

LA “CONTRATTUALIZZAZIONE” DELLE RELAZIONI  
FAMILIARI

THE “CONTRACTUALIZATION” OF FAMILY RELATIONSHIPS

*Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 826-851



Angela  
MENDOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

**RESUMEN:** È ormai sempre più diffusa la tendenza volta a discorrere di una "genitorialità che si materializza in un contratto", prospettandosi una trasposizione dello status filiationis dal campo naturalistico a quello negoziale che, se sembra aprire rilevanti spazi di autonomia, rischia nondimeno di patire soluzioni artificiose, non in linea con la salvaguardia dei delicati interessi e valori ivi riscontrabili. Di qui, la necessità e l'urgenza di regole che scongiurino il rischio della "contrattualizzazione" del rapporto di filiazione. La progressiva e sempre più inarrestabile espansione dell'autonomia privata deve essere, infatti, bilanciata dall'emersione di un ulteriore strumento di controllo della libertà contrattuale, quale risulta essere il principio della dignità della persona volto ad integrare quelli già consolidati di libertà, eguaglianza e solidarietà.

**PALABRAS CLAVE:** Autonomia privata; contratto; rapporto di filiazione; genitorialità.

**ABSTRACT:** *The tendency to talk about a "parenthood that materializes in a contract" is now increasingly widespread, with the prospected transposition of the "status filiationis" from the naturalistic field to the negotiation one, which, if it seems to open up significant spaces of autonomy, nevertheless risks suffering artificial solutions, not in line with the protection of the delicate interests and values found there. Hence the need and urgency of rules that avert the risk of the "contractualization" of the parentage relationship. The progressive and increasingly unstoppable expansion of private autonomy must be balanced, indeed, by the emergence of a further instrument for controlling contractual freedom, which is the principle of the dignity of the person, aimed at integrating the already consolidated ones of freedom, equality and solidarity.*

**KEY WORDS:** *Private autonomy; contract; parentage relationship; parenthood.*

**SUMARIO.- I. ILLICEITÀ E IMMERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA. 1. Divieto di gestazione per altri, stato di figlio formato all'estero e cc.dd. controlimiti. 2. I diritti successori del nato da madre surrogata e la tutela della dignità della gestante. II. LA NON INCIDENZA DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE NEI RAPPORTI FAMILIARI. 1. Convenzioni prematrimoniali e indisponibilità della filiazione.**

---

## I. ILLICEITÀ E IMMERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA.

Il diritto di famiglia, come noto, è stato sempre ritenuto impermeabile all'autonomia dei privati, tanto che ci si è chiesti se una materia in cui la posizione di una persona discende dal suo status possa essere disciplinata mediante un contratto<sup>1</sup>. Quando si pensa, ad esempio, ad una possibile relazione tra contratto e filiazione viene immediatamente alla mente il delicato fenomeno della c.d. gestazione per altri<sup>2</sup>. Dal punto di vista civilistico è ben noto che il contratto di maternità surrogata sia nullo, per illiceità della causa (ex art. 1343 c.c.), per contrarietà alla legge<sup>3</sup>, all'ordine pubblico, nonché al buon costume e, nel caso in cui esso sia diretto ad eludere le norme sull'adozione, perché in frode alla legge (art. 1344 c.c.). La nullità del negozio in questione procede anzitutto dal combinato disposto degli artt. 1418, comma II, 1325 e 1346 c.c., per difetto dei requisiti della possibilità e della liceità non potendo costituire oggetto di un atto di autonomia privata le parti del corpo - non essendo beni in senso giuridico - né il nascituro, vigendone un'"extrapatrimonialità"<sup>4</sup>. Sono, peraltro, violati i principi sanciti dagli

1 Cfr., in questo senso, la ricostruzione di PATTI, S.: "La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia", *Fam. pers. succ.*, 2005, 3-4, p. 197, per il quale conviene anzitutto verificare se può parlarsi di una tendenza generale «*From Status to Contract*». Cfr. ROSSI CARLEO, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, I, p. 235 che rinviene una correlazione in termini di complementarità fra status e contratto "considerati come modi e strumenti atti a coniugare istanze di ordine e di libertà nel diritto di famiglia, la cui specialità sussiste solo in presenza di regole volte ad armonizzare queste diverse istanze".

2 Il fenomeno della surroga di maternità si estrinseca nella contrattazione, a titolo oneroso ovvero gratuito, avente ad oggetto l'obbligo assunto da una donna di provvedere alla gestazione e al parto per conto di una coppia sterile committente. Si è soliti individuare due distinte ipotesi ovvero sia la "surrogazione per sola gestazione" e la "surrogazione per concepimento e gestazione" che si hanno nei casi, rispettivamente, di solo accoglimento in grembo dell'embrione ovvero di contribuzione alla gestazione.

3 Con riguardo alla prole procreata per effetto del ricorso alla maternità surrogata, SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, p. 952 ss., parla, infatti, di "filiazione illegale", perché ottenuta "per mezzo di pratiche non consentite dalla legge".

4 In questo senso, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Diritto all'integrità della persona", al punto n. 2 lett. c) prescrive il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro. Cfr. Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile del 1997 per cui, all'art. 21, "il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto". Cfr. RESTA, G.: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità" (note a margine della Carta dei diritti), *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, p. 808 per cui "il corpo, le sue parti e le sue informazioni tendono prevalentemente ad incanalarsi lungo i binari della *market-indalienability*".

• **Angela Mendola**

Professore a contratto di diritto privato, Università degli studi di Salerno. Email: amendola@unisa.it.

artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., nonché le norme in materia di filiazione, famiglia e adozione.

Per giunta, il contratto di surrogazione di maternità integra una fattispecie contrattuale atipica che non supera lo sbarramento del controllo in positivo, costituito dalla meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, ravvisandosi un'evidente difformità con le disposizioni in difesa della persona umana in connessione con la certezza del relativo *status* di filiazione nonché con i rapporti familiari. La liceità e la meritevolezza del detto contratto, ancor prima che col divieto di cui alla L. n. 40/2004, erano, infatti, misurate con l'istanza di tutelare la dignità umana della gestante<sup>5</sup>.

Come in altre ipotesi<sup>6</sup>, il sistema giuridico impone, tuttavia, un bilanciamento dei diritti sistematicamente correlati, degli interessi e dei valori in collisione: dei quali, cioè, si esige una ponderazione, non determinata a priori, ma da compiersi in relazione agli elementi della fattispecie concreta. Ciò che rileva, al fine di verificare la violazione o meno dell'ordine pubblico, è, infatti, l'effetto prodottosi, vale a dire se esso sia o meno inaccettabile, in quanto incompatibile con i principi collocati alla base dell'ordinamento giuridico<sup>7</sup>. Nella "gestazione per altri", segnatamente, la lesione della dignità della gestante, concretizzatasi con la conclusione del contratto di maternità surrogata, va, quindi, inderogabilmente bilanciata con la violazione dell'interesse del minore, che si inverte *ex post*<sup>8</sup>, ovvero nella sottrazione dello

5 Sul rapporto tra la maternità di sostituzione ed il principio costituzionale di dignità umana, cfr. CORTI, I.: "La maternità per sostituzione", Giuffrè, Milano, 2000, p. 33 ss. Cfr. BUSNELLI, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 570 ss.

6 Ad esempio, per l'art. 4, legge n. 194/1978, l'interruzione volontaria della gravidanza può avvenire esclusivamente a determinate condizioni, cioè entro i primi novanta giorni e sempre che la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza stessa, il parto o la maternità possano arrecarle un serio pericolo per il suo stato di salute, per le sue condizioni economiche o familiari, per le circostanze in cui è avvenuto il concepimento ovvero, ancora, per gravi anomalie o malformazioni del concepito. Come noto, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, *Foro it.*, 1975, cc. 515 ss. ha affermato che nel bilanciamento tra il "diritto a venire al mondo" del nascituro (quale si desume dagli artt. 2 e 31 Cost.) e l'altro, distinto, alla tutela del benessere psico-psichico della madre (art. 32 cost.), è quest'ultimo a imporsi dal momento che "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare". Rilevante, in argomento, risulta il rinvio alla recente pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti del 24 giugno 2022 - *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization* (No. 19-1392. *Argued December 1, 2021*), in [www.supremecourt.gov](http://www.supremecourt.gov) ove, in applicazione della dottrina dell'*original intent*, si nega il diritto della donna ad abortire atteso che "la Costituzione degli Stati Uniti non fa alcun riferimento all'aborto e nessun diritto del genere è implicitamente protetto da alcuna disposizione", ribaltandosi la storica sentenza *Roe c. Wade*, del 22 gennaio 1973, che, invece, a fronte di una interpretazione evolutiva della carta costituzionale, riconosceva il diritto costituzionale della donna all'aborto, legalizzandolo.

