

# **Governare i principi (con le *Regulae*): un sapere che la giurisprudenza italiana non dovrebbe perdere**

*Silvia Niccolai*

Sommario. 1. *Famiglia senza maternità: il falso nuovo che avanza*. 2. *Una partenza equilibrata. La Cassazione a confronto con Mater semper certa*. 3. *La giurisprudenza di merito: Interpretatio abrogans. Della madre? Gli esiti squilibrati di un uso meccanicistico dei principi*. 4. *Governare i principi con le Regulae: un sapere da salvare*. 5. *Principi senza Regulae. La dinamica antiggiuridica della non discriminazione*. 6. *Un attardato romanticismo giuridico va al vaglio delle Sezioni Unite*.

1.FAMIGLIA SENZA MATERNITÀ: IL FALSO NUOVO CHE AVANZA. Nel 1946, dibattendo intorno a una delle formulazioni del futuro art. 37 che parlava di «funzione sociale della maternità», Maria Federici si domandò con ironia «quale possa essere la funzione sociale della maternità, vi sarà semmai una funzione sociale della famiglia, *ma non della maternità staccata dalla famiglia*». Lina Merlin chiarì che una cosa aveva da esser detta, se si avevano a cuore la libertà, l'eguaglianza e la dignità delle donne. «La donna ha una importanza decisiva nella formazione della famiglia. Una donna, anche se non sposata, potrà ugualmente costituire *la propria famiglia*»<sup>1</sup>.

Le Costituenti avevano chiaro che la svalutazione del ruolo generativo delle donne e della sua importanza sociale comincia dal negare che la famiglia deriva dalla donna, e che una donna coi suoi figli è già famiglia. In anticipo sugli sviluppi del pensiero femminile e femminista esse sapevano che solo «*Adopting Mother's perspective will, of necessity, call into question the very core of patriarchy and force us to consider how the institution of Motherhood should be defined*»<sup>2</sup>.

Nella cornice di questo ricordo svolgerò in queste pagine alcune considerazioni su un aspetto dei recenti sviluppi della giurisprudenza italiana in materia di 'omogenitorialità' e 'nuove famiglie'<sup>3</sup> e precisamente sul ruolo del principio *Mater semper certa*, una plurisecolare *regula iuris*. Osserverò

---

<sup>1</sup> Atti AC, III Sottocommissione, 13.9.1946.

<sup>2</sup> M. ALBERTSON FINEMAN, *The Neutered Mother*, in *Miami Law Review*, 1992, n. 46, 653 ss. (repository.law.miami.edu/umlr/vol46/iss3/4).

<sup>3</sup> Sul complesso di questa giurisprudenza v. *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. NICCOLAI e E. OLIVITO, Jovene, Napoli, 2017.

che l'operare della *regula* sembra permettere al giudice di governare con equilibrio i principi di matrice normativa (e segnatamente il divieto di discriminazione) o gli argomenti di matrice sociologica (come 'il cambiamento della coscienza sociale'), che utilizza. Della famiglia viene per tal via fornita una interpretazione evolutiva e al tempo stesso favorevole alla valorizzazione del ruolo delle donne nella generazione. In contrasto, quando quegli stessi principi e argomenti sono applicati senza l'ausilio, e il freno, della *regula*, essi conducono a conclusioni nelle quali si ripresentano antiche e perduranti implicazioni anti-femminili e patriarcali. Questo fornisce un sintomo del fatto che quando del diritto, vuoi in nome dell'attuazione della volontà del legislatore, vuoi in nome dell'urgenza di rispondere ai 'bisogni della società' si valorizzano esclusivamente le componenti prescrittive, le concatenazioni logicistiche, la tensione verso l'innovazione e il cambiamento e la polemica verso il passato, esiti autoritari sono forse sempre incombenti. Ne deriva qualche indicazione non scontata su ciò che determina, o riduce, il problema della distanza del diritto dalla realtà che appassiona i giuristi 'critici'. È proprio la *regula*, si può pensare, in quanto non prescrive ma *constata* la specifica posizione femminile nella generazione, legata alla gestazione al parto, ad arginare i procedimenti logico-giuridici dal pervenire agli esiti, artificializzanti nei confronti della realtà materiale e pertanto discriminatori nei confronti delle donne, consistenti nel ritenere che la famiglia, in quanto fondata sulla generazione, possa prescindere dalla presenza della madre di parto.

Questi rilievi acquistano un certo significato anche in relazione al ritorno di attenzione nei confronti delle *regulae iuris*, cui oggi si assiste<sup>4</sup>. Questo patrimonio storico e culturale che, per quanto da tempo non più considerato tra le fonti del diritto, non ha mai cessato di operare nella pratica, torna ad attirare interesse in una stagione, l'odierna, di rinnovata, profonda 'crisi del diritto'<sup>5</sup> cioè di crisi delle stipulazioni intorno alle quali l'esperienza giuridica e i suoi nodi – le fonti, l'interpretazione, il rapporto tra giudice e legislatore, la relazione tra continuità e cambiamento nel diritto – sono stati razionalizzati in epoca contemporanea<sup>6</sup>. Si tratta, al fondo, di una riscoperta del valore (della

---

<sup>4</sup> Testimoniato da importanti iniziative come l'opera collettanea *Regulae iuris, Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Jovene, Napoli, 2016; *Il diritto come processo, Principi regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a cura di P. MORO, FrancoAngeli, Milano, 2012; si v. anche la tesi dottorale di A. POZZOBON, *Le regulae juris e la ricostruzione del diritto per principi*, Scuola di dottorato di ricerca, Università degli studi di Padova, XXV ciclo, 2017.

<sup>5</sup> Nel diritto costituzionale, dopo che quest'ultimo ha fornito una importante supplenza della tradizione giuridica (permettendo di continuare ad assicurare al diritto la sua dimensione contenutistica), ormai la crisi di prescrittività della Costituzione, la riduzione dello stesso diritto costituzionale a tecnica (A. CERVATI, *Riforme costituzionali e principi*, in *Aperta contrada* (online), 1.8.2012) e l'avvento di un diritto eurocomunitario sul quale fanno presa imperativi neoliberalisti, concorrono senz'altro al ritorno di attenzione verso le *regulae*, la scienza giuridica e la dimensione dei principi costitutivi, che rispondono al bisogno del giurista di sapersi portatore di un punto di vista autonomo, dialettico e innervato di valore, anziché pieghevole alle finalità perseguite dalle autorità, o dai poteri, compresi quelli sociali, che pretendono di disporre del diritto, dalle ideologie.

<sup>6</sup> Nonostante la nuova attenzione verso le *regulae iuris*, la materia fornisce certamente ancora oggi un punto di vista inconsueto la cui ripresa obbliga a complessi sviluppi e raccordi teorici che rimettono a una ricerca a carattere monografico in corso (di cui altro sviluppo è nel mio *Femminismo e esperienza giuridica. A proposito del ritorno di una antica regula iuris*, in *Femminismo e esperienza giuridica*, a cura di A. SIMONE e I. BOIANO, Efesto, Roma, 2018, 27 ss.). Mi richiamo particolarmente a Alessandro Giuliani, che, in

riproposizione dell'esigenza) della scienza del diritto<sup>7</sup> come fonte, in grado di fornire prestazioni equilibratrici a una relazione, quella tra legislatore e giudice, la quale assiste, sotto le vesti di quella che è comunemente chiamata la 'crescita dei poteri della giurisdizione' a una marcata tendenza a risolvere tutto il fenomeno giuridico nel solo movimento (normativo) dell' 'innovazione', anche tramite l'assestamento di (presunte inequivoche e necessarie) trasformazioni della 'realtà', della 'tecnica' e della 'società', sacrificando istanze di continuità e permanenza. Senza la possibilità di radicarsi in queste ultime, però, il punto di vista del giurista non può esercitarsi in maniera dialettica, autonoma e critica e la stessa funzione del diritto si dissolve in una pura tecnica strumentale di governo della società<sup>8</sup>.

