Inoltre, anche nell'ipotesi in cui al momento della creazione dell'embrione la madre non fosse sposata o convivente, qualora un uomo esprima per iscritto il suo consenso ad eseguire l'impianto dopo la sua morte e ad essere riconosciuto padre del bambino nato dopo l'intervento e anche la donna lo riconosca per iscritto come tale, sarà per legge riconosciuto padre del minore.

Nel caso in cui, invece, la creazione dell'embrione avvenga con l'utilizzo del materiale genetico di un donatore morto prima dell'impianto egli sarà riconosciuto padre del minore nato all'esito dell'intervento ai sensi della *section* 39, purchè abbia prestato il suo consenso scritto in tal senso e la madre lo abbia riconosciuto per iscritto come tale, a condizione che non vi siano altri soggetti che debbano essere considerati genitori ai sensi delle *sections* 35 e 36, o 42 e 43, come la persona, uomo o donna, sposata o convivente con la madre al tempo della creazione dell'embrione.

Attraverso la previsione di specifiche regole sull'attribuzione della genitorialità, la legge evita che si creino vuoti di tutela per il minore nato da procreazione assistita, garantendo i criteri in base ai quali identificarne i genitori.

Tuttavia, a tutela della genitorialità intenzionale, è espressamente prevista la possibilità di chiedere e ottenere un *parental order*, cioè un provvedimento

---

<sup>260</sup> Ai sensi della *section* 40, ai fini del riconoscimento della genitorialità intenzionale del marito o convivente della madre al tempo della creazione dell'embrione, è richiesto il suo consenso "(i) to the placing of the embryo in W after his death, and (ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of any resulting child".

<sup>261</sup> La *section* 40 prevede che la donna "has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child".

giudiziale di attribuzione della genitorialità, a prescindere dalla sussistenza dei requisiti di legge.

La norma è particolarmente rilevante se si considera che l'ordinamento inglese non vieta la possibilità di concludere accordi di surrogazione materna e, in casi del genere, un *parental order* è l'unico rimedio per ottenere il riconoscimento di un legame genitoriale con un bambino che può non avere alcun legame biologico con i genitori di intenzione poiché è stato partorito da un'altra donna, che dunque per legge ne è la madre.

L'ordinamento inglese, infatti, non vieta la surrogazione materna, ma pone specifiche limitazioni per garantire la tutela dei diritti e della dignità degli individui coinvolti e, in particolare, della madre biologica<sup>262</sup>.

Ai sensi del *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, infatti, la maternità surrogata è legale nel Regno Unito, ma gli accordi di surrogazione non sono eseguibili per legge e non possono essere pubblicizzati, né avere natura economica<sup>263</sup>. Ai sensi della *section 2*, infatti, è consentito che la madre surrogata, in cambio del parto, riceva esclusivamente un "*reasonable payment in respect of the doing of an act by a non-profit making body*", cioè "*a payment not exceeding the body's costs reasonably attributable to the doing of the act*".

La possibilità di chiedere un *parental order* ai sensi della *section 54* dell'*Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, dunque, consente a una coppia di

---

<sup>262</sup> Nonostante la contrarietà espressa nel *Warnock Report*, che disapprovava la surrogazione materna ritenendo che il danno insito nello sfruttamento della madre surrogata fosse comunque maggiore degli effetti positivi dell'operazione, il Governo britannico ha disatteso queste conclusioni, consentendo questa pratica e condannandone solo lo sfruttamento economico.

<sup>263</sup> La *section 1A* del *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 prevede che "*no surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it*" e la successiva *section 2* elenca le fattispecie vietate di surrogazione "*on a commercial basis*".

qualsiasi sesso, sposata, convivente o unita civilmente, o anche a un singolo individuo, di avere riconosciuto un vincolo genitoriale con un bambino partorito da una madre surrogata a seguito di un accordo in tal senso<sup>264</sup>.

Per ottenere il provvedimento è necessario che ci sia un legame biologico tra il ricorrente o, nel caso di una coppia, almeno uno dei ricorrenti e il bambino, che dunque dovrà essere nato all'esito di un intervento per il quale il genitore intenzionale abbia donato il suo materiale genetico.

Inoltre, il ricorso deve essere presentato entro sei mesi dalla nascita del bambino ed è necessario che, in quel momento, questi abiti già con i ricorrenti, entrambi maggiorenni e di cui almeno uno dovrà essere domiciliato nel Regno Unito.

Sarà poi necessario dimostrare che i soggetti cui la legge riconosce la qualifica di madre e padre, cioè la donna che ha portato avanti la gravidanza e la persona con cui questa sia eventualmente sposata, convivente o unita civilmente, siano pienamente consapevoli del ricorso e delle sue conseguenze e, liberamente e incondizionatamente, acconsentano all'emissione del provvedimento.

Infine, è necessario provare che, alla base dell'accordo di surrogazione, non sia stato previsto alcuno scambio economico e che la madre surrogata non abbia ricevuto alcuna somma eccedente quanto ragionevolmente necessario all'intervento, e dunque che la surrogazione sia stata condotta lecitamente, ai sensi del *Surrogacy Arrangements Act*.

---

<sup>264</sup> A seguito della presentazione del ricorso per l'ottenimento di un *parental order*, i ricorrenti dovranno depositare elementi di prova utili a dimostrare il soddisfacimento dei requisiti previsti dalla *section 54*. Il giudice nominerà poi un *Parental Order Reporter*, normalmente un assistente sociale membro del *Cafcass (Child and Family Court Advisory and Support Service)* che, dopo aver incontrato i ricorrenti e il minore, predispone una relazione sul contesto familiare ed emette il suo parere sull'interesse del minore.

Una volta ottenuto un *parental order*, il vincolo genitoriale del minore con i soggetti che la legge riconosce genitori viene meno, per essere attribuito ai genitori intenzionali, che ne avevano fatto domanda.

Alla base della decisione, oltre alla verifica del rispetto dei requisiti stabiliti dalla legge per ricorrere, deve essere preso in considerazione l'interesse del minore, da ritenersi prevalente su ogni altro interesse coinvolto.

Come stabilito già in uno dei primi casi in materia di maternità surrogata, infatti “*morals and ethics are irrelevant, what matters is what is in the child’s best interest*”.<sup>265</sup>

Il “*paramount concern*”<sup>266</sup> della Corte nel decidere sulla concessione di un *parental order*, deve dunque essere l'interesse del minore ed è per questo che, in alcuni casi, proprio per garantirne la massima tutela, le Corti hanno mostrato maggiore flessibilità nella verifica della sussistenza dei requisiti.<sup>267</sup>

In alcuni casi,<sup>268</sup> la Corte ha concesso un *parental order* nonostante il termine di sei mesi dalla nascita fosse già decorso, ritenendo che non potesse essere intenzione del Parlamento porre alla proposizione della domanda un limite talmente rigido da prevalere sull'interesse del minore e che, dunque, il termine non debba essere inteso come assoluto, ma che vada interpretato conformemente alle finalità di tutela degli interessi dei soggetti coinvolti e, primo fra tutti, di quello del minore ad avere riconosciuto un legame genitoriale con le persone con

---

<sup>265</sup> *Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy) (Baby Cotton Case)* [1985] F.L.R. 846

<sup>266</sup> *Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit)* [2014] E.W.H.C. 3135 (Fam)

<sup>267</sup> Ad esempio in *A and A v P, P and B* [2011]; *X (A Child - foreign surrogacy)* [2018] EWFC 15; *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam); *L (A Minor)* [2010] EWHC 3146; *IJ (A Child)* [2011] EWHC 921; *Re C (A Child)* [2013] EWHC 2408 (Fam); *JP v LP & Others* [2014] EWHC 595 (Fam).

<sup>268</sup> *Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit)* [2014] E.W.H.C. 3135 (Fam) e Nel caso *D v ED (Parental Order: Time Limit)* [2015] EWHC 911 (Fam)



cui ha vissuto fin dalla nascita, a prescindere dalla sussistenza di un legame biologico.

Anche in materia di somme eccedenti le *reasonable expenses*, le Corti hanno individuato criteri di determinazione più specifici, soprattutto nel caso di accordi conclusi in altri paesi, sulla base di leggi che consentono la surrogazione commerciale.

Nel caso in Re L.<sup>269</sup> ad esempio, nonostante l'accordo di surrogazione fosse stato concluso negli Stati Uniti e, avendo natura commerciale, fosse contrario alla legge inglese, la Corte ha comunque emesso un *parental order* per tutelare l'interesse del minore ad avere riconosciuto il legame con i genitori di intenzione, con cui viveva in Inghilterra fin dalla nascita. In caso contrario, infatti, applicando la legge inglese sarebbe stata riconosciuta come madre la donna americana che aveva partorito, che non solo viveva negli Stati Uniti, ma non aveva mai avuto rapporti con il bambino e, probabilmente, non avrebbe avuto la possibilità o l'intenzione di farsene carico.

Come affermato nella decisione dal Giudice Hedley, infatti, la concessione di un *parental order* deve sempre basarsi sulla considerazione del benessere del minore e *“the effect of that must be to weight the balance between public policy considerations and welfare ... decisively in favour of welfare. It must follow that it will only be in the clearest case of the abuse of public policy that the court will be able to withhold an order if otherwise welfare considerations support its making”*<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> In re L. (Commercial Surrogacy) [2010] EWHC 3146 (Fam)

<sup>270</sup> In re L. (Commercial Surrogacy) [2010] EWHC 3146].

Il *best interest* e il *welfare of the child*, dunque, sono i primi fondamentali elementi in base ai quali valutare l'opportunità della concessione di un *parental order*, prevalenti su ogni altra considerazione, anche inerente all'ordine pubblico. Nonostante la radicale diversità rispetto alla situazione italiana, tuttavia, anche la disciplina inglese presenta elementi di obsolescenza, e proprio la necessità avvertita dalle Corti di derogare ai limiti posti dalla legge per assicurare una maggiore tutela alle famiglie coinvolte, è indicativa della non completa efficacia delle norme in vigore.

Proprio per questo, nel 2019, la *Law Commission* ha pubblicato un *report* sulle proposte di riforma elaborate in materia di maternità surrogata<sup>271</sup>.

Nonostante il procedimento di rilascio del *parental order* assicuri un corretto bilanciamento del diritto della madre surrogata, cui garantisce protezione contro lo sfruttamento, e del benessere del bambino, cui assicura una crescita sana in un contesto familiare idoneo al suo sviluppo, non è raro che sorgano delle complicazioni, soprattutto in caso di accordi conclusi all'estero, spesso confliggenti con i limiti posti dalla legge inglese.

Tra le proposte della *Law Commission* c'è quella del riconoscimento diretto della genitorialità di chi abbia concluso all'estero un accordo di surrogazione, purchè in un paese il cui ordinamento tuteli la dignità e i diritti delle madri surrogate e il benessere del bambino.

In questo modo, si eviterebbe di attendere i tempi necessari all'ottenimento di un *parental order*, assicurando la tutela del minore anche in questa fase di transizione

---

<sup>271</sup> Il *report* è intitolato "*Building families through surrogacy: a new law*".

e temporanea incertezza in cui, per la legge inglese, la madre è ancora quella surrogata.

Questa transizione può durare fino a sei settimane, poiché è entro questo termine che la madre surrogata deve prestare il suo consenso a che venga disposto un *parental order* che la privi della responsabilità genitoriale a favore dei genitori intenzionali che hanno chiesto l'emissione del provvedimento.

Inoltre, uno dei requisiti per l'ottenimento del *parental order* è che al momento della proposizione della domanda il minore viva con i ricorrenti in Inghilterra, ma in caso di surrogazione internazionale non è raro che sorgano delle complicazioni per consentire il rientro del bambino in Inghilterra, poiché le persone con cui viaggia non sono ancora, legalmente, i suoi genitori.

La possibilità di un riconoscimento diretto della genitorialità intenzionale, dunque, eviterebbe l'insorgenza di problematiche durante questa fase transitoria, ma per aggirare il necessario e approfondito controllo svolto in sede di rilascio del *parental order* a tutela degli interessi delle parti, dovrebbe essere imprescindibile, secondo la *Law Commission*, la previa individuazione degli ordinamenti in cui gli accordi non implicino un pregiudizio, garantendo le necessarie tutele.

Un altro aspetto problematico è il requisito del domicilio di almeno uno dei ricorrenti nel Regno Unito ai fini della concessione del *parental order*, finalizzato anche a scoraggiare che il paese possa diventare meta di turismo procreativo. La proposta valutata dalla *Law Commission* è quella di utilizzare invece il concetto di residenza abituale, più facile da dimostrare rispetto al domicilio e definibile come

luogo in cui la persona ha stabilito, su base fissa, il suo centro permanente o abituale di interessi.<sup>272</sup>

Inoltre, tra le proposte della *Law Commission*, c'è l'istituzione di un registro che conservi le informazioni delle madri surrogate, dei genitori intenzionali e dei donatori di materiale genetico, così da potervi risalire qualora se ne presenti la necessità, ad esempio per diagnosticare patologie ereditarie o per altre esigenze sanitarie dei nati da maternità surrogata, oltre che per consentire loro, qualora ne manifestino l'intenzione, di risalire alle proprie origini.

Le proposte di riforma riguardano anche la necessità di stabilire criteri maggiormente specifici in materia di *reasonable expenses*, così da evitare che il divieto di commercializzazione venga aggirato, sfruttando l'ambiguità e la vaghezza della norma e la predisposizione delle Corti ad ammettere, di fatto, la validità di accordi di natura economica, per preservare il benessere del minore dalle conseguenze di un diniego del *parental order*.

In conclusione, risulta evidente come l'ordinamento inglese, libero dal condizionamento dei fattori religiosi, culturali e politici che hanno influenzato il legislatore italiano, e più consapevole delle implicazioni giuridiche ed extra giuridiche della procreazione assistita grazie al lavoro degli appositi *Committee* istituiti, abbia stabilito una disciplina della procreazione assistita più completa ed efficace.

Inoltre, diversamente dall'intervento suppletivo della giurisprudenza italiana, che si scontra inevitabilmente con il limite dell'assenza o incompletezza del dettato normativo, nell'ordinamento inglese l'interpretazione delle Corti è effettivamente

---

<sup>272</sup> Cfr. *Pierburg v Pierburg* [2019] EWFC 24

in grado di assicurare una effettiva garanzia del benessere dei minori, superando efficacemente l'inadeguatezza della legge.

Alla base di questa differenza sta, ancora una volta, il diverso funzionamento dei due ordinamenti.

Un esempio è la scelta adottata per regolare il rapporto di filiazione e il ruolo dei genitori di minori nati da maternità surrogata e procreazione assistita. L'ordinamento inglese, come visto, definisce preliminarmente chi debba intendersi per madre e chi per padre, ma, al contempo, offre la possibilità di avere riconosciuto il proprio vincolo genitoriale quando, pur non rientrando nella definizione di legge, sussistano le condizioni per ottenere un *parental order*.

Se è vero, infatti, che di fronte a fenomeni talmente innovativi, i concetti tradizionali possono non essere adeguati, è solo con la creazione di nuovi concetti che si può efficacemente predisporre una disciplina.<sup>273</sup>

### 3. - La famiglia nei sistemi di *civil law*: l'ordinamento italiano

#### 3.1 - Matrimonio e autonomia negoziale dei coniugi

L'ordinamento italiano non detta una definizione di matrimonio, che può essere desunta dalla combinazione delle norme codicistiche, legislative e costituzionali che lo riguardano, nella sua duplice connotazione di atto e di rapporto.

---

<sup>273</sup> Sul punto si veda quanto affermato in MORGAN, D., *Who to be or not to be: the surrogacy story*, in *The modern law review*, 1986, vol. 49, p. 368: "surrogacy represents a challenge to the way in which societies respond to the reevaluation of the currency of personhood which technology has forced upon it. That response will help us understand. The sort of people we say we want to be and want to become"

Esso può essere definito come negozio di natura familiare, solenne e bilaterale, dal quale derivano in capo agli individui che lo pongono in essere diritti e obblighi prestabiliti dalla legge.

La natura negoziale del matrimonio evidenzia la rilevanza dell'incontro della volontà delle parti, cioè il loro consenso, che ha l'effetto di costituire un rapporto familiare, ma non patrimoniale, da cui l'esclusione dell'applicabilità dei principi in materia di contratto, rispetto al quale il negozio matrimoniale si distingue, avendo una diversa causa.

Il riferimento, poi alla bilateralità e alla solennità del matrimonio rinviano al fatto che è esclusivamente la volontà dei nubendi ad essere rilevante, oltre alla forma in cui viene manifestata.

Come già accennato, l'Italia ha vissuto con minore forza di altri paesi la laicizzazione del matrimonio tipica dell'esperienza europea ottocentesca, a causa della maggiore forza della tradizione cattolica che, tuttavia, non ha impedito l'avvio di quel fenomeno di privatizzazione del matrimonio che, volendolo sottrarre alla sfera di influenza della Chiesa, lo ha avvicinato alla dinamica tipicamente privatistica dell'incontro della libera volontà delle parti.

Tale fenomeno di privatizzazione, come è stato osservato, ben si inserisce sulla scia del percorso di riforma della metà del novecento, di cui è completamento ed evoluzione<sup>274</sup>.

Esso recupera quelle “*funzioni individualistico-libertarie*”<sup>275</sup> della disciplina della famiglia, discendenti delle prime codificazioni, che si manifestano soprattutto con

---

<sup>274</sup> Cfr. AUTORINO G. *op. cit.*, 15 ss.

<sup>275</sup> Cfr. AUTORINO G. *op. cit.*, 17, 18.

riferimento al momento del consenso, cioè l'incontro della libera volontà delle parti che, da un lato, *“si richiama al principio di autodeterminazione contro qualsivoglia costrizione proveniente dal potere statale o comunque di rango superiore; dall'altro si riallaccia all'autodeterminazione contro costrizioni o deviazioni che provengono dall'esercizio di un potere familiare o privato oppure dall'interno dello stesso individuo”*.<sup>276</sup>

Tali funzioni, tuttavia, sono temperate *“dall'istanza personalistico-solidaristica che emerge prepotentemente dall'art. 2 Cost.”*<sup>277</sup> e si manifesta soprattutto nel matrimonio inteso come rapporto, attraverso la precisa regolamentazione dei diritti e obblighi che ne derivano, che sono determinati dalla legge e lasciano un margine limitato all'espressione dell'autodeterminazione delle parti.

Tradizionalmente, infatti, il pensiero giuridico italiano ha sempre ritenuto i rapporti familiari estranei all'ambito di applicazione dell'autonomia negoziale dei privati.

Secondo questa ricostruzione, la famiglia è *“dominata dalla concezione assorbente dello status familiare, che costituisce, di per sé, un concetto radicalmente antagonista a quello di libertà contrattuale”*,<sup>278</sup> conformemente al pensiero tradizionale che la vuole, *“sacrificando totalmente il momento consensuale del rapporto, portatrice ed interprete dei valori istituzionali della comunità statale”*.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> Cfr. AUTORINO G. *op. cit.*, 19, 20.

<sup>277</sup> Cfr. AUTORINO G. *op. cit.*, 17, 18.

<sup>278</sup> *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. It.* I, 1, 1990, pp. 1321- 1322.

<sup>279</sup> Cfr. ZOPPINI, A., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo* in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 1321- 1322.

Proprio l'ambiguità della sua natura e lo sbilanciamento a favore del diritto pubblico, piuttosto che privato, ha portato a trascurare, fino ad escluderlo, il rilievo dei membri della famiglia come individui autonomi. Essi infatti, nella tradizionale ricostruzione delle relazioni familiari, si limiterebbero a voler porre in essere degli atti, dei quali però *“è la legge a definire e regolare integralmente le conseguenze”*,<sup>280</sup> poiché *“manca completamente la libertà di conformare secondo i propri interessi i rapporti familiari, di diminuire o ampliare i diritti ed obblighi fra genitori e figli, fra marito e moglie (...) di garantire meglio di quel che faccia la legge l'adempimento di tali obblighi, o di eliminare le garanzie di legge”*.<sup>281</sup>

Questa interpretazione tradizionale ha cominciato ad evolversi con l'avvento della Costituzione e dei suoi principi, che ha aperto la strada ad una nuova visione della famiglia, che non è più un'istituzione sovraordinata, ma si ispira al principio dell'uguaglianza dei suoi componenti.

Negli stessi anni si è cominciato ad accennare la possibilità di una nuova interpretazione dei rapporti familiari<sup>282</sup> e si è aperta la strada a quel processo di privatizzazione del diritto di famiglia le cui prime concrete manifestazioni sono state senza dubbio l'introduzione del divorzio e la riforma del 1975.

---

<sup>280</sup> Cfr. ZOPPINI, A., *op.cit.*, pp. 1321- 1322.