7 IRTI, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, p. 484.

8 OSSERVA BALLARANI, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore, (tra norme e principi)", in "Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità", Atti del 13° Convegno Nazionale SISIDC, 3-4-5 maggio 2018, a cura di PERLINGIERI, P., GIOVA, S., Esi, Napoli, 2019, p. 366, come, in materia, l'interesse del minore assuma carattere "intrinsecamente secondario e a scopo assertivamente rimediabile, valutandosi esclusivamente *ex post*, a condotta posta in essere".

stesso a coloro che, fino a un dato momento, costui aveva conosciuto come i suoi genitori<sup>9</sup>.

L'attribuzione dello stato di figlio, nei casi di nascita da madre surrogata, chiede infatti di verificare l'eventuale consolidarsi di situazioni affettive con i genitori richiedenti la pratica di sostituzione di maternità, la cui rimozione facilmente recherebbe danno ai soggetti coinvolti<sup>10</sup>. Tanto si ricava dalle sentenze *Menesson v. Francia* e *Labassee c. Francia*, con cui la Corte di Strasburgo ha condannato la Francia, per violazione dell'art. 8 CEDU, per non aver trascritto i rapporti di filiazione derivanti da contratti di maternità surrogata stipulati negli Stati Uniti<sup>11</sup>. Si pensi, ancora, al caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, concernente una coppia di coniugi italiani che lamentava la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, per non aver ottenuto la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato in Russia, tramite gestazione per altri - atteso il divieto imperante in Italia, all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 - e conclusosi con una condanna del nostro paese per non aver considerato i legami di fatto instauratisi tra i ricorrenti ed il minore<sup>12</sup>. Problematica questa esaminata, da ultimo, dalla *Grande Chambre*, su richiesta della *Cour de Cassation*, allorché la Corte EDU, in difetto di un orientamento omogeneo delle legislazioni e della giurisprudenza europea, si è pronunciata sullo stato dei figli

- 9 Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, *Vita not.*, 2015, 2, pp. 676 ss., con nota di MENDOLA, A.: "L'interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata", per cui è contrario all'ordine pubblico e non è pertanto riconoscibile l'atto amministrativo straniero che dichiara il nato a seguito di un contratto di maternità surrogata, concluso per una finalità lucrativa e nella vigenza dell'art. 12 comma 6 l. 19 febbraio 2004 n. 40, figlio della madre e del padre committenti allorché questi ultimi siano privi di qualsivoglia legame biologico con lo stesso. Lo scrutinio della Corte, in tal caso, ha dapprima investito la questione della veridicità dell'atto di nascita per l'ordinamento giuridico di emissione, atteso che la coppia ha eluso prima di tutto la legge straniera e, solo successivamente, ha dichiarato all'anagrafe italiana il minore quale figlio biologico tanto da essere sottoposta a procedimento penale per il delitto di alterazione di stato. Nel caso in esame, si assiste, a ben vedere, ad uno scontro tra principio di legalità ed interesse del minore, che conduce la Cassazione a negare al nato, non geneticamente riconducibile ad alcuno dei due committenti, lo status di figlio degli stessi e a dichiararne l'adottabilità perché in stato di abbandono, in quanto "figlio d'ignoti". La decisione è destinata a non mutare anche nell'impero della disciplina straniera poichè il certificato di nascita, pur se apostillato, e la stessa legge ucraina in materia di maternità surrogata sono contrari all'ordine pubblico tanto da non poter trovare efficacia ed applicazione in Italia, ai sensi degli artt. 65 e 16 della L. n. 218/1995.
- 10 TURLON, F.: "Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e *favor veritatis*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, p. 719; VARANO, C.: "La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, p. 830.
- 11 Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Menesson v. Francia*, e Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Labassee v. Francia*, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Cfr. AKkrèt n° 281 du 19 mars 2014 - *Cour de cassation - Première chambre civile*, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), che negava il riconoscimento di effetti ad un rapporto di filiazione costituito all'estero attraverso un contratto di maternità surrogata, proprio in applicazione del limite della *fraude à la loi*. Cfr. altresì Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet v. Francia*, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Si rinvia anche ad *Arrêt n. 638 du 5 octobre 2018 - Assemblée plénière*, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), con cui la Cassazione francese ha richiesto il primo parere "preventivo" alla Corte europea dei diritti dell'uomo, conformemente alle previsioni del Protocollo n. 16 addizionale alla CEDU, che prevede che i giudici nazionali possano rivolgersi alla Corte di Strasburgo per ottenere un parere consultivo in merito all'interpretazione oppure all'applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione. Cfr. O'LEARY S., EICKE, T.: "Some Reflections on Protocol No. 16", *European Human Rights Law Review*, 2018, 3, pp. 220 ss.
- 12 Corte eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli v. Italia*, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), per il cui commento si rinvia a VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. e dir.*, 2015, 3, pp. 306 ss.

nati da maternità surrogata<sup>13</sup>, concludendo in favore dell'adozione da parte dei soggetti richiedenti tale pratica, al fine di salvaguardare la continuità affettiva e fornire adeguata tutela al nato e, al contempo, impedire che si giunga a legittimare la tecnica de qua<sup>14</sup>.

Nell'ordinamento giuridico italiano, per effetto di una incessante attività ricostruttiva della giurisprudenza, la necessità di salvaguardare l'interesse del minore alla continuità affettiva è alla base del riconoscimento della c.d. adozione in casi particolari: il genitore non biologico può adottare il nato da madre surrogata ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983<sup>15</sup>. Tuttavia, in base all'art. 55, l. n. 184 del 1983, che applica all'adozione in casi particolari la disciplina di cui all'art. 300 c.c., propria dell'adozione piena, non possono sorgere legami di parentela tra l'adottato e la famiglia del genitore adottante<sup>16</sup>. Ciò fino alla recente sentenza del Giudice

- 13 LAMARQUE, E.: "La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali (prime riflessioni in vista della ratifica del Prot. 16 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo)", Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.
- 14 Corte eur. dir. uomo, *Grande Chambre*, 8 maggio 2019, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Per una disamina, cfr. RICCARDI, L.: "Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano", *Freedom, Security and Justice: European Legale Studies*, 2019, 2, pp. 160 ss.; MARTONE, A.: "La maternità surrogata e la convergenza tra *favor veritatis* e *favor minoris*", in AA.VV., "CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno", a cura di DI STASI, A., Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2020, pp. 717 ss.
- 15 Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, *Foro it.*, 2014, I, c. 2743; nonché *Dir. fam. pers.*, 2015, I, pp. 174 ss., con nota di CIPRIANI, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali". Cfr. Trib. min. Roma, 23 e 30 dicembre 2015, *Fam. e dir.*, 2016, 6, p. 584 ss., con nota di SCALERA, A.: "Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma". Cfr. Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, *Foro it.*, 2016, 7-8, I, cc. 2342 ss., per cui l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie, la Suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di una bambina, di circa sei anni di età, da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, avendo accertato in concreto l'idoneità genitoriale dell'adottante e, quindi, la corrispondenza all'interesse della minore).
- 16 Secondo parte della dottrina, ancorché la lettera dell'art. 74 c.c., così come riformato per effetto della l. n. 219 del 2012, preveda espressamente l'esclusione del vincolo di parentela solo con riguardo agli adottati maggiori di età, è necessario procedere ad un'interpretazione estensiva del testo di legge, in ragione della sostanziale identità, in punto di effetti, della disciplina tra adozione dei maggiorenni e quella c.d. in casi particolari. La contraria soluzione, del resto, finirebbe per modificare radicalmente gli effetti di quest'ultima, equiparandola sostanzialmente a quella ordinaria. È la tesi di SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. e dir.*, 2013, 3, pp. 236 ss., per il quale non è ipotizzabile una terza via che, fatti salvi i caratteri dell'adozione in casi particolari, ammetta anche la creazione di coesistenti rapporti di parentela dell'adottato con i genitori biologici e con quelli adottivi. Ciò significherebbe collocare il figlio in più famiglie, stravolgendo la natura stessa della società familiare. Per altra parte di dottrina, invece, il richiamo dell'art. 55, l. n. 184/1983, in tema di adozione di minori in casi particolari, alle norme del codice sull'adozione dei maggiorenni, ha convinto a ritenere lo stesso abrogato, per effetto del riformato art. 74 c.c., nella parte in cui rinvia all'art. 300, comma II, c.c., ultimo periodo, secondo il quale "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra (...) l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge". In tale ultimo senso MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, p. 839, nt. 5, per cui, peraltro "non pare poter essere utilizzato, al fine di affermare la formale compatibilità tra il nuovo art. 74 ed il combinato disposto di cui all'art. 55 della legge sull'adozione con l'art. 300 c.c., il riferimento di quest'ultima disposizione alle "eccezioni previste dalla legge", considerando l'adozione del minore di età in casi particolari una di quelle ipotesi di eccezione alla mancanza di effetti legittimanti delle adozioni sottoposte alla disciplina dell'art. 300

delle Leggi, n. 79 del 28 marzo 2022, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del predetto art. 55 nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 8 CEDU che sancisce il diritto alla vita privata e familiare<sup>17</sup>. In altre parole, in attesa di un intervento del legislatore, secondo la Corte costituzionale, il nato da madre surrogata, adottabile ex art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983 dal genitore c.d. intenzionale, può stringere relazioni parentali anche con la famiglia del genitore non genetico, in piena rispondenza al principio di unicità dello stato di figlio, introdotto dalla l. n. 219 del 2012 all'art. 315 c.c., e del diritto del minore ad avere una famiglia<sup>18</sup>. "La spinta del principio di uguaglianza, alla luce delle evoluzioni della coscienza sociale ha, dunque, inciso", per la Corte, sulla concezione stessa dello status di figlio che riflette l'appartenenza a una comunità familiare "secondo una logica fondata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il migliore interesse del minore"<sup>19</sup>.