---

più parti della sua opera, ha sottolineato su come «sono sempre esistiti principi costitutivi del diritto, nel senso delle *regulae iuris* dell'ultimo libro del Digesto»; lo stesso Autore ha anche interpretato le *regulae* come «i luoghi argomentativi dell'*interpretatio* basata sull'equità». L'inaugurarsi di una nuova riflessione su questi passi si deve a F. CERRONE, *Appunti intorno a interpretazione e principi, ecc.*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica e etica*, a cura di F. CERRONE e G. REPETTO, Giuffrè, Milano, 2012, 617 ss., 619 ss.) che ne ha sottolineato sia le importanti implicazioni con riferimento ai temi propri del diritto costituzionale, sia con riferimento alla discussione, anche filosofica, intorno al rapporto tra principi e regole, che a mia volta richiamerò rapidamente più avanti. È noto che il libro V del Digesto, *De regulis iuris*, insieme al penultimo, *De verborum significatione*, fornì alla tradizione culta l'idea stessa di principi generali (E. PATTARO, *All'origine della nozione 'principi generali del diritto'*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, a cura di M. BASCIU, Giuffrè, Milano, 1987, 25 ss.): e nel corso del tempo sono state segnatamente due le dimensioni in cui la nozione di principio generale ha vissuto: quella, ancorata a una logica confutatoria, dialettica, e intersoggettiva dell'argomentazione, cui si riferisce Giuliani quando, con terminologia aristotelica, qualifica le *regulae* come «luoghi argomentativi», e quella delle *leges legum*, intese come i principi di una logica invariabile che pretende dal diritto il tipo di certezze che possono essere fornite da una scienza dimostrativa (per lo sviluppo del tema con riferimento al diritto italiano v. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, I, Utet, Torino, 1992<sup>2</sup>, 277 ss.). Rintracciando nel modo formativo delle *regulae* un atteggiamento non eteronomo e prescrittivo, ma fondato sulla osservazione delle costanti dell'azione e della natura umana, e in questo senso 'autonomo' e 'soggettivo', Giuliani studia le *regulae* nell'ottica di una ri-fondazione di una scienza del diritto che non si limiti a concepirlo quale «modo per imporre agli uomini valori e fini» esito cui perviene l'identificazione della norma col comando che proviene dal potere politico (ID., *Contributi a una nuova teoria pura del diritto*, Università degli Studi di Pavia, Pavia, 1953, 172), ma ruotante intorno a un «complesso di verità essenziali sulla cui base è possibile fare deduzioni e ragionamenti universalmente validi nel mondo umano»; non si tratta di verità metafisiche o trascendenti, sibbene «nascenti dalla osservazione dell'azione umana che nella varietà delle circostanze e manifestazioni è anche costante», e in questo senso in grado di fornire principi comuni (*ibid.*, 205).

<sup>7</sup> Una classica funzione delle *regulae* è quella di compendio del diritto, ai fini della sua conoscenza e trasmissione: le compilazioni di regole hanno assolto fino al Secondo Dopoguerra in Italia anche una importante funzione didattica; di qui anche un certo grado di penetrazione di esse, o di alcune tra esse, nelle conoscenze medie del popolo, ma anche la loro funzione di deposito della scienza giuridica, cioè di corroboranti, nel giurista, della coscienza di esser portatore ed esponente di un sapere che ha proprie caratteristiche e una propria funzione sociale e propri criteri di ragione (cfr. D. VELO DALBRENTA, *Le irrinunciabili ragioni del giurista, ecc.*, in *Il diritto come processo*, cit., 69 ss.). Non è ingenua l'osservazione di chi dichiara che, leggendo e studiando le raccolte di *regulae* «si ha la sensazione di trovarsi quasi a casa propria, a motivo delle categorie concettuali, degli schemi di elaborazione utilizzati, delle argomentazioni che sembrano essere le stesse dei giuristi di oggi», arrivando per questa via a comprendere la dimensione peculiare che definiamo «scienza giuridica», come una consistente nel e riconoscibile dal fare uso «da secoli di categorie e schemi concettuali che in fondo sono sempre gli stessi», come scrive A. POZZOBON, *Le 'Regulae'*, cit., 19. Per F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1997, 89-90, i brocardi, «che riescono a cogliere l'universale e che, per quanti rivolgimenti il diritto abbia avuto nei secoli, appaiono tutti, o quasi, veri ancora oggi, al di là dei confini nazionali», sono l'esempio e il risultato di «metodo critico». Le *regulae* vengono oggi riconsiderate per l'idea di tradizione che portano con sé, non è passivo e conformistico ossequio al passato, ma continuità di un impegno etico e critico (M. MIGLIETTA, «Determinare la regola», in *Il diritto come processo*, cit., 39 ss., 62: «per risolvere [una] incertezza il giurista si rivolge all'esperienza e alla tradizione perché queste riflettono una 'giusta misura' della realtà». Nello stesso senso anche C.M. DORIA, *Variazioni in tema di "regulae juris"*, in *"Regulae juris"*, cit., 1 ss., 2).

<sup>8</sup> Storicamente del resto, la crisi della scienza giuridica, la quale si è nel corso del tempo alimentata anche della *traditio regulae*, è un portato dell'insorgere delle concezioni strumentali e tecniche del diritto, che si sono risolte nel «ricercare i principi del diritto fuori dal diritto: nella sociologia, nella politica, nell'economia» (A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957, 26). Quando lo studio del diritto «si è risolto in quello del controllo sociale e della tecnica sociale la giurisprudenza (...) ha abdicato alla sua storica funzione, ha rinunciato ai suoi valori, finendo nel vago di una scienza sociale. (...) In realtà, togliendo la fiducia in alcuni principi, ci si mette al di fuori dell'esperienza giuridica, e pertanto umana» (*ib.*, 35).

2. UNA PARTENZA EQUILIBRATA. LA CASSAZIONE A CONFRONTO CON 'MATER SEMPER CERTA'. Nel 2016 la I Sez. Civile della Corte di Cassazione ha deciso sulla trascrivibilità dell'atto di nascita di un bambino nato in Spagna per fecondazione eterologa reciproca e registrato come figlio, oltre che della madre partoriente, della compagna di quest'ultima. Tre i punti salienti di questa complessa, nota e importante sentenza (n. 19599)<sup>9</sup>.

Il primo concerne la domanda se *Mater semper certa* sia o meno un principio fondamentale caratterizzante l'ordine giuridico italiano e tale da costituire limite di ordine pubblico internazionale al riconoscimento in Italia di documenti e atti stranieri. Considerato che ferma rimane «l'importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre», il Collegio non nega che il principio sia fondamentale, ma nega che esso sia fondamentale *nel senso di opporsi al riconoscimento di due madri, una di parto e l'altra genetica*, coincidenti con la coppia nel cui seno, per così dire, il bimbo è nato, e che si propone di crescerlo insieme, quale è la coppia del caso istante. Non vi è dunque, enuncia la Cassazione in diritto, un principio fondamentale di rango costituzionale che si opponga a una «bi-genitorialità *materna*».