<sup>281</sup> CICU, A., *Lo spirito del diritto familiare* (1913), in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1,1965, p. 127, che nella stessa opera sottolinea che *“nella famiglia predominano sentimenti, bisogni, impulsi che comprimono l'egoismo individuale fino ad esigere il sacrificio della stessa esistenza”* e che *«lo spirito individualistico va bandito in questa materia: esso porterebbe logicamente e fatalmente alla abolizione del matrimonio, al libero amore, alla dissoluzione della famiglia”*.

<sup>282</sup>In particolare, tra i primi fu Francesco Santoro Passarelli a proporre una lettura privatistica del diritto di famiglia, collocando gli atti familiari tra i negozi giuridici, dando avvio alla *“riaffermazione e ad un'estensione dell'autonomia privata, come espressione di libertà, dall'individuo alle formazioni sociali intermedie, in prima linea la famiglia”* in SANTORO-PASSARELLI, F., *Cento anni di «Diritto e giurisprudenza»*, in *Dir. giur.*, 1985, p. 1 ss. Cfr. anche SANTORO-PASSARELLI, F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.



Già nell'impianto normativo del 1975, dunque, l'autonomia privata era silenziosamente presente, precludendo al percorso di progressiva affermazione della logica negoziale in materia familiare, cui si sta assistendo prima a livello dottrinale e interpretativo e poi, più lentamente e timidamente, a livello normativo.

L'articolo 159 del Codice Civile, infatti, stabilisce quale sia il regime patrimoniale legale della famiglia, la comunione dei beni, cui è ammesso derogare solo attraverso una convenzione matrimoniale,<sup>283</sup> fermi restando i diritti e doveri derivanti dal matrimonio, di cui il successivo articolo 160 afferma l'inderogabilità.

Sebbene si discuta della possibilità di stipulare convenzioni matrimoniali atipiche<sup>284</sup>, diverse da quelle previste dall'articolo 162 del Codice Civile, l'autonomia contrattuale in materia familiare non è piena, bensì limitata dalla legge nei contenuti e nella forma.

Nella fase patologica dei rapporti familiari, invece, si è registrata una maggiore tendenza all'ampliamento della libertà negoziale delle parti, soprattutto con l'introduzione, oltre alla separazione consensuale e al divorzio congiunto, della negoziazione assistita in materia familiare e del procedimento dinanzi ad un ufficiale dello stato civile (*infra* § 2.4.4).

---

<sup>283</sup> Una convenzione matrimoniale è un accordo negoziale posto in essere dai coniugi per derogare al regime patrimoniale legale della famiglia, optando per la separazione dei beni, per la comunione convenzionale o per la costituzione di un fondo patrimoniale, rispettivamente disciplinate dagli articoli 193, 210 e 2647 e ss. del Codice Civile.

<sup>284</sup> In particolare, alcuni autori si sono interrogati sulla possibilità di inquadrare tra le convenzioni matrimoniali atipiche i *trusts* familiari istituiti dai coniugi per disciplinare convenzionalmente i loro rapporti patrimoniali, e, in particolare, per regolare il regime degli acquisti effettuati durante il matrimonio per i bisogni della famiglia. Cfr. LEUZZI, S., *I trusts nel diritto di famiglia*, 2012, 64, PALAZZO, A., *Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo di trust*, in DOGLIOTTI M. e BRAUN A. (a cura di) *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, 2003.

Solo in occasione della crisi familiare, dunque, si concretizza l'autonomia negoziale dei coniugi, ma non sono ammessi accordi che, prima del matrimonio o nel corso di questo, dispongano per una futura ed eventuale disgregazione del nucleo familiare.

In materia di accordi prematrimoniali, non a caso definita “*insidiosa*”,<sup>285</sup> si è ampiamente dibattuto negli ultimi decenni, in particolare a seguito di una pronuncia della Corte di Cassazione che, all'inizio degli anni '80, ne ha evidenziato i profili di illegittimità<sup>286</sup> sulla scia dell'idea, di derivazione cattolica e tradizionalista, che la predisposizione da parte dei coniugi delle condizioni del loro eventuale divorzio, incentivasse l'abbandono della relazione coniugale, facilitandone lo scioglimento.

Tali accordi, dunque, sono stati ritenuti nulli per illiceità della causa, in quanto volti a condizionare, direttamente o indirettamente, la volontà dei coniugi in materia di scelte personali e inerenti diritti indisponibili, derivanti dal loro *status*, oltre a limitare l'esercizio del loro diritto di difesa nei procedimenti di divorzio<sup>287</sup>.

Inoltre, anche l'inderogabilità di cui al citato articolo 160 del Codice Civile era ritenuta di ostacolo a questo tipo di accordi, poiché qualunque determinazione presa prima dello scioglimento del matrimonio non è stata ritenuta ammissibile né

---

<sup>285</sup> AVAGLIANO, M., *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017, 251 ss.

<sup>286</sup> Corte di Cassazione, n. 3777 dell'11 giugno 1981, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1533 ss., con nota di TRABUCCHI, A., *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, *Foro it.*, 1982, I, c. 184 ss.

<sup>287</sup> Corte di Cassazione n. 6461 del 5 dicembre 1981, in *Mass. Giur. it.*, 1861, c. 1620.

vincolante, in quanto contraria al divieto posto dalla legge, che sottrae all'ambito della contrattazione i diritti derivanti dallo *status* coniugale<sup>288</sup>.

L'orientamento della giurisprudenza, ad eccezione di due pronunce isolate<sup>289</sup>, non è mutato<sup>290</sup> e nel 2017 la Corte di Cassazione<sup>291</sup> ha espressamente ribadito la nullità di un accordo con cui, in sede di separazione, i coniugi avevano concordato l'ammontare del futuro assegno di divorzio, ritenendo invalida la pattuizione per illiceità della sua causa, dovuta alla contrarietà al divieto di cui all'articolo 160 del codice e all'indisponibilità dell'assegno di divorzio, ritenuto di natura assistenziale<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Cfr. Corte di Cassazione n. 1810 del 18 febbraio 2000 e Corte di Cassazione n. 2224 del 30 gennaio 2017.

<sup>289</sup> Tribunale di Torino del 20 aprile 2012 e Cass. Civ 21 agosto 2013 n. 19304.

<sup>290</sup> Cfr. Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. e dir.*, 1995, 14; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, 931; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1694; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Corr. Giur.*, 1998, 513; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344.

<sup>291</sup> Cfr. Corte di Cassazione n. 2224 del 30 gennaio 2017 che afferma che “*di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio*”. In particolare, nel giudizio di divorzio, la Corte d'appello di Milano aveva riformato la sentenza di primo grado revocando alla moglie l'assegno di mantenimento, dichiarando cessato l'obbligo di mantenimento disposto per il figlio maggiore e riducendo quello del figlio minore. A fondamento di questa decisione, la Corte aveva posto la circostanza, realizzatasi in corso di separazione personale, dell'avvenuto versamento da parte del marito in favore della moglie, della somma di quasi due milioni di euro, con cui l'uomo intendeva corrispondere quanto sarebbe spettato a titolo di assegno di mantenimento e di assegno divorzile. Quanto al figlio maggiore, che aveva abbandonato gli studi universitari ed era alla ricerca di un lavoro, il padre avrebbe dovuto contribuire al suo mantenimento nella misura di 1.500 euro mensili, una somma predeterminata in base alla retribuzione media di un laureato al primo impiego. La Cassazione, accogliendo tutti i motivi del ricorso presentato dalla moglie, ha evidenziato la contrarietà della sentenza di secondo grado all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, ribadendo l'illiceità degli accordi prematrimoniali, a prescindere dal loro contenuto.

<sup>292</sup> Come noto e ampiamente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, all'assegno divorzile è originariamente stata riconosciuta funzione assistenziale, poiché mira a evitare che il coniuge economicamente più debole possa trovarsi in precarie condizioni economiche a seguito del divorzio. Solo la giurisprudenza più recente ne ha evidenziato anche la natura perequativo-compensativa, affermandone un ruolo duplice “*che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà, e conduce al riconoscimento di un contributo volto a*

La contrarietà della giurisprudenza a queste pattuizioni è stata contestata da molti autori, che ne hanno criticato l'“irragionevolezza”.<sup>293</sup>

Lo stesso Codice Civile, infatti, prevedendo la possibilità di stipulare, in ogni tempo, convenzioni matrimoniali in deroga al regime di comunione legale, sembra incoraggiare l'autonomia contrattuale dei coniugi, e il limite posto dall'articolo 161 non sembra porre un effettivo e valido impedimento a concludere accordi che predeterminino le condizioni del divorzio, poiché “*altro è dedurre ad oggetto del sinallagma negoziale l'impegno a tenere (o a non tenere) un comportamento personale (sposarsi, divorziare, separarsi, domandare l'annullamento del vincolo) e ben altro è prevedere le conseguenze patrimoniali di una scelta di tal genere, laddove il legislatore si preoccupa di scongiurare soltanto il verificarsi della prima situazione, non certo della seconda*”.<sup>294</sup>

In altre parole, non si può equiparare la fase patologica e quella fisiologica del rapporto familiare<sup>295</sup> e se la legge, con il divieto di cui all'articolo 160, mira a

---

*consentire al coniuge richiedente non il conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate. Ne consegue che la funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile, non è finalizzata alla ricostruzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi”* (Cass. Civ., Sez. I, ord. 28 febbraio 2023 n. 6027). Inoltre, “*l'assegno divorzile, nella sua componente compensativa, presuppone un rigoroso accertamento del nesso causale tra l'accertata sperequazione fra i mezzi economici dei coniugi e il contributo fornito dal richiedente medesimo alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei due, con sacrificio delle proprie aspettative professionali e reddituali. In assenza della prova di questo nesso causale, l'assegno può essere solo eventualmente giustificato da una esigenza assistenziale, la quale tuttavia consente il riconoscimento dell'assegno solo se il coniuge più debole non ha i mezzi sufficienti per un'esistenza dignitosa e versi in situazione di oggettiva impossibilità di procurarseli.*” (Cass. Civ. Sez. I, 20/04/2023, n.10614).

<sup>293</sup> Cfr. F. BUSNELLI, B., Prefazione ad AA.VV., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di AMRAM D. e D'ANGELO A., 2011, XIX.

<sup>294</sup> OBERTO, G., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 807.

<sup>295</sup> MORELLI, M. R., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, 1996, p. 61.

scongiurare la previsione convenzionale di comportamenti contrari ai doveri e diritti derivanti dal matrimonio, non si vede perché, in previsione di una eventuale situazione in cui il vincolo matrimoniale venga meno, che opererebbe come condizione di efficacia dell'accordo<sup>296</sup>, non si possa prestabilire il futuro, eventuale, assetto economico del nucleo familiare disgregato cui, dunque, il divieto non sarebbe più applicabile, essendo venuto meno il rapporto.

In materia, poi, di diritto di difesa nei procedimenti familiari, è stato osservato che non necessariamente tali accordi lo violano, pregiudicando il comportamento processuale delle parti, poiché ciascun coniuge è, e resta comunque, titolare di un diritto potestativo allo scioglimento del vincolo, cui si contrappone una posizione di mera soggezione dell'altro coniuge. L'automatismo proprio del procedimento di divorzio, dunque, non consente di opporsi alla domanda di divorzio in sé, e ciò a prescindere dall'esistenza di un previo accordo sulle condizioni, che non influisce sulla possibilità di chiedere il divorzio, ma solo, eventualmente, sulla durata del procedimento.<sup>297</sup>

Per quanto riguarda, poi, la natura indisponibile dell'assegno di divorzio, da questa si riteneva derivasse l'impossibilità di rinunziarvi per mezzo di un accordo, a causa della sua natura assistenziale, che prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 2018<sup>298</sup> era ritenuta l'unica, non essendone ancora stata riconosciuta anche la funzione perequativo- compensativa.

---

<sup>296</sup> Cfr. JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, in *Trattato di Diritto Civile* di VASSALLI, F. (a cura di), 1950, p. 54.

<sup>297</sup> “I comportamenti ostruzionistici in seno al processo possono, in questa prospettiva, comportare l'aumento della durata, ma giammai impedire al giudice di pronunciare il venire meno della *communio omnis vitae*” PINTO, F., *La separazione consensuale*, in FERRANDO, G., *Il nuovo diritto di famiglia*, 2007, I, 690.

<sup>298</sup> Corte di Cassazione, Sez. Unite, n. 18287 dell'11 luglio 2018.

L'orientamento della giurisprudenza immediatamente dopo la riforma non è stato uniforme e, accanto a pronuncie che affermavano la natura disponibile dell'assegno,<sup>299</sup> non ne sono mancate altre, soprattutto di merito<sup>300</sup>, che hanno qualificato il diritto a percepirlo come un protrarsi di quello al mantenimento, ritenendolo dunque indisponibile in forza della sua natura assistenziale. Solo in un caso,<sup>301</sup> rimasto però isolato, anticipando gli orientamenti più recenti, sono state attribuite all'assegno di divorzio funzioni diverse, distinguendone una componente risarcitoria e compensativa, disponibile, da una assistenziale, indisponibile.

La successiva riforma del 1987 ha evidenziato la natura assistenziale dell'assegno di divorzio, subordinandolo espressamente all'ipotesi in cui il coniuge beneficiario non avesse mezzi adeguati,<sup>302</sup> e ciò ha fornito alla giurisprudenza successiva un appoggio su cui fondare l'orientamento, rimasto a lungo maggioritario, che riconosceva il ruolo esclusivamente assistenziale dell'assegno di divorzio, e dunque la sua indisponibilità.

Quest'interpretazione è stata sovvertita solo nel 2018 quando, come accennato, le Sezioni Unite hanno riconosciuto la disponibilità dell'assegno di divorzio nella sua parte perequativo-compensativa, distinta da quella assistenziale, di cui veniva ribadita l'indisponibilità.

---

<sup>299</sup> Cass. Civ., 10 febbraio 1974, n. 263; Cass. Civ., 12 marzo 1974, n. 662; Cass. Civ., Sez. Un., 9 luglio 1974, n. 2008; Cass. Civ., 25 novembre 1976, n. 4450; Cass. Civ., 2 giugno 1977, n. 2237.

<sup>300</sup> Tribunale di Larino, 13 maggio 1972; Tribunale Catania, 5 maggio 1972; Tribunale di Napoli, 28 marzo 1979.

<sup>301</sup> Cass. Civ., 6 aprile 1977, n. 1305.

<sup>302</sup> Cfr. MACARIO, F., *Commento all'art. 10*, in LIPARI N. (a cura di), *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, 1988.

L'affermazione della duplicità della funzione e della natura dell'assegno di divorzio, aprendo alla possibilità di disporre, rappresenta una ulteriore argomentazione a favore della possibilità di concludere accordi in vista del divorzio.

Inoltre, è proprio un inciso di questa sentenza che è stato ritenuto di particolare rilevanza in quest'ambito, poiché con riferimento ai poteri istruttori del giudice in materia di accertamento della capacità patrimoniale e reddituale dei coniugi, le Sezioni Unite hanno affermato che questi siano attribuiti “*nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco*”, evidenziando così la correlazione tra la natura composita del diritto a percepire l'assegno di divorzio e la possibilità di disporre negoziabilmente.<sup>303</sup>

Al di là di questo *obiter*, la giurisprudenza è rimasta tendenzialmente contraria agli accordi, ad eccezione di alcune pronunce che, pur non riconoscendone espressamente e generalmente la validità, ne hanno, di fatto, ammesso l'efficacia, giustificandola con una diversa interpretazione della loro natura.

La prima<sup>304</sup> ha riconosciuto la validità di un accordo in forza del quale si prevedeva che la moglie, in caso di fallimento del matrimonio, avrebbe trasferito al marito un immobile a titolo di indennizzo delle spese che questi aveva sostenuto per la ristrutturazione della casa familiare, pure di proprietà della moglie, mentre egli, inoltre, le avrebbe trasferito un titolo di stato.

---

<sup>303</sup> FUSARO, A. *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?* in *Famiglia e diritto*, 2018, 11, 1031.

<sup>304</sup> Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. e dir.*, 2012, 772.

Tale accordo è stato ritenuto valido poiché non è stato qualificato prematrimoniale, ossia volto a regolare i rapporti economici dei coniugi in vista dell'eventuale divorzio, bensì è stato ritenuto una *datio in solutum*.

La Corte, infatti, ha ritenuto l'evento del divorzio non la causa genetica dell'accordo, ma un evento sospensivo dell'efficacia dell'accordo e, sulla stessa scia, anche nella successiva sentenza del 21 agosto 2013 n. 19304 è stata riconosciuta la liceità di accordi economici tra i coniugi che, pur richiamandosi al momento della separazione, non la prevedano come causa genetica dell'obbligo ad assolvere a una prestazione economica, ma la considerino come un evento al verificarsi del quale la condizione sospensiva prevista venisse meno, dando efficacia all'accordo

In un'altra pronuncia<sup>305</sup>, infine, la Cassazione ha ritenuto che *“l'accordo tra le parti in materia di regolamentazione delle condizioni di separazione dei coniugi, per la parte disponibile, ha effetto anche se non è stato trasfuso in un atto sottoposto al giudice per l'omologazione, avendo natura negoziale tra le parti”*, ribadendo come *“la giurisprudenza più recente ha sostenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico”*.

Nonostante questi timidi segnali di apertura della giurisprudenza e la posizione favorevole della dottrina, la questione dell'ammissibilità degli accordi in vista del divorzio è ancora aperta e le proposte di legge presentate negli anni non hanno visto l'approvazione del parlamento<sup>306</sup>. Non può, tuttavia, non rilevarsi che, come

---

<sup>305</sup> Corte di Cassazione n. 24621 del 3 dicembre 2015,

<sup>306</sup> Nel 2011 è stato presentato il D.D.L. S/2629 (XVI), su iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, intitolato «Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970 n. 898, in materia di patti prematrimoniali», che prevedeva l'introduzione del nuovo art. 162-bis cod. civ., in forza del quale i futuri coniugi avrebbero potuto stipulare patti prematrimoniali in forma scritta per



accennato (*infra* § 2.4.3) nei capitoli precedenti, la riforma del processo civile in vigore dal 2023 ha previsto il cumulo delle domande di separazione e divorzio e ha introdotto, di fatto, la possibilità di prevedere le condizioni del divorzio già al momento della presentazione della domanda di separazione, segnando un ulteriore passo avanti nel percorso di apertura alla libertà negoziale dei coniugi nella determinazione dell'assetto patrimoniale della famiglia dopo il suo scioglimento.

### 3.2 - I tempi sempre più brevi del divorzio

Il riconoscimento della dissolubilità del vincolo matrimoniale e la previsione della possibilità di porvi fine qualora la convivenza divenisse intollerabile sono stati tra i primi segni del cedimento del dominio pubblico sui rapporti familiari e della parallela valorizzazione dell'autonomia degli individui, cui viene rimessa la facoltà di scegliere come risolvere la crisi coniugale e determinare l'assetto da dare alla famiglia.<sup>307</sup>

Come è stato osservato, infatti, la legge n. 898 del 1970, che ha introdotto il divorzio, si è posta espressamente in contrasto con una *“tradizione indissolubilista assai radicata, convinta dell'esistenza di un principio di ordine pubblico,*

---

disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Successivamente, l'Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani (A.M.I.) ha presentato il «Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali», e anche al Congresso Nazionale del Notariato di Torino è stata presentata una ulteriore proposta. Anche nel successivo disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019, nel quadro di una più ampia riforma del Codice civile, è stata inserita una disciplina apposita dei patti in vista del futuro divorzio, così come nella proposta di legge di iniziativa parlamentare, presentata alla Camera nel 2018, che nell'ambito della contrattazione patrimoniale prevedeva l'espresso riconoscimento legislativo della loro vincolatività.

<sup>307</sup> Cfr. FERRANDO, G., *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, p. 243 ss. che afferma che *“il venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi giustifica lo scioglimento, o l'allentamento del vincolo, non sussistendo un interesse superiore da far valere a fronte di quello dei coniugi a liberarsi di un rapporto ormai svuotato di significato. All'autonomia dei coniugi appartiene ora la decisione sui modi in cui risolvere la crisi coniugale”*.

*collegato all'interesse dello stato all'unità della famiglia, in sintonia con la garanzia costituzionale contenuta nell'art. 29, comma 2, cost.*"<sup>308</sup>

Le successive riforme del divorzio, intervenute nel 1978 e nel 1987<sup>309</sup> hanno lasciato praticamente inalterato l'impianto originale della legge<sup>310</sup> e anche l'ultima modifica, intervenuta con la legge n. 55 del 6 maggio 2015, ha riguardato la parte in cui si prevede un periodo di protratta separazione legale dei coniugi quale necessario presupposto per l'ottenimento del divorzio, e ne ha ridotto la durata da tre anni a dodici mesi in caso di separazioni giudiziali e a soli sei mesi per le separazioni consensuali<sup>311</sup>.