#### **I. Divieto di gestazione per altri, stato di figlio formato all'estero e cc.dd. controllimiti.**

Per una parte della giurisprudenza, partendo dall'assunto per cui "le conseguenze della violazione (...) dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato"<sup>20</sup>, "il principio del best interest dei minori a vedere riconosciuto il proprio status di figli non ha valenza assoluta, ma nondimeno potrebbe cedere unicamente di fronte ad altri interessi e valori di rilevanza costituzionale primaria e vincolanti per il legislatore ordinario"<sup>21</sup>. La tutela

---

c.c. Il richiamo alle eccezioni di legge di cui all'art. 300 c.c. è, infatti, indubbiamente rivolto al singolo effetto di parentela e non alla possibilità che un'adozione pur astrattamente ricadente nel tipo regolato possa avere effetti di parentela".

- 17 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, [www.rivistafamiglia.it](http://www.rivistafamiglia.it), 16 maggio 2022, con nota di TREZZA, R.: "I correttivi 'funzionali' all'istituto dell'adozione in casi particolari".
- 18 Diritto riconosciuto anche con riferimento alla c.d. adozione mite, come si evince da Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, *Foro it.*, 2021, 6, cc. 2074 ss., con nota di MENDOLA, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", per cui il giudice, chiamato a decidere sulla dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono, deve accertare l'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione "piena" una "extrema ratio", alla quale dover preferire, ricorrendone i presupposti, la cd. adozione mite, idonea a non recidere del tutto il rapporto tra il minore e la famiglia di origine.
- 19 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.
- 20 Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, *Dir. fam. pers.*, 2017, 1, pp. 52 ss., per cui non contrasta con l'ordine pubblico e, dunque, può essere trascritto in Italia l'atto di nascita formato all'estero in cui un bambino è registrato come figlio di due madri (colei che lo ha partorito e quella che ha donato l'ovulo, fecondato con seme di uomo anonimo).
- 21 App. Trento, 23 febbraio 2017, *Corr. giur.*, 2017, 7, pp. 935 ss., con note di FERRANDO, G.: "Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore" e di TUO, C.E.: "Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore" (in commento anche a Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017); *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, pp. 986 ss., con nota di CALDERAI, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", (in commento anche a Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017), cit.

predetta costituisce, infatti, principio di ordine pubblico e impone di riconoscere continuità transnazionale allo status di figlio validamente formato all'estero, salvo che vi ostino, quali controlimiti, interessi e valori di rilevanza costituzionale<sup>22</sup>, tra i quali, per il predetto orientamento, "non rientrerebbe il divieto di accesso alla gestazione per altri"<sup>23</sup>.

L'impostazione così delineata, tuttavia, non risulta condivisibile, non solo per la ristretta nozione di ordine pubblico, limitata ai precetti costituzionali<sup>24</sup>, ma sol che si consideri che la nostra carta costituzionale non cristallizzi esplicitamente il divieto di maternità surrogata - essendo essa un contenitore di valori e principi supremi<sup>25</sup> e non un insieme di regole o divieti - ma lo preveda ugualmente, sia pur implicitamente, come ricavabile a contrario proprio dagli articoli a presidio della dignità umana.

Di talché, le Sezioni Unite, con sentenza n. 12193 del 2019, hanno negato la trascrizione, in Italia, del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione italiano, trovando essa un controlimite nel principio di ordine pubblico rappresentato dal divieto di surrogazione di maternità<sup>26</sup>, posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, "prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione"<sup>27</sup>. Ed infatti, ai sensi dell'art. 18,

22 Cfr. PERLINGIERI, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", *Esi*, Napoli, p. 537. Cfr. *Id.*, "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1990, I, p. 114. Per l'A. l'unitarietà dell'ordinamento esige di ravvisare, nelle norme costituzionali e nei valori che esse esprimono, i principi fondamentali e generali caratterizzanti ciascun settore normativamente rilevante.

23 Per App. Trento, 23 febbraio 2017, cit. "è stato dichiarato efficace in Italia a norma dell'art. 67, L. n. 218 del 1995 il provvedimento giudiziale straniero che attribuisce la co-genitorialità al compagno del padre biologico dei minori, già riconosciuto genitore degli stessi, nati da gestazione per altri mediante impianto nella gestante di un ovocita proveniente da una donatrice e fecondato con il seme del padre". La Corte accoglie la ristretta nozione di ordine pubblico, limitata ai principi costituzionali, offerta da Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

24 Cfr. Cass. civ., (ord.) 22 febbraio 2018, n. 4382, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) la quale critica la limitata nozione di ordine pubblico offerta da Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. e rimette la questione della definizione della nozione di "ordine pubblico internazionale" alle Sezioni Unite.

25 Cfr. al riguardo MENGONI, L.: "Il diritto costituzionale come diritto per principi, "Ars Interpretandi", 1996, pp. 102 ss.

26 Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Famiglia*, 2019, 3, pp. 345 ss., con nota critica di BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?"; *Fam. e dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss., con note di DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri" e di FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento". Cfr., *Trib. Roma*, 27 luglio 2018, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, pp. 496 ss. con nota di BARONE, I.: "Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale" per cui "è contraria all'ordine pubblico la condotta del cittadino italiano che abbia fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata in uno Stato estero con conseguente riconoscimento della genitorialità in capo a due persone di sesso maschile".

27 Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. Critica, l'impostazione di CORDIANO, A.: "«C'era una volta e una volta non c'era...»: l'interesse del minore nella pronuncia delle Sezioni unite in tema di maternità surrogata", *Relazione tenuta a San Benedetto del Tronto, il 12 settembre 2019, in occasione della Scuola*

d.P.R. n. 396 del 2000, gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico e, parimenti, in base agli artt. 16 e 64, L. n. 218 del 1995, la legge e la sentenza straniere non possono trovare, rispettivamente, applicazione e riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano qualora i loro effetti siano contrari all'ordine pubblico<sup>28</sup>.

Il punto, però, è che le Sezioni Unite hanno declinato diversamente la nozione di ordine pubblico internazionale<sup>29</sup>, consentendo la trascrizione dell'atto di nascita (e, quindi, la costituzione del legame) rispetto al solo genitore biologico, non anche, quindi, nei confronti di quello intenzionale (il quale può solo adottare il nato ex art. 44, lett. d, l. n. 184 del 1983), solo perché privo quest'ultimo di qualsivoglia collegamento genetico con il nato. Come a dire che, anche a fronte di un divieto "assoluto" come quello di maternità surrogata, la clausola dell'ordine pubblico prevale irragionevolmente solo in mancanza di derivazione biologica con il nato<sup>30</sup>.

Tanto che, la Cassazione civile, con pronuncia del 29 aprile 2020, n. 8325, ha ritenuto che ci siano i presupposti per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2014, 18, d.P.R. n. 396 del 2000, e 64 comma 1, lett. g, l. n. 218/95, nella parte in cui non

---

estiva dell'Associazione Dottorati di Diritto privato, per la quale si tratta di un bilanciamento "solo apparente con quello che dovrebbe essere il vero centro argomentativo di tutta questa vicenda, ovvero, su quale sia realmente l'interesse del minore nei riguardi del rapporto con il genitore di intenzione". Osserva SALVI, G.: "Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità", *Esi*, Napoli, 2018, p. 72 che "secondo un corretto bilanciamento dei valori in gioco, non può darsi prevalenza assiologica alla logica punitiva nei confronti dei genitori che pongano in essere un contegno riprovato dal nostro sistema giuridico, rispetto alla logica di tutela del bambino, quale persona meritevole di speciale protezione".