Il secondo punto concerne il modo in cui il bambino è nato. Affrontando l'argomentazione dei ricorrenti, secondo i quali si sarebbe trattato di surrogazione di maternità perché a rivendicare lo status di madre era una donna diversa da quella che ha partorito, la Cassazione chiarisce che, mentre nella maternità surrogata la donna che partorisce rinuncia allo status di madre e non fa parte della coppia che crescerà il bambino, nel caso di specie la donna che ha partorito «ha partorito un bambino (anche) per sé sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua partner femminile». Dato che la fattispecie considerata è dunque «diversa e non assimilabile a una surrogazione di maternità» si enuncia il seguente punto di diritto: «in tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisce, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa».

Il terzo punto concerne la nozione di ordine pubblico internazionale. Qui la Cassazione fa propria una concezione secondo cui quello sul limite di ordine pubblico internazionale è un giudizio di costituzionalità anticipato e virtuale, tale per cui resistono ad esso soltanto le norme 'costituzionalmente necessarie' quelle cioè che il legislatore non potrebbe abrogare o modificare senza incorrere in un vizio di costituzionalità. La disciplina in materia di eterologa posta dalla l. 40/2004, è già stata oggetto di molte modifiche (si pensi alla sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale) sicché

---

<sup>9</sup> Questa, come le altre sentenze, anche di merito, che cito, sono rinvenibili sul sito [art.29.it](http://art.29.it).

non può considerarsi ‘costituzionalmente necessaria’<sup>10</sup>, ma è rimessa a future modifiche aperte alla discrezionalità del legislatore e pertanto non fa ostacolo alla trascrizione in Italia dell’atto di nascita del figlio delle due madri lesbiche.

Se l’idea di un giudizio ‘anticipato e virtuale di costituzionalità’ merita certamente profondissime obiezioni un ordinamento in cui il sindacato di costituzionalità non spetta al giudice ordinario e che ha scelto un giudizio incidentale successivo e concreto<sup>11</sup>, altrettanto innegabile mi pare che la sentenza della Cassazione sia pronunciata in termini aderenti alle caratteristiche della causa su cui verte, e risulti coerente al proprio interno. Il Collegio non perde di vista di essere di fronte un caso in cui si tratta di un bambino che ha una madre di parto la quale intende crescerlo insieme alla sua compagna, che è anche madre genetica; così come non perde di vista che il bambino è nato per fecondazione eterologa e non per surrogazione di maternità; i principi di diritto che la sentenza afferma sono generali, ma ‘sessuati’ (cioè enunciati tenendo presente la sessuazione, al femminile, della coppia richiedente)<sup>12</sup>. La sentenza dimostra, per prima cosa, che nel nostro diritto, grazie al principio *mater semper certa*, è non solo possibile ma doveroso affrontare in modo non neutro (in una chiave cioè che non annulli la differenza sessuale) il tema della filiazione in relazione a coppie di persone omosessuali, così come esso è impostato in relazione alle coppie eterosessuali (la maternità e la paternità non avendo nel nostro diritto il medesimo regime). La premessa generale su cui la sentenza è fondata, doversi intendere cioè il limite dell’ordine pubblico internazionale come riferito al «complesso dei principi [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria» è svolta in aderenza a elementi ben precisi e circostanziati, risalenti da un lato alle caratteristiche del nostro ordinamento, prima tra le quali i principi reggenti la filiazione, dall’altro alla configurazione concreta della questione giuridica sottoposta al giudicante.

---

<sup>10</sup> Si potrebbe pensare, peraltro, che il fatto che la l. 40 vieti la fecondazione eterologa alle donne sole sia irragionevole, perché si traduce nell’impedire a una donna di fare in sede medico-clinica quello che, in molti casi, potrebbe fare da sola, l’etero-inseminazione non richiedendo nulla di più, come si esprimono le americane, che un *turkey bag*, una siringa da dolci, e un amico compiacente. Vietare a una donna di fare in clinica ciò che può fare a casa, e rendere necessaria la presenza di un partner stabile, è imporre un modello eteronormativo di famiglia, e negare che qualunque donna può fondare una famiglia indipendentemente dalla presenza di un altro che condivide la responsabilità della crescita dei figli. La questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Pordenone con ord. 2 luglio 2018 contro la l. 40 perché non consente alle coppie lesbiche di accedere alla fecondazione assistita riproduce il paradigma che confina la libertà procreativa femminile dentro l’istituto della famiglia, che stigmatizza le madri sole. La questione ripropone l’idea che la famiglia sia formata dalla coppia, indipendentemente dalla presenza della madre di parto, e rappresenta un nuovo tentativo di aggressione surrettizia del divieto di maternità surrogata: negare le specificità della relazione tra il corpo femminile e la procreazione è il passante per fare della coppia e non della madre la protagonista della generazione, e, per questa via, per giungere a cancellare l’essenzialità del ruolo generativo femminile. Dal punto di vista della negazione del primato femminile nella generazione il carattere eterosessuale o omosessuale della coppia non fa alcuna differenza (M. ALBERTSON FINEMAN, *op. cit.*).

<sup>11</sup> Si v. le ampie argomentazioni di F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata come limite di ordine pubblico, ecc.*, e di C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico, ecc.*, in *Maternità filiazione*, cit., risp. 31 e 119.

<sup>12</sup> Altri direbbe ‘di genere’, ma non adotto l’espressione, per le sue valenze neutre e anti-femminili, illustrate da C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, 1988, prima ed. it. 1997, Editori Riuniti, Roma, 292.

Di certo, nessuno dei tre punti formulati dalla I Sez. Civile potrebbe essere riferito a coppie di uomini che abbiano fatto ricorso alla surrogazione di maternità: non la capacità del principio *mater semper certa* di riconoscere due madri aprendosi una «bigenitorialità materna»; non il fatto che si tratti di fecondazione eterologa anziché di gestazione per altri; non il riferimento alla l. 40 come legge modificabile dalla discrezionalità del legislatore, che si rivolge circostanziatamente al divieto di fecondazione eterologa alle donne singole e quando il ricorso a questa tecnica non sia dovuto a motivi di salute.

3. 'INTERPRETATIO ABROGANS'. DELLA MADRE? GLI ESITI SQUILIBRATI DI UN USO MECCANICISTICO DEI PRINCIPI. La decisione della I Sez. Civile è stata interpretata dalla successiva giurisprudenza di merito in modi che le hanno fatto dire precisamente ciò che non diceva.

Nel febbraio 2017 il *decisum* della Cassazione è stato esteso dalla Corte d'Appello di Trento al caso di due uomini, dei quali uno padre biologico di un bambino nato, all'estero, per surrogazione di maternità, obliterandosi l'espressa precisazione, fatta dalla Cassazione, di non stare esprimendosi su un caso di surrogazione di maternità. Gli argomenti della Cassazione dedicati a dimostrare che nel caso da essa deciso non si trattava di maternità surrogata perché il bambino era destinato a essere cresciuto dalla coppia che includeva la madre di parto sono stati appiattiti in un «concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato». I rilievi svolti dalla Cassazione in ordine al divieto di fecondazione eterologa nella l. 40 sono stati tradotti nell'affermazione per cui *l'intera «disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita [nelle quale la Corte trentina fa rientrare la surrogazione di maternità<sup>13</sup>] va considerata non espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati»<sup>14</sup>.*

L'esempio di Trento è stato seguito, con decreto del 12 dicembre 2017, dal Tribunale di Livorno, il quale, per quanto concerne in particolare il limite di ordine pubblico internazionale, ha tradotto la sentenza della I Sez. Civile in questi termini: «In definitiva, non rinvenendosi in Costituzione un

---

<sup>13</sup> Del tutto opinabilmente, e contro una molto cospicua serie di studi e di evidenze (per tutti v. ora D. Danna, *Maternità. Surrogata?*, Milano 2018), oltre che contro il disposto testuale della I Sez. Civile.