La riforma, presentata come intervento innovativo di adeguamento alle esigenze sociali di dinamicità e celerità, è stata approvata con larga maggioranza in Parlamento e ha riscosso grande successo, facendo registrare un aumento non solo dei divorzi, ma anche dei matrimoni e in particolare delle seconde nozze<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> AUTORINO G., *op. cit.*, 157.

<sup>309</sup> La legge n. 874 del 1987 aveva introdotto il divorzio congiunto e aveva ridotto la durata tra l'obbligatoria separazione legale e la domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio a cinque anni, sopprimendo l'aumento di tale termine a sei o sette anni in caso di colpa o opposizione del convenuto. Cfr. FERRARI, S., *Introduzione*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, 1992, p. 14.

<sup>310</sup> Come osservato in MIRANDA, A., *The maintenance of the former spouse in a new judicial reconstruction: let's go living in the past* in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018: "the same legislation on divorce has not changed in any way from its original expression, so that it has remained the same with the only exception of the part concerning the timing and the procedural aspects that have been recently modified, especially with the introduction of assisted mediation provisions. (...) Actually, if we were to settle exclusively on the wording expression of the law, there would be room only for its very limited application restricted to few rare cases of divorce, confirming the social disvalue with which the same divorce was seen.

<sup>311</sup> La riforma interviene sull'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b) della l. n. 898/1970 e si compone di tre articoli. L'articolo 1, oltre a ridurre la durata della separazione, prevede che questa venga calcolata, come già previsto nella formulazione previgente della norma, dalla comparsa dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale. L'articolo 2 modifica l'art. 191 c.c. anticipando il momento dello scioglimento della comunione dei beni al momento in cui il Presidente del Tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, nella separazione giudiziale, e alla data di sottoscrizione del verbale di separazione, purché omologato, nella separazione consensuale. L'art. 3 prevede la disciplina transitoria.

<sup>312</sup> Secondo i dati Istat, nel 2015 i divorzi sono aumentati del 57,7%, ma anche il numero dei matrimoni è aumentato da circa 189.000 nel 2014, a 194.000 e 203.000 nel 2015 e nel 2016.

La disciplina del divorzio, infatti, era già da tempo ritenuta obsoleta rispetto alle disposizioni degli altri sistemi europei<sup>313</sup> oltre che inadeguata ad un contesto caratterizzato dalla diminuzione dei matrimoni e dell'aumento di separazioni e divorzi. L'intento del legislatore, dunque, era quello di adeguare i procedimenti di separazione e divorzio alle nuove istanze, rendendoli più rapidi, in risposta alle esigenze di una società più dinamica, e incentivando gli accordi consensuali attraverso la previsione del termine particolarmente breve di soli sei mesi per coloro che avessero raggiunto una soluzione concordata.

Tuttavia, a ben guardare, l'impatto delle modifiche del 2015 è stato minimo.

La riforma interviene su aspetti più procedurali che sostanziali, non rafforza l'autodeterminazione delle parti e mantiene anzi praticamente inalterato l'impianto della legge del 1970, che lascia ancora trasparire la disapprovazione del legislatore del tempo per quella che era considerata una *extrema ratio*, connotata comunque da un malcelato disvalore sociale.

La trasformazione della società e delle relazioni familiari, orientate alla valorizzazione dell'autonomia privata e sempre più lontane dall'impostazione degli anni Settanta, ha dunque provocato una reazione che solo apparentemente ha coinvolto il legislatore, ma che ha trovato effettivo riscontro soprattutto a livello dottrinale e giurisprudenziale.

---

<sup>313</sup> Molti stati europei non prevedono una fase di separazione prima del divorzio, ma solamente un unico procedimento. In Finlandia, Svezia e Austria il dualismo separazione-divorzio non esiste affatto, mentre in altri Stati, quali Francia, Germania e Spagna, la separazione, pur sopravvivendo quale istituto giuridico, non costituisce condizione essenziale per richiedere lo scioglimento definitivo del vincolo matrimoniale. Alla luce della maggiore rapidità e semplicità dei procedimenti di questi paesi, con l'entrata in vigore del Regolamento europeo 1259/2010 in materia di legge applicabile in ipotesi di scioglimento del vincolo matrimoniale è stato incoraggiato il fenomeno del *forum shopping*, così come avvenuto anche in materia di procreazione assistita e maternità surrogata. Cfr. SARNARI, G., *Il diritto comunitario*, in M. BLASI-G. SARNARI, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, 2013, p. 65 ss.

L'inadeguatezza normativa, infatti, ha generato il dibattito in materia di solidarietà post-coniugale e di autoresponsabilità dei coniugi portato avanti dall'analisi dottrinale e dalla giurisprudenza e culminato con le note pronunce della Corte di Cassazione del 2017 e 2018,<sup>314</sup> che hanno sovvertito il tradizionale criterio del mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio applicato ai fini della quantificazione dell'assegno di divorzio a favore dell'ex coniuge economicamente più debole<sup>315</sup>.

La Corte, infatti, ha affermato che *“il riconoscimento dell'assegno divorzile, nella fase del giudizio in punto an debeatur, prescinde dal parametro di riferimento al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; estinguendosi il rapporto matrimoniale per effetto della sentenza di status divorzile, sia sul piano personale, sia su quello economico-patrimoniale, una tale garanzia per il coniuge economicamente più debole collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto e con i suoi effetti giuridici, incarnando una illegittima ultrattività del vincolo matrimoniale in mera prospettiva economico-patrimoniale; diversamente, l'assegno di divorzio che può essere riconosciuto all'ex coniuge, come persona singola e non già come ancora parte di un rapporto matrimoniale estinto, di natura eminentemente assistenziale, è informato soltanto al criterio dell'inadeguatezza dei mezzi ed alla coincidente condizione soggettiva*

---

<sup>314</sup> Cfr. Cass. civile, sez. I, n. 11504 del 10 maggio 2017 e Cass. SS. UU. n. 18287 del 1° luglio 2018.

<sup>315</sup> Nonostante l'assenza di previsioni in tal senso nella legge, dagli anni Novanta si era affermato l'orientamento giurisprudenziale che, nel tentativo di tutelare il coniuge economicamente più debole, prevedeva la corresponsione di un assegno divorzile in suo favore parametrato al criterio del mantenimento del medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Ciò aveva portato ad una vera e propria standardizzazione delle decisioni in materia di divorzio, automaticamente allineate a questo principio senza che venisse svolta alcuna considerazione circa l'effettiva situazione non solo economica, ma anche personale e relazionale di ciascuna coppia. Cfr. MIRANDA A., *op. cit.* 2018.

*dell'impossibilità a procurarseli per ragioni obiettive in rispetto del canone di autoresponsabilità dei singoli, da intendersi in mera prospettiva di indipendenza od autosufficienza economica a condurre una esistenza libera e dignitosa, secondo il canone di residuale solidarietà post coniugale esigibile in virtù della pregressa vita comune, a tenore degli artt. 2 e 23 Cost.*"<sup>316</sup>.

L'anno successivo, le Sezioni Unite della Corte hanno ulteriormente precisato questo principio, affermando la necessità di adottare, ai fini della quantificazione dell'assegno divorzile, una "*valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto*"<sup>317</sup>.

Paradossalmente, dunque, nell'immobilismo del legislatore l'adeguamento dell'istituto del divorzio al nuovo assetto della società non è avvenuto con la modifica della sua disciplina, bensì attraverso il sovvertimento di un orientamento giurisprudenziale non più adeguato e l'affermazione di una diversa interpretazione della legge esistente, che non è innovativa, ma riscopre il principio di autoresponsabilità economica di ciascuno degli ex coniugi e la necessità di valutare concretamente i singoli casi e l'indipendenza o autosufficienza economica delle parti volta per volta coinvolte<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Cass. n. 11504 del 10 maggio 2017.

<sup>317</sup> Cass. SS. UU. n. 18287 dell'11 luglio 2018.

<sup>318</sup> Ai sensi dell'articolo 5 della legge sul divorzio "*Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del*

L'orientamento inaugurato con la citata pronuncia del 2017, confermato dalle Sezioni Unite e da allora pacificamente seguito dalla giurisprudenza nazionale, è dunque riuscito, sostituendosi in un certo senso al legislatore, a rafforzare e riaffermare quella libertà e autonomia di scelta degli individui su cui si fonda l'istituto del divorzio.

Ciò, peraltro, ha ribadito la differenza tra separazione e divorzio, non solo in termini di rapporto personale, ma anche economico.

La rilevanza delle due fasi, peraltro, era stata ribadita in occasione della discussione della proposta di legge del 2015, quando l'idea della introduzione di un divorzio "diretto", non preceduto da un periodo obbligatorio di separazione, era stata invece ritenuta eccessivamente rivoluzionaria, temendo che potesse snaturare l'istituto nella sua concezione italiana e svuotare di consistenza il vincolo matrimoniale, generando una eccessiva deresponsabilizzazione.

Solo più recentemente è stato fatto un passo avanti in tal senso, con l'introduzione di una soluzione intermedia, proposta nell'ambito della recente riforma del diritto processuale civile. L'articolo 3, comma 33 del decreto legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022, infatti, ha introdotto il nuovo articolo 473 *bis* 49 del codice di procedura civile, rubricato "*Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*", che prevede che "*negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse. Le domande così proposte sono procedibili*

---

*matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive*"

*decorso il termine a tal fine previsto dalla legge, e previo passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia la separazione personale”.*

La norma, dunque, conferma la necessità del decorso di un periodo di tempo obbligatorio prima del divorzio, ma riconosce ai coniugi la facoltà di chiederlo sin dalla proposizione del ricorso per la separazione personale, riunendo le due domande in un solo procedimento, fermo restando il decorso del periodo di separazione personale.

La norma è stata accolta da pareri discordanti e non sono mancate le pronuncie di merito che hanno escluso l'ammissibilità di domande di questo tenore nell'ambito di procedimenti promossi congiuntamente dai coniugi.<sup>319</sup>

I dubbi sulla ammissibilità della norma riguardavano, a livello processuale, la sua applicabilità sia ai procedimenti contenziosi, sia consensuali, come ritenuto dai sostenitori di una interpretazione sistematica della norma, piuttosto che ai soli procedimenti contenziosi, come ritenuto invece dai sostenitori di una interpretazione letterale. Inoltre, molte perplessità nascevano, sul piano sostanziale, dall'idea che il cumulo delle domande di separazione e divorzio in un procedimento consensuale violasse l'articolo 160 del codice civile sul divieto di accordi prematrimoniali, consistendo in un atto dispositivo in materia di *status* e di diritti non disponibili.

In questo dibattito è intervenuta anche la Corte di Cassazione che, all'esito del rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Treviso,<sup>320</sup> si è pronunciata a favore

---

<sup>319</sup> Cfr. Tribunale di Firenze del 15 maggio 2023, ma anche la nota del Presidente del Tribunale di Bari del 6 aprile 2023 e *contra* Tribunale di Terni del 7 luglio 2023 e Tribunale di Milano n. 3542 del 5 maggio 2023.

<sup>320</sup> Cfr. l'ordinanza del Tribunale di Treviso del 31 maggio 2023.

della ammissibilità del cumulo delle due domande anche nei procedimenti consensuali.

In particolare, la Corte ha precisato che *“sia nei procedimenti contenziosi, di separazione e divorzio, che in quelli congiunti, le parti propongono le proprie domande all'organo giudiziario e formulano le relative conclusioni e quindi non dispongono anticipatamente degli status”*; l'accordo delle parti, dunque, non ha ad oggetto diritti indisponibili, che devono comunque passare al vaglio del giudice, ma *“ ha rilevanza negoziale, dunque, solo per quanto concerne le condizioni inerenti alla prole e i rapporti economici, nel cui merito il tribunale non deve entrare, salva l'ipotesi di contrasto delle condizioni stabilite rispetto all'interesse dei figli o rispetto a norme inderogabili”*.<sup>321</sup>

Ciò che maggiormente rileva è che la Cassazione si sia espressa con favore circa i recenti interventi normativi che hanno *“incrementato il ruolo dell'autonomia dei coniugi nella definizione delle conseguenze economiche della crisi coniugale”*, sottolineando l'opportunità del *“costante processo di privatizzazione del regime matrimoniale”* che *“ha inciso in maniera significativa sulla «caduta» del dogma dell'indisponibilità degli status”*.

Questa presa di posizione a favore della privatizzazione dei rapporti familiari ben si inserisce nel percorso evolutivo del diritto di famiglia e mostra come la giurisprudenza, ancora una volta, preceda il legislatore nel rispondere alle istanze sociali contemporanee.

### 3.3- Mediazione familiare e procedimenti stragiudiziali

---

<sup>321</sup> Cass. sez. I n. 28727 dei 6-16 ottobre 2023.



La legge del 2015 sul “divorzio breve”, come è rimasta nota, è stata affiancata da ulteriori misure volte alla accelerazione della durata dei procedimenti familiari e alla riduzione delle controversie. Tra queste, il decreto n. 132 del 12 settembre 2014, convertito dalla legge n.162 del 10 novembre 2014 in materia di “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile” ha introdotto misure stragiudiziali alternative ai tradizionali procedimenti di separazione e divorzio come la negoziazione assistita da avvocati<sup>322</sup> e la procedura dinanzi ad un ufficiale dello stato civile<sup>323</sup>.

Queste modifiche, apparentemente solo procedurali e finalizzate soprattutto ad alleggerire il lavoro dei tribunali, hanno in realtà una valenza anche maggiore di quella avuta dalla riforma analizzata nel paragrafo precedente.

L’introduzione di strumenti stragiudiziali, infatti, sgancia del tutto le scelte in materia di relazioni familiari dall’intervento pubblico, rimettendo nelle mani delle parti il pieno potere di autodeterminarsi anche in queste circostanze.

In un certo senso, dunque, quel rafforzamento del ruolo dell’autonomia degli individui che non è stato efficacemente perseguito con l’abbreviazione dei tempi del divorzio, si è avuto con la previsione di questi strumenti di risoluzione del conflitto familiare, stragiudiziali e alternativi a quelli tradizionali contenziosi.

---

<sup>322</sup> All’articolo 6, rubricato “*Convenzione di negoziazione assistita da avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, e loro modifica, e di alimenti*”

<sup>323</sup> All’articolo 12, rubricato “*Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all’ufficiale dello stato civile*”.

Attraverso la procedura di negoziazione assistita, la coppia ha la possibilità di stabilire le condizioni patrimoniali e personali di una separazione o un divorzio, concordandole stragiudizialmente con l'assistenza di due avvocati e formalizzandole in una convenzione scritta, da trasmettere entro dieci giorni all'ufficio della Procura della Repubblica del Tribunale competente.

La procedura è rapida e semplice e assicura la tutela degli interessi delle parti e dei minori coinvolti attraverso un doppio livello di verifica, condotto prima dagli avvocati, che conducono le trattative, e poi dalla Procura, che definisce la procedura con il suo nullaosta, obbligatorio per la trasmissione dell'atto all'ufficio dello stato civile.

Ancor più semplice è la procedura di separazione o divorzio che si svolge dinanzi ad un ufficiale dello stato civile, che può raccogliere e verbalizzare la dichiarazione delle parti in ordine alla loro intenzione di separarsi o fare cessare gli effetti del loro matrimonio, a condizione che la coppia non abbia figli minori, non autosufficienti economicamente o non affetti da gravi patologie e che con la dichiarazione non si intenda compiere trasferimenti patrimoniali.

L'essenzialità della procedura ne esclude la compatibilità con situazioni che richiedono maggiori garanzie, come la presenza di figli minori o la realizzazione di trasferimenti immobiliari o patrimoniali; in tutte le altre ipotesi, invece, costituisce un rimedio particolarmente rapido e non richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria, né di un avvocato, valorizzando al massimo l'autonomia delle parti.

In un contesto come quello italiano, le procedure stragiudiziali sono viste come uno strumento processuale e hanno il principale ruolo di ridurre le controversie e

scoraggiare le procedure giudiziali, offrendo rimedi più brevi e semplici e dunque più appetibili.

Anche la mediazione familiare è prevista nell'ordinamento italiano ed è stata incoraggiata soprattutto nell'ambito dell'ultima riforma del diritto processuale civile<sup>324</sup> che la disciplina come strumento finalizzato alla ricerca e all'apertura di un dialogo moderato e controllato tra le parti nell'interesse dei figli e del recupero delle loro capacità genitoriali.

In presenza di figli minori, infatti, la regolamentazione delle relazioni tra genitori viene inquadrata in una logica di responsabilizzazione e riassetto della vita familiare che ha come fine prioritario la tutela dell'interesse e benessere della prole. E proprio per incoraggiare le parti in tal senso, qualora lo ritenga opportuno, il giudice può indicare la possibilità di avvalersi della mediazione familiare.

#### 3.4 - Unioni civili e convivenze

Un altro intervento normativo che ha innovato la disciplina sostanziale delle relazioni familiari in Italia è la legge n. 76 del 20 maggio 2016, che ha riconosciuto e regolamentato per la prima volta convivenze e unioni civili tra persone dello stesso sesso.

L'intervento del legislatore è stato preceduto da un lungo periodo in cui, nonostante l'ampia diffusione di modelli familiari di questo tipo, la totale assenza

---

<sup>324</sup> Il nuovo articolo 473 *bis* 22 del codice di procedura civile. Introduce la mediazione familiare quale percorso operativo utile a creare condizioni favorevoli alla prosecuzione dei rapporti tra le parti, favorendo l'apertura di un dialogo che consenta di preservare lo svolgimento del loro ruolo genitoriale. Il giudice, infatti, è espressamente tenuto a prendere atto degli accordi eventualmente raggiunti in sede di mediazione familiare e, ogni qual volta ne ravvisi l'opportunità, ha la possibilità di invitare le parti a tentare un percorso di mediazione.

non soltanto di una disciplina, ma anche solo di un loro riconoscimento giuridico, aveva generato un vuoto di tutela colmato solo a livello giurisprudenziale, attraverso il rinvio alle fonti sovranazionali e al concetto di formazioni sociali di cui all'articolo 2 della Costituzione<sup>325</sup>.

Già nel 2010, infatti, la Corte Costituzionale aveva affermato che *“per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”* e che proprio *“in tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”*.<sup>326</sup>

Inoltre, pochi anni più tardi la Corte di Cassazione aveva affermato che *“le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla «vita familiare» ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; pertanto, nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche*

---

<sup>325</sup>La Corte Costituzionale, ha evidenziato la *«netta diversità della convivenza di fatto, fondata sull'affettio quotidiana -liberamente e in ogni istante revocabile- di ciascuna delle parti rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corresponsività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio»*. La differenza non ne esclude però la meritevolezza della tutela, e sempre la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 237 del 1986 ha riconosciuto la *«rilevanza costituzionale del “consolidato rapporto” di convivenza ancorché rapporto di fatto»* riconducendolo nell'ambito della protezione offerta dall'art. 2 dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, data l'incompatibilità con il vincolo coniugale e i suoi peculiari strumenti di garanzia, fondati sull'art. 29 della Costituzione.

<sup>326</sup> Corte Cost. n.138 del 15 aprile 2010.

*situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata*<sup>327</sup>.

Sempre la Corte Costituzionale era peraltro già intervenuta in materia di successione del convivente nel contratto di locazione<sup>328</sup>, di casa familiare<sup>329</sup>, di pensione di reversibilità<sup>330</sup>, così come la Corte di Cassazione in materia di impresa familiare<sup>331</sup>, di comodato ad uso familiare<sup>332</sup> e di azione possessoria esperibile dal convivente quale detentore qualificato della casa familiare<sup>333</sup>.

La legge del 2016, dunque, è certamente innovativa, ma non del tutto originale, né può solo per questo dirsi un intervento effettivamente decisivo.

La delicatezza dell'argomento e la necessità di conciliare le posizioni di gruppi politici diversi, portatori di istanze contrastanti, infatti, ne ha inevitabilmente influenzato la formulazione, che risulta frammentaria e poco organica, anche a causa delle tante alterazioni e modifiche che si sono rese necessarie per ottenere l'approvazione del Parlamento.

La legge Cirinnà, come è stata ribattezzata dal nome della senatrice che l'ha proposta, è infatti il frutto di un travagliato percorso di approvazione, inevitabile riflesso di un acceso dibattito politico.

Il disegno di legge, i cui lavori preparatori non sono stati conclusi dalla commissione Giustizia del Senato, è arrivato in Parlamento senza il supporto di un reale accordo tra le forze politiche, inoltre la maggioranza favorevole al testo della

---

<sup>327</sup> Cass. n. 4184 del 15 marzo 2012.

<sup>328</sup> Corte Cost. n. 404 del 7 aprile 1988.

<sup>329</sup> Corte Cost. n. 310 del 26 maggio 1989 e n. 166 del 13 maggio 1998

<sup>330</sup> Corte Cost. n. 461 del 3 novembre 2000.

