

Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Privato

**“Diritti delle coppie omosessuali e Costituzione:  
La problematica della filiazione”**

Prof. Onofrio Troiano

Alyssa Angelica Tommasi Matr. 258671

---

RELATORE

---

CANDIDATA

Anno Accademico 2022/2023

# INDICE

|                          |               |
|--------------------------|---------------|
| <b>Introduzione.....</b> | <b>pag. 2</b> |
|--------------------------|---------------|

## CAPITOLO I

### **Il matrimonio tra persone dello stesso sesso e l'unione civile**

|   |        |
|---|--------|
| 1. Il faticoso cammino del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali..... | pag. 3 |
| 1.1. Confronto tra lo status di coniuge e di unito civilmente.....                | pag. 4 |
| 2. <i>Same-sex rights</i> e Costituzione.....                                     | pag. 9 |
| 2.1. La “società naturale” chiamata famiglia.....                                 | pag.11 |
| 2.2. Famiglia ed unioni omosessuali. La Corte EDU.....                            | pag.14 |
| 3. La questione particolare della filiazione.....                                 | pag.16 |

## CAPITOLO II

### **La omo-genitorialità ed i diritti dei minori**

|   |        |
|---|--------|
| 1. Questioni legate alla omo-genitorialità.....   | pag.17 |
| 1.1.1. La giurisprudenza attuale.....   | pag.21 |
| 1.1.1.1. Il riconoscimento della doppia paternità con trascrizione integrale<br>dell'atto di nascita..... | pag.23 |
| 2. Profili problematici della legge n. 76 del 2016.....   | pag.26 |
| 3. La <i>Stepchild adoption</i> .....   | pag.29 |
| 4. Le coppie omosessuali e la procreazione medicalmente assistita.....                                    | pag.31 |

## CAPITOLO III

### **Coppie omosessuali e filiazione.**

|   |        |
|---|--------|
| 1. Status dei figli nati o concepiti all'estero da coppie omosessuali.....                              | pag.35 |
| 2. L'arduo riconoscimento della gestazione per altri avvenuta all'estero.....                           | pag.37 |
| 2.1. Profili critici della nuova previsione del “reato universale”<br>di surrogazione di maternità..... | pag.38 |
| 3. Osservazioni finali.....   | pag.41 |

|                         |               |
|-------------------------|---------------|
| <b>Conclusioni.....</b> | <b>pag.43</b> |
|-------------------------|---------------|

|                          |               |
|--------------------------|---------------|
| <b>Bibliografia.....</b> | <b>pag.44</b> |
|--------------------------|---------------|

## Introduzione

In questa tesi si svilupperà un fenomeno indubbiamente vicino a noi tutti, e cioè i “matrimoni omosessuali”. Nel corso degli ultimi decenni l'evoluzione dei costumi, della morale, la dissoluzione del rigido modello patriarcale della famiglia nonché l'emancipazione culturale della società hanno determinato un forte cambiamento dei rapporti familiari e delle caratteristiche proprie della famiglia che, lungi dall'essere solo un indissolubile nucleo produttivo, privilegia l'individuo, la sua libertà, la sua autonomia, i suoi affetti e sentimenti e la sua personalità. Già dalla seconda metà del secolo passato la famiglia è stata la protagonista di un lungo ed inarrestabile processo di "democratizzazione" che, sollecitato dal continuo mutare del tessuto sociale, ha progressivamente "introdotto" un sistema di famiglia cd. "nucleare"<sup>1</sup>, ossia fondata sulla comunione degli affetti tra i suoi membri, sulla parità dei coniugi e sulla valorizzazione della personalità dei figli.

Pertanto, la tutela di queste nuove strutture familiari non è che l'effetto di un ampio programma, già tratteggiato dall'articolo 3 della Costituzione, mirante a valorizzare forme sociali "intermedie" e, più in generale, un pluralismo culturale tendente ad arricchire ed accrescere le caratteristiche proprie di un Paese.

La persona stessa, con le sue libertà, è il fattore principale di tutela che guida gli interventi riformatori tanto nel diritto di famiglia in generale, quanto nelle norme di salvaguardia del soggetto e delle sue capacità di autodeterminazione e di scelta.