<sup>14</sup> Sulle «lacune dell'argomentazione» dell'ordinanza 27.2.2017 della Corte d'Appello di Trento v. V. CALDERAI, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, 986 ss., 987: «non si tratta naturalmente di negare valore giuridico alla relazione di cura e di affetto tra il figlio nato da GPA e la compagna o il compagno del genitore biologico, ma di considerare realisticamente il fatto – avvalorato da una messe di studi empirici e documenti internazionali – che la GPA non è una “pratica fecondativa” come le altre (così l'ordinanza tridentina), ma una pratica che presuppone un obbligo di prestazione di fonte negoziale e un mercato. Per una volta il divieto penale dell'intermediazione (art. 12, comma 6, l. 40/2004) non è lo *ius singulare* di un legislatore ideologico, ma una scelta condivisa dalla maggior parte dei paesi europei, in nome di un principio veramente universale: la tutela dell'integrità fisica e morale della persona, considerata in se e come rappresentante della specie – questo è il senso della “dignità umana” – giustifica i limiti all'impossessamento del corpo, anche quando si manifesta attraverso l'atto di disposizione di sé». Alle molto pertinenti osservazioni di Calderai si può aggiungere che la distinzione tra GPA 'onerosa' o 'gratuita' è del tutto pretestuosa, posto che anche quando la donna offre la sua prestazione 'per dono' vi è comunque un mercato (gli intermediari quali le cliniche e gli studi legali o i siti internet di pubblicità) che lucra intorno ad essa.

modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico tra genitore e il nato (...) quel giudizio preventivo e virtuale che la Corte di legittimità ha delineato *non può concludersi certamente nel senso che una disciplina analoga o assimilabile a quella che in altri ordinamenti consente la maternità surrogata sarebbe di per sé contraria ai principi supremi e/o fondamentali della Costituzione*, dei Trattati fondativi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, che vincolano il legislatore ordinario».

La pronuncia in termini di differenza sessuale della Cassazione viene riscritta in termini neutri; il riferimento al carattere non costituzionalmente obbligato della l. 40, fatto dalla Cassazione con riguardo al divieto di fecondazione eterologa, viene esteso alla surrogazione di maternità (il divieto di questa pratica essendo anch'esso contenuto nella l. 40); il giudizio 'anticipato e virtuale' di incostituzionalità di una certa legge diventa giudizio in positivo sulla plausibilità, se non auspicabilità, dell'introduzione in Italia di una legge diversa, andando ben oltre la precisazione della Cassazione sul vertere il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico «esclusivamente a riconoscere effetti in Italia a uno specifico atto o provvedimento straniero relativo a un particolare rapporto giuridico tra determinate persone» e senza tener conto di come la pur estesa nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalla I Sez. Civile fosse espressamente da questa limitata da un vaglio volto a escludere la sussistenza di una «potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno». L'unico tratto di continuità risiede invero nella interpretazione del principio del miglior interesse del bambino che Cassazione e giudici di merito interpretano come avente un unico e costante portato, quello di imporre «certezza dello *status filiationis*» e di garantire al bambino la «bigenitorialità», conducendo al riconoscimento delle relazioni genitoriali in cui il bambino di fatto si trovi<sup>15</sup>.

Poiché questa evoluzione si risolve nel sostanziale riconoscimento della surrogazione di maternità, regina tra le «varianti moderne di antiche pratiche di assoggettamento della donna al potere maschile»<sup>16</sup>, è difficile non commentare, con Fineman, che «*in our response to changing behavior on the part of women in the evolution of family law, we only reassert, in different forms, the power men implicitly enjoyed within the context of indissoluble marriage and traditional patriarchy*»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Secondo una impostazione nella quale è difficile non avvertire la preoccupazione di 'fare giustizia' soprattutto alla coppia di adulti (che non devono subire discriminazioni a causa del loro orientamento sessuale). Si è parlato in modo calzante di «interesse superiore dei genitori», cfr. D. ROSANI, *The Best Interest of the parents, la maternità surrogata ecc.*, in *BioLawJournal, Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 124, dove ulteriori rinvii. Inteso, come la prevalente giurisprudenza lo intende, quale precetto inalterabile, il principio del superiore interesse del minore riproduce in tutto e per tutto una di quelle *leges legum* cui andavano le aspirazioni dei codificatori napoleonici.

<sup>16</sup> V. CALDERAI, *Modi di costituzione*, cit., 988.

<sup>17</sup> M. ALBERTSON FINEMAN, *op. cit.*, p. 665.

Con buona pace della rivoluzionaria intuizione delle Costituenti circa la primazia della donna in quanto madre nella costituzione della famiglia, e mentre la I Sez. Civile iniziava a delineare una lettura della famiglia in linea con la storica sensibilità del femminismo nei confronti del carattere oppressivo che la famiglia patriarcale, non certo la maternità, ha nei confronti delle donne, le successive decisioni hanno puntualmente riprodotto una idea di famiglia in cui la presenza della donna è irrilevante. Il nuovo vessillo della ‘genitorialità’ riconsacra (in nome del ‘progresso’ e dell’evoluzione della società’) la sempiterna negazione, misogina e patriarcale, del legame madre-figli come fondativo della famiglia.

Pochi giorni dopo il decreto livornese, il 18 dicembre 2017, la Corte costituzionale, con la sent. 272, ha ribadito essere la surrogazione di maternità una pratica contraria ai nostri valori costituzionali (perché «offende in modo intollerabile la dignità della donna e minaccia nel profondo le relazioni umane») e che l’interesse del minore è un interesse «composito e complesso» che comprende sempre anche la dimensione della verità della propria origine, e pertanto deve il giudice ritrovare, nel singolo caso, nell’ordinamento le vie per comporne i diversi aspetti, senza sacrificarne alcuno<sup>18</sup>.

L’intervento della Corte costituzionale conferma la giustezza dell’osservazione di chi ha rilevato, nel caso della sentenza di Trento, ma lo stesso potrebbe dirsi del decreto livornese, trattarsi della «meccanica applicazione del *dictum* della Cassazione» relativo alla tutela dei diritti fondamentali «a una ben diversa fattispecie» laddove una più attenta lettura di quella decisione avrebbe in verità consentito al Collegio di giungere a una conclusione almeno in parte diversa, capace di contemperare la tutela dei diritti del minore con la considerazione di altri interessi di rango costituzionale<sup>19</sup>.