<sup>331</sup> Cass. sez. lavoro n. 5632 del 15 marzo 2006.

<sup>332</sup> Cass. n. 10102 del 26 maggio 2004.

<sup>333</sup> Cass. n. 7214 del 21 marzo 2013.

riforma è successivamente cambiata, a seguito del ripensamento dei parlamentari del Movimento cinque stelle, inizialmente schierati con i partiti di centro sinistra, promotori della legge.

Questa instabilità e gli accesi dibattiti che ne sono derivati hanno reso necessario un intervento del Governo, che ha posto una questione di fiducia sull'emendamento presentato al testo originale, così da raggiungere un compromesso che consentisse l'approvazione della legge.

La principale modifica al testo di legge originale ha riguardato la cosiddetta *step - child adoption*, cioè la possibilità per una delle parti di un'unione civile di adottare il figlio minore dell'altro componente l'unione, che è stata espunta dal testo originale e che è invece prevista per le coppie di sesso diverso dall'art. 44 della legge n.184 del 1983.<sup>334</sup>

Altre modifiche sono state quelle relative ad alcuni degli obblighi previsti dal codice civile per le coppie sposate, come l'obbligo di fedeltà, che a differenza degli obblighi di assistenza morale e materiale, di coabitazione e di contribuzione ai bisogni comuni in relazione alle proprie capacità, non è stato esteso alle unioni civili, quasi a voler riaffermare la superiorità del matrimonio, evidenziandone implicitamente la maggiore serietà.

Il risultato lascia l'impressione di un compromesso al ribasso. Come già accaduto con la legge in materia di procreazione assistita, anche la legge del 2016, per non allarmare e scontentare la parte più conservatrice della società, mira a sottolineare,

---

<sup>334</sup> La cosiddetta "adozione in casi particolari" che, a determinate condizioni, assicura ai minori il godimento del diritto ad avere una famiglia anche in situazioni che non consentono l'adozione piena.

piuttosto che attenuarle, le differenze tra famiglie tradizionali e nuove famiglie e delimita le fattispecie con regole e limiti rigidi, piuttosto che tentare un bilanciamento dei diritti coinvolti e offrire soluzioni alle istanze sociali concretamente avvertite.

Nonostante l'effettivo ampliamento del novero dei modelli familiari riconosciuti e l'estensione anche alle unioni civili e ai rapporti tra gli uniti civilmente della portata di alcune norme del codice civile e di altre leggi speciali in materia di matrimonio e rapporti tra coniugi, dunque, non vi è stata una effettiva equiparazione delle due fattispecie.

Nonostante la sua progressiva perdita di centralità, il matrimonio è rimasto l'unico fondamento giuridico della famiglia quale società naturale i cui diritti sono riconosciuti dalla legge, come dichiarato dall'articolo 29 della Costituzione. L'unione civile, invece, è definita al comma 1 dell'articolo 1 della legge del 2016 come una formazione sociale istituita dalla legge, richiamando l'interpretazione della Corte Costituzionale che vedeva nell'articolo 2 della Costituzione il fondamento giuridico per la tutela dei modelli familiari diversi dal matrimonio.

Le unioni civili, dunque, restano una fattispecie distinta, non solo per quanto riguarda questioni molto dibattute e ancora lasciate aperte, come la filiazione e l'adozione, ma anche in materia di rapporti personali delle parti.

Per quanto riguarda le convivenze, invece, la legge ne omette la qualificazione in termini di formazione sociale<sup>335</sup>, ma si limita ad estendere loro la portata di alcune

---

<sup>335</sup> Nonostante la giurisprudenza fosse ormai unanime nel riconoscere tutela costituzionale indiretta delle convivenze ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione, proprio in quanto formazioni sociali meritevoli di tutela. Cfr. anche RESCIGNO, P., *Persona e Comunità*, 1987; MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, 1971, 81ss.; CAVALERI, P., *Libertà politiche del minore e potestà educative dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in DE

norme in materia di matrimonio e a prevedere la possibilità che i conviventi regolino i termini del loro rapporto attraverso un contratto apposito, di cui sono previsti la forma e i possibili contenuti, così come l'onere di trasmetterlo al comune di residenza della coppia per l'iscrizione all'anagrafe ai fini dell'opponibilità ai terzi.

Tuttavia, se da un lato si è tentato di rispettare la volontà dei conviventi di non formalizzare il loro rapporto, omettendo di definirlo e limitandosi ad enunciare i diritti ad esso connessi, dall'altro si è al contempo vanificato questo intento, prevedendo che l'efficacia degli accordi e l'effettivo godimento dei diritti loro riconosciuti dipenda dalla registrazione della convivenza.

La contraddizione è evidente, poiché la tutela dei diritti delle coppie che non vogliono rendere ufficiale il loro rapporto è condizionata alla sottoscrizione di un atto iscritto ai pubblici registri anagrafici. Non è un caso, infatti, che le convivenze registrate siano tuttora molto poche, anche tra le coppie dello stesso sesso.

### 3.5 - La disciplina della filiazione e lo *status* di figlio

La disciplina giuridica della filiazione dipende inevitabilmente dal modo di intendere lo *status*<sup>336</sup> giuridico del figlio e, in particolare, dal suo collegamento o meno con quello dei genitori.

---

CRISTOFARO, M., BELVEDERE, A., (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, 1980, 267ss.; SCALISI, V., *La famiglia e le famiglie (Il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Falzea*, 1987, 431ss.; ROSSI, E., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, 1989, 124ss.; BIAGI GUERINI, R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.

<sup>336</sup> Sul punto si rinvia ancora a CRISCUOLI G., *op. cit.*, 1984.



Nella concezione tradizionale della famiglia, che ne riconosce l'origine unicamente nella costituzione di un vincolo matrimoniale, non rileva il legame biologico tra genitori e figli, poiché è solo la preesistenza dello *status* coniugale in capo ai genitori che consente di dare rilevanza giuridica al rapporto di filiazione.

Un approccio così rigido ha perso nel tempo la sua aderenza alla realtà sociale, rendendo sempre più urgente il superamento di una categorizzazione che non corrispondeva più ad un contesto in cui il matrimonio, affiancato da convivenze e altri modelli familiari sempre più allargati e ricomposti, aveva perso la sua primarietà e i figli di coppie non sposate erano sempre più numerosi.

La maggior parte degli stati europei era intervenuta sull'argomento già dalla seconda metà del '900,<sup>337</sup> privilegiando il valore dell'individuo nel rispetto dei principi di uguaglianza e non discriminazione e introducendo una disciplina unitaria. In Italia, invece, dopo i primi interventi di parificazione timidamente introdotti dalla riforma del 1975, è stata la Corte Costituzionale ad intervenire per prima con maggiore concretezza,<sup>338</sup> evidenziando la necessità di un intervento normativo e rimettendo al legislatore il compito di provvedere.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> La Svezia è stata tra i primi paesi ad eliminare ogni distinzione tra figli, nel 1976, seguita dalla Spagna nel 1981 e poi da Germania, Austria, Francia e Belgio tra gli anni novanta e i primi anni del duemila. Cfr. CUBEDDU, M.G., *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei* in *Famiglia*, 2006, p. 869-900 e DIURNI, A., *Storia e attualità della filiazione in Europa* in *Dir. fam. pers.*, 2007, pp. 1397- 1431. Inoltre, la questione era stata oggetto di pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo già con i casi *Markx c. Belgio*, *Inze c. Austria* e *Mazureck c. Francia*, rispettivamente del 1979, 1987 e 2000.

<sup>338</sup> La Corte Costituzionale è intervenuta per rimuovere le disparità presenti in alcune leggi speciali, come nel caso di Corte cost. 3 luglio 2000, n. 250, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1100, relativa all'art. 803 cc.; Corte cost. 20 luglio 2004, n. 245, relativa all'art. 291 c.c.; Corte cost. 26 giugno 1997, n. 203, in *Giur. it.*, 1998, p. 206, con nota di L. PASOTTI, relativa al ricongiungimento familiare; Corte cost. 24 luglio 2000, n. 332, relativa ai requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di Finanza e cfr. anche Corte cost. 11 marzo 2009, n. 86, a proposito della rendita INAIL a favore dei figli del lavoratore deceduto. Inoltre ha ampliato le ipotesi di accertamento della filiazione naturale come in Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, che ha ammesso la dichiarazione giudiziale di paternità dei figli "incestuosi"; Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50 pubblicata in *Corr. giur.*, 2006, 4, p. 497 con nota di V. CARBONE, che ha abrogato

Successivamente, la legge n. 219 del 10 dicembre 2012 ha parificato definitivamente la condizione di figli legittimi e naturali, attribuendo rilevanza al rapporto di filiazione sulla base della sola relazione biologica con i genitori e a prescindere dalla sussistenza di un vincolo matrimoniale tra loro.

Il comma 11 dell'articolo 1 della legge dispone la generale sostituzione della parola "figli", priva di aggettivazione, in tutte le previsioni del Codice Civile riferite a figli legittimi o naturali, eliminando ogni differenza già nella formulazione letterale delle norme.

Il vero fulcro della riforma, tuttavia, è il nuovo articolo 315 del codice civile, rubricato "Stato giuridico della filiazione", che afferma che "*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*" ed è seguito da un ampliamento e una riformulazione dell'articolo 315 *bis* sui diritti e doveri dei figli, in attuazione degli impegni assunti in sede internazionale con la sottoscrizione della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e, a livello europeo, in conformità a quanto disposto dall'articolo 24 della Carta di Nizza e dall'articolo 6 del Trattato di Lisbona.

Inoltre, sulla scia della nuova concezione dei diritti e doveri dei figli e del loro rapporto con i genitori, il nuovo articolo 316 del codice civile ha definitivamente eliminato qualsiasi riferimento al concetto di potestà, per sostituirlo con quello di

---

la fase preliminare di ammissibilità nella dichiarazione giudiziale, ed ha modificato la disciplina della prova nel giudizio per il disconoscimento di paternità cfr. Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266, in *Corr. Giur.*, 2006, 10, 1367 con nota di V. CARBONE.

<sup>339</sup> Cfr. Corte cost. 4 luglio 1979, n. 55, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1222, con nota di G. FERRANDO; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 363, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1500; Corte cost. 12 aprile 1990, n. 184, in *Rass. dir. civ.*, 1991, I, p. 422 con nota di PROSPERI; Corte cost. 7 novembre 1994, n. 377, *ivi*, 1995, I, 84; Corte cost. 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, p. 591, con nota di M.C. BIANCA; Corte cost. 18 dicembre 2009, n. 335, in questa *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 899, con nota di M.R. SAN GIORGIO, Corte cost., ord. 9 gennaio 2012, n. 7.

responsabilità genitoriale, “*esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio*”.

La stessa legge ha anche provveduto alla riformulazione della disciplina del riconoscimento dei figli e della dichiarazione giudiziale di paternità e maternità e ha delegato il governo affinché rivedesse entro il 2013 le altre disposizioni vigenti in materia di filiazione, adeguandole ai nuovi principi.

Chiude il quadro la lettura combinata con l’articolo 74 del Codice Civile, che afferma che il vincolo di parentela discende dalla filiazione, a prescindere che essa sia avvenuta all’interno o fuori dal matrimonio o che sia adottiva.

Il legislatore italiano, dunque, oltre ad essere intervenuto sul dato formale, ha concretamente parificato lo *status filiationis*, reso giuridicamente rilevante in quanto tale, quale legame biologico che lega il figlio ai genitori, a prescindere dal rapporto intercorrente tra questi ultimi.

Tale cambio di prospettiva, seppure non privo di punti deboli,<sup>340</sup> consente di distinguere efficacemente la scelta di contrarre matrimonio da quella procreativa, entrambe produttrici di conseguenze giuridiche che restano distinte e autonome tra loro: la prima avrà effetto solo per le parti che la compiono, cioè i coniugi, mentre la seconda darà luogo ad un rapporto genitoriale biunivoco tra il figlio e ciascuno dei genitori.

---

<sup>340</sup>È stato osservato come la legge del 2012 sia rimasta indifferente dinanzi al fenomeno della “genitorialità sociale”, ignorando la situazione di tante famiglie allargate, cfr. MAZZONI, S. *Le famiglie ricomposte: dall’arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, p.369 ss.; SAIITA, P., *La genitorialità “sociale” e la sua regolazione. Una rassegna europea*, 2006; ZANATTA, A. L. *Le nuove famiglie*, 1977. Inoltre, la norma ha generato non poche incongruenze con la normativa preesistente in materia di adozione e diritti successori, cfr. DOSSETTI, M., *L’adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio* in DOSSETTI, M. MORETTI M. MORETTI C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali successori e processuali L. 10 dicembre 2012, n. 219*, 2013, p. 25 e ss.

### 3.6 - Maternità surrogata e tecniche di fecondazione assistita

Un esempio emblematico della divergenza tra diritto positivo e realtà sociale è quello della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, tristemente nota per essere una delle norme meno applicate e più controverse dell'ordinamento italiano.

Questa legge è intervenuta con notevole ritardo rispetto all'emergenza del fenomeno<sup>341</sup> ed è stata ritenuta uno strumento politico<sup>342</sup>, più che giuridico, poiché si limita ad individuare e delimitare le poche ipotesi in cui è consentito l'accesso alla procreazione assistita, ma non fornisce una effettiva regolamentazione giuridica del fenomeno, lasciando prive di risposta le esigenze di tutela avvertite a livello sociale.

Peraltro, oltre a non colmare il vuoto normativo che già da anni penalizza l'ordinamento italiano, la norma ha anche generato ulteriori ambiguità e complicazioni, tanto da essere stata oggetto di un referendum abrogativo dopo

---

<sup>341</sup> L'approvazione della legge è avvenuta con molto ritardo rispetto alla nomina della prima Commissione di esperti in materia, presieduta da F. Santosuosso e i cui lavori si sono conclusi nel 1985 con la pubblicazione delle *Proposte di disciplina della nuova genetica umana* in *Giur. It.*, 1986, IV, c. 33 ss. Già da allora, inoltre, a livello dottrinale era aperto il dibattito scientifico, cfr. AULETTA, T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive* in *Quadrimestre*, 1986, p. 1 ss., COMPORTI, M., *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionale e civilistici*, in *Iustitia*, 1985, p. 312 ss., DEL RE, M., *Inseminazione artificiale, fecondazione in vitro e trapianto di embrione: alla ricerca dei genitori perduti*, in *Temi romana*, 1985, p. 352 e ss., GANDOLFI, G., *Profili civilistici della «fecondazione artificiale»* in *Giur. It.*, 1986, IV, c. 84 ss., SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale umana*, 1984, TRABUCCHI A., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. It.*, 1956, I, 2, c. 217 e ss.

<sup>342</sup> La proposta di legge è stata presentata con l'obiettivo di circoscrivere il fenomeno a poche e specifiche ipotesi applicative, rassicurando così l'ampia fetta di elettorato cattolico e tradizionalista dal rischio di un ricorso incontrollato alla procreazione assistita, fornendo, come detto in MIRANDA A., *op. cit.*, 190. ««a» statutory regulation instead of «the» statutory regulation».

solo un anno dall'emanazione<sup>343</sup> e da richiedere numerosi interventi giurisprudenziali, anche della Corte Costituzionale, nonché l'emanazione di successive Linee guida del Ministero della salute<sup>344</sup> per precisarne la pratica esecuzione.

Uno degli aspetti più critici e criticati della formulazione originale di questa legge è stata l'equiparazione dell'embrione alla persona già nata e dunque l'attribuzione di una tutela eccessiva e difficile da bilanciare con gli interessi e i diritti degli altri soggetti coinvolti e in particolare della madre.

Già il primo articolo, infatti, assicurava la tutela dei diritti *“di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”*<sup>345</sup> con una enunciazione che, seppure suggestiva da un punto di vista politico, è ridondante e contraddittoria se osservata da un punto di vista giuridico.

L'ordinamento italiano, infatti, disciplina e tutela già compiutamente i diritti del concepito, e all'esito dell'emanazione di questa legge non ne vengono

---

<sup>343</sup> Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2005, chiusosi con esito negativo per il mancato raggiungimento del quorum, è stato proposto con l'obiettivo di ampliare l'accesso alla fecondazione assistita e assicurare maggiori tutele ai soggetti coinvolti. I quattro quesiti proposti miravano alla parziale abrogazione di alcuni articoli della norma e in particolare riguardavano: 1) i limiti di accesso e l'esigenza di garantire l'accesso alla fecondazione assistita non solo alle coppie sterili, ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili, nonché l'eliminazione del divieto di accedere se non in caso di impossibilità di ricorrere ad altri metodi terapeutici sostitutivi; 2) la possibilità di garantire la scelta delle opzioni terapeutiche più idonee ad ogni individuo e la conseguente possibilità per il medico di stabilire il numero di embrioni da impiantare; 3) la possibilità di rivedere in ogni momento il proprio consenso all'intervento; 4) il divieto di fecondazione eterologa.

<sup>344</sup> Pubblicate con decreto ministeriale del 1° luglio 2015, pubblicato con Gazzetta Ufficiale n.161 del 14 luglio 2015 e successivamente sostituite dalle recentissime nuove Linee Guida, pubblicate con decreto del 20 marzo 2024 poi in Gazzetta Ufficiale n. 107 del 9 maggio 2024.

<sup>345</sup> Proprio con riferimento al primo articolo, che enuncia le finalità per le quali è ammesso ricorrere lecitamente a questi trattamenti e recita *“al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”*, la Corte costituzionale aveva dichiarato ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione parziale della norma limitatamente alle parole: *«al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»*, con l'obiettivo di ampliare la platea di soggetti cui consentire l'accesso alla procreazione assistita.

effettivamente attribuiti di nuovi, né si configurano minacce tali da richiedere una tutela rinforzata.

I diritti riconosciuti al concepito, infatti, sono previsti espressamente e l'acquisizione della sua capacità giuridica è subordinata all'evento della nascita, senza che vi sia spazio per interpretazioni diverse ed estensive.

L'impianto originario della norma, inoltre era particolarmente restrittivo in materia di libertà individuale e delle scelte procreative, ma anche della libertà di ricerca scientifica, oltre a porre una serie di limitazioni per l'accesso alla fecondazione assistita, che poteva essere solo di tipo omologo<sup>346</sup> ed era consentito *“solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione”* e *“circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità spiegate e documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”*,<sup>347</sup> esclusivamente per *“coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”*<sup>348</sup>.

La severità delle restrizioni e l'approccio garantista nei confronti dell'embrione sono stati ritenuti contrastanti con alcuni fondamentali diritti individuali e ciò ha portato la Corte Costituzionale a pronunciarsi più volte su questa legge, intervenendo su alcuni dei punti più critici e mitigandone la rigidità.

---

<sup>346</sup> Nella fecondazione omologa, l'embrione è creato con i gameti, ovociti e spermatozoi, della coppia che decide di intraprendere il percorso di PMA, senza alcuna donazione da parte di terzi. Diversamente, per la fecondazione eterologa, è necessario ricevere in donazione, parzialmente o totalmente, i gameti da un soggetto terzo.

<sup>347</sup> Art. 4 l. 40/2004.

<sup>348</sup> Art. 5 l. 40/2004.

Sia il divieto di tecniche eterologhe<sup>349</sup>, sia l'esclusione, formulata peraltro in modo ambiguo<sup>350</sup>, delle coppie dello stesso sesso, infatti, non solo erano prive di fondamento giuridico, ma anzi si ponevano in contrasto con altre norme e altri diritti tutelati anche a livello costituzionale.

Con la sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009, la Corte costituzionale ha rilevato l'incompatibilità dell'articolo 14 della legge n. 40 con il diritto alla salute della donna e l'autonomia del medico affermando che *“in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali”*.

La norma prevedeva infatti il divieto di soppressione e crioconservazione degli embrioni e il divieto di produrne più di tre, nonché l'obbligo di un loro unico e contemporaneo impianto. Solo grazie a questa sentenza, le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono ora applicate in base alle esigenze terapeutiche della coppia e, superando il divieto originariamente previsto, è possibile prevedere la produzione di più embrioni, trasferendoli in numero idoneo per una gravidanza sicura e crioconservando gli altri.

---

<sup>349</sup> Paradossalmente, prima della legge del 2004 mancava un espresso divieto della fecondazione eterologa e all'assenza di una disciplina avevano sopperito alcune pronunce giurisprudenziali. La Corte costituzionale con la sentenza n. 347 del 26 settembre 1998, aveva dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 235 c.c. che disciplina l'istituto del disconoscimento di paternità, affermando che tale norma *“riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino”* e non disciplina quella sostanzialmente diversa del figlio nato da fecondazione assistita. Successivamente, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 231 del 16 marzo 1999 aveva confermato questa interpretazione, stabilendo che *“il marito che abbia validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione eterologa non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino nato in seguito a tale fecondazione”*.