- 28 Al riguardo, per DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolgono le due madri", cit., p. 676 il "Tribunale o la Corte d'Appello, investiti di analoga questione, potrebbero esprimere contrario avviso" ed "eventualmente sollevare questione di legittimità costituzionale, non tanto sul divieto di maternità surrogata, che avrebbe poche probabilità di essere accolto, ma semmai, riguardo agli artt. 16, l. n. 218/1995 e 18, d.P.R. n. 396/2000, già ricordati, circa l'impossibilità o la possibilità di dichiarare efficace in Italia un provvedimento straniero che riguardi la maternità surrogata, stante il divieto della legge italiana".
- 29 Per Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.
- 30 Lo rileva efficacemente CORDIANO, A.: *op. cit.*, la quale sottolinea altresì come "la Corte ometta di considerare il tempo del bambino, quale elemento valoriale imprescindibile nella costruzione reciproca del legame e, di qui, nella valutazione della fattispecie della *surrogacy*: il tempo di vita e di accudimento, quello che segue alla nascita, quello del percorso giudiziario, quello del radicamento nel luogo e nello spazio"; "questo tempo", conclude l'A. "acquisisce per il bambino un ruolo essenziale". Preferibile sarebbe, allora, secondo FERRANDO, G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 820, distinguere la sanzione da comminare per la condotta dei genitori dalla questione attinente allo *status* del figlio sicché si dovrebbe impedire che l'interesse del minore possa essere oggetto di una valutazione astratta, occorrendo piuttosto una disamina in concreto, atta a considerare l'intensità e la durata del legame con il genitore sociale. Per l'A., a prescindere dal grado di disvalore che venga attribuito alla maternità surrogata "si deve infatti tenere presente che, in materia di *status*, il legislatore ha definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria: se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento", conclude l'A., "allora non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori".

consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento, nell'atto di stato civile di un minore procreato con la maternità surrogata, del cosiddetto genitore di intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost.<sup>31</sup>. Secondo la Corte, infatti, l'interpretazione delle Sezioni Unite impedirebbe l'esercizio, da parte del minore, del diritto all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla carta costituzionale, attesa l'impossibilità di sancire la genitorialità legale del genitore d'intenzione, con la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione<sup>32</sup>.

Ebbene, la Corte Costituzionale, con le pronunce n. 32 e 33 del 9 marzo 2021<sup>33</sup>, sul presupposto che i nati da tali tecniche siano titolari di diritti indipendentemente dalle modalità di concepimento, ha ravvisato la necessità di un intervento del legislatore, in punto di *status filiationis* e adozione, al fine di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti<sup>34</sup>. La coniugalità eterosessuale e la generatività biologica non sono più condizioni imprescindibili per la definizione di un vincolo di filiazione<sup>35</sup>, eppure evidente è la condizione deteriore dei soggetti in questione rispetto a quella di tutti gli altri

31 Quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, che designano lo statuto dei diritti inviolabili dei minori, e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Così, Cass. civ., 29 aprile 2020, n. 8325, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). La Cassazione civile si pronuncia in seguito a Corte eur. dir. uomo, *Grande Chambre*, 10 aprile 2019, Parere consultivo sulla richiesta preventiva dell'Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese (*Arrêt n. 638, 5 octobre 2018*), in merito al caso *Menesson c. Francia*, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), con cui i Giudici di Strasburgo si sono posti in contrasto con Cass. civ., Sez. Un., n. 12193 del 2019.

32 Cass. civ., 29 aprile 2020, n. 8325, *Dir. fam. pers.*, 2020, 3, pp. 960 ss. Per la Corte, "l'affermazione dell'esclusione in via generale e aprioristica del riconoscimento, attribuita, da parte delle Sezioni Unite, alla scelta sanzionatoria del legislatore non tiene inoltre in alcun conto la legislazione del paese in cui è avvenuta la nascita e il riconoscimento. Invero, non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la "maternità surrogata" altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo status di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici", conclude la Corte, va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale".

33 Per cui sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004 e 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo e agli artt. 8 e 14 CEDU, nella parte in cui non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, poiché tale aspetto impinge sulla discrezionalità spettante al legislatore, il che non esclude l'impellenza di una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, attraverso l'intervento del legislatore, attesa l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari.

34 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, nonché *Fam. e dir.*, 2021, 7, pp. 677 ss., con nota di DOGLIOTTI, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?".

35 È l'efficace sintesi formulata da ZAMBRANO, V.: "Tra principio di uguaglianza e responsabilità: diversi itinerari di tutela del minore", *Revista de Direito Brasileira*, 2019, 8-9, p. 392.

nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo<sup>36</sup> o del tipo di tecnica di fecondazione impiegata. I nati da queste pratiche, proprio perché destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, in quanto non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono, infatti, gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi<sup>37</sup>.

Proprio per tali ragioni, la I sezione civile della Cassazione, con pronuncia del 21 gennaio 2022, n. 19842, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite perché si pronunci sul tema della maternità surrogata. Ciò soprattutto in conseguenza della precitata pronuncia n. 33 del 2021, che ha accertato l'inidoneità in questa materia del ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983: v'è, in altre parole, da comprendere se tale ultimo orientamento abbia comportato il superamento del diritto vivente sancito dalla citata sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite della Cassazione - che, invece, prevedevano siffatta adozione in casi particolari quale soluzione percorribile - determinando di conseguenza un vuoto normativo<sup>38</sup>.

## 2. I diritti successori del nato da madre surrogata e la tutela della dignità della gestante.

L'individuazione dello statuto giuridico del soggetto generato da madre surrogata, di per sé già ardua, rende il presente studio ancora più intricato con riguardo alla definizione della disciplina mortis causa. Come, infatti, sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il nato dalle dette pratiche è sottoposto ad uno stato di assoluta incertezza giuridica, in special modo successoria, non potendosi discorrere del medesimo quale successibile ex lege, rispettivamente, della madre e del padre "sociali"<sup>39</sup>, anche con riguardo al caso in cui il padre committente (id est "sociale") sia quello biologico<sup>40</sup>. Limitatamente al sistema giuridico italiano, infatti, in virtù dei citati artt. 269, comma 3, e 231, c.c., il nato da madre surrogata risulta essere titolare di diritti successori, sub specie di successione

36 L'art. 5, l. n. 40 del 2004, vieta alle coppie omosessuali di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita.

37 La loro condizione, per il Giudice delle Leggi, rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Sulla condizione giuridica dei figli cc.dd. incestuosi, sia consentito il rinvio a MENDOLA, A.: "Le mobili frontiere della filiazione", in *Quaderni di Familia*, dir. da PATTI, S., Pacini, Pisa, 2020, pp. 50 ss.

38 Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 10 maggio 2022, con nota di MORACE PINELLI, A.; "Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite".

39 Cfr. Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, cit., e Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, cit., laddove si è stabilito che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione da parte delle autorità francesi incide in negativo sui diritti di successione dei figli nati all'estero da madre surrogata. Questi ultimi, infatti, possono ereditare dai genitori che hanno fatto ricorso alla surrogazione di maternità solo se istituiti come eredi.

40 Cfr. GATTO, A.: "Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare", *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, pp. 1091 ss.

legittima ex art. 565 ss., c.c., solo ed esclusivamente verso la gestante ed il di lei marito e non anche verso i genitori sociali.

Corre, quindi, sottolineare che l'applicazione della disciplina legislativa sarebbe in sé in grado di tratteggiare una posizione discriminata, quanto ai diritti successori, del nato da pratiche di gestazione per altri rispetto alle altre "categorie" di figli, ormai ricondotte ad unità, per effetto della l. n. 219/2012. L'intento semplificativo e la conseguente eliminazione di ogni distinzione fra la prole nata dentro e quella generata fuori il matrimonio, così come operata dalla riforma, parrebbero, allora, traditi dal persistere di un *tertium genus*: quello, appunto, dei nati da procreazione medicalmente assistita, nella forma della surrogazione materna.

Trattasi, invero, di disparità che rinviene la propria ragione giustificatrice nell'ottica del bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti e nella natura stessa dei diritti successori tale per cui, vertendo essi sul campo degli interessi patrimoniali e non già sulla sfera di quelli personali, tollerabili sarebbero eventuali profili pregiudizievoli. Diversamente a dirsi, invece, relativamente all'interesse pubblico alla dignità della madre surrogata rispetto al quale nessuna norma è tale da giustificare una lesione<sup>41</sup>, vieppiù se a fronte della salvaguardia di un diritto "patrimoniale" del minore, quale risulta essere quello successorio. Come, infatti, sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, "il diritto di proprietà" - di cui chiaramente l'attribuzione ereditaria è espressione - "sarebbe destinato a recedere di fronte a valori costituzionali di maggior rilievo"<sup>42</sup> quali, nei casi suddetti, la dignità, nonché il diritto di procreare<sup>43</sup>, l'intangibilità del corpo ed il diritto di autodeterminarsi della donna che, in tali situazioni, diventa mera fattrice (*rectius*: madre "portante"<sup>44</sup>).

41 Sul punto, interessante è il contrario parere della Corte costituzionale portoghese, reso con la decisione del 24 aprile 2018, la quale, affrontando direttamente la legittimità costituzionale della gestazione per altri, ritiene quest'ultima (fatta esclusione per alcune parziali censure di incostituzionalità, relative ad esempio all'assenza del diritto al ripensamento della donna o all'automatica previsione dell'attribuzione al nato dello stato di figlio dei genitori d'intenzione o, ancora, a quelle disposizioni che non disciplinano dettagliatamente l'accordo tra la madre gestante ed i committenti) rispettosa del principio della dignità umana, *sub specie* di libertà della donna di autodeterminarsi. Tale pronuncia leggasi in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Per un commento alla stessa, si rinvia a SCHILLACI, A.: "Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri", [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 aprile 2018.