L’applicazione «meccanica» del precedente della Cassazione e dei principi da essa enunciati produce la messa a rischio di tutti i beni giuridici protetti dal divieto di maternità surrogata, e che risalgono ad altrettanti principi del nostro diritto: e precisamente: «extra-patrimonialità del corpo, eguaglianza di genere, impossibilità di fare della vita umana in quanto tale l’oggetto di un diritto di prestazione». Brandendo il principio di non discriminazione come illuminato e inesorabile strumento

---

<sup>18</sup> Si osservi che l’ordinanza di rimessione da cui la sentenza della Corte costituzionale si è originata conteneva una lunga perorazione a favore dell’introduzione della maternità surrogata in Italia, ma nella sola forma comunemente nota come ‘altruistica’, la formula di surrogazione di maternità vista con più favore tra quelle opinioni che, in Italia, si pronunciano per l’introduzione della pratica da noi. Questo fa risaltare che, quando formula il suo giudizio anticipato e virtuale di incostituzionalità della l. 40 perché il legislatore potrebbe introdurre la surrogazione di maternità, ma non tiene conto (almeno) del fatto che molte e ben diverse sono le modalità con cui essa è regolamentata dove vige, il giudice livornese dimostra senza volerlo l’intima fallacia dell’idea del giudizio anticipato e virtuale di incostituzionalità: in molti casi è proprio perché una legislazione potrebbe essere sostituita con altre molto diverse tra loro che la Corte costituzionale *non* pronuncia l’incostituzionalità di una legge, e pertanto la mantiene in vigore. Far equivalere il giudizio sull’ordine pubblico internazionale a un giudizio di costituzionalità incoraggia una prassi di disapplicazione della legge non condivisa dal giudice e legittime interpretazioni giudiziarie latrici di proposte di modificazione della legislazione vigente o in generale di un indirizzo politico.

<sup>19</sup> V. CALDERAI, *Modi di costituzione*, cit., 987.

di distruzione di stereotipi e pregiudizi (a cui vengono ridotti il passato e le opinioni di molti, compresi i precedenti giudiziari e le scelte del legislatore) il giudice par così dimenticare che devono pur sempre essere assicurate, in un ordinamento giuridico, «le condizioni “per mezzo delle quali l’arbitrio dell’uno può accordarsi con l’arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà”».

Dal quadro emerge un problema non piccolo: quello di un giudice che non sa «fare governo dei principi»<sup>20</sup>.

4. GOVERNARE I PRINCIPI CON LE ‘REGULAE’: UN SAPERE DA SALVARE. Mi sembra che una cosa risalti con una certa evidenza: l’ancoraggio alla *regula Mater semper certa* ha offerto alla Cassazione una misura di concretezza del suo ragionare, delimitandolo correttamente alla fattispecie considerata, dove ci si chiedeva se una donna, che ha contribuito geneticamente alla nascita del figlio dell’altra, ed è compagna della madre di parto, possa essere considerata a sua volta ‘madre’.

È ancora ricorrente nel modo dei nostri giudici di ragionare il confrontarsi con le *regulae iuris*<sup>21</sup>, ma l’abitudine, normativista, di considerare il diritto come appartenente tutto e solo al mondo del ‘dover essere’ ha determinato la propensione a guardare anche le *regulae* come norme, vale a dire come *prescrizioni eteronome e autoritative*. Questo fa anche la Cassazione quando si chiede se *Mater semper certa* imponga o non imponga l’unicità della figura materna, come se il fatto che i bambini nascono da un corpo di donna sia un’invenzione del legislatore. Invero, come è caratteristico delle *regulae iuris*, *Mater semper certa* non *prescrive* che la madre debba essere certa, qualunque cosa ciò significhi, ma si limita a *constatarlo*: un bambino nasce sempre da una certa donna, che lo partorisce, sicché normalmente non vi sono problemi a stabilire chi è la madre, provandolo il fatto del parto. Il significato della *regula*, e la sua funzione, è garantire un ancoraggio del ragionamento (che lasciato andare a fil di logica può pervenire a qualunque esito) all’*essere*, alle cose come stanno nella realtà che umanamente sperimentiamo<sup>22</sup>. Per questo le *regulae iuris* hanno profondamente interessato

---

<sup>20</sup> V. CALDERAI, *Modi di costituzione*, cit., 989, da cui anche il periodo virgolettato che precede, corsivo mio.

<sup>21</sup> Si tratta dei residui del metodo della ricerca delle ‘concordanze’ tra disposizioni codicistiche e diritto antico (cfr. G. MASTROMINICO, *I confini delle regulae juris*, in *Regulae juris*, cit., 109; sulla presenza delle *regulae* sia nell’argomentazione ‘sistemica’ che in quella ‘problematica’ v. L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, Accademia dei Lincei, Roma, 1992, spec. 321-323.

<sup>22</sup> Giuliani ricorda che i giuristi romani classici «videro il diritto non come un complesso di norme o di imperativi, bensì come interpretazione degli aspetti giuridici della condotta e della azione umana; se infatti apriamo il titolo del Digesto *Regulae iuris* non vi troviamo molte sistemazioni o definizioni concettuali, ma piuttosto interpretazioni di comportamenti: *Eius est nolle qui potest velle. Non vult heres esse qui ad alium transferre voluit hereditatem*». (A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., 139). Evidenziando la connessione tra il diritto e l’azione umana, le *regulae* controbilanciano la riduzione normativista del diritto a insieme di comandi dati agli uomini, che può risolverlo in un metodo di imposizione autoritativa di valori e fini (A. GIULIANI, *Contributi*, cit., 172), dedotti, a seconda dei tempi e dei climi, dalla Legge, dall’astratta Ragione, dalla Natura o dal Progresso Sociale. Le *regulae* dimostrano che il diritto può essere conosciuto non solo come esame della volontà di un legislatore (o di una forza, come la ‘società’) ma attraverso lo studio delle attività umane e dei loro effetti alcuni dei quali si sono presentati «così generali da potersi considerare indipendenti da qualsiasi istituzione

pensatori preoccupati di governare il diritto, o per meglio i suoi usi, sempre esposti alle derive autoritarie, che scaturiscono dalla divaricazione tra ciò che il diritto prescrive e ciò che le persone «vivono, faticano, sentono»<sup>23</sup>.

L'articolo 269 del codice civile sulla prova della maternità presuppone dunque, e non pone, il principio *mater semper certa*: esso presuppone, cioè, il fatto di realtà constatato dalla regola, ovvero che se c'è un bambino c'è una donna che lo ha partorito; il significato precettivo dell'art. 269 è che la maternità (che può essere provata provando la coincidenza di colui che si pretende figlio con colui che fu partorito, o anche con altri mezzi) non può considerarsi sussistente *contro il dato di realtà del parto* (non si può affermare che qualcuno è figlio di una donna se risulta che *non* lo ha partorito, e questo spiega la ragionevolezza della perdurante preferenza per la madre di parto anche dopo l'avvento delle tecniche di PMA).

Il ragionamento della Cassazione è dunque per certi versi certamente una forzatura: è piuttosto assurdo chiedersi se *mater certa* si opponga a una bi-genitorialità materna, quando esso non prescrive chi deve essere considerata madre ma si limita a dire che è certo che madre di un bambino è colei che lo ha partorito. È una forzatura che, a giudizio mio, potrebbe essere evitata prescegliendo la via della analogia tra la posizione della partner della madre (abbia o meno contribuito geneticamente alla nascita del bambino) a quella del padre<sup>24</sup>, ed è una forzatura che, come dicevo, deriva dal riflesso condizionato di pensare che qualunque cosa abbia a che vedere col diritto, ci serva a formare un ragionamento giuridico, a interpretare una norma, a delineare una decisione, appartenga al campo delle prescrizioni e non anche a quello delle descrizioni, abbia la funzione, il potere o l'ambizione di modellare e rimodellare il mondo umano, anziché, prima di tutto, il dovere di comprenderlo e rispettarlo<sup>25</sup>.