<sup>350</sup> Cfr. il commento in A. MIRANDA, *op. cit.*, p. 194

La successiva sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita, ritenuto contrastante con gli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

La Corte ha evidenziato che la scelta di diventare genitori è espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, concernente la sfera privata e familiare, e che la preclusione assoluta di accesso alle tecniche eterologhe, oltre all'evidente assenza di un fondamento razionale, incide sul diritto alla salute delle coppie affette da patologie più gravi, come sterilità assoluta e assoluta mancanza della capacità riproduttiva, ponendosi in contrasto con la stessa *ratio* della legge e con il principio di uguaglianza.

La Corte costituzionale è poi intervenuta nuovamente nel 2015 con la sentenza n. 96, che ha dichiarato la parziale illegittimità degli articoli 1 e 4, nella parte in cui non consentivano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi e accertate da apposite strutture pubbliche.

Il divieto di accedere alla cosiddetta diagnosi pre-impianto, infatti, è stato ritenuto incompatibile con gli artt. 3 e 32 della Costituzione e con la tutela della salute della donna, compromessa da un irragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti.

La legge, infatti, non consentiva di acquisire in anticipo informazioni sulla salute del figlio nascituro, ammettendo però la possibilità di scegliere l'interruzione della gravidanza qualora si fosse successivamente accertato che questi avrebbe sofferto di patologie e malformazioni tali da determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.



Questi interventi giurisprudenziali hanno contribuito a raddrizzare molte storture di una norma controversa e giuridicamente carente, ma non pochi aspetti restano ancora problematici.

Uno di questi è la previsione dell'obbligatorietà del consenso informato, che prevede l'obbligo del medico di rappresentare i "*problemi bioetici e i possibili effetti collaterali sanitari e psicologici*" derivanti dall'intervento e sembra voler scoraggiare la coppia, piuttosto che renderla edotta delle circostanze, proprio come l'obbligo di ricordare loro l'esistenza di ipotesi alternative, come l'adozione e l'affidamento.

Il consenso informato inoltre, ai sensi dell'articolo 6 della legge deve essere reso per iscritto e può essere revocato solo prima della fecondazione dell'ovulo, ma non successivamente.

Anche questa previsione è priva di fondamento giuridico e si pone in contrasto con il diritto di rifiutare un trattamento medico invasivo e con quello di scegliere se procreare e di decidere liberamente di non farlo, riconosciuto ai genitori fino al momento iniziale della gravidanza e dunque ben oltre la fase di fecondazione dell'ovulo.

A causa di queste e altre problematiche, solo parzialmente risolte dall'intervento della giurisprudenza costituzionale, la legge del 2004 ha avuto una scarsissima applicazione e, così come già accadeva prima che venisse emanata, numerose coppie hanno preferito eseguire interventi di questo tipo all'estero, soprattutto in

altri paesi europei dove, oltre a poter ricevere assistenza medica, hanno trovato una regolamentazione più idonea a soddisfare le loro esigenze<sup>351</sup>.

Questo fenomeno, il cosiddetto “turismo procreativo”, non è solo il segno tangibile di un fallimento normativo, ma, come sottolineato anche dalla Corte Costituzionale<sup>352</sup>, configura un ulteriore profilo di incostituzionalità della legge, poichè realizza un ingiustificato diverso trattamento delle coppie in base alla loro capacità economica.

Un altro aspetto controverso e dibattuto della legge n. 40 è quello della maternità surrogata.

Essa consiste in un accordo di gestazione per altri, che vede da una parte una donna che sceglie in maniera libera, autonoma e volontaria di portare avanti la gravidanza per conto altrui, rinunciando ad ogni diritto genitoriale, e dall'altra un individuo o una coppia che, come genitori non biologici, ma intenzionali, si impegnano ad assumere la piena custodia e la responsabilità genitoriale del minore fin dalla nascita.

Nell'ordinamento italiano, l'unica norma che fa riferimento a questo fenomeno è l'articolo 12 della legge n. 40 del 2004, che la vieta e pone delle sanzioni a carico

---

<sup>351</sup> MIRANDA, A., *op. cit.*, p. 196, riporta che già a marzo del 2004, solo un mese dopo l'emanazione della legge, almeno 3610 coppie italiane avevano lasciato il paese per eseguire interventi di procreazione medicalmente assistita all'estero.

<sup>352</sup> Cfr. Corte Cost. n. 162/2014 “*La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati*”.

dei trasgressori. Non sono state disciplinate, però, le conseguenze di una eventuale violazione del divieto o dell'avvenuto ricorso alla tecnica all'estero con riferimento allo *status* dei nati.

Per questo motivo, si sono moltiplicati i casi di coppie che hanno aggirato il divieto spostandosi in paesi che offrivano una maggiore tutela dei loro interessi e sempre più persone hanno concluso accordi di gestazione per altri all'estero, nei tanti paesi che non li vietano, tornando poi in Italia e chiedendo la trascrizione di atti di nascita stranieri che li indicano come genitori, nonostante biologicamente non lo siano, e che vengono puntualmente rifiutati, poiché ritenuti contrari all'ordine pubblico e al divieto di maternità surrogata.

Uno dei primi casi in materia<sup>353</sup> ha coinvolto una coppia di italiani che avevano concluso un contratto di maternità surrogata in Ucraina e che, al rientro in Italia, una volta emersa la mancanza di un legame biologico con il minore, erano stati condannati per alterazione di stato, mentre il bambino era stato dichiarato in stato di adottabilità e collocato presso una famiglia.

In quella occasione, la Corte di Cassazione aveva affermato che il divieto di cui all'articolo 12 della legge 40 del 2004 era "*certamente di ordine pubblico*" e che la disciplina ucraina della filiazione e del suo accertamento si poneva in contrasto con esso, quale limite posto dall'ordinamento all'applicazione di norme e all'ingresso di provvedimenti stranieri contrastanti con la sua coerenza interna e i suoi principi, fondamentali ed irrinunciabili.

In casi di questo genere, secondo la Cassazione, l'ordinamento italiano perseguiva l'interesse superiore del minore attribuendo la maternità alla donna che partoriva

---

<sup>353</sup> Cassazione n. 24001 dell'11 novembre 2014,

e, come unico strumento per realizzare una genitorialità svincolata dal legame biologico, non prevedeva altro modo se non l'adozione.

Nello stesso anno, al contrario, due sentenze<sup>354</sup> della Corte Europea dei diritti dell'uomo avevano ammesso il riconoscimento dello *status* di figlio legittimo di minori nati da maternità surrogata negli Stati Uniti.

La Corte aveva ritenuto applicabile l'art. 8 della CEDU, sia sotto l'aspetto della vita familiare che sotto quello della vita privata, ritenendo che, con il rifiuto di riconoscere gli atti di nascita in Francia, era stato compromesso il diritto al rispetto della vita privata, in forza del quale tutti devono poter stabilire l'essenza della propria identità, ivi compreso il rapporto di parentela, facendo ingiustamente prevalere l'interesse pubblico su quello dei minori.

La Corte EDU era poi tornata sull'argomento nel 2015,<sup>355</sup> affermando che, con il rifiuto di riconoscere l'atto di nascita straniero di un minore nato in Russia da maternità surrogata, le autorità italiane avevano posto in essere una ingiustificata ingerenza nei diritti garantiti dall'art. 8 della Convenzione.

Secondo la Corte, infatti, *“non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria (...) alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”* e il solo fatto che ciò fosse avvenuto in applicazione delle norme di conflitto in materia di filiazione e di adozione internazionale non era sufficiente,

---

<sup>354</sup> I casi *Mennesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*, del 26 giugno 2014, numeri 65941/11 e 65192/11.

<sup>355</sup> Nel caso *Paradiso e Campanelli. C. Italia* del 27 gennaio 2015, numero 25358.

poiché non garantiva un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e quello privato, fondato sul rispetto della vita familiare.

In considerazione anche della necessità di fondare tale valutazione sul rispetto dell'interesse superiore del minore, che ha valenza prioritaria, la Corte aveva ritenuto che l'operato delle autorità italiane, per quanto ragionevole e coerente con i principi dell'ordinamento, non tutelasse né considerasse in modo adeguato l'interesse del minore.

Ciononostante, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>356</sup> hanno ribadito che *“il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore intenzionale cittadino italiano trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, 6° comma, della l. 19 febbraio 2004 n. 40. Tale divieto costituisce, infatti, un principio di ordine pubblico, essendo posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. La tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, 1° comma, lett. d), della l. 4 maggio 1983 n. 184.”*

Nonostante questa chiusura non vi è dubbio, però, del fatto che a livello giurisprudenziale e dottrinale sia diffusa la consapevolezza che *“qualsivoglia*

---

<sup>356</sup> Cassazione SS. UU., n. 12193 dell'8 maggio 2019.

*considerazione riguardante la valutazione in termini di illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di P.M.A. in precedenza specificamente richiamata, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l'accesso o l'applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili".<sup>357</sup>*

Proprio la Cassazione, infatti, ha riconosciuto che *“in uno scenario, nel quale, come si è detto in precedenza, la genitorialità spesso va staccandosi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti, è, allora, necessario porsi in un'altra prospettiva, dove il rapporto familiare non si pone più in termini convenzionali, in cui nuove ipotesi di relazioni intersoggettive calcano la scena della famiglia, che non può più essere solo quella che il codice civile ha previsto nel 1942. Il fenomeno dell'emersione di diverse relazioni intersoggettive nelle relazioni affettive è, del resto, in progressiva evoluzione, così da richiedere una tutela sistematica (e non più occasionale) dei fenomeni prima sconosciuti o ritenuti minoritari, imponendo soluzioni capaci di emanciparsi da quei modelli tradizionali che rischiano, ormai, di rivelarsi inadeguati rispetto ai primi”*.<sup>358</sup>

La necessità di un intervento normativo è stata chiaramente riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale, che ha recentemente affermato che *“le questioni sollevate rivelano un vuoto di tutela dell'interesse del minore che questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte*

---

<sup>357</sup> Corte di Cassazione n. 13000 del 15 maggio 2019.

<sup>358</sup> Corte di Cassazione n. 13000 del 15 maggio 2019.

*di incompressibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da Procreazione medicalmente assistita praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale”<sup>359</sup>.*

Secondo la Corte, infatti “*il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati dalla maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco*”<sup>360</sup>.

In particolare, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il ricorso all’adozione, indicato dalle Sezioni Unite del 2019 come unica alternativa alla genitorialità biologica, possa essere non completamente adeguato a dare piena tutela all’interesse del minore, e che pur costituendo una forma di tutela “*certo significativa*”, sia “*ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali*”. In particolare, essa si rivela insufficiente poiché “*non attribuisce la genitorialità dell’adottante. Inoltre, (...) è ancora controverso (...) se anche l’adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso*

---

<sup>359</sup> Corte Costituzionale n. 32 del 9 marzo 2021.

<sup>360</sup> Cfr. Corte Cost. n. 33 del 9 marzo 2021

*in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore biologico (...), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto preso cura di lui sin dal momento della nascita”.*

Alla luce di questo vuoto di tutela, le soluzioni possibili, secondo la Corte, sono “*tutte compatibili con la Costituzione*”<sup>361</sup>, ma richiedono una valutazione discrezionale che non può che competere al legislatore.

L’imprescindibile necessità di un intervento normativo che offra una soluzione univoca alle numerose questioni sorte in materia di maternità surrogata è dunque ancor più evidente a seguito della dichiarazione della Corte Costituzionale sull’inadeguatezza della tutela attualmente offerta dall’ordinamento agli interessi delle parti coinvolte.

Per questo motivo, con l’ordinanza interlocutoria n. 1842 del 21 gennaio 2022, la Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite le numerose questioni sorte a seguito della domanda di riconoscimento di una coppia unita civilmente, di cui uno genitore biologico e l’altro genitore intenzionale di un minore nato all’estero

---

<sup>361</sup> Anche in materia di coppie dello stesso sesso, la Corte aveva riconosciuto la sussistenza di un vuoto normativo da colmare, poiché la sola assenza di elementi di contrarietà in Costituzione, non può bastare da sola, ma richiede comunque un intervento normativo che regoli la materia. Secondo la Corte, infatti “*se, dunque, il riconoscimento della omogenitorialità, all’interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch’esse, all’occorrenza, le funzioni genitoriali (sent. nn. 162 del 2014, 84 del 2016, 221, 237 del 2019)*”. Cfr. Corte Cost. 230/2020.



da maternità surrogata, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale l'anno precedente.

Nell'ordinanza la Cassazione aveva proposto una soluzione interpretativa, affermando che, con la trascrizione dell'atto di nascita estero del minore, non si poneva in essere un riconoscimento dell'accordo di surrogazione, né implicitamente se ne riconosceva la validità, ma si garantiva l'efficacia dell'*“atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. Un consenso che diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo e ciò per un fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione e che trova nella tutela dei diritti inviolabili del minore la sua ragione d'essere”*.

Ciò, dunque, farebbe venire meno il limite della contrarietà all'ordine pubblico a seguito della trascrizione dell'atto di nascita, poiché con essa si darebbe continuità allo *status* acquisito dal minore nel paese straniero di nascita e ai diritti che ne derivano nei confronti dei soggetti che di tale nascita sono responsabili. Unica condizione sarebbe, tuttavia, che il riconoscimento dell'atto di nascita non operi in automatico e che la compatibilità della sua trascrizione con i valori sottesi al divieto di surrogazione non venga compiuto in astratto, ma con riferimento al singolo caso concreto, sia pure alla luce di criteri di validità generale e in base a un bilanciamento dei valori in gioco che si ispiri a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, senza definire *a priori* quello prevalente.

Le Sezioni Unite si sono pronunciate a dicembre del 2022 con la sentenza n. 38162, nella quale hanno dichiarato, primariamente, che la sentenza della Corte Costituzionale non ha determinato alcun vuoto di tutela, trattandosi di *“una decisione di inammissibilità, non di illegittimità costituzionale”*, dunque una *“pronuncia di inammissibilità-monito, in quanto la Corte, pur avendo rilevato aspetti di criticità, ha ritenuto di non poter intervenire direttamente in una materia che richiede necessariamente una valutazione discrezionale del legislatore”*.

Come affermato dalle Sezioni Unite, dunque, la Corte Costituzionale ha chiamato *“in causa il legislatore perché la decisione sulla direzione di marcia, in un terreno denso di implicazioni etiche, antropologiche, sociali, prima ancora che giuridiche, non può essere devoluta alla giurisprudenza. Per le riforme, occorre la discussione in sede politica, affidando al confronto democratico, e per esso all'intera comunità, scelte di così rilevante significato”*; tuttavia *“il legislatore è rimasto finora inerte. Il monito giace inascoltato”*.

Esemplificando quello che è il ruolo della giurisprudenza tipico di un sistema di *civil law*, come quello italiano, le Sezioni Unite hanno ricordato che *“la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto. Soprattutto in presenza di questioni, come quella oggetto del presente giudizio, controverse ed eticamente sensibili, che finiscono con l'investire il significato della genitorialità, al giudice è richiesto un atteggiamento di attenzione particolare nei confronti della complessità dell'esperienza e della connessione tra questa e il sistema. Si tratta di temi, infatti,*

*in rapporto ai quali lo stesso diritto di famiglia, nel mentre riflette, come uno specchio, lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari nel contesto sociale, tuttavia non può prescindere dal sistema, affidato anche alle cure del legislatore”.*

Pur ammettendo l'inefficacia dell'attuale panorama normativo, dunque, le Sezioni Unite hanno ritenuto che *“talora la ricerca dell'effettività richiede un camminare in direzione di una meta non ancora completamente a portata di mano, perché la gradualità concorre a far assorbire il cambiamento e le novità nel sistema, con la giurisprudenza che accompagna ed asseconda l'evoluzione che si realizza nel costume e nella coscienza sociale”*, sottovalutando però, forse, il fatto che una eccessiva gradualità e lentezza nel recepire le esigenze sociali non può che portare all'allontanamento degli individui dall'ordinamento e dai suoi rimedi, come infatti avviene con il turismo procreativo.

Facendo leva anche sulla sopravvenuta sentenza n. 79 del 2022, con cui la Corte Costituzionale ha rimosso una delle inadeguatezze dell'istituto dell'adozione in casi particolari, rimuovendo l'impedimento a che si formassero rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante,<sup>362</sup> e suggerendo un'interpretazione costituzionalmente conforme di questo istituto, le Sezioni Unite hanno ritenuto che *“l'adozione in casi particolari, per come attualmente disciplinata, si profila come uno strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato*

---

<sup>362</sup> Cfr. Corte Costituzionale n.79 del 23 febbraio 2022, che afferma che *“la tutela dell'interesse del minore impone di garantire a tutti i bambini adottati il riconoscimento dei rapporti di parentela che nascono dall'adozione. Pertanto, il minore adottato nelle ipotesi di "adozione in casi particolari" ha lo status di figlio e non può essere privato dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione «ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni». Difatti, non riconoscere i legami familiari con i parenti del genitore adottivo equivale a disconoscere l'identità del minore costituita dalla sua appartenenza alla nuova rete di relazioni familiari che di fatto costruiscono stabilmente il suo quotidiano”*.

*da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione”*

Le Sezioni Unite sono poi state nette nel rifiutare l’interpretazione offerta nell’ordinanza di rimessione, ritenendo non solo che il divieto di cui all’articolo 12 della l. 40 del 2004 sia norma di ordine pubblico internazionale,<sup>363</sup> ma anche che la surrogazione di maternità sia sempre e genericamente contraria ad esso e che, diversamente dalle altre pratiche di procreazione medicalmente assistita, sia sempre e comunque lesiva della dignità della donna e della sua libertà, a prescindere dalla natura liberale o commerciale sottesa all’accordo di surrogazione e dall’eventuale stato di bisogno della donna gestante.

La lesione, infatti, colpirebbe la dignità della donna nella sua accezione oggettiva e *“di fronte a una scelta legislativa dettata a presidio di valori fondamentali, non è consentito all’interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell’ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto”*.

E dinanzi a tale violazione, la tutela dell’interesse del minore, che anch’esso costituisce un valore fondamentale riconducibile all’ambito dell’ordine pubblico

---

<sup>363</sup> Indice *“univoco”* in tal senso sarebbe, secondo la decisione, la natura penale della sanzione posta dalla legge, volta a tutelare la dignità della persona umana quale valore fondamentale.

internazionale, comunque *“non legittima comportamenti disapprovati dall'ordinamento, ma esige ed impone che sia assicurata tutela all'interesse al riconoscimento giuridico del rapporto con il genitore d'intenzione”*.

La risposta all'ordinanza di rimessione è dunque negativa e conferma la legittimità del rifiuto di trascrivere l'atto di nascita, riconoscendo nell'adozione in casi particolari lo strumento più idoneo a soddisfare il desiderio di genitorialità, comunque legittimo, dei ricorrenti.<sup>364</sup>

Questa decisione ha il pregio di riconoscere che la questione, riguardando *“persone concrete”*, necessita di essere affrontata secondo una logica *“rimediale”*, soprattutto con riferimento ai minori coinvolti, nell'interesse dei quali vanno ricercati gli strumenti più idonei a garantire loro *“tutti i diritti connessi allo status di figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore”*.

Tuttavia, seppure è proprio con questa intenzione che viene riscoperto lo strumento dell'adozione, non possono non rinvenirsi alcune criticità.

Da un lato, la sentenza non considera il rischio che, prima dell'adozione, il genitore biologico muoia, perda la capacità o revochi il suo assenso,<sup>365</sup> oppure che il genitore intenzionale, per quanto questa ipotesi possa sembrare meno plausibile, cambi idea e non promuova il procedimento per l'adozione, vista l'assenza di uno

---

<sup>364</sup> La Corte peraltro, richiamando numerosi precedenti sull'argomento, ha espressamente affermato la assoluta irrilevanza dell'orientamento sessuale delle parti, dichiarando che l'omosessualità non è condizione ostativa all'assunzione e allo svolgimento di compiti genitoriali e non incide sull'idoneità dell'individuo in tal senso. Cfr. anche Cass., Sez. I, 2 giugno 2016, n. 12962; Corte Cost., sentenza n. 230 del 2020, Cass., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601 e Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006.

<sup>365</sup> Cfr. GRASSO, A. G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, 2022, 220-221.

strumento che, in una sorta di parallelismo con la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, consenta al figlio di chiedere che venga riconosciuto il suo legame con il genitore intenzionale.

Seppure ribadendo che *“chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest’ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati «lecitamente»”*, sono infatti ancora troppe le ipotesi non esplorate e, in mancanza di regole normative più precise sarà ancora una volta la giurisprudenza a doverle affrontare.

In un quadro di permanente incertezza, un parziale intervento chiarificatore è stato quello delle recenti “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, emanate con decreto del Ministero della Salute del 20 marzo 2024, vincolanti per tutte le strutture autorizzate e finalizzate a fornire agli operatori indicazioni chiare per eseguire le tecniche di procreazione assistita nel rispetto della legge.