42 Osserva Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, *Riv. dir. int.*, 2015, 3, 1022 ss. Cfr. ROLLI, R.: "La proprietà come diritto dell'uomo?", *Contr. e impr.*, 2011, 4-5, pp. 1014 ss.

43 Il diritto di procreare è tutelato, sia pure implicitamente: dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino; dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato, a New York, il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale dell'O.N.U. e ratificato dall'Italia con la legge 25 ottobre 1977 n. 881; dall'art. 1 della legge 22 maggio 1978 n. 194, che afferma "il diritto alla procreazione cosciente e responsabile", garantito dallo Stato. Sul diritto alla procreazione come diritto della personalità, cfr. PERLINGIERI, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", cit., p. 174 ss.; *Id.*, "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative", in "La procreazione artificiale tra etica e diritto", a cura di FERRANDO, G., Cedam, Padova, 1989, p. 143.

44 In questi termini, si pronuncia CORTI, I.: "Maternità per sostituzione e dignità umana", *Genius*, 2017, 2, pp. 23 e 27 (nota ad App. Milano, 25 luglio 2016), che discorre altresì di "madre altra". Sul tema, cfr. SGORBATI, B.: "Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore", *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), 2016, 2, pp. 111 ss.

Si discute, in altre parole, di una “genitorialità che si materializza in un contratto”<sup>45</sup>, prospettandosi una trasposizione dal campo naturalistico a quello negoziale che, se sembra aprire rilevanti spazi di autonomia, rischia nondimeno di patire soluzioni artificiose, non in linea con la salvaguardia dei delicati interessi e valori riscontrabili<sup>46</sup>. Di qui, la necessità e l’urgenza di regole che scongiurino il rischio della “contrattualizzazione” della filiazione ad opera dei “genitori d’intenzione”, come pure il possibile sfruttamento di soggetti deboli, titolari del diritto di crescere in un ambiente familiare, ma anche di essere protetti dalla società.

## II. LA NON INCIDENZA DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE NEI RAPPORTI FAMILIARI.

Da quanto sin qui emerso, si evince come oggi si assista “da una parte ad una maggiore elasticità dello status che, visto come strumento di protezione, perde gradualmente una serie di caratteri, dall'altra ad una funzionalizzazione del potere di autonomia che fa emergere il rilievo della comunità in considerazione della posizione del soggetto”<sup>47</sup>.

Invero, il diritto di famiglia ha, tradizionalmente, costituito limite indiscusso all'autonomia contrattuale, in ragione di una indisponibilità pressoché totale delle situazioni giuridiche soggettive inerenti ai rapporti familiari. Basti pensare che il matrimonio costituisce un atto “a struttura complessa”, una vera e propria fattispecie a formazione progressiva nell’ambito della quale il consenso dei nubendi, da solo, non è idoneo a produrre l’effetto, occorrendo altresì un atto di natura amministrativa e cioè, ai sensi degli artt. 107 e 108 c.c., che l’ufficiale di stato civile dichiara le parti unite in matrimonio<sup>48</sup>.

Una simile impostazione rispecchiava, come noto, una concezione della famiglia c.d. istituzionale ovvero di formazione sociale rivolta al perseguimento di finalità pubblicistiche, portatrice di interessi assoluti e trascendenti quelli dei suoi membri. Da qui, la qualificazione degli atti familiari in termini di atti in senso stretto, ove

45 L’espressione è riconducibile a BUSNELLI, F.D.: “Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti”, *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 176.

46 Osserva NATALE, A.: “In tema di autonomia privata nel diritto ereditario”, *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, pp. 645 ss.

47 Rileva ROSSI CARLEO, L.: “Status”, cit., p. 235 che sottolinea altresì come “significativa, in tal senso è la rilevanza sempre maggiore assegnata agli accordi, i quali sono, tuttavia, sottoposti sovente ad un controllo, e danno spazio ad un’autonomia funzionalizzata che consente di perseguire criteri valoriali. Gli accordi, difatti, non trovano più fondamento esclusivamente nella sfera di intangibilità che l’art. 29 Cost. assegna ad ogni famiglia, la quale deve «godere di una sfera di autodeterminazione», ma assumono una nuova fisionomia”. Definisce il contratto “un nuovo stilema del diritto di famiglia”, SPADAFORA, A.: “Contrattare sugli affetti”, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 43 ss.

48 Osserva, al riguardo, PATTI, S.: “La rilevanza”, cit., p. 108, che la famiglia lascia margini molto ridotti all’autonomia privata.

sarebbe unicamente la legge a definire e a regolare integralmente le conseguenze di essi, residuando in capo al privato la sola volontà di porli in essere.

La concezione così delineata è poi tramontata a seguito dell'entrata in vigore della carta costituzionale che ha aperto la via ad una visione della famiglia in senso costituzionale ovvero sia di istituzione fondata sui principi di uguaglianza e pari dignità dei coniugi all'interno della quale la posizione del singolo non risulta più compressa ma riceve piena tutela nei diritti fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali<sup>49</sup>. L'attuazione del principio di parità tra i coniugi, consacrato all'art. 29 Cost. trova, ad esempio, espressione nel carattere inderogabile del regime patrimoniale della famiglia, come pure argomentato dalle Sezioni Unite della Cassazione, con pronuncia n. 18287 del 2018, allorché hanno attribuito all'assegno di divorzio una funzione assistenziale e, in pari misura, compensativa e perequativa<sup>50</sup>. In applicazione del principio di uguaglianza, ancora, la Corte costituzionale, con pronuncia n. 131 del 31 maggio 2022, ha stabilito l'illegittimità costituzionale della normativa che prevede l'automatica attribuzione al figlio del solo cognome paterno, in quanto segno di una disuguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull'identità del figlio. Il cognome - osservano i giudici costituzionali - collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis, si radica nella sua identità familiare e perciò deve rispecchiare l'uguaglianza e la pari dignità dei genitori<sup>51</sup>.

49 A tal proposito, FERRANDO, G.: "Autonomia privata e rapporti familiari (note a margine del libro di Giuseppina Palmeri)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2003, p. 651, ritiene che "il passaggio dall'autorità maritale all'eguaglianza dei coniugi segna l'abbandono di una concezione del matrimonio caratterizzato dalla fissità dei ruoli, da obblighi fortemente sanzionati dal diritto, ad una in cui sono i coniugi a modellare le proprie relazioni di coppia a seconda dei propri stili di vita, attività lavorativa, capacità economica, ripartizione dei compiti domestici, insomma delle circostanze concrete e della propria personale concezione della famiglia".

50 Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 18287 del 2018, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, pp. 1843 ss., con nota di RIMINI, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa". Nella specie, ai fini del riconoscimento dell'assegno, va adottato un criterio composito che, alla luce di una comparazione tra le rispettive condizioni economico-patrimoniali, ponga in rilievo il contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, la durata del matrimonio, le potenzialità reddituali future e l'età dell'avente diritto. Ad attuarsi, in tal misura, è il dettato degli artt. 29 Cost. e 143 c.c. per i quali marito e moglie, con il matrimonio, acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri e sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

51 Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, *Dir. e Giust.*, 1 giugno 2022, ha stabilito che "va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto; in via consequenziale, va dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 262, comma 1, e 299, comma 3, c.c., 27, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184 e 34 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui prevede che il figlio nato nel matrimonio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, alla nascita, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto, dell'art. 299, comma 3, c.c., nella parte in cui prevede che «l'adottato assume il cognome del marito», anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto e dell'art. 27, comma 1, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui prevede che l'adottato assume il cognome degli adottanti, anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

Il riconoscimento del valore dell'autonomia privata nel diritto di famiglia si intravede in talune modifiche apportate negli anni all'originario impianto codicistico, quali, a titolo esemplificativo, la regola di cui all'art. 144 c.c., in merito al conferimento a entrambi i coniugi del potere di regolamentare la vita familiare, nonché la disciplina in punto di crisi coniugale, con specifico riguardo all'accordo a vivere separati e al divorzio a domanda congiunta, oltre che, infine, all'accordo tra i genitori a proposito dell'affidamento condiviso. Anche il matrimonio ha abbandonato le vesti di istituzione protetta in funzione di superiori interessi che giustificano il sacrificio di quelli dei singoli e viene sempre più considerato come formazione sociale al cui centro sono collocati i coniugi e i figli ed in cui all'autonomia privata sono riservati spazi fino a poco tempo fa impensabili<sup>52</sup>. Sempre più evidente risulta, infatti, l'ampliamento della libertà di autodeterminazione riconosciuta ai componenti del nucleo familiare, potendosi finanche negoziare fuori dal processo la crisi coniugale in un'ottica di crescente privatizzazione del diritto di famiglia<sup>53</sup>. Trova, così, spazio la categoria del contratto della patologia familiare, quale strumento preordinato ad amministrare la fase disgregativa della coppia. L'intervento giudiziario, d'altronde, nella maggior parte dei casi, non fa altro che aumentare il contrasto coniugale e/o genitoriale in situazioni connotate da un forte coinvolgimento psicologico ed emotivo, accentuando l'ottica positiva dei conflitti endofamiliari<sup>54</sup>.