---

positiva». Per questo Giuliani incentra sulle *regulae* la sua ricerca intorno a una dottrina 'più pura' del diritto. Nel favorire l'evitamento di conclusioni abusive ed assurde, perché slegate dall'esperienza, dalla storia e dalla verifica dell'intersoggettività, le *regulae* ci forniscono una dimensione dei principi in cui questi ultimi esercitano una funzione principalmente negativa, contrariamente all'uso 'costruttivo' che ai principi si associa quando, risolta la nozione in quella di 'norma' come comando, i principi sono applicati nella convinzione che dire il diritto equivalga a dettarlo, stabilirlo, crearlo.

<sup>23</sup> A. GIULIANI, *Contributi*, 178

<sup>24</sup> In questa direzione ha ragionato il Comune di Milano quando ha recentemente iscritto direttamente l'atto di nascita di un bambino, nato in Italia, come figlio della madre che lo ha partorito e della compagna di quest'ultima, così decidendo, espressamente, sulla premessa che «in questi casi la madre è certa», ma ritenendo, per il medesimo motivo, di non poter fare lo stesso nel caso di coppie gay (cfr. C. JOURDAN, *Due madri. Facciamo chiarezza*, in *Libriadelledonne.it*, 15.6.2018). Al pari dell'impedire alla donna sola di accedere alla fecondazione eterologa, anche l'impedire alla madre lesbica di vedere riconosciuto come altro genitore la propria compagna realizza, a mio modo di vedere, l'imposizione di un modello etero-normativo o binario di famiglia, interpretando *mater semper certa* e *pater quem nuptiae demonstrant* come destinati a dire che accanto a una donna ci deve essere un uomo mentre essi dicono che *c'è un genitore che è certo (che è la madre in quanto ha materialmente messo al mondo il bambino) e uno che è socialmente costruito*, il cui status non deriva dal legame 'di sangue' col bambino, ma dalla relazione 'sociale' con la madre.

<sup>25</sup> A. GIULIANI, *Contributi*, 94 e vari luoghi.

Quanto meno, però, tener presente che *mater è semper certa* instilla nella decisione della I Sez. Civile un certo qual vincolo di ragionevolezza: essa non dice che non è vero che la madre di parto è madre, non teorizza una genitorialità senza maternità, non arriva all'assurdo di dire che *mater semper certa* è 'superato' (come se il parto potesse essere 'abrogato'). La Cassazione aggiunge al primo legame materno, naturale, uno 'secondo' il quale, non essendo ritenuto sussistente in modo indipendente dal primo (la seconda madre non sta rivendicando la sua esclusiva maternità scindibile dal parto della prima), non va contro il dato di realtà di essere madre colei che ha partorito.

Quando la Cassazione lo riformula nel senso che esso non impone l'unicità della figura materna, il principio esprime la forza della sua natura descrittiva (che è ancoraggio alla realtà) richiamandoci a che *la capacità di una persona di diventare genitore non si dà indipendentemente dalla relazione con la madre di parto*, che risalta così come protagonista necessaria, ovvero fondamento, della formazione della famiglia.

Oltre a riannodarsi, come ho già detto, alla lunga aspirazione femminile e femminista al riconoscimento di come il nucleo, o la 'diade', madre-figli sia già famiglia (e l'essenza di quest'ultima), la necessità della certezza della madre di parto, quale presupposto della costituzione di altra persona col figlio di quest'ultima, offre un freno alla possibile, completa, artificializzazione dei nessi familiari e degli status personali, che è un esito temibile delle tecniche riproduttive e della surrogazione di maternità in particolare<sup>26</sup>. Nel contesto contemporaneo, che vive al cospetto del problema della manipolazione tecnica della personalità e dell'esperienza umana, *mater semper certa* assume il senso di precludere la possibilità che una manifestazione della socialità umana, la famiglia, possa finire per essere, nel diritto, ricostruita in modi che astraggono da, e non tengono conto di, come la corrispondente esperienza si configura, secondo ciò che solitamente accade, nella effettiva esperienza dei viventi.

L'ancoraggio alla regola antica, presupposta dal nostro diritto positivo, principio anch'essa (di principio '*mater semper certa*' si parla infatti solitamente) esprime così un peso, qualificato, nel rendere esercitabile dal giudice l'arte, o il sapere, di 'governare i principi'. Ciò, a cominciare dal principio dell'interesse del bambino, che, quando predicato come 'interesse a rimanere nelle relazioni in cui si trova' impone, se alle parole si vuol dare un senso, la salvaguardia del primo legame in cui il nascituro vive, che è quello con la madre di parto, e quando predicato invece come destinato a consolidare le relazioni in cui il bambino sia stato posto dopo la nascita, racchiude la svalorizzazione del legame con la madre, e quindi della gestazione e del parto, ridotti a momenti puramente animali,

---

<sup>26</sup> È stato osservato che l'avvento del criterio genetico può far scomparire la nozione stessa di genitore 'naturale' e i connessi diritti 'inalienabili': cfr. M. RIZZUTI, '*Pater semper certus, mater numquam?*' *Dalla crisi delle certezze 'naturali' allo scenario dell'agenitorialità*', in *Maternità filiazione, ecc.*, cit., 172. Lo stesso esito (mettere in discussione il carattere inalienabile dei diritti connessi alla filiazione e alla famiglia) discende dalla diffusione di criteri 'sociali' o 'intenzionali' di attribuzione della 'genitorialità'.

meccanici, inintelligenti (perciò ‘surrogabili’) e un analogo giudizio, radicalmente offensivo, indirizza a *ogni donna* che porti avanti una gravidanza, e partorisca.

Non ultimo, il principio espresso dall’antica regola, *Mater semper certa*, richiamando la diversità di sesso nella procreazione, rappresenta una guida all’esercizio del principio di eguaglianza, secondo la tradizione giuridica (che nel nostro paese ha preso il nome di ‘ragionevolezza’) che, sin dalla formulazione aristotelica e quindi dell’equità in senso classico, lo vuole orientato non a realizzare la ‘parità’ o ‘eliminare le discriminazioni’, ma a trattare in modo eguale ciò che è eguale e diverso ciò che è diverso, evitando l’abuso e l’arbitrio consistenti nell’equiparare situazioni tra loro differenti.

5. PRINCIPI SENZA ‘REGULAE’? LA DINAMICA ANTIGIURIDICA DELLA NON DISCRIMINAZIONE. Sebbene la ricezione della distinzione dworkiniana tra principi e regole abbia contribuito non di poco a oscurarne la consapevolezza, anche le regole, spesso, sono principi e i principi, generalmente, funzionano in quanto ancorati a regole; almeno, se devono funzionare giuridicamente, ossia (in primo luogo) in un modo che tende il più possibile a evitare l’arbitrio (*in primis*: quello della ragione)<sup>27</sup>.