Obiettivo di quest’atto è adeguare il panorama giuridico alle modifiche conseguenti alle pronunce in materia di fecondazione eterologa<sup>366</sup>, di accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili<sup>367</sup> e di consenso,<sup>368</sup> attraverso l’individuazione dei principi guida di gradualità e del consenso informato.

---

<sup>366</sup> Corte Cost. n. 162 del 10 giugno 2014.

<sup>367</sup> Corte Cost. n. 96 del 5 giugno 2015 e n. 229 dell’11 novembre 2015.

<sup>368</sup> Corte Cost. n. 161 del 24 luglio 2023 e Cass. n. 13000 del 15 maggio 2019.

In base al primo principio, i medici del centro hanno il compito di definire secondo scienza e coscienza, la gradualità delle tecniche, utilizzando per prime le opzioni terapeutiche più semplici, meno invasive e meno onerose, individuate tenendo conto di fattori quali la riserva ovarica, l'età dei partner, le cause determinanti sterilità o infertilità e i rischi connessi alle singole tecniche.

Inoltre, in base ai medesimi criteri va valutato anche l'accesso alle tecniche di tipo eterologo, ormai pacificamente consentite.

In base al secondo principio, coerentemente con quanto già stabilito dal decreto dei Ministeri della giustizia e della salute n. 265 del 28 dicembre 2016, che ha introdotto il regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le linee guida chiariscono che tra la manifestazione della volontà e l'inizio dell'applicazione della tecnica debba intercorrere un termine non inferiore a sette giorni e che la volontà può essere revocata da entrambi i partner fino al momento della fecondazione dell'ovulo, mentre il consenso è invece revocabile fino al momento del transfert, nel caso in cui la diagnosi genetica preimpianto abbia messo in luce l'esistenza di una patologia dell'embrione rispondente ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della legge 22 maggio 1978, n. 194 sulla tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza.

Inoltre, viene precisato che il consenso alla PMA non può essere revocato e la donna può chiedere l'impianto dell'embrione anche dopo la morte del partner o la cessazione del rapporto.

Le nuove linee guida pongono poi l'obbligo per le strutture mediche di dotarsi di consulenti psicologici a sostegno delle coppie che intraprendono il percorso della procreazione assistita e precisano dettagliatamente le tecniche ammesse.

Inoltre, elencano una serie di misure a tutela degli embrioni, chiarendo la liceità della loro selezione qualora sia finalizzata ad evitare l'impianto di quelli affetti da malattie genetiche trasmissibili gravi.

Nonostante con queste linee sia stato compiuto un indubbio passo avanti, alcune questioni problematiche restano ancora irrisolte.

In primo luogo, infatti, a fronte dell'esplicita previsione della possibilità di ricorrere a tecniche eterologhe, mancano regole precise sul reclutamento dei donatori, ma ancora, in generale, mancano centri pubblici o centri privati convenzionati nei quali ricorrere alla procreazione assistita, che rimane dunque una possibilità riservata a pochi.

Ancora, la possibilità che la donna chieda l'impianto dell'embrione dopo la morte del partner, o la cessazione del rapporto, rende di fatto possibile l'accesso alla procreazione assistita da parte di una donna single, rendendo manifesta l'illogicità del divieto posto dalla legge, che riserva la possibilità alle sole coppie.

Infine, permane la problematica degli embrioni crioconservati e del loro destino, che potrebbe essere risolta prevedendo una sorta di "adozione" di un embrione non utilizzato, rispondendo così da un lato all'esigenza di consentire l'accesso al trattamento anche a chi, pur in possesso dei requisiti, non ne ha la possibilità economica, e al contempo consentendo una maggiore protezione all'embrione, cui sarebbe data una possibilità in più di essere impiantato, e dunque di raggiungere lo scopo per cui era stato creato.





## Capitolo 4

Dalla famiglia alle persone: considerazioni conclusive sulla riscoperta dell'autonomia privata nei rapporti familiari

1. – Lo sviluppo della disciplina delle relazioni familiari: la privatizzazione della famiglia nell'ordinamento inglese

Attraverso l'analisi fin qui condotta è stato possibile individuare e analizzare le principali spinte innovative che, negli ultimi decenni, hanno messo alla prova il diritto di famiglia, distinguibili in due principali categorie: da un lato, quelle portate dalle innovazioni scientifiche e tecnologiche, che hanno fatto sorgere nuovi fenomeni e fattispecie; dall'altro, quelle portate dalla nuova dimensione pluralista e multiculturale della società, che ha generato una commistione di culture e regole cui non si era mai assistito prima.

L'effetto comune di queste innovazioni è stato quello di porre gli ordinamenti dinanzi ai loro limiti, costringendoli a reagire e a scegliere se e come disciplinare e inquadrare situazioni spesso apparentemente confliggenti con le categorie giuridiche tradizionali.

Questo processo evolutivo, che è ancora in atto e coinvolge tutti i paesi occidentali, non è omogeneo e si sviluppa in modo diverso nei vari ordinamenti, rispecchiandone le peculiarità e la tradizione giuridica.

Per questo motivo, nei capitoli precedenti sono stati analizzati due dei possibili approcci adottati dagli ordinamenti giuridici in reazione a queste innovazioni, mettendo a confronto la disciplina delle relazioni familiari nel sistema italiano e in quello inglese.

Mentre il primo, non fondandosi su altra fonte che la legge, si è trovato costretto, come anche gli altri ordinamenti dell'Europa continentale, ad approntare riforme normative per sopperire alle lacune e ai vuoti di tutela venutisi a creare, impossibili da colmare attraverso il solo intervento giurisprudenziale, al contrario l'ordinamento inglese, remediale e dinamico per definizione, ha affrontato con maggiore naturalezza i nuovi fenomeni, senza restare imbrigliato dalla primazia del diritto positivo e dalla sua inevitabile staticità.

Guardando al quadro, tracciato nei capitoli precedenti, del diritto inglese delle relazioni familiari e del suo sviluppo storico, se ne colgono due fondamentali elementi caratterizzanti: da un punto di vista formale, il diverso meccanismo di funzionamento del sistema e il peculiare rapporto tra Corti e Parlamento, dunque tra diritto positivo e giurisprudenza, mentre, da un punto di vista sostanziale, la diversa concezione in termini giuridici dei rapporti familiari.

Il primo elemento si può facilmente spiegare non solo guardando dall'esterno al dialogo tra formante legislativo e giudiziale, ma anche pensando all'idea di *rule of law* nella sua concezione inglese<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> Il concetto di *rule of law*, erroneamente assimilato a quello di stato di diritto, è in realtà peculiare del sistema inglese e strettamente connesso con il suo sviluppo. È stato osservato che esso consista “nella eredità medievale della supremazia della legge, di una legge che né il governo può violare, né il Parlamento radicalmente cambiare, proprio perché nella concezione medievale nessuno «fa» la legge; essa non deriva dall'atto di volontà di un singolo o di una maggioranza nella misura in cui la legge viene semplicemente dichiarata o ricordata; e soltanto in caso di una lacuna interviene – in funzione meramente suppletiva – il re con l'*equity* o il Parlamento con uno statuto. Questa legge antica e immemorabile, la *common law*, si fonda nel consenso, non in quello di una assemblea, ma in quello tacito delle popolazioni, comprovato dall'uso delle generazioni” cfr. MATTEUCCI N. nell'introduzione a MCILWAIN, C.H., *La Rivoluzione americana*, 1965, 26.

L'ordinamento inglese, infatti, si fonda su un complesso di libertà e diritti ad esso immanenti, che sono propri di ciascun individuo in quanto tale a prescindere da una formale enunciazione positiva. Il ruolo del legislatore, dunque, non è quello di enunciarli e attribuirli, bensì di garantirne l'esercizio e il godimento, limitando il suo intervento alla previsione di strumenti volti a evitare che vengano compromessi e lasciando ai giudici il compito di intervenire in concreto, dando alla legge pratica applicazione<sup>370</sup>.

Anche guardando alle norme che regolano le relazioni familiari, infatti, risulta evidente che esse si limitino a regolarne gli aspetti generali, dettando principi di base e individuando strumenti utili a prevenire la compromissione dei diritti delle parti coinvolte e a tutelare i soggetti più deboli, come i minori, senza però entrare nel merito della regolamentazione concreta dei rapporti.

L'approccio del legislatore inglese alle relazioni familiari, infatti, si esplica nella previsione di principi generali non ordinati sistematicamente<sup>371</sup> descritti come “*little more than a jumble of procedures, couched almost entirely in terms of remedies rather than rights*”<sup>372</sup> e, non a caso, definiti una “*cascade of*

---

<sup>370</sup> Quella dei giudici inglesi, infatti, è tradizionalmente definita una attività di *discovery*, di *law finding*, dunque una scoperta della legge, dalla quale non sono svincolati. Cfr. MARTINELLI, G., *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 2017; LEONI, B., *Freedom and the Law*, 1991, 22, e la sua traduzione italiana *La libertà e la legge*, 1994, 25; VON HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty*, 1960, 11 ss. e GRIFFITH J.A.G., *Giudici e politica in Inghilterra*, 1980.

<sup>371</sup> Quella inglese è stata non a caso definita, in particolare riferendosi alla disciplina del matrimonio, una “*carente regolamentazione ordinata degli effetti legali del vincolo coniugale*”. Questa viene ritenuta “*una caratteristica peculiare dell'ordinamento inglese e che più intensamente risalta ove, anche se sommariamente, la si riaffronti con le regole di diritto di famiglia di cui al codice civile italiano. Il carattere prolettico del nostro sistema giuridico, infatti, comporta una predeterminazione organizzata dei diritti e dei doveri che, in maniera vicendevole, gravano sui coniugi in virtù della sola celebrazione delle nozze*”. Cfr. GIAIMO G., *op. cit.*, 2007, 179.

<sup>372</sup> CRETNEY S.M., *The codification of family law*, in *Modern Law Review*, 44, 1981, 9.

*legislation*”,<sup>373</sup> ben lontana dall’idea continentale di un codice o di una disciplina organica.

Il secondo elemento si può invece sintetizzare nel percorso, già citato, “*from status to contract*”<sup>374</sup>, che ha caratterizzato la disciplina del matrimonio e in generale delle relazioni familiari in Inghilterra.

La riscoperta della natura autoregolamentare, e dunque negoziale, del matrimonio e dei rapporti familiari è ormai pacificamente stata recepita dalle Corti e dal legislatore inglese, come dimostra l’evidente estensione al matrimonio di concetti tipici del diritto dei contratti e, di conseguenza, la tendenza alla valorizzazione degli interessi dei singoli<sup>375</sup>.

All’essenzialità della disciplina positiva e all’assenza di diritti e doveri preordinati normativamente, infatti, sopperisce l’esplicazione della volontà negoziale delle parti, libere di individuare i criteri maggiormente rispondenti alle specifiche esigenze di ciascun caso.

Questo diverso modo in cui l’ordinamento inglese e quello italiano si avvicinano alle relazioni familiari non può non condizionarne concretamente la disciplina.

Nonostante entrambi i sistemi, infatti, abbiano vissuto uno sviluppo simile nei contenuti e cronologicamente vicino, e siano accomunati dal superamento della concezione istituzionale di famiglia, permangono delle differenze nel modo in cui hanno concretamente declinato l’idea di comunità di individui, quale la famiglia

---

<sup>373</sup> *Hewer v. Bryant* ([1970] Q.B. 357).

<sup>374</sup> La frase sintetizza il pensiero di Sir Henry Maine, giurista e sociologo della seconda metà del XIX secolo che, nei suoi studi, teorizzò il passaggio, appunto, da *status* a contratto, fondato sull’idea che “*starting as from one terminus of the history, from a condition of society in which all the relations of Persons are summed up in the relation of the Family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of individuals*”. Cfr. MAINE H., *op. cit.*, 180.

<sup>375</sup> Cfr. MIRANDA A., *op.cit.*, 2000, 385 ss.

viene ormai pacificamente intesa, e solo nell'ordinamento inglese può dirsi compiuta la privatizzazione dei rapporti familiari.

La centralità dell'autonomia privata, infatti, è particolarmente accentuata nel sistema inglese, come visto, ad esempio, in materia di matrimonio, i cui effetti possono essere modellati e plasmati dai coniugi con la massima libertà, e adattati alle loro esigenze specifiche attraverso una “*conformazione per via negoziale del modello legale astratto di matrimonio alle esigenze concrete della coppia*”.<sup>376</sup>

L'ordinamento inglese, infatti, attribuisce al vincolo matrimoniale una natura intrinsecamente privata, il cui fondamento è, così come per i contratti, la volontà delle parti.

Ciò emerge chiaramente, ad esempio, dalla disciplina dell'annullamento del matrimonio per vizi del consenso, che mira ad assicurare un rimedio in tutte quelle ipotesi in cui la volontà delle parti non si sia correttamente formata e l'unione presenti un vizio genetico.<sup>377</sup>

Ma un'altra conferma dell'approccio negoziale al matrimonio è data dalla netta preferenza per le soluzioni stragiudiziali di gestione della crisi familiare, come la *family mediation*, resa obbligatoria dal *Family Law Act* del 1996, a conferma dell'ormai raggiunta consapevolezza, da parte del legislatore inglese, del fatto che “*la conflittualità insita nello svolgimento di un procedimento giudiziario, ove è prevalente la logica della vittoria e della sconfitta, non fa altro che aggiungere inaccettabili tensioni emotive alla crisi della famiglia, con effetti devastanti per i coniugi e, soprattutto, per la prole*”, mentre sono indubbiamente maggiori i

---

<sup>376</sup> GIAIMO G., *Matrimonio in diritto comparato*, in SACCO, R., *Digesto delle discipline privatistiche*, 2013, 350.

<sup>377</sup> Per un approfondimento sulla disciplina dell'annullamento del matrimonio si fa rinvio a CRISCUOLI G., *Il matrimonio coatto*, 1979.

“vantaggi dipendenti dal poter raggiungere, in privato, una soluzione concordata circa gli effetti della disgregazione familiare”.<sup>378</sup>

Anche nella regolamentazione dei rapporti nella fase fisiologica del matrimonio, inoltre, non è previsto alcun limite alla determinazione dei possibili contenuti degli accordi, salvo il rispetto di quei principi fondamentali che sono espressione della *public policy*.<sup>379</sup>

Solo in queste ipotesi, infatti, la rilevanza degli interessi coinvolti giustifica l'intervento del legislatore, come nel caso della tutela della parte più debole del rapporto o dei figli.

Anche in materia di convivenze, l'enfaticizzazione dell'aspetto negoziale del rapporto accomuna il sistema italiano e quello inglese, ma è nettamente maggiore in quest'ultimo, dove manca del tutto una disciplina normativa specifica e la regolamentazione del rapporto è rimessa interamente alla volontà all'autodeterminazione delle parti.

Nel rispetto della natura intrinsecamente informale delle convivenze, infatti, il legislatore inglese non è intervenuto in materia, se non con interventi sparsi, volti a garantire la tutela dei minori e della parte più debole del rapporto, riprendendo principi giurisprudenziali già consolidati.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> LOWE N., DOUGLAS G., *Bromley's Family Law*, 2021, 8.

<sup>379</sup> Nel sistema inglese il concetto di *illegality on grounds of public policy*, è un concetto più ampio di quello italiano di contrarietà all'ordine pubblico, e “ricomprende entrambe le nozioni nostrane di ordine pubblico e di buon costume considerate nell'ottica unitaria del bene comune, dell'utilità collettiva, dell'etica sociale” Cfr. CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, 2001, 291.

<sup>380</sup> Sono esempio dell'intervento legislativo in materia di convivenze il *Children Act* del 1989 e il *Child support act* del 1991, che stabiliscono salvo l'obbligo al mantenimento dei figli anche nei confronti di figli nati fuori dal matrimonio. Inoltre, in materia penale il *Domestic violence and matrimonial proceeding act* del 1976 in materia di violenza domestica estende la tutela attribuita alle copie sposate anche a quelle conviventi, di cui da una definizione. Ancora, in materia successoria, il *The provision for family and dependence Act* del 1975 stabilisce una *provision* a favore del convivente superstite, mentre il *Family income supplements Act* estende ai conviventi

La costituzione del rapporto, i suoi aspetti patrimoniali e personali e il suo eventuale scioglimento, dunque, possono essere regolamentati da un *cohabitation agreement*, i cui limiti sono i medesimi già visti in materia di accordi tra i coniugi, ma possono anche non essere formalizzata in alcun accordo.

In quest'ultimo caso, la sussistenza del rapporto, e dunque della volontà delle parti in tal senso, può essere desunta dalle circostanze concrete e accertata giudizialmente, così da garantire la tutela della parte più debole del rapporto, come nel caso *Hall v. Hall*,<sup>381</sup> dove pur non essendo stato stipulato un *cohabitation agreement*, è stata riconosciuto che “*qualora un uomo e una donna abbiano vissuto insieme come marito e moglie e quest'ultima abbia contribuito, in rapporto alle proprie modeste sostanze, alla formazione di un patrimonio familiare, non può negarsi che ella abbia diritto a una quota di esso in maniera proporzionale ai suoi contributi non soltanto di carattere economico, ma anche relativi al suo lavoro domestico e alla cura prestata nella crescita e nell'educazione dei figli*”.<sup>382</sup>

Ancora una volta, dunque, è una logica tipicamente contrattuale che assicura la piena tutela degli interessi delle parti coinvolte, attraverso la valorizzazione della loro volontà delle parti il bilanciamento della loro posizione.

2. - Lo sviluppo della disciplina delle relazioni familiari: la privatizzazione della famiglia nell'ordinamento italiano

---

alcune tutele in materia di assistenziale e il *The housing Act* del 1980 ammette il subentro del convivente superstite nei rapporti locatizi.

<sup>381</sup> *Hall v. Hall* [1981] EWCA Civ J0401-3.

<sup>382</sup> *Hall v. Hall*



Anche l'ordinamento italiano, seppure con le differenze dovute alle peculiarità di un sistema di *civil law*, ha intrapreso un percorso orientato alla privatizzazione della disciplina dei rapporti familiari che, come visto nelle pagine precedenti, è ancora in atto.

Come già evidenziato, le sue prime tracce sono riconducibili alle riforme degli anni '70, che hanno trasformato il matrimonio da istituzione in formazione sociale “che nasce dalla libera scelta delle persone” e si basa su “vincoli di affetto e solidarietà, il cui perdurare legittima lo stesso vincolo giuridico”,<sup>383</sup> valorizzando la volontà dei singoli e affermando un modello matrimoniale di stampo individualistico.<sup>384</sup>

Da quel momento, l'ordinamento italiano ha “*progressivamente ridisegnati, quando non del tutto espunti, i tratti che definivano il modello istituzionale costituito sullo status: l'indisponibilità degli interessi regolati, l'indeclinabilità degli effetti, il postulato d'un interesse superiore, l'incompatibilità con la dimensione contrattuale*”,<sup>385</sup> ed è stata sostenuta e affermata definitivamente la riconducibilità della disciplina della famiglia alla materia privatistica e delle relazioni familiari alla categoria negoziale.<sup>386</sup>

---

<sup>383</sup> FERRANDO G., *Il matrimonio*, 2015, 60.

<sup>384</sup> Un chiaro indice è la disciplina della nullità del matrimonio, approfondita in CRISCUOLI G., *Il matrimonio coatto*, 1979.

<sup>385</sup> ZOPPINI, A., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 213-237.

<sup>386</sup> Il riferimento è agli studi di Francesco Santoro Passarelli e, in particolare, SANTORO-PASSARELLI, F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, raccolto poi nei *Saggi di diritto civile*, vol. I, 1961.

Ciò ha consentito di superare l'idea di famiglia come nucleo organico finalizzato al raggiungimento di un superiore interesse pubblico, riscoprendo e riaffermando l'autonomia dei membri della famiglia quali parti di un rapporto negoziale.<sup>387</sup>

Il favore per soluzioni di natura privatistica, infatti, ha consentito di “*accordare la massima possibile tutela alle esigenze dell'individuo, rispetto alla tutela accordata al gruppo come tale*”<sup>388</sup>, applicando una logica bilaterale ed egualitaria che è tipica dei contratti.<sup>389</sup>

Ciò ha comportato, in concreto, l'attribuzione di nuovo valore alla volontà e autodeterminazione dei singoli, che trova espressione sia negli aspetti fisiologici, sia in quelli patologici del rapporto. Quanto ai primi, ciò è avvenuto, ad esempio, attraverso la previsione della possibilità di stipulare convenzioni matrimoniali ai sensi degli articoli 162 e seguenti del codice civile, adeguando il regime patrimoniale della famiglia alle effettive necessità delle parti coinvolte attraverso la scelta del regime di comunione o separazione dei beni, la costituzione di un fondo patrimoniale, ma anche la stipula di convenzioni atipiche, come i *trusts* familiari.