In tale processo di contrattualizzazione delle vicende familiari, le disposizioni del D.L. n. 132/2014, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito con modifiche nella L. n. 162/2014, prevedono forme di negoziazione dirette al conseguimento di accordi stragiudiziali in caso di disgregazione dell'unione di coppia<sup>55</sup>. Mutuandola dall'esperienza francese della c.d. convention de procédure

52 Come bene argomenta FERRANDO, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1044. L'A. analizza la l. n. 55 del 2015, contenente disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione legale tra coniugi. Complice anche la progressiva laicizzazione dello Stato, è il c.d. divorzio breve la vera e propria novità legislativa prevista da siffatta normativa: per poter addivenire allo scioglimento dell'unione coniugale o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio vengono ridotti i tempi di separazione necessari: dai tre anni (disposti dalla disciplina antecedente), si passa ad un anno in caso di separazione giudiziale e a sei mesi per quella consensuale, decorrenti dalla comparizione dei coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale. La necessità di abbreviare i termini di legge muoveva dalla considerazione per cui il tempo minimo di separazione, anteriormente contemplato dal legislatore, non occorre affatto a stimolare riconciliazioni e a ricompattare il nucleo familiare a seguito di una più attenta ponderazione, quanto piuttosto ad accrescere la conflittualità tra coniugi e tra essi e i figli, viepiù impedendo la formalizzazione di nuove unioni.

53 SESTA, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam e dir.*, 2015, 3, p. 296.

54 COSÌ IRTI, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Dir. fam. pers.*, 2016, 2, pp. 665 ss. per la quale "da queste considerazioni nasce l'esigenza, soprattutto nell'ambito dei rapporti familiari che coinvolgono soggetti minori, di un cambio di prospettiva che abbandoni il consueto schema oppositivo - proprio tanto del giudizio, quanto della trattativa legale condotta in via esclusiva dagli avvocati - per accogliere un approccio il più possibile "conciliativo", basato, innanzi tutto, su trasparenza e reciproca fiducia fra le parti".

55 IRTI, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", cit., 665 osserva che la richiamata previsione normativa finisce con il rimarcare la principale differenza tra "negoziazione assistita in ambito familiare" e "mediazione familiare", nel senso che la prima costituisce una mera tecnica deflattiva del contenzioso a differenza della seconda che, invece, si inverte in una modalità di

participative par advocat di cui agli artt. 2062 e ss. code civil (introdotta dalla l. 22.12.2010, n. 1609), e, prima ancora, da quella statunitense nota come collaborative law, l'art. 6, D.L. n. 132/2014, nella specie, introduce la procedura di negoziazione assistita in materia familiare e prevede la possibilità per i coniugi (o ex coniugi) di concludere una convenzione di negoziazione, assistita da un avvocato per parte, al fine di ottenere la separazione legale, il divorzio e le modifiche alle condizioni di separazione e divorzio<sup>56</sup>. L'accordo, una volta raggiunto, deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, sia in mancanza sia in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non sufficienti, con rilevanti differenze, tuttavia, rispetto alla verifica alla quale è chiamato il Pubblico ministero. Infatti, nella prima ipotesi, quando il P.M. "non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti di cui al comma 3"; nella seconda, invece, egli "autorizza" l'accordo soltanto se ritiene che questo risponda "all'interesse dei figli", altrimenti "lo trasmette, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo".

L'art. 12 del medesimo D.L. n. 132/2014, invece, riguarda la separazione, il divorzio o la modifica delle relative condizioni davanti al sindaco nella qualità di ufficiale dello stato civile, il quale riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la propria dichiarazione di volontà<sup>57</sup>.

Sempre nell'ottica della privatizzazione del diritto di famiglia, si muove anche la recente riforma del processo civile, di cui al d.d.l. C. 3289<sup>58</sup>, approvato dalla Camera in data 25 novembre 2021<sup>59</sup>, per effetto della quale la procedura di negoziazione

---

gestione della crisi che ha come scopo principale quello di valorizzare gli interessi e i bisogni della persona, attribuendo alle parti un ruolo centrale nella gestione del conflitto.

- 56 È evidente che l'introduzione degli strumenti sin qui descritti se, da un lato, favorisce lo spostamento della gestione della crisi familiare dal potere giudiziario all'autonomia privata, dall'altro, consente altresì un alleggerimento del carico della giustizia, facendo diminuire i processi per separazioni consensuali e divorzio su domanda congiunta che, fondandosi comunque sull'*in idem placitum consensus* dei richiedenti, determinano uno spreco di energie e di risorse del tutto evitabile. Lo Sottolinea PARINI, G.A.: "Negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 10, p. 605, la quale puntualizza altresì che "tale meccanismo, astrattamente, potrebbe comportare significativi risvolti positivi sotto il versante psicologico per i coniugi coinvolti, allettati dalla possibilità di evitare - seppure entro certi limiti - di recarsi presso le aule del Tribunale e di sottoporre la propria vicenda personale a un Giudice, circostanza che, pur «responsabilizzandoli» sull'importanza della decisione che vanno compiendo, è di sicuro impatto emotivo".
- 57 È opportuno chiarire che non si possa ricorrere a tale procedura nel caso in cui vi siano figli minori, o portatori di *handicap*, o economicamente non autosufficienti. Per un interessante commento alla normativa, cfr. LUISO, F.P.: "La negoziazione assistita", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 4, pp. 602 ss.
- 58 D.d.l. n. 3289 della XVIII Legislatura, trasmesso dal Senato in data 22.9.2021, contenente "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".
- 59 La riforma del processo civile, affidata al Governo con legge delega n. 206/2021, è stata approvata il 25 novembre 2021 ed è entrata in vigore il 24 dicembre 2021. Essa, tra le altre cose, introduce un rito unificato denominato "Procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie", nell'ambito del quale

assistita fa, peraltro, ingresso anche per le controversie sull'affidamento, sul mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, di quelli maggiorenni non economicamente autosufficienti, e su quelle relative agli obblighi alimentari, consentendo altresì ai coniugi di pattuire trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori nonché l'assegno divorzile in un'unica soluzione.

Ebbene, fino all'entrata in vigore delle disposizioni delineate, la separazione e il divorzio, nonché la modifica delle relative condizioni, passavano necessariamente attraverso un intervento del giudice, ad oggi, invece, non più indispensabile per costituire o abdicare ad uno status familiae<sup>60</sup>. Assodata la funzione quasi notarile attribuita all'ufficiale di stato civile nell'ipotesi di cui all'art. 12, D.L. 132/2014, all'organo giudiziario è riservato, d'altronde, un ruolo marginale: costui rilascia un mero "nulla osta", quante volte l'accordo concluso tra i coniugi non presenti irregolarità; si discute, invece, di una "autorizzazione" allorquando vi siano, all'interno del nucleo familiare, soggetti meritevoli di adeguata tutela (figli minori o maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave od economicamente non autosufficienti)<sup>61</sup>. Il provvedimento giurisdizionale conclusivo della procedura di negoziazione assistita, in altre parole, "da costitutivo necessario quale tradizionalmente era considerato, degraderebbe a (...) costitutivo non necessario"<sup>62</sup>, assumendo una posizione centrale la volontà dei richiedenti. Di guisa che il contratto, riconosciuto ormai come stilema concettuale del diritto di famiglia, assurge a referente regolativo idoneo a conquistare territori da sempre presidiati dalla legge e dal giudice<sup>63</sup>.

---

ad operare deve essere un unico giudice, il Tribunale per le persone, i minorenni e per le famiglie. La competenza spetterà al tribunale in composizione collegiale, con facoltà di delega, in ordine alla trattazione e all'istruzione, al giudice relatore. Sul punto, si rinvia a RUO, M.G.: "Area persona, relazioni familiari e minorenni: la riforma Cartabia risponde alla necessità di tutela effettiva", *www.giustiziainsieme.it*, 19 novembre 2021. Il tema, già in precedenza, era stato approfondito da AUTORINO, G.: "Il tribunale per le relazioni familiari: una storia infinita", *Fam. e dir.*, 2010, I, pp. 90 ss.; DANOVÌ, F.: "Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista", *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, pp. 615 ss.; TOMMASEO, F.: "Nuovi tribunali per la tutela dei minori e dei rapporti familiari", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 813 ss.; CORDER, P.: "Il Tribunale della famiglia", *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2012, pp. I ss.