Sul primo punto, che cioè molti principi del diritto risalgano alle *regulae* della tradizione romanistica, tramandate dalla scienza giuridica, basterà ricordare il principio del contraddittorio, che risale alla *regula Audiatur et altera pars*; ma gli stessi principi spesso considerati tipici e propri di una certa stagione del costituzionalismo contemporaneo (e perciò ormai avvertiti come condannati a tramontare inevitabilmente con esso, percepiti quali mere ideologie) come l’art. 41 e la sua affermazione che la libertà di iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con la libertà, la dignità e la sicurezza umana» affondano le loro radici in una *regula* (nessuno può arricchirsi da un proprio comportamento illecito). Il criterio di ragionevolezza fornisce la riprova di come, d’altro canto, i principi funzionino *con regole*: la regola dell’equità classica, trattare in modo eguale l’eguale e diverso il diverso, ovvero il *suum cuique tribuere*, è stata, da noi<sup>28</sup>, il meccanismo di operatività del principio di eguaglianza formale, e del divieto di distinzioni contenuto nell’art. 3/1 Cost., che è sempre stato inteso, nella nostra tradizione, come divieto di distinzioni ‘irragionevoli’. Di tanto che, come or ora ricordavo, la definizione di ‘discriminazione’ che volesse riflettere il senso di questa espressione maturato nel cono dell’esperienza repubblicana non potrebbe certamente

---

<sup>27</sup> S’intende, utilizzando il termine regola nel senso di *regula iuris*. La frequente rimozione del significato della parola *regula* dal dibattito su principi e regole segnala icasticamente la profondità della separazione intervenuta tra la filosofia del diritto (e il costituzionalismo) e la scienza giuridica.

<sup>28</sup> Mi limito, sul complesso tema, a richiamare P. RESCIGNO, *L’attività creativa del giudice*, in S. PATTI e P. RESCIGNO, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, 60-61: «se non figura nell’elenco delle fonti l’equità è presente nel sistema come criterio valutativo in maniera più profonda di quanto si sia portati a pensare», sia come applicazione di «taluni criteri» al caso specifico e concreto, sia come «corrispondenza al sistema».

definirla come **assenza di** 'parità', sibbene come trattamento irragionevolmente eguale (o irragionevolmente differenziato) di situazioni in sé diverse (ovvero eguali).

L'insistenza sulle differenze o affinità tra principi e regole in quanto tipi diversi dello stesso *genus* 'norma' (normativisticamente inteso) ha anche contribuito a far sbiadire l'importanza che la parola regola riveste nel qualificare ciò che pensiamo sia 'diritto', dunque nell'indirizzare le nostre aspettative nei confronti di esso e delle sue prestazioni. In effetti, ancora oggi nella lingua italiana la parola 'regola' ha un significato ben preciso, designando, come si legge nei vocabolari, il «modo di svolgersi ordinato e costante che si riscontra nella quasi totalità di alcuni fatti, nel campo della natura o dell'agire umano; l'enunciazione di tale modo che può o deve essere presa come norma in casi consimili», che è ciò che sono le *regulae iuris*. Tenere presente il ruolo delle *regulae* nella formazione del diritto significa in altri termini mantenere memoria dell'origine e connessione del diritto con il mondo dell'azione umana, individuale e sociale, dall'osservazione delle cui costanti nascono le *regulae*; la svalutazione di queste ultime come 'ovvietà'<sup>29</sup> è invece frutto del *favor* per una costruzione eteronoma, in questo senso artificiale, del diritto. Le *regulae*, che si limitano a riflettere l'esperienza umana e ad ancorare ad essa il ragionamento del giurista, sono poca cosa per chi pensa che la funzione del diritto è modellare la realtà, la società e il mondo umano, costruirli, dirigerli. Il legame tra principi e regole, dunque, coltiva anche l'esigenza di un ancoramento del diritto all'esperienza umana evitando i pericoli «di un governo non umano delle cose umane»<sup>30</sup>; la rottura di quel legame evidenzia allora questi pericoli: una volta escluso che il diritto abbia una propria dimensione contenutistica, esso non sopravvive che come tecnica adiafora, che può riempirsi di qualunque contenuto.

È in effetti proprio la tradizione delle *regulae*, quali componenti della scienza giuridica fonte del diritto (come unità di scienza e pratica), che permette riconoscere il diritto come esperienza autonoma, fondata su propri principi costitutivi, non risolta, cioè nelle sole, impermanenti, norme poste da un legislatore (o da qualunque autorità, come la coscienza sociale o le forze collettive che si impongono) né nell'empireo di una ragione trascendente, e come tale in grado di porsi in dialettica con il diritto 'posto' rimanendo però sul terreno dell'esperienza umana e mondana e nel giuridico<sup>31</sup>. La delegittimazione e la distruzione della scienza giuridica che hanno contrassegnato la modernità hanno corrisposto all'avvento delle concezioni strumentali del diritto, che lo concepiscono come mera tecnica per il governo della società; l'avversione nei confronti della idea stessa di autonomia del

---

<sup>29</sup> In quanto «desunte da condizioni o fatti imprescindibili o inevitabili»: N. BOBBIO, voce *Principi generali*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, 894.

<sup>30</sup> A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., 26.

<sup>31</sup> A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., 31: «come conseguenza dello spostamento dell'interesse dalla scienza del diritto agli scopi cui esso può servire, venne ma scemare l'interesse per i principi di questa scienza e quindi per il sistema».

diritto, come ambito portatore di propri principi costitutivi, ha visto unite e cooperanti, nel corso del tempo, tendenze e fenomeni che per solito vengono intesi come contrapposti, vale a dire il gius-positivismo e il gius-realismo a base sociologica e si è associata alla ricostruzione del diritto come esperienza prettamente eteronoma, autoritativa<sup>32</sup>.

Continuamente riproposta, la polemica contro l'autonomia del diritto, che anima la ricostruzione del diritto in termini di mera tecnica di governo della società, vuota al suo interno di principi costitutivi, è ben riconoscibile nelle vie che hanno presieduto alla costruzione del divieto di discriminazioni quale principio generale del diritto europeo. La dottrina, nel corso del tempo, ha dimostrato una propensione sempre più marcata a vedere nel divieto di discriminazioni non solo un aspetto del principio 'generale' di eguaglianza, o un suo 'equivalente funzionale', ma una sua espressione 'efficientata'. È stato così spesso teorizzato<sup>33</sup> che la formula 'classica' dell'eguaglianza, 'trattare in modo eguale l'eguale, ecc.' è condizionata da ampi margini di soggettività, se non di arbitrio (nell'apprezzamento di ciò che è eguale e ciò che è diverso, naturalmente sensibile al mutare dei tempi e dei luoghi); e debole, perché non assicura un vero e proprio diritto azionabile alla 'parità' di trattamento ma ammette trattamenti differenziati di condizioni differenziate. Il principio di non discriminazione, invece, è una formula oggettiva, certa, dal funzionamento immutabile (ancorato allo 'scattare' di precise fattispecie discriminatorie e in relazione a ben determinate categorie protette) e garantisce perciò risultati certi ed effettivi, vale a dire la rimozione della discriminazione e il conseguimento della parità. Anche gli Autori che assegnano al divieto di discriminazioni la qualità di 'principio/regola' accreditano questa lettura, la quale significa dire che il principio di discriminazioni è un principio che opera 'senza regole' (che non siano quelle che lo costituiscono secondo la volontà del legislatore, ovvero secondo la decisione 'politica'<sup>34</sup>) che travolge come vecchiume tradizionale, insieme agli 'stereotipi sociali', le convinzioni e le prassi che hanno animato, per secoli, l'esperienza giuridica.

Sensibili a queste sollecitazioni sono le sentenze che hanno guardato alla omo-genitorialità nel cono del divieto di discriminazioni, estendendo il precedente della Cassazione grazie alla resecazione della *regula* intorno cui era costruito e cioè dando al divieto di discriminazioni *campo libero* dai principi del diritto, e, in tal modo, anche dal vincolo a una corrispondenza necessaria tra il

---

<sup>32</sup> A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., 33.