---

<sup>387</sup> Cfr. ROPPO, V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA, G., ZATTI, P., 2001, p. 60-61, che afferma che “*in passato i rapporti tra diritto e famiglia erano rapporti antagonisti. Fino a che la famiglia conservava tracce della sua antica natura di organizzazione anche politico-economica, o comunque di comunità ordinata gerarchicamente, entro cui i singoli dovevano sacrificare la propria autonomia individuale al gruppo impersonato nel «capo» (e all'autorità di questo), lo status familiare costituiva anche legalmente un ostacolo alla libertà contrattuale dei soggetti, al loro potere di autoregolare con lo strumento del contratto la sfera delle proprie relazioni giuridiche patrimoniali*”. Tuttavia “*con il progressivo declino delle funzioni politico-economiche della famiglia, con la tendenza a concepirla quale «comunità di affetti» libera da vincoli gerarchici e aperta alla valorizzazione delle sfere individuali dei suoi componenti, lo status familiare ha cessato di costituire un limite alla libera partecipazione dei soggetti al traffico contrattuale*”.

<sup>388</sup> RUSSO, E., *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, 1973, 25.

<sup>389</sup> Cfr. CRISCUOLI G., *Il matrimonio coatto*, 1979, 169.

Nella medesima direzione dell'arretramento del potere statale e dell'apertura a spazi di sempre maggiore autonomia privata sembrano spingere anche le più recenti riforme italiane in materia di famiglia, già anticipate dal superamento della tradizionale impostazione dottrinale che, sulla base dell'asserita indisponibilità degli interessi coinvolti, ha escluso le relazioni familiari dal novero dei rapporti contrattuali, riservandone in via esclusiva la regolamentazione al legislatore.

Quanto invece alla gestione della crisi della famiglia, il favore del legislatore per gli strumenti stragiudiziali e consensuali è emerso nettamente.

Dopo la rivoluzione segnata dal superamento dell'indissolubilità del vincolo con l'introduzione del divorzio, ne sono stati esempio l'alleggerimento del controllo sugli accordi di separazione e divorzio, la possibilità, introdotta dalla più recente riforma dei procedimenti in materia di famiglia, di proporre cumulativamente le domande di separazione e divorzio e anticipare di fatto, al momento della separazione la determinazione delle condizioni del divorzio, e ancora la possibilità di regolamentare i rapporti tra le parti di un nucleo familiare ormai disgregato con l'ausilio della mediazione familiare, o attraverso accordi di negoziazione assistita, che escludono qualsiasi forma di controllo e non prevedono alcuna omologazione da parte dell'autorità giudiziaria, se non il visto apposto in presenza di figli minori, a loro esclusiva tutela.

Un ulteriore segno di questo percorso “*da partner a parti*”<sup>390</sup> è stata la tipizzazione dei contratti di convivenza, che oltre a dare concreto riconoscimento normativo alla moltiplicazione dei modelli familiari già affermata a livello sociale, ha

---

<sup>390</sup> BALLARANI G., *Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli*, in, ZOPPINI A., SIRENA P., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018, 146.

attribuito a questi istituti un'impronta chiaramente privatistica, ammettendo l'esistenza di rapporti familiari governati dalla volontà delle parti, seppure entro i limiti prefissati normativamente.<sup>391</sup>

Tali riforme sono vere e proprie tappe di un percorso di privatizzazione che riflette l'evoluzione sociale, ma che, a ben guardare, piuttosto che innovare si pone in continuità con la tradizionale impostazione codicistica ottocentesca e l'ideologia liberale che la ispirava.

Piuttosto che un superamento di concetti ormai obsoleti, quella cui si assiste è infatti una vera e propria riscoperta di concetti già esistenti e di rimedi e categorie da sempre note all'ordinamento, adattate alla realtà attuale grazie alla loro versatilità.

Proprio grazie a questa riaffermazione della volontà dei singoli, inoltre, si riesce a dare riscontro giuridico a una realtà sociale nuova e a quel progressivo sgretolamento del modello istituzionale di famiglia che ha portato all'affermazione dell'idea della sua pluralità e al superamento del concetto di

---

<sup>391</sup> Il novero dei possibili accordi negoziali in materia familiare conta ipotesi ormai numerose: gli accordi tra i coniugi in ordine all'adempimento degli obblighi di contribuzione, ai sensi dell'art. 143 c.c.; all'accordo dei coniugi di vivere separati; alla possibilità di conformare il regime patrimoniale in modo atipico; agli accordi in ordine all'indirizzo della vita familiare; agli accordi conclusi tra i coniugi al momento della separazione e del divorzio, aventi ad oggetto la determinazione e l'adempimento delle pretese patrimoniali; agli accordi preventivi di separazione e di divorzio, conclusi in un momento cronologicamente antecedente all'insorgere della crisi coniugale o, addirittura, prima del matrimonio, secondo il modello dei *pre-nuptial agreements*; agli accordi successivi all'omologazione disposta dall'art. 158 c.c. che modificano i patti omologati (29); agli accordi che incidono su taluni profili dei diritti della personalità, come quelli inerenti all'uso del nome per il momento successivo alla separazione o al divorzio; al patto c.d. «di libertà», con cui ciascuno dei coniugi dichiara di reputare irrilevante la condotta dell'altro dopo il momento della separazione; agli accordi inerenti al mantenimento e all'educazione dei figli ovvero a quelli volti a predeterminare le modalità di esercizio della potestà nel caso in cui il genitore affidatario ricostituisca una nuova famiglia; ai contratti di convivenza conclusi tra conviventi *more uxorio*, attraverso i quali sono disciplinati gli effetti personali e patrimoniali derivanti dai rapporti reciproci. Cfr. ZOPPINI, A. *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 213-237.

diritto “della famiglia”, sostituito da quello “delle famiglie”, o ancor meglio “delle relazioni familiari”<sup>392</sup>.

3. - Quali prospettive per la disciplina italiana delle relazioni familiari? La riscoperta del diritto privato tra spinte innovative e radici tradizionali

La riscoperta della dimensione privatistica dei rapporti familiari, oltre a garantire la piena tutela degli interessi delle parti coinvolte, risponde efficacemente anche all’esigenza di modernizzarne la disciplina.

La privatizzazione dei rapporti familiari, infatti, attraverso la valorizzazione della volontà dei singoli, ben si adatta alla citata moltiplicazione e pluralizzazione dei modelli familiari, che si è ormai affermata e che si concretizza in relazioni e comportamenti “*non traducibili in un unico, ripetitivo e costante modello organizzativo*”<sup>393</sup> che la legge dello stato non può regolare efficacemente.

Nel contesto odierno, in cui “*gli istituti tradizionali non sono solo modificati nella loro funzione o nel loro regime, ma sono ridiscussi nella loro stessa essenza, talvolta nella loro stessa esistenza*”<sup>394</sup> la spinta verso la privatizzazione del diritto di famiglia sembra la migliore soluzione da adottare per reagire alla crisi delle categorie fondanti del diritto di famiglia e alla necessità di ripensare quest’ultimo. L’alternativa, infatti, cioè la creazione di categorie nuove attraverso un intervento globale di regolamentazione sistematica della materia, presenterebbe non poche complicazioni e rischierebbe di incagliarsi nelle inevitabili lungaggini politiche

---

<sup>392</sup> È ormai un dato pacificamente acquisito che la “*pluralità di modelli familiari socialmente tipizzati e giuridicamente tutelati*” fa sì che “*nell’ordinamento non si rinviene più la famiglia, ma le famiglie.*” Cfr. SESTA M., *op. cit.*, 6.

<sup>393</sup> SCALISI, V. «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, p. 8 ss.

<sup>394</sup> AUTORINO, G., *Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016.

cui qualunque progetto di legge va incontro, con conseguenze dannose, se non disastrose, sulla qualità giuridica dei testi legislativi.

Al contrario, la privatizzazione del diritto di famiglia implica la valorizzazione della volontà e del ruolo dei membri della famiglia e la riduzione dell'intervento pubblico, cui non è demandato altro compito che quello di garantire che le scelte autonomamente compiute dai singoli, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, non violino i principi posti a presidio dei soggetti più deboli, come i minori, e i diritti e principi fondamentali espressione dell'ordinamento e della sua identità.

Ciò non solo ha il vantaggio di evitare l'appesantimento frutto di una eccessiva produzione legislativa e i conseguenti problemi interpretativi che potrebbero derivarne, ma consente anche di dare il giusto riconoscimento giuridico alla dimensione composita della famiglia: non entità organica, ma somma di più individui portatori di interessi propri, impossibili da sintetizzare in una regola generale e astratta, uguale per tutti.

Proprio a questi interessi individuali che si manifestano all'interno della famiglia verrebbe garantita così piena tutela, evitando che la definizione di famiglia risultante da un nuovo intervento legislativo possa andare a scapito di altri modelli familiari.

Si darebbe così, peraltro, pieno riscontro all'idea che la famiglia, per non citare ancora l'ormai famosissima frase di Jemolo,<sup>395</sup> sia *“di tutte le formazioni sociali*

---

<sup>395</sup> *“La famiglia è un'isola che il mare del diritto può solo lambire ma non penetrare”* da JEMOLO, A. C., *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università Catania*, III (1948- 1949), p. 38.

*certamente la meno penetrabile a controlli sulla vita e sull'ordine interno*”,<sup>396</sup> uno di quei “*piccoli mondi nei quali lo Stato, il giudice, la legge, il regolamento non possono entrare*”.<sup>397</sup>

#### 4. – Ipotesi e limiti per una ritrovata autonomia privata familiare

Diversamente da altri rapporti negoziali, le relazioni familiari hanno peculiarità che, in un percorso di privatizzazione della loro disciplina, non possono essere trascurate, poiché coinvolgono fattispecie e soggetti specifici e seguono logiche non sempre coincidenti con quelle tipiche dei contratti.

Ciò, tuttavia, “*importa non già che debba negarsi l'autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, sì invece che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli «adattamenti», dipendenti dal modo particolare in cui l'autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia*”<sup>398</sup>.

Alla base dell'idea della negozialità dei rapporti familiari, sta quella della intrinseca individualità degli interessi ad essi sottesi, e dunque della loro idoneità ad essere regolati con maggiore efficacia dalla libera volontà delle parti, piuttosto che in base ad un modello tipico prestabilito dalla legge.<sup>399</sup>

Ciò, ovviamente, non può e non deve concretizzarsi in una deroga ai diritti e agli obblighi fissati dalla legge, che degenererebbe nella contrarietà alle norme imperative e dunque nella nullità, bensì in una loro regolamentazione che li adegui alle specifiche esigenze e peculiarità di ogni rapporto.

---

<sup>396</sup> RESCIGNO, P., *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, p.1.

<sup>397</sup> RESCIGNO, P., *Introduzione al codice civile*, 1991, p. 245.

<sup>398</sup> SANTORO-PASSARELLI, F., *op. cit.*, 1945, 4.

<sup>399</sup> Cfr. RESCIGNO, P., *I rapporti personali fra coniugi*, in BELVEDERE A., GRANELLI C., *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, 1996, 240; ZOPPINI A., *op. cit.*, 223.

Se è vero, infatti, che non può ammettersi il discostamento da principi pacificamente inderogabili posti a tutela dei minori, della parte debole del rapporto o dei terzi che entrino in contatto col nucleo familiare, da questi ultimi *“non può certo desumersi una norma che precluda la validità della regola convenzionale che tali interessi non pregiudichi”*.<sup>400</sup>

Anche l'obiezione fondata sulla non patrimonialità dei rapporti familiari, che li renderebbe incompatibili con la disciplina dei contratti per l'asserita mancanza dell'elemento patrimoniale,<sup>401</sup> è stata ritenuta superabile sulla scorta del fatto che, *“negli argini della bilateralità e della patrimonialità dell'atto inter vivos, non v'è ragione di dubitare della contrattualità anche là dove l'accordo involga il piano degli interessi familiari”*.<sup>402</sup>

Non si rinviene, infatti, alcun divieto di concludere accordi che contemplino, oltre ai profili patrimoniali del rapporto, anche quelli personali.

L'apertura all'autonomia negoziale anche in materia di rapporti personali, tuttavia, può facilmente sfociare in ipotesi controverse<sup>403</sup> e richiede dunque una valutazione particolarmente accurata della coerenza del contenuto degli accordi con la necessità di tutelare tutti gli interessi coinvolti.

---

<sup>400</sup> ZOPPINI A., *op. cit.*, 223-224.

<sup>401</sup> Secondo l'interpretazione tradizionale il matrimonio, pur avendo la struttura di un negozio bilaterale *“perché gli effetti, quantunque fissati dall'ordinamento, devono essere voluti dalle parti”*, non ha carattere patrimoniale, poiché mira a tutelare interessi relativi agli individui e non al loro patrimonio, *“non risulta dunque ad esso senz'altro applicabile la disciplina dei contratti, ma occorre di volta in volta accertarne la compatibilità con le caratteristiche peculiari dell'atto matrimoniale”*. Cfr. AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, 1992, 18-19.

<sup>402</sup> Cfr. ZOPPINI, A., *op. cit.*, 226.

<sup>403</sup> Basti pensare all'accordo ipotizzato in MIRANDA A., *“La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law”*, in D'USSEAU F.B., D'ANGELO, A., *Matrimonio, Matrimonii*, 2000, 369, con cui i coniugi regolano il numero di visite della suocera o quello delle serate al pub, ma anche all'accordo *“dickensiano”* citato in ZOPPINI, A., *op. cit.*, 227, che subordinava il matrimonio alla conclusione d'un contratto con cui la donna, in attesa di un figlio e già madre di un altro nato da una precedente relazione, rinunciava ad ogni diritto in caso di divorzio.



Come è stato sostenuto, infatti, “*il possibile uso distorto dell’autonomia negoziale non giustifica, tuttavia, la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all’autonomia dei contraenti*”,<sup>404</sup> ma implica la necessità di approntare rimedi che, pur nel rispetto dell’autonomia negoziale, garantiscano la tutela degli interessi di tutte le parti coinvolte.

Ancora una volta, la soluzione va ricercata in concetti e principi tradizionalmente affermati dall’ordinamento e tipici della disciplina negoziale.

In ipotesi di particolare gravità, i confini del potere negoziale delle parti possono utilmente ravvisarsi nel limite del rispetto delle norme imperative, dell’ordine pubblico e del buon costume, che già tradizionalmente arginano l’autonomia contrattuale.<sup>405</sup> In particolare, l’ordine pubblico e il buon costume sembrano particolarmente idonei a delimitare l’ambito dei rapporti familiari, poiché sono

---

<sup>404</sup> ZOPPINI, A., *op. cit.*, 227.

<sup>405</sup> L’ordine pubblico e il buon costume sono clausole generali già espressamente citate agli articoli 1343 e 1354 del Codice Civile italiano in materia di illiceità della causa del contratto e delle sue condizioni. Analogamente, il Code Civil francese afferma all’articolo 1102 che “*la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public*” e il Codice Civil spagnolo, all’articolo 1255, che “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”. L’ordine pubblico è inteso tradizionalmente come limite ai comportamenti generalmente contrastanti con le norme imperative di un ordinamento. Esso rappresenta, come anche affermato dall’articolo 159 del decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998 e dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 118 del 2013, n. 35 del 2011, n. 226 del 2010, n. 50 del 2008, n. 222 del 2006, n. 428 del 2004, n. 407 del 2002 quel “*complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l’ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale*” e costituisce, dunque, un limite che, sia l’autonomia privata, sia l’applicazione di norme e provvedimenti stranieri, non possono valicare. Il buon costume, invece, è definibile come “*il comune sentimento medio della comunità nazionale; inteso quest’ultimo, come il sentimento e la sensibilità di chi vive, con sano equilibrio, nella società del suo tempo*” (cfr. Tribunale di Milano 13 aprile 1966, in *Foro it.*, 1966, II, c. 265), ossia quell’insieme di principi e valori etici e sociali di una collettività che “*ancor più rispetto all’ordine pubblico e ad altre clausole elastiche dell’ordinamento, necessita di un continuo contatto tra le norme e la multiforme varietà della vita sociale*”<sup>405</sup> e che, per questo, “*lungi dall’aver un contenuto unico, eterno ed immutabile, (...) può essere riempito di contenuti corretti solo con riferimento alla contingenza storico-sociale-morale di una comunità*”<sup>405</sup>, cfr. MIRANDA A., *op. cit.*, 23-24.

caratterizzati da quella stessa elasticità e vicinanza al sentire sociale che sono proprie di questo tipo di relazioni.

Questi criteri, dai quali discenderebbe la nullità degli accordi, sono certamente idonei in tutte quelle situazioni in cui la volontà delle parti comprometta o minacci interessi primari, tutelati a livello costituzionale e sovranazionale, ma non possono garantire un efficace livello di tutela senza un notevole, se non eccessivo, sacrificio dell'autonomia delle parti.

In aggiunta, dunque, potrebbe ipotizzarsi un controllo ulteriore, meno rigido, per tutte quelle situazioni in cui, pur senza violare principi sanciti normativamente, gli interessi delle parti rischino comunque una ingiusta compromissione.

Un simile controllo, indispensabile per “*verificare quale spazio debba riconoscersi ad esigenze rappresentabili nei termini della «giustizia» del contratto e dell'«equilibrio» dei relativi effetti*”,<sup>406</sup> potrebbe essere svolto in via giudiziale, attraverso una valutazione discrezionale di ciascun caso.

In questo modo, i giudici avrebbero la possibilità di intervenire sia sui limiti della volontà delle parti, sia sul contenuto dei loro accordi, secondo una logica remediale.

Un'ipotesi<sup>407</sup> in cui azionare un simile controllo potrebbe essere quella in cui si ravvisi una disparità nella posizione delle parti tale da determinare uno squilibrio del contenuto dell'accordo, ma anche quando ciò derivi da una errata formazione del consenso, similmente a quanto previsto in materia di vizi della volontà.

---

<sup>406</sup> ZOPPINI, A., *op. cit.*, 227.

<sup>407</sup> Cfr. ZOPPINI A., *op. cit.*, pp. 230 e ss. per una disamina approfondita delle ipotesi applicative del controllo giudiziale sui negozi familiari.

Ancora, una ulteriore ipotesi potrebbe essere quella in cui gli effetti dell'accordo pregiudichino gli interessi di terzi, e in particolare dei minori coinvolti.<sup>408</sup>

In questo modo, coerentemente con la disciplina contrattuale, l'autonomia delle parti troverebbe un primo limite nell'intervento giudiziale e, solo in ipotesi di particolare gravità, un ulteriore limite nel divieto normativo di accordi contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

Se è vero, infatti, che è verso lo “*scolorimento dell'interesse pubblico*”,<sup>409</sup> lo “*stingimento*” delle regole nazionali e l'emersione dell'individualismo che la disciplina delle relazioni familiari sembra muoversi, ciò non può prescindere dalla piena tutela dei diritti che a ciascuno, fuori e dentro la famiglia, sono riconosciuti.

Alla luce del quadro descritto, è stato ipotizzato una sorta di progressivo ampliamento del campo di applicazione di paradigmi più tipicamente negoziali, come quelli che regolano le unioni civili e i contratti di convivenza<sup>410</sup>.

Su questa base, ferma restando la distinzione dal matrimonio negli aspetti formali, come la celebrazione, non è mancata l'ipotesi dell'applicazione di regole contrattuali, più leggere e flessibili, per governare tutte le relazioni familiari

---

<sup>408</sup> L'inquadramento in ottica negoziale dei rapporti familiari, infatti, non può confliggere né pregiudicare il superiore interesse del minore a uno sviluppo e a una crescita sani e armonici. Proprio la qualificazione di quest'ultimo in termini di superiorità, infatti, ne esprime la prevalenza gerarchica che viene in rilievo nel suo confronto con interessi diversi, compresi quelli dei genitori. Quello del *best interest of the child* è un criterio formalizzato per la prima volta dall'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia che recita, nella sua versione originale, che “*in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”. La traduzione italiana si riferisce non, letteralmente, a quelli che sono i “migliori interessi” del minore, bensì al suo interesse superiore, un criterio che rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del minore e mira a garantire che, in tutte le decisioni che lo riguardano, il suo interesse, superiore a quello delle altre parti coinvolte, venga tenuto in primaria considerazione.

<sup>409</sup>FERRANDO, G., *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Separazione e divorzio*, I, in *Giur. sist. civ. comm.* 2003, 560 ss.