La l. 20 maggio 2016, n. 76 sulla “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, entrata in vigore il 5 giugno 2016, segna un significativo e forse decisivo passo in avanti verso il pieno ed incondizionato riconoscimento del principio secondo il quale la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) non è l'unico modello familiare meritevole di riconoscimento e di tutela giuridica. Si tratta di un approdo il cui iter legislativo è stato negli anni tormentato e intriso di significati anche ideologici e politici, che hanno ostacolato un sereno confronto scevro da implicazioni politiche e culturali.

La legge sulle unioni tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze è il risultato di compromessi e mediazioni politiche evidenti ed affrettate, la tecnica legislativa è scadente, in molte parti incoerente, e l'originario disegno di legge che equiparava il matrimonio eterosessuale e omosessuale è stato stravolto; il risultato è dato dall'esistenza oggi di due istituti giuridici, quello del matrimonio e quello dell'unione civile.

Pertanto, in questo elaborato svilupperò questo discusso quanto delicato tema, la sua legittimità, i suoi limiti e le sue problematiche non ancora totalmente risolte.

---

<sup>1</sup> M.C. CAMPAGNOLI, *Le Unioni Civili: La famiglia che cambia*, Editore Key, Milano, 2016, pag. 10.

## CAPITOLO I

### Il matrimonio tra persone dello stesso sesso e l'unione civile

1. Il faticoso cammino del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali.

La legge 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», C.d. legge Cirinnà) è giunta molto dopo l'avvio del dibattito, particolarmente acceso e “sofferto”, sulla opportunità (o doverosità) di un riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali<sup>2</sup>. Tra i fattori che hanno messo in luce l'esigenza di una legge, vi è stato, in primo luogo, il moltiplicarsi di casi giurisprudenziali che, facendo da specchio alla variabilità delle geometrie familiari classiche, hanno posto (e continuano a porre), con frequenza crescente, domande alle quali il giudice non era (e per alcuni profili non è ancora) adeguatamente attrezzato per dare risposte chiare ed univoche. Si pensi, solo per fare un esempio, al problema della trascrizione di rapporti familiari legittimamente formati all'estero ma estranei al diritto di famiglia italiano.

Un secondo e forse decisivo fattore di pressione è giunto dai livelli sovranazionali di tutela dei diritti, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa, pur ritenendo che l'introduzione del matrimonio omosessuale rientri nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti (non è, dunque, dovuta), ha dilatato, nel tempo, la nozione di famiglia, fino al consolidarsi dell'indirizzo interpretativo che in essa include anche le unioni omosessuali che, pertanto, richiedono riconoscimento e tutela<sup>3</sup>.

Anche volgendo lo sguardo alla prospettiva comparatistica, l'Italia appariva “accerchiata”, essendo rimasta tra i pochi Stati occidentali privi di qualsiasi disciplina in materia di *same-sex rights*<sup>4</sup>.

In ultimo, ma non per importanza, la necessità di introdurre una qualche forma di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali è stata a più riprese rilevata dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 138/2010, primo caso di pronuncia sulla costituzionalità del mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale in Italia.

La Corte, in tale occasione, ha confermato il paradigma eterosessuale del matrimonio ma, nella parte motiva, ha censurato la totale mancanza di protezione per le coppie omosessuali, invitando il Parlamento a porvi rimedio. A fronte del prolungarsi dell'inerzia legislativa, pochi anni dopo, il monito ha assunto toni più perentori e l'intervento del legislatore è diventato compito da «*assolvere con la massima sollecitudine*» (Corte costituzionale, sentenza n. 170/2014).

L'esito di tali pressioni è stato, come accennato, la legge n. 76 del 2016, passaggio fondamentale, ma non risolutivo, nel percorso di emersione dei diritti delle coppie omosessuali. Per giungere all'approvazione del

---

<sup>2</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 195.