<sup>33</sup> V. esemplarmente B. DE WITTE, *From a 'Common Principle of Equality' to 'European Anti-Discrimination Law'*, in *Am. Behavioral Scientist*, 2010, 1715 ss., che è una ripresa dei tradizionalissimi argomenti per cui principi come *sum cuique tribuere* sono «formule vuote e riempibili di qualunque contenuto», che v. in N. BOBBIO, *Principi generali*, cit., 894.

<sup>34</sup> Vera e unica fonte del diritto secondo L. FERRAJOLI, da ultimo *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, 26, 27, 31, 33 e 60.

ragionamento giuridico e la conoscenza e l'esperienza umana. Quando si guarda al giudice come al garante per definizione di cose per definizione buone come 'i diritti', occorrerebbe rendersi conto che, così sciolta da (auto)limiti, una sentenza (non meno che una legge) è solo l'espressione di un diritto inteso come potere, in grado di abrogare non solo la legge o i precedenti, ma anche, all'occorrenza, la madre o il parto, e, se ad esempio i progressi della tecnica o i 'bisogni della società' domani lo imponessero, le persone stesse<sup>35</sup>.

#### 6. UN ATTARDATO ROMANTICISMO GIURIDICO VA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE.

L'ingenuità consisterebbe nel pensare che le odierne movenze della giurisprudenza creativa siano fenomeno nuovo, mai visto, inevitabile e inarrestabile (ingovernabile) portato dei tempi. La giurisprudenza che assegna a sé stessa una funzione adattativa al nuovo, il compito di realizzare il necessario aggiornamento del diritto alle trasformazioni della società e ai tempi, e, perciò, oggi, anche di costante riallineamento dell'ordinamento alle (reali o presunte) tendenze emergenti su un piano sovranazionale ci ripresenta tal quali le movenze e i postulati che nacquero col 'romanticismo giuridico' storicista<sup>36</sup>, che, «mosso dal dispregio della tradizione e del buon senso, [fece] appello all'intuito e al sentimento» e fu carico di «forti istanze normative, implicite nella tendenza a far derivare tutto da un unico principio». Portatore di una forte istanza riformista e normativa, «il romanticismo giuridico è il presupposto delle nostre concezioni giuridiche contemporanee, e si manifesta con l'inconfondibile tendenza a porre la norma anziché a ricavarla razionalmente, a disfarsi dei concetti giuridici tradizionali e a rifiutare la tradizione storica»<sup>37</sup>. Agli occhi del giurista romantico la realtà del proprio tempo appare «non naturale e da riformare: ma le visioni utopistiche, anti-storiche, hanno carattere «totalitario e pubblico» perché si associano a un profondo disgusto verso la realtà, e ad aspirazioni riformiste per le quali «è naturale che gli individui debbano cedere i propri diritti al gruppo, alla collettività: i diritti individuali sono qualcosa di 'assegnato', non qualcosa di 'inalienabile'».

Sono fenomeni tanto risalenti nel tempo, quanto pressantemente attuali: quando asseconda le finalità delle odierne liti strategiche nel campo dei 'diritti civili' il giudice si rende disponibile a assumere il caso singolo non nella sua individualità, ma come esempio, prova, o 'tipo' di un

---

<sup>35</sup> Oggi la biologia molecolare è interessata alla vita, non ai viventi (sul tema A. ALLEGRI, *Vita senza esseri umani, tecnoscienza senza differenza*, in DIOTIMA, *Femminismo fuori sesto*, Liguori, Napoli, 2017, 55): una giurisprudenza incapace di ricavare dalla sua stessa storia criteri di rapporto dialettico e critico con il 'nuovo' par destinata solo a servirne gli imperativi.

<sup>36</sup> Espressosi in Germania con la Scuola storica e vero antecedente, secondo Giuliani, del normativismo kelseniano (*Contributi*, cit., p. 85).

<sup>37</sup> A. GIULIANI, *Contributi*, cit., p. 23-25.

mutamento collettivo e si afferma l'idea che «i diritti privati hanno carattere sociale e cioè devono essere organizzati in funzione dei bisogni della società»<sup>38</sup>

Questo è il quadro di problemi che si stende davanti alle Sezioni Unite, chiamate dalla I Sez. Civile (investita nei confronti della sentenza della Corte d'Appello di Trento di un ricorso che evidenziava, *inter alia*, un profilo di eccesso di potere giurisdizionale), a pronunciarsi, in particolare, sulla nozione di ordine pubblico internazionale, dal momento che già in altra occasione, con la sent. n. 16601/2017, le S.U. hanno dimostrato di non condividere, almeno non pienamente, l'idea che il limite dell'ordine pubblico internazionale possa essere fatto valere solo in nome di disposizioni costituzionali o costituzionalmente 'obbligate' e debba svolgersi in una chiave di prevalenza del fine di armonizzazione dell'ordinamento interno a quello internazionale e sovranazionale<sup>39</sup>. Per le S.U. invece, da un lato deve essere assegnato rilievo anche a quelle leggi che, «come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»; e, dall'altro lato, «Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo».

Lo snodo che si presenta alle Sezioni Unite investe in pieno una problematica d'oggi (il disordine dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e costituzionale, e tra giurisdizione e legislazione, enfatizzato dal riferimento crescente del giudice ordinario a una legalità super-costituzionale, che corre sui principi del diritto sovranazionale e internazionale) che ci chiama a reinterrogare le vicende più profonde del diritto contemporaneo.

Di tradizioni giuridiche ve ne sono, in effetti, quanto meno due. Una, quella in cui si radica il divieto di discriminazioni e le sue applicazioni 'meccaniche' e senza *regulae*, è la stessa tradizione giuridica della modernità che ha inteso ridurre il diritto a tecnica di governo della società, svuotandolo dei propri principi costitutivi; l'altra, è la tradizione, ancor oggi vivente (probabilmente perché inscindibile dalle esigenze della pratica, ma negletta dalla teoria), rimasta in contatto con la consapevolezza che il diritto è anche un sapere, ha una dimensione contenutistica, non è riducibile a tecnica strumentale di governo. Il fraseggio delle Sezioni Unite fa sperare che una riscoperta del senso di quest'altra tradizione sia avviata.

---

<sup>38</sup> Idea che Giuliani attribuisce a Jhering, e nella quale vede la rottura tra privato e pubblico, che corrode la certezza del diritto, e la cui base vi sono il trasferimento alla 'società' dei caratteri un tempo attribuiti allo 'Stato' e il prevalere di una visione 'oggettiva', anziché soggettiva, della conoscenza giuridica (*Contributi*, 29 ss.). Odiernamente si riflette su come 'il paradigma del sociale', che ha portato «da vita nella sfera pubblica (...), ha intaccato l'invulnerabilità e la segretezza del corpo, la sessualità, la riproduzione della vita» e pone al centro la «vita oggettivabile, corpo manipolabile, comportamento statistico, o la vita bisognosa» anziché «una vita vissuta soggettivamente alla ricerca di un senso in una esperienza in movimento» (C. ZAMBONI, *Un movimento che si scrive passo passo*, in DIOTIMA, *Femminismo*, cit., 12-13).

<sup>39</sup> G. ZARRA, *L'ordine pubblico internazionale, ecc.*, in *Dir. Comm. Int.*, n. 3/2017, 726.