- 60 OSSERVA SPADAFORA, A.: "Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo ordine 'pubblico familiare'?", *Dir. fam. pers.*, 2020, I, pp. 258 ss. che i membri del consorzio familiare reclamano la libertà delle proprie scelte rispetto alla conservazione del vincolo e, quindi, alla sua fisiologia e all'eventuale momento disfunzionale, rivendicando il potere di rappresentare anche contenutisticamente aspettative ed interessi sottesi all'esperienza coniugale.
- 61 SPADAFORA, A.: "Dalla famiglia in crisi alla 'crisi' del divorzio?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 2, pp. 516 ss.
- 62 CARMELLINO, G.: "Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione", *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, p. 505 che discorre di "erosione del tradizionale monopolio pubblico". Cfr. altresì FERRANDO, G.: *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, cit., p. 1044, la quale definisce l'intervento dell'autorità giudiziaria quasi un passaggio "burocratico" che "soddisfa infatti prevalentemente esigenze formali di certezza, esigenze certo rilevanti nei rapporti tra i coniugi e nei confronti dei terzi, ma che sono altra cosa rispetto all'idea che originariamente sosteneva l'intervento giudiziale nella crisi coniugale: l'idea, cioè, che il consenso dei coniugi non fosse sufficiente per ottenere la modifica dello status, essendo necessario un intervento pubblico garante di interessi diversi e "superiori" rispetto a quelli privati dei coniugi".
- 63 SPADAFORA, A.: "Contrattare sugli affetti", cit., pp. 5 ss. Osserva ROSSI CARLEO, L.: *op. cit.*, p. 240 che "alla luce della sussidiarietà orizzontale si può capovolgere l'impostazione tradizionale, sicché l'autonomia non viene circoscritta ad una sfera, "ma grazie alla continuità degli interessi, sempre che sia in grado di perseguire anche un interesse generale, quale è quello della famiglia quale formazione sociale, assume il rango di fonte originaria e primaria che vede circoscritto l'intervento legislativo".

## I. Convenzioni prematrimoniali e indisponibilità della filiazione.

La legge di parificazione dei figli, attuata in Italia con la n. 219 del 2012, costituisce espressione di apertura da parte dell'ordinamento nazionale ai diversi fenomeni sociali interessati a ridefinire un nuovo modello di famiglia e a consegnare ai genitori ampi spazi di autonomia. Rinnovato modo di disegnare la famiglia, quello cui si fa cenno, che passa, però, anche attraverso l'angusto problema dell'ammissibilità degli accordi prematrimoniali<sup>64</sup> il cui riconoscimento nel sistema nazionale sconta proprio la non incidenza dell'autonomia contrattuale nei rapporti familiari.

I numerosi spunti offerti nel panorama normativo nonché il noto disegno di legge in tema di accordi prematrimoniali<sup>65</sup> inducono, allora, a riflettere sull'ampiezza dei poteri che possono ascrivere ai coniugi, consentendo di focalizzare l'attenzione su di un ulteriore aspetto, che certo secondario parrebbe non essere. Nella prospettiva che oggi viene offerta, l'ammissibilità delle convenzioni prematrimoniali passa, principalmente, attraverso un profilo squisitamente patologico e patrimoniale del rapporto coniugale per cui v'è da chiedersi se si possa o meno approdare a un allargamento delle maglie di siffatti accordi, ove riconosciuti<sup>66</sup>. Il rilievo è inteso ad evocare il momento fisiologico della vita di coppia e, in particolare, l'attuazione di quel progetto di vita alla base dell'unione matrimoniale ove si assiste ad un'estensione del proprio essere nella duplice prospettiva, non solo orizzontale (verso il coniuge) ma anche e soprattutto verticale (verso la genitorialità) che interessa l'aspetto più intimo e personale dell'individuo. Il rilievo non può essere disatteso dal momento che la proposta di legge in punto di convenzioni prematrimoniali interessa anche profili di natura personale, qual è quello relativo all'educazione dei figli.

64 Osserva come "questa comune denominazione non risulti precisamente compatibile con il testo della delega, giacché da esso risulta che gli accordi dovrebbero poter essere stipulati anche durante il matrimonio, ed anche tra civilmente uniti" BASINI, G.F.: "I così detti 'patti paramatrimoniali'. Note *de iure condendo*", *Fam. e dir.*, 2019, 12, p. 1153. Per una disanima di tali accordi nei sistemi di *common law* e *civil law*, si rinvia a OBERTO, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, 1, pp. 69 ss.; FUSARO, A.: "*Marital contracts, eheverträge*, convenzioni e accordi prematrimoniali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, pp. 475 ss.; AL MUREDEN, E.: "I *preuptial agreements* negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano", *Fam. e dir.*, 2005, 5, pp. 542 ss.

65 In data 19 marzo 2019, è stato presentato al Senato della Repubblica un disegno di legge recante "Delega al Governo per la revisione del codice civile", in materia di "stipulazione di accordi tra nubendi, coniugi nonché parti di una programmata o costituita unione civile, volti a regolamentare i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto" (cfr. DDL S. n. 1151 - XVIII Legislatura). Il ricorso a tali patti potrebbe interessare anche i criteri per l'indirizzamento della vita familiare e per l'educazione dei figli. Per un commento, cfr. DONADIO, G.: "Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia", Giappichelli, Torino, 2020, pp. 157 ss.

66 Ed invero, VERDE, C.: "Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo 'familiare'", *www.juscivile.it*, 2014, 2, p. 49, osserva: "A prescindere dall'ampio dibattito sulla validità di tali pattuizioni, emerge un dato sicuro e consolidato. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere compatibili con il sistema del diritto di famiglia, come si è evoluto nel tempo, soprattutto dopo la novella del 1975, l'utilizzazione degli strumenti propri dell'autonomia negoziale per una sistemazione adeguata di tutti gli interessi e diritti patrimoniali e non patrimoniali, sia pure nei limiti e nei confini tracciati dalle norme d'ordine pubblico, che investe ogni attività di natura privatistica ai fini della compatibilità di questa con il progetto sistematico degli istituti di riferimento (nel caso, in esame, il diritto di famiglia)".

Più esattamente, i termini della questione attengono alla possibilità per i nubendi di regolamentare, ad esempio, il ricorso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita ove si palesi, in corso di matrimonio, l'impossibilità di uno di essi di generare. Si tratta di un'eventualità che, solo apparentemente, si inverte in una modalità di attuazione di quell'appena menzionato progetto di vita, ma che, se calata nella dinamicità del rapporto coniugale, certo sarebbe in grado di ingenerare questioni di non poco momento. Potrebbe, dunque, palesarsi un plausibile e legittimo mutamento di rotta rispetto all'originaria convinzione suggellata nell'accordo tale che lo stesso potrebbe fungere da motivo per la dissoluzione dell'unione matrimoniale. Senza, tuttavia, considerare la prospettiva di un profilo di responsabilità per il coniuge trasgressore e di rimedi per il coniuge "tradito" che tale ripensamento non vuole accettare.

Risulta, invero, impensabile che possa profilarsi un regime di responsabilità nei termini precisati vertendosi in tema di scelte di vita rispetto alle quali ogni potere giudiziario deve precludersi, dal momento che è l'esistenza stessa dell'interessato a essere messa in gioco. Su di altro versante, il "danno" che potrebbe avvertire l'altro coniuge, a seguito dell'altrui "inadempimento", non sarebbe tale da importare il ricorso alla via giudiziale, perché il desiderio di maternità ovvero paternità può senz'altro trovare compimento per il tramite di altre vie, di certo indolori rispetto alle pratiche di fecondazione assistita.

L'impraticabilità dell'agire giudizialmente verso il coniuge "inadempiente" risulta essere corollario della natura intrinsecamente e inscindibilmente collettiva degli interessi coinvolti, di cui all'art. 160 c.c.<sup>67</sup>. Architrave indiscusso quest'ultimo del mancato riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano degli accordi prematrimoniali, in ragione della preclusione, per l'appunto, al singolo membro della famiglia, di qualsiasi potere dispositivo degli interessi in gioco, atteso che l'interesse di ciascuno è connesso a quello degli altri. I diritti della famiglia, infatti, non possono essere costituiti, modificati o estinti dalla volontà negoziale dei privati, in considerazione della loro natura non patrimoniale che, a sua volta, trova giustificazione nella preminenza e nella essenzialità degli interessi familiari.

67 Al riguardo, emblematiche le osservazioni di NADDEO, F.: "Diritti coniugali e disponibilità preventiva", *www.comparazionediritto.it*, 2014, 9, p. 2, ad avviso della quale "sebbene l'art. 160 c.c., sia collocato nel capo del codice civile relativo al regime patrimoniale della famiglia, deve ritenersi che la regola in esso contenuta abbia una valenza di carattere generale, atta a ricomprendere tanto le situazioni giuridiche soggettive a contenuto economico quanto quelle di natura strettamente esistenziale in titolarità dei coniugi. Se pure, infatti", prosegue l'A., "si volesse limitare la portata letterale della norma ai soli diritti e doveri patrimoniali, circoscrivendola in particolare agli obblighi di contribuzione sanciti dagli artt. 143, comma 3, 147 e 148 c.c., non ne discenderebbe di certo, come taluno ha sostenuto, la derogabilità dei diritti e doveri personali. A fronte di una gerarchia costituzionale di valori che subordina e funzionalizza le situazioni giuridiche di natura economica a quelle di natura esistenziale", conclude l'A. "un'interpretazione del dato normativo che abbia come risultato quello di garantire alle seconde una tutela meno incisiva che alle prime è (...) palesemente assurda".