<sup>410</sup> Un segnale in tal senso è stato ravvisato nella proposta di soppressione dell'istituto della separazione nell'ambito della legge del 2015 sul c.d. divorzio breve e nella rimozione della fedeltà dal novero dei doveri coniugali. Cfr. BALLARANI, G., *op. cit.*, 2018, 148.

secondo un ipotetico modello generale di negozio familiare, differenziato solo, a livello formale, dalla possibilità di scegliere se e come celebrarne la costituzione.<sup>411</sup>

Diversamente dalle convenzioni patrimoniali, tipiche e atipiche, ormai sempre più diffuse, un modello negoziale di questo tipo consentirebbe di aggiungere ulteriori regole e criteri di gestione della famiglia, al netto di quegli obblighi personali di natura affettiva che non possono essere oggetto di accordo, né coercibili, oltre a stabilire le regole di un eventuale successivo scioglimento del rapporto, come in un accordo prematrimoniale.

Questa ipotesi, peraltro, consentirebbe di rispondere all'esigenza di regolare rapporti familiari di ogni tipo, anche più lontani dai paradigmi tipici del contesto nazionale. Basti pensare alle tante famiglie transnazionali presenti nel tessuto sociale italiano, che sono composte da persone di origini diverse o fanno parte di comunità religiose differenti, ma anche al fenomeno delle famiglie poliamorose e ai nuclei familiari allargati, portatori di molteplici e diverse esigenze che un accordo contrattuale, che per sua natura si presta ad esprimere gli interessi di più parti, potrebbe facilmente rappresentare.

Una simile ipotesi, implicando un necessario arretramento del controllo statale sulla famiglia, valorizzando al massimo l'autodeterminazione delle parti e accentuando la discrezionalità dei giudici, comprometterebbe inevitabilmente la certezza del diritto.

Ciò, tuttavia, avverrebbe attraverso una rivoluzione solo apparente, che in realtà è, da un lato, l'estensione di concetti noti e ben collaudati, come quelli tipici della

---

<sup>411</sup> Cfr. BALLARANI, G., *op. cit.*, 2018, 153-154.

materia negoziale, ai rapporti familiari, definitivamente emancipati dal controllo pubblico, e dall'altro uno spostamento dell'attenzione dalla famiglia ai singoli individui.

Inoltre, il successo della lunga esperienza inglese, è un dato certamente confortante, che incoraggia a perseguire il percorso di privatizzazione, che, alla luce dell'analisi svolta, sembra efficacemente declinabile anche in chiave continentale, coerentemente con la tradizione giuridica e i principi che fondano l'ordinamento italiano.

## Bibliografia

ABEL SMITH B., STEVENS R., *Lawyers and the Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1967;

AMRAM D. e D'ANGELO A., (a cura di) *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011;

ANTOKOLSKAIA, M. *Comparative Family Law: Moving with the Times?* in *Comparative Law. A Handbook*, a cura di ORUCU E., NELKEN, D., Hart Publishing, Oxford e Portland; 2007;

AUBIN, B. C. H., *Europäisches Einheitsrecht oder Intereuropäische Rechtsarmonie? Grundfragen einer europäischen Zusammenarbeit im Privatrecht*, in ZWEIGERT, K., *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen*, Mohr Siebeck GmbH & Co. Tubinga, 1955;

AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 1992;

AULETTA, T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive* in *Quadrimestre*, 1986;

AUTORINO, G., *Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016;

AUTORINO, G., *Manuale di diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 1997;

AUTORINO, G. *Profili Evolutivi Del Diritto Di Famiglia (Per Un'introduzione Storico-Sistemica)* in *Comparazione e diritto civile* 2, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018;

AVAGLIANO, M., *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2, 2017;

BAINHAM, A., *Men and women behaving badly: is fault dead in English Family Law?* In *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 21, 2001;

BAINHAM, A. *The privatization of the public interest in children*, in *Modern Law Review*, 53 1990;

BALLARANI G., *Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli*, in ZOPPINI A., SIRENA P., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018;

BALLARANI G., *Verso la piena autonomia privata in ambito familiare? in Diritto delle successioni e della famiglia*, V, 1, 2019;

BAUMAN, Z., *In Search of Politics*, Stanford University Press, Stanford, 2006;

BELLINI, C., *Common Law Marriage*, in F. B. D'USSEAUX e A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, Matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000;

BENSER, R. *Die Systematik des Privatrechts in Blackstone's "Commentaries on the Laws of England"*, Boyens, 1938;

BERRY M., BARONE KOLENC A., *Born-again RFRA: will the military backslide on its religious conversion?* In *Missouri Law Review*, 87, 2, 2022;

BIAGI GUERINI, R., *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989;

BLACK J. M., BRIDGE A. J, BOND, T., *A practical approach to family law*, Blackstone, Londra, 1989;

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, 1770;

BOELE-WOELKI, K., *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2005;

BOELE-WOELKI, K. (a cura di), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003;

BOELE-WOELKI, K. *The principles of european family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, 1, 2002;

BRADLEY D., *Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy in Maastricht Journal of European Law*, 1999;

BRADLEY, D. *Family Law and Political Culture*, Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1996;

BRADLEY, D., *Family law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di SMITS, J. M., Elgar Publishing, Cheltenham, 2006;

BRADLEY, D., *Reviewed works: family Law and social policy by J. Eekelar: state, law and family by M. Glendon*, in *The Modern Law review*, 42, 2, 1979;

BRINIG, M., *International Survey of family law*, Intersentia, Antwerp, 2019;

BROMLEY, P.M., *Bromley's family law*, a cura di LOWE, N.V., DOUGLAS, G., Oxford University Press, Oxford, 2021;

CAGGIA, F., *Per un uso politico del diritto di famiglia comparato*, in *Comparazione e Diritto Civile* 1, 2018;

CAVALERI, P., *Libertà politiche del minore e potestà educative dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in DE CRISTOFARO, M., BELVEDERE, A., (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980;

CHOUDRY, S., HERRING, J., *Comparative Family Law*; Cambridge University Press, Cambridge, 2019;

CICOUREL, A.V., *Kinship, marriage and divorce in Comparative Family Law*, 2, 1, 1967;

CICU, A., *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1965;

CICU, A., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1939;

CICU, A., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1955;

COLLINGWOOD, J., *Common Law Marriage, the case for a change in the Law*, Bramcate, Grove, 1994;

COMPORITI, M., *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionale e civilistici*, in *Iustitia*, 1985;

CRAIG, J. *Cohabitation: a call to action*, in *New Law Journal*, 3 marzo 2023;



- CRETNEY, S. M., *Family Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1997;
- CRETNEY S. *Privatising the family: the reform of Child law* in *The Denning Law Journal*, 4, 1989;
- CRETNEY S.M., *The codification of family law*, in *Modern Law Review*, 44, 1981;
- CRETNEY S.M., MASSON J., BAILEY-HARRIS R., *Principles of family law*, Sweet & Maxwell, Edinburgh, 2002;
- CRISCUOLI G. *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 2001;
- CRISCUOLI G., *Il matrimonio coatto*, Montaina, Palermo, 1979;
- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2000;
- CRISCUOLI, G. *La legge inglese sulla «surrogazione materna» tra riserve e proposte* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987;
- CRISCUOLI, G., *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, CEDAM, Padova, 1984;
- CUBEDDU, M.G, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei* in *Familia*, 2006;
- D'AMICO M., *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi.it*, 2016
- DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1980;
- DAVID, R. *Le droit de la famille dans le code civil Ethiopien*, Giuffrè, Milano, 1967;
- DAVIS, *Divorce Reform - Peering auxilium into the future*, in *Family law journal*, 1994,
- DI MASI, M. *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli, 2014;

- DE AGUIRRE, C. M. *The Evolution of Family Law: Changing the Rules or Changing the Game*, in *Brigham Young University Journal of Public Law*, 30, 2, 2016;
- DEECH, R., *Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights*, in *Global Governance*, 9, 4, 2003;
- DEL RE, M., *Inseminazione artificiale, fecondazione in vitro e trapianto di embrione: alla ricerca dei genitori perduti*, in *Temi romana*, 1985;
- DEWAR, J., PARKER, S., *English Family Law since World War II: From Status to Chaos in Cross Currents: Family Law and Policy in the US and England*, Oxford Academic, Oxford, 2000;
- DICKEY A., *Family Law*, Law Book Co., Sidney, 1990;
- DIDUCK A. *Law's families*, Cambridge. University Press, Cambridge, 2003;
- DIURNI, A. *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. Fam. Pers.*, 36, 3, II Giuffrè, Milano, 2007;
- DOSSETTI, M., *L'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio* in DOSSETTI, M. MORETTI M. MORETTI C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali successori e processuali L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Zanichelli, Modena, 2013;
- DOUGLAS, G., *Women in English family law: when is equality equity?* In *Singapore Journal of legal studies*, 2011;
- FERLITO I., *Gli accordi della crisi coniugale e l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018;
- FERRANDO, G., *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Separazione e divorzio*, I, in *Giur. sist. civ. comm.* 2003;
- FERRANDO, G., *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Familia*, 2001;

- FERRANDO G., *Il matrimonio*, in CICU A., MESSINEO, F., MENGONI I., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2015, 60;
- FERRARI, S., *Introduzione*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, 1992;
- FREEMAN, M. D. A. *Family Values and Family Justice Current Legal Problems*, Routledge, Londra, 1997;
- FREEMAN M. D. A., *Marriage and Divorce in England*, in *Family Law Quarterly*, 3, 29, 1995;
- FUSARO, A. *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?* in *Famiglia e diritto*, 11, 2018;
- GANDOLFI, G., *Profili civilistici della «fecondazione artificiale»* in *Giur. It.*, IV, 1986;
- GELDART W., *Elements of English Law*, Oxford University Press, Oxford, 1991;
- GIAIMO G., *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, Palermo, 1997
- GIAIMO G., *Il matrimonio nel diritto inglese*, CEDAM, Padova, 2007;
- GIAIMO G., *Matrimonio in diritto comparato*, in SACCO, R., *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Torino, 2013;
- GIAIMO G., *The status of the child nell'ordinamento giuridico inglese*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica. Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2013;
- GLENDON, M. A. *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and West-Europe*, The University of Chicago press, Chicago, 1989;
- GOLDBERG G. D., LOWE, N., *Legitimacy in English Law*, in *The Modern law review*, 35, 4, 1972;
- GRASSO, A. G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022;

GRAVESON, R. H., CRANE, C.R., *A Century of Family Law 1857-1957*, Sweet & Maxwell, Londra, 1957;

GRIFFITH J.A.G., *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, Milano, 1980;

GUTTERIDGE, H. C. *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1971;

HALLEY J., RITTICH K., *Critical directions in Comparative Family Law: genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism*, in *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010;

HALLEY, J., *What is family law?* In *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23, 1, 2011;

HONORATI, C., *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia*, in BARIATTI, S., RICCI, C., TOMASI, L., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007;

HUCH, R. *Urphänomene*, Atlantis, Zurigo, 1946;

JACKSON, V., *The formation and annulment of marriage*, Butterworths, Londra, 1969;

JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, in VASSALLI, F., *Trattato di Diritto Civile*, Utet, Torino, 1950;

JEMOLO, A. C., *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università Catania*, III (1948- 1949);

JOHNSON P., VANDERBECK R. M., *Sacred space, sacred words: religion and same sex marriage in England and Wales*, in *Journal of Law and Society*, 44, 2, 2017;

KAHN-FREUND, O. *The Content of the Undergraduate Course in General*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 9, 1966-1967;

KATZ, S. N., EEKELAR, J., MACLEAN M., *Cross currents: family law and policy in the US and England*, Oxford University Press, Oxford, 2000;

KENNEDY, D. *Savigny's Family/ Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, Oxford University Press, Oxford, 2010;

KINGSTON S., ROYCE - GREENSILL A., *Binding issues*, in *Family Law Journal*, November 2011;

KRAUSE, HARRY D., *Comparative Family Law: Past Traditions Battle Future Trends—and vice versa*, in REIMANN, M., ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law* Oxford University Press, Oxford, 2006;

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996;

LAMBERT, E. *Comparative Law*, in *Encyclopedia of the Social Sciences*, MacMillan, New York 1937;

LAMBERT, E., *Le droit commun de la S.d.N – Ses organes actuels – Ses organes à venir*, pubblicato in *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, I, Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1928;

LEONI, B., *Freedom and the Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 1991;

LEUZZI, S., *I trusts nel diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012;

LOCKWOOD, G., VANDANA N., CAPLAN, S., *Religion and belief discrimination at work: legal challenges in the UK*, in *Athens Journal of Law*, 3, 2023;

LO GIACCO, M.L., *Libertà religiosa, nuovi modelli familiari e filiazione in una prospettiva interculturale*, in FUCCILLO A., (a cura di) *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2017;

LOWE N., DOUGLAS G., HITCHINGS E., TAYLOR R., *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021;

LOWE, N. *The legal position of parents and children in English law*, in *Singapore Journal of legal studies*, 1994;

MACARIO, F., *Commento all'art. 10"*, in LIPARI N., *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Cedam, Padova 1988;

MACKINNON, F. in *Johnson's England*, a cura di TURBERVILLE, A.S., Clarendon, Oxford, 1933;

MAITLAND, F. *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, a cura di FISHER H. A.L., Kessinger, Cambridge, 1911;

MARELLA, M., *Critical Family Law* in *Journal of Gender, Social, Policy & the Law* 2011;

MARELLA, M. *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in *European Law Journal*, n. 12, 2006;

MARINI, G., MARELLA M., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Bari, 2014;

MARTINELLI, G., *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 2017;

MAZZONI, S. *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999;

MCCANDLESS J., SHELDON S., *The Humand Fertilization and Embryology Act (2008) and the tenacity of the sexual family form*, in *The Modern law review*, 2, 73, 2010;

MCHUGH, M. E., *Does serving your military mean you can't serve your God? Comparing an interest in obedience from service members to their religious freedom*, in *Rutgers Journal of Law and Religion*, 43, 2018;

MCILWAIN, C.H., *La Rivoluzione americana*, Il Mulino, Bologna, 1965;

MESSINETTI, D. *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 2005;

MILLAR J., WARMAN, A., *Family obligations in Europe*, Family Policy Studies Centre, Londra, 1996;

MIRANDA A., *A short introduction to the Italian Legal System*, Giappichelli, Torino, 2014;

MIRANDA A., *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Cedam, Padova, 1995;

MIRANDA, A. *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di common law*, in BRUNETTA D'USSEAUX, F., D'ANGELO A., (a cura di) *Matrimonio, matrimoni*, Giuffrè, Milano, 2000;

MIRANDA A., *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni* in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2018;

MIRANDA, A. *Multiculturalism in the Italian family law*, in *Annuario di Diritto Comparato e di studi legislative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019;

MIRANDA A., *Scelte esistenziali ed educative dei minori in diritto inglese ed italiano*, in *Rass. Civ.*, 1986;

MIRANDA, A., *State and Society - the "Legal Culture" in the "Interdisciplinary" Comparison between Legislation and Family Law and between Law in the Book and Law in Action*, in *Ius Comparatum*, vol. 2, 2022;

MIRANDA A., *Surrogate motherhood in Italy*, in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, a cura di MONEGER F., Société de législation comparée, Parigi, 2011;

MIRANDA, A., *The Bleeding of Legal Rules Between Rights and Limits, in the Age of Migration Flows and the Crisis of the Nations*, in COLOMBO, G. *Hybridizations, Contaminations, Triangulations: itineraries in Comparative Law Through the Legal Systems of Italy and Japan, special issue of The Italian Law Journal*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018;

MIRANDA, A., *The maintenance of the former spouse in a new judicial reconstruction: let's go living in the past* in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018;

MIRANDA, A., *Trapianti giuridici, circolazione dei modelli e persistenza della norma: l'insegnamento di Alan Watson*, in MIRANDA, A., *Diritto e tradizione. Circolazione, decodificazione e persistenza delle norme giuridiche*, ILA Palma, Palermo, 2004;

- MORELLI, M. R., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova, 1996;
- MORTATI, C., *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Giappichelli, Torino, 1971;
- MÜELLER-FREIENFELS W. *The emergence of «Droit de Famille» and «Familienrecht» in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003;
- MÜLLER-FREIENFELS, W. *The Unification of Family Law in American Journal of Comparative Law*, vol. 16, 1968;
- NICOLA, F. G., *Family law exceptionalism in Comparative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 58, 4, 2010;
- OBERTO, G., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9;
- PALAZZO, A., *Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo di trust*, in DOGLIOTTI M. e BRAUN A. (a cura di) *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003;
- PARKER D., *Legislation on human infertility services and embryo research*, in *Family Law*, 17, 1987;
- PARRY, M., *The law relating to cohabitation*, Sweet & Maxwell, Londra, 1998;
- PERA A., *Family law, religious marriage and sharia courts in western societies. one comparative insight on the English model*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2017;
- PINTO, F., *La separazione consensuale*, in FERRANDO, G., *Il nuovo diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2007;
- POULTER, S., *The definition of Marriage in English Law*, 42, 4, 1979;
- QUADRI, E. *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Dir. e giur.*, 118, 1, Jovene, Napoli, 2003;



RESCIGNO, P., *I rapporti personali fra coniugi*, in BELVEDERE A., GRANELLI C., *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Cedam, Padova, 1996;

RESCIGNO, P., *Introduzione al codice civile*, Laterza, Taranto; 1991;

RESCIGNO, P., *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002;

RESCIGNO, *Persona e Comunità*, Cedam, Padova, 1987;

RESCIGNO, F. *Se non ora quando? Principio di eguaglianza e laicità all'italiana*, in *Ianus*, n. 12, 2015;

RHOADES, H. *Concluding thoughts: The enduring chaos of family law*, in *Rights, Gender and Family Law*, a cura di WALLBANK, J., CHOUDHRY S., E HERRING, J., Routledge, Londra, 2010;

RIORDAN, P., *The purpose of the Law: the case of same sex marriage*, in *Studies: an Irish Quarterly review*, 103, 409, 2014;

ROPPO, V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA, G., ZATTI, P., Giuffrè, Milano, 2001;

ROSSI, E., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989;

RUSSO, E., *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1973;

SACCO R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto civ.*, vol. II, UTET, Torino, 1988;

SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 1992;

SACCO, R. *Legal formants. A dynamic approach to comparative law*, I, in 39 *American Journal of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 1991;

SACCO, R. *Legal formants. A dynamic approach to comparative law*, II, in 39 *American Journal of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 1991;

- SACCO R., GAMBARO A., *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, Torino, 2010;
- SAITTA, P., *La genitorialità “sociale” e la sua regolazione. Una rassegna europea*, in *Quaderni del CIRSDIG*, Messina, 2006;
- R. SALEILLES, *Rapport sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, Congrès de Paris, Paris, LGDJ, 1905;
- SALVI, C. *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli, 2008;
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Cento anni di «Diritto e giurisprudenza»*, in *Dir. giur.*, 1985;
- SANTORO-PASSARELLI, F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945;
- SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano, 1984;
- SARNARI, G., *Il diritto comunitario*, in M. BLASI-G. SARNARI, *I matrimoni e le convivenze “internazionali”*, Giappichelli, Torino, 2013;
- SARTORI, G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Rizzoli, Segrate, 2000;
- SCALISI, V. «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013;
- SCALISI, V. *La «famiglia» e le «famiglie»*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria di Luigi Carraro, CEDAM, Padova, 1986;
- SCALISI, V. *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 2013;
- SCHERPE, J. M., *Medically assisted procreation: this margin needs to be appreciated*, in *The Cambridge Law Journal*, 2, 71, 2012;
- SCHINDLER, D. *Recht, Staat und Völkergemeinschaft*, Schulthess, Zurigo, 1948;
- SERIO, M., *Osservazioni sul Family law act inglese del 1996*, in *Europa e dir. privato*, 1999;

- SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2023;
- STERN, K., *The regulation of assisted conception in England*, in *European Journal of Health Law*, 1, 1, 1994;
- P. TATCHELL, *New rights for unmarried partners*, in *New Law journal*, 1999;
- TRABUCCHI, A., *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, *Foro it.*, I, 1982;
- TRABUCCHI A., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. It.*, 1956;
- UNGARI, P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Il Mulino, Bologna, 2002;
- VON BERTALANFFY L., *General system theory. Foundations, development, applications*, Braziller, New York, 1969;
- VON HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960;
- VON SAVIGNY, F.K. *System des heutigen römischen Recht*, 1840-1849;
- WATSON A., *Comparative and legal change*, in *The Cambridge law Journal*, 37, 2, 1978;
- WATSON A., *Legal transplants*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1974;
- WATSON A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Atene e Londra, 1993;
- WATSON A., *Legal transplants and European Private Law in Ius Commune Lectures on European Private Law*, 2, Metro, Maastricht, 2000;
- WATSON A., *Society and legal change*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977;
- ZAJTAY, I., *Beiträge zur Rechtsvergleichung*, Mohr, Tubinga, 1976;

ZANATTA, A. L. *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 1977.

ZOPPINI, A., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo* in *Riv. dir. civ.*, 2002;

ZOPPINI, A., SIRENA, S., *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, RomaTre Press, Roma, 2018