<sup>3</sup> Dalla sent. 26 giugno 2010, Schalle and Kopf c. Austria fino alle esplicite condanne dell'Italia, la cui mancanza di disciplina costituiva, a detta del Giudice di Strasburgo, violazione dell'art. 8 CEDU in materia di rispetto della vita privata e familiare: sent. 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia e sent. 14 dicembre 2017, Orlandi e altri c. Italia.

<sup>4</sup> D. MORANA, *op.cit.*, pag. 196.

testo nonostante le divisioni molto marcate emerse in Parlamento (oltre che nella società civile), si è scelto di tralasciare taluni aspetti particolarmente controversi, primo fra tutti quello relativo alla aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali, che rimane tuttora privo di disciplina specifica e alla quale sono i giudici, ancora una volta, a tentare di offrire risposte.

### 1.1. Confronto tra lo status di coniuge e di unito civilmente.

Nell'edificazione dello *status familiae* dell'unito civilmente, il legislatore ha attinto al novero delle situazioni giuridiche soggettive evocate all'articolo 143 del Codice Civile, sia pur la significativa, duplice, eccezione connessa all'obbligo di fedeltà ed all'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia: il primo espunto verosimilmente sotto il peso di un compromesso politico al ribasso, inteso a dissimulare il riconoscimento del matrimonio omosessuale (come, invece, effettivamente avvenuto, ancorché in modo surrettizio, con abile manipolazione semantica volta ad eludere il limite scolpito all'art. 29 Cost.); il secondo, perché correlato a quel termine, “famiglia”, che gli apparati di legale mediazione hanno dimostrato di voler pretermettere accuratamente, e quasi con cistercense abnegazione, in seno al costruito normativo, anche in tal caso per ovviare a resistenze critiche argomentate alla stregua di una pari dignità “familiare”, e dunque di una sostanziale equiparazione, rispetto al vincolo tradizionale.

Mette conto sottolineare come, già all'indomani dell'approvazione della legge, la dottrina abbia celebrato con particolare — e forse inattesa — intensità l'epicedio del dovere di dedizione reciproca tra le parti *in subiecta materia*, e ciò in base ad un'intima consonanza alle personali convinzioni etiche dell'interprete.

Così, non senza ricorrere, in taluni casi, agli accenti caratteristici dell'enfasi retorica, è stato salutato con vivo favore il presunto riconoscimento di una libertà sessuale e personale piena ed incondizionata, che troverebbe qui, finalmente, nella sua presunta veste di libertà fondamentale, il terreno di più fecondo sviluppo, infrangendo ogni argine imposto, al riguardo, ai membri della famiglia coniugale<sup>5</sup>. Quasi che l'identità omofettiva possa, o debba, finanche giustificare una ipertrofia libertaria sul piano dei comportamenti e dei costumi, al punto da sottrarre l'esercizio del potere auto-determinativo individuale ad ogni valutazione *ab externo* in punto di liceità, per l'affermarsi di un paradigma di condotta asseritamente più evoluto, comunque inattuabile da parte dei coniugi (e dunque anche a costo di un improvvido effetto discriminatorio in danno di questi ultimi)<sup>6</sup>. Ed a voler, con ciò, abbandonare fiduciosamente il rapporto alla balia delle potenze dell'istinto.

---

<sup>5</sup> Al riguardo C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 4, secondo il quale, pur essendo la fedeltà un normale connotato della comunione di vita che si instaura con l'unione civile, “la mancata previsione della sua doverosità giuridica ha una rilevante ragione giustificativa nel rispetto della libertà sessuale e personale dell'unito civilmente”, di tal che, trattandosi di una libertà fondamentale della persona, la sua maggior tutela rispetto a quella riconosciuta ai coniugi non avrebbe carattere discriminatorio. Tuttavia, ciò equivale — ad opinione di chi scrive — a postulare che l'omosessualità istituzionalizzata secondo il modello normativamente introdotto sia tale da implicare la (incomprimibile) libertà di dare sfogo alle proprie pulsioni ed ai propri istinti; e del resto, se trattasi effettivamente di una libertà fondamentale della persona, a prescindere dalla formalizzazione del vincolo personale, non si vede perché detta libertà debba negarsi ai soggetti coniugati.

<sup>6</sup> In proposito cfr. i rilievi di R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate e G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Milano, 2016, pag. 15 ss., secondo il quale il dovere in parola permea, in

Eppure, l'ostentato ripudio del canone di esclusività, che in sé racchiude, alla stessa stregua del canone di responsabilità e di quello solidaristico, un valore fondante dell'impegno di vita in seno ad un *consortium* di natura familiare contraddice l'essenza e la struttura del fenomeno relazionale che, una volta attratto nella dimensione della giuridicità, diviene oggetto di considerazione e di regolamentazione normativa.

Il silenzio legislativo sul punto, se interpretato a stretto rigore, sembrerebbe sottendere una *ratio* rivolta ad escludere la doverosità della reciproca dedizione fisica e spirituale che l'obbligo in parola esprime. Senonché, un tale esito ermeneutico finirebbe per collidere con l'assunto — il cui saldo radicamento ne disvela il connotato di acquisizione dogmatica — secondo cui il modo di strutturarsi di ogni rapporto di genere familiare implica la creazione di una *communio omnis vitae* destinata ad assicurare la soddisfazione delle aspettative fondamentali dei membri del gruppo, di guisa che è l'aspetto della connotazione funzionale della comunità formatasi a giustificare la tutela, per il fatto di assurgere a luogo di promozione e di sviluppo della personalità individuale, secondo l'obiettivo consacrato già a livello di fonte primaria<sup>7</sup>.

In altri termini, la consolidata distinzione tra *istituzione* e *funzione* familiare<sup>8</sup> è alla base — mediante un giudizio di intonazione assiologica — del superamento degli ostacoli all'ammissibilità di organismi altri rispetto al modello tradizionale: i quali, tuttavia, sono destinati ad emergere al livello della giuridicità se ed in quanto idonei a garantire la realizzazione di un programma solidaristico — e dunque di responsabile

---

realtà, il tessuto della normativa introdotta, “quale ulteriore tassello del sostegno reciproco, affettivo, psicologico e spirituale sotteso ad ogni legame affettivo..., così disvelando la propria indubbia e connaturata tensione verso l'obbligo di assistenza morale e materiale”. Osserva, del pari, T. AULETTA, *I rapporti personali tra uniti civilmente*, in *juscivile.it* (2017, 4), pag. 292, che se la fedeltà “contraddistingue il rapporto affettivo ed è funzionale al perseguimento dei valori di unità e di stabilità della coppia che ha assunto l'impegno, giuridicamente vincolante, di condurre un'esistenza in comunione di vita esclusiva, tale finalità e detti valori possono riscontrarsi anche nell'unione civile e non solo nel matrimonio. Ne risulterebbe altrimenti compromessa (contraddittoriamente) la stessa finalità dell'unione”. L'Autore conclude, a tale stregua, per la configurabilità di un dovere implicito.

<sup>7</sup> Fondamentale, al riguardo, l'elaborazione della dottrina tradizionale in materia. Si segnala, in proposito, il contributo di G. PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pag. 1440 ss. Secondo l'Autore, la Costituzione, in linea con gli artt. 2 e 3, individua ed attribuisce — all'art. 29 — al nucleo familiare una capacità sanante, una funzione educativa chiaramente diretta allo sviluppo della personalità individuale, ciò che troverebbe conferma negli artt. 30 e 31. Quel che in realtà interessa all'ordinamento — egli afferma — è che il gruppo familiare rivesta i caratteri di una formazione sociale funzionale all'esercizio di quei diritti fondamentali della persona che la Costituzione medesima riconosce e garantisce e che esprimono il contenuto di quella sfera di attività riconosciuta al soggetto per il suo stesso essere (sfera della personalità). Affronta il problema della tutela della famiglia “naturale” dall'angolo visuale della responsabilizzazione reciproca dei suoi componenti, soprattutto nell'interesse della prole ed in funzione di una civile educazione della stessa, G. GANDOLFI, *Alcune considerazioni (de iure condendo) sulla famiglia «naturale», ripubblicato in Studi di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 174 ss. Mette conto sottolineare che la dottrina dominante ha costantemente rinvenuto negli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. l'affermazione di una tutela concorrente di quelle formazioni sociali a carattere familiare in grado di svolgere compiti educativi e di sostentamento nel rispetto degli interessi fondamentali di ciascun componente e delle esigenze di coesione, di unità e di fedeltà all'interno del gruppo: in tal senso cfr. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali, in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, pag. 32, secondo il quale l'interpretazione sistematica delle norme mentovate offre indicazioni di politica legislativa che si sostanziano in precise direttive costituzionali di *favor familiae*, estese alla serie di rapporti di natura familiare non legittimati dal matrimonio. Per un'ampia ricostruzione del panorama dottrinario tradizionale in materia cfr., in particolare, A. E. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 426 ss. Per l'affermazione secondo cui la convivenza in seno alla famiglia di fatto presenterebbe, nella sostanza, lo stesso contenuto della convivenza che ha origine dal matrimonio, ingenerando una *communio omnis vitae* tra i membri del gruppo, talché, legandosi a detta comunione il profilo della realizzazione personale dei componenti, risulterebbe agevole ricomprendere il fenomeno, con dignità non minore della famiglia legittima, nel novero delle formazioni sociali “intermedie” della società pluralista, cfr. P. RESCIGNO, *Società naturale, esperienze contrattate, in Memoria o futuro della famiglia, in Aa. Vv.*, Milano, 2000, pag. 166 ss.

<sup>8</sup> In proposito cfr. G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 1445 ss.; R. TOMMASINI, *La responsabilità per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli naturali*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, pag. 213; P. GHIRETTI, *Una nuova decisione della Corte costituzionale in tema di successione dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pag. 216 ss.

cooperazione — nell'ottica dell'unità e della stabilità, di guisa che ne risulti l'adesione ad un paradigma comportamentale non difforme da quello imposto in seno al vincolo di matrimonio.

Non sembra revocabile in dubbio che le stesse linee di tendenza del c.d. ordinamento costituzionale della famiglia assecondino una logica di *favor familiae*.

Ed invero, l'organismo familiare è ivi concepito come “società naturale”, ossia come fenomeno primigenio, che preesiste allo Stato ed è da questo recepito e tutelato, attraverso la previsione di diritti che costituiscono la somma degli interessi fondamentali comuni ai soggetti che detta *societas* compongono<sup>9</sup>. A ragione può dirsi che i diritti della famiglia si giustificano in quanto espressione della difesa, nella sfera sociale, dei valori essenziali della persona umana<sup>10</sup>. Il superamento di una rappresentazione monadica delle esigenze primarie dell'individuo connota, del resto, anche gli altri corpi intermedi nei quali l'uomo vive e realizza la propria personalità<sup>11</sup>.

Nella disamina della direttiva espressa al livello della fonte primaria, occorre, dunque, riflettere sull'esaltazione del profilo funzionale della comunità familiare. Nell'ottica degli artt. 2, 3 e 29 Cost., essa diviene un organismo socialmente qualificato in funzione della crescita e della realizzazione personale dei soggetti coinvolti. Quel che è assunto ad oggetto della garanzia costituzionale è, in definitiva, l'interesse che ciascun partecipante al gruppo ha in comune con gli altri a veder salvaguardati i “diritti inviolabili” evocati all'art. 2, attraverso il mentovato programma di solidarietà.

Ad esser raffigurato, nitidamente, nella Carta costituzionale è un modello di comunità familiare dall'ineludibile connotazione teleologica, in vista dell'effettivo svolgimento dei valori personalistici e solidaristici: e ciò postula il carattere di stabilità della struttura, quale necessario presupposto dell'assunzione di un impegno di responsabilità non sottratto ad una considerazione e ad una proiezione sul piano sociale<sup>12</sup>.

Un indice particolarmente significativo dell'impostazione appena richiamata è fornito, con ogni evidenza, dall'art. 30, comma 1, Cost. Nello spirito della norma, è l'innegabile preminenza dell'interesse del minore ad escludere che la rilevanza del rapporto che lega costui a coloro che lo hanno generato sia subordinato alla solennizzazione del legame tra questi ultimi, secondo un approccio che ha trovato, del resto, compiuto svolgimento nella recente novella legislativa in tema di filiazione naturale. Si conferma, per tal via, che la

---

<sup>9</sup> Sul punto cfr., P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 44 ss.; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 313 ss.

<sup>10</sup> Osserva, in proposito, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, passim., che i diritti dell'individuo precedono, non conseguono, anche in forma solo diversificata, al determinarsi della formazione sociale di natura familiare: “in una valutazione analitica si ha che ai singoli diritti costitutivi della personalità si offre uno strumento ulteriore per realizzarsi, quindi per essere esercitati”. Efficace sintesi di tale visione si percepisce nel rilievo per cui “è la persona al centro dell'universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo”.

<sup>11</sup> Merita di essere richiamato, in proposito, il significativo contributo offerto da P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, pag. 20 ss., secondo il quale la libertà nella fase formativa ed organizzativa, la peculiarità degli interessi perseguiti, il legame con la persona e con l'autonoma esplicazione delle possibilità individuali valgono a radicare le comunità intermedie nel diritto privato.

<sup>12</sup> Esplicitamente, in tal senso, G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 1443; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli, Roma, 1976, cit., pag. 2 ss.; E. QUADRI, *La crisi dell'unione matrimoniale*, in A. Belvedere e C. Granelli (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Cedam, Padova, 1996, pag. 58.

garanzia viene accordata al lume di una precisa scelta di valori, che, proprio per una valutazione non formalistica della personalità individuale, induce ad un giudizio di favore nei confronti di ogni organismo in cui la relazione in parola si manifesti con i contenuti che l'ordinamento vuole veder realizzati<sup>13</sup>.

In sintesi, il modello prefigurato dal legislatore costituzionale riflette una generale tendenza del sistema verso una più ampia e complessa articolazione dell'aggregato familiare, che consente di superare la tradizionale contrapposizione tra famiglia legittima e famiglia non fondata sul matrimonio. Ciò nondimeno, se è vero che l'esigenza di giuridica salvaguardia si profila anche con riguardo a quei fenomeni della realtà sociale che il legislatore ha inteso, opportunamente, giuridicizzare mediante l'elaborazione di alternativi modelli tipici, non può obliterarsi — per ragioni di ossequio alle nitide coordinate sistematiche *in subiecta materia* — che condizione di tale tutela è, pur sempre, la conformità allo schema primario sotto il duplice aspetto dell'attitudine funzionale e della tendenziale stabilità. Di guisa che l'intervenuta istituzionalizzazione di tali modelli altri procede ed è vivificata dagli elementi qualificanti una effettiva *communio omnis vitae*.

In una siffatta prospettiva concettuale, l'obbligo di fedeltà, alla stessa stregua degli altri obblighi contemplati all'art. 143 c.c., richiede comunque — ancorché in mancanza della previsione e della coazione legale — l'adempimento (spontaneo) nel rapporto intersoggettivo, a prescindere dall'orientamento sessuale della coppia, affinché l'organismo familiare possa essere attratto a pieno titolo nella sfera della giuridicità, ed assumere rilevanza dinanzi all'ordinamento giuridico. Giacché, come dianzi illustrato, presupposto del rilievo gius-familiare della relazione para-coniugale è l'idoneità del gruppo a realizzare un progetto di vita in comune improntato alla solidarietà ed alla cooperazione, in vista di un equilibrato sviluppo della personalità individuale: ed il raggiungimento di tale obiettivo guarda al contegno imposto ai soggetti coniugati — ovvero al loro regime personale (non senza il rilievo assunto dall'impegno di carattere patrimoniale) — come ad un imprescindibile referente<sup>14</sup>.

Vi è, allora, da chiedersi, ragionando sulla vincolatività del predetto obbligo, e dinanzi ad un apparente approccio iconoclasta *ex iure*, se sia ammissibile, nel corso della relazione, un comportamento non conforme all'esclusività che connota un legame intimamente sorretto dall'*affectio*. Ebbene, fornendo una risposta affermativa al quesito, si rischierebbe di giungere, al di là della considerazione di specifiche condotte riferibili alla sfera sessuale, a risultati davvero aberranti, col legittimare finanche la