Proprio l'indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive inerenti al diritto di famiglia consente, in definitiva, di osservare che un eventuale e legittimo rifiuto del coniuge di sottoporsi a tecniche di fecondazione medicalmente assistita ovvero di veder l'altro assoggettarsi a tale trattamento non possa trovare quale proprio limite il consenso originariamente espresso né la volontà dell'altro coniuge. Il rischio evidente sarebbe, infatti, quello di indurre a scelte coartanti la volontà del soggetto, ledendo il diritto alla libera esplicazione del proprio essere. In altre parole, in nome di quel precedente accordo stipulato in vista del futuro matrimonio, non può e non deve accettarsi un annichilimento delle proprie scelte alla volontà non condivisa dell'altro.

## BIBLIOGRAFÍA

AL MUREDEN, E.: "I *prenuptial agreements* negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano", *Fam. e dir.*, 2005, 5, pp. 542 ss.

AUTORINO, G.: "Il tribunale per le relazioni familiari: una storia infinita", *Fam. e dir.*, 2010, 1, pp. 90 ss.

BALLARANI, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore, (tra norme e principi)", in "Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità", Atti del 13° Convegno Nazionale SISIDC, 3-4-5 maggio 2018, a cura di PERLINGIERI, P., GIOVA, S., Esi, Napoli, 2019, pp. 366 ss.

BARONE, I.: "Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale", nota a Trib. Roma, 27 luglio 2018, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, pp. 496 ss.

BASINI, G.F.: "I così detti 'patti paramatrimoniali'. Note *de iure condendo*", *Fam. e dir.*, 2019, 12, pp. 1153 ss.

BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore?", nota a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Famiglia*, 2019, 3, pp. 345 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, pp. 176 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, 1, pp. 570 ss.

CALDERAI, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", nota a App. Trento, 23 febbraio 2017, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, pp. 986 ss. (in commento anche a Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017).

CARMELLINO, G.: "Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione", *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, pp. 505 ss.

CIPRIANI, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", nota a Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, *Dir. fam. pers.*, 2015, 1, pp. 174 ss.

CORDER, P.: "Il Tribunale della famiglia", [www.comparazonediritto civile.it](http://www.comparazonediritto civile.it), 2012, pp. 1 ss.

CORDIANO, A.: "«C'era una volta e una volta non c'era...»: l'interesse del minore nella pronuncia delle Sezioni unite in tema di maternità surrogata", Relazione tenuta a San Benedetto del Tronto, il 12 settembre 2019, in occasione della Scuola estiva dell'Associazione Dottorati di Diritto privato.

CORTI, I.: "Maternità per sostituzione e dignità umana", *Genlus*, 2017, 2 pp. 23 ss. (nota ad App. Milano, 25 luglio 2016).

CORTI, I.: "La maternità per sostituzione", Giuffrè, Milano, 2000.

DANOVI, F.: "Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista", *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, pp. 615 ss.

DI STASI, A.: "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno", Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2020.

DOGLIOTTI, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?", nota a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, *Fam. e dir.*, 2021, 7, pp. 677 ss.

DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", nota a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. e dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss.

DONADIO, G.: "Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia", Giappichelli, Torino, 2020.

FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", nota a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. e dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss.

FERRANDO, G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, pp. 820 ss.

FERRANDO, G.: "Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore", *Corr. giur.*, 2017, 7, pp. 935 ss., nota ad App. Trento, 23 febbraio 2017, (commento anche a Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017).

FERRANDO, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1044 ss.

FERRANDO, G.: "Autonomia privata e rapporti familiari" (note a margine del libro di Giuseppina Palmeri), *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2003, pp. 651 ss.

FERRANDO, G.: (a cura di), "La procreazione artificiale tra etica e diritto", Cedam, Padova, 1989.

FUSARO, A.: "Marital contracts, eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, pp. 475 ss.

GATTO, A.: "Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare", *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, pp. 1091 ss.

IRTI, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, pp. 484 ss.

IRTI, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Dir. fam. pers.*, 2016, 2, pp. 665 ss.

LAMARQUE, E.: "La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali" (prime riflessioni in vista della ratifica del Prot. 16 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo), Giappichelli, Torino, 2015.

LUISO, F.P.: "La negoziazione assistita", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 4, pp. 602 ss.

MARTONE, A.: "La maternità surrogata e la convergenza tra *favor veritatis* e *favor minoris*", in AA.VV., "CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)", Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2019, pp. 717 ss.

MENDOLA, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", *Foro it.*, 2021, 6, cc. 2074 ss., nota a Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476.

MENDOLA, A.: "Le mobili frontiere della filiazione", in *Quaderni di Familia*, dir. da PATTI, S., Pacini, Pisa, 2020.

MENDOLA, A.: "L'interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata", *Vita not.*, 2015, 2, pp. 676 ss., nota a Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001.

MENGONI, L.: "Il diritto costituzionale come diritto per principi", *Ars Interpretandi*, 1996, pp. 102 ss.

MORACE PINELLI, A.: "Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite", *www.giustiziainsieme.it*, 10 maggio 2022, nota a Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.; "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam e dir.*, 2013, 8-9, pp. 839 ss.

NADDEO, F.: "Diritti coniugali e disponibilità preventiva", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2014, 9.

NATALE, A.: "In tema di autonomia privata nel diritto ereditario", *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, pp. 645 ss.

OBERTO, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, 1, pp. 69 ss.

O'LEARY S., EICKE, T.: "Some Reflections on Protocol No. 16", *European Human Rights Law Review*, 2018, 3, pp. 220 ss.

PARINI, G.A.: "La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, pp. 220 ss.

PATTI, S.: "La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia", *Fam. pers. succ.*, 2005, 3-4, pp. 197 ss.

PERLINGIERI, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", *Esi*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative", in "La procreazione artificiale tra etica e diritto", a cura di FERRANDO, G., *Cedam*, Padova, 1989, p. 143.

PERLINGIERI, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", *Esi*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 174 ss.

RESTA, G.: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità" (note a margine della Carta dei diritti), *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, pp. 808 ss.

RICCARDI, L.: "Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità 'intenzionale': il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano", *Freedom, Security e Justice: European Legale Studies*, 2019, 2, pp. 160 ss.

RIMINI, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giur. it.*, 2018, 8-9, pp. 1843 ss.

ROSSI CARLEO, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, pp. 235 ss.

RUO, M.G.: "Area persona, relazioni familiari e minorenni: la riforma Cartabia risponde alla necessità di tutela effettiva", *www.giustiziasieme.it*, 19 novembre 2021.

SALVI, G.: "Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità", Esi, Napoli, 2018.

SCALERA, A.: "Adozione incrociata del figlio del *partner* e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma", *Fam. e dir.*, 2016, 6, pp. 584 ss.

SCHILLACI, A.: "Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri", *www.articolo29.it*, 25 aprile 2018.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, pp. 952 ss.

SESTA, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam e dir.*, 2015, 3, pp. 296 ss.

SESTA, M.: "L'unicità dello stato di figlio e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam e dir.*, 2013, 3, pp. 236 ss.

SGORBATI, B.: "Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore", *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, *www.biodiritto.org*, 2016, 2, pp. 111 ss.

SPADAFORA, A.: "Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo 'ordine pubblico familiare'?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 1, pp. 258 ss.

SPADAFORA, A.: "Dalla famiglia in crisi alla 'crisi' del divorzio?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 2, pp. 516 ss.

SPADAFORA, A.: "Contrattare sugli affetti", Giuffrè, Milano, 2018.

TOMMASEO, F.: "Nuovi tribunali per la tutela dei minori e dei rapporti familiari", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 813 ss.

TREZZA, R.: "I correttivi 'funzionali' all'istituto dell'adozione in casi particolari", *www.rivistafamilia.it*, 16 maggio 2022, nota a Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79.

TUO C.E.: "Riconoscimento di *status* familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore", *Corr. giur.*, 2017, 7, pp. 935 ss., nota ad App. Trento, 23 febbraio 2017, (in commento anche a Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017).

TURLON, F.: "Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità 'sociale'", interesse del minore e *favor veritatis*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, pp. 719 ss.

VARANO, C.: "La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 830 ss.

VERDE, C.: "Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo 'familiare'", *www.juscivile.it*, 2014, 2, pp. 49 ss.

VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. e dir.*, 2015, 3, pp. 306 ss.

ZAMBRANO, V.: "Tra principio di uguaglianza e responsabilità: diversi itinerari di tutela del minore", *Revista de Direito Brasileira*, 2019, 8-9, pp. 392 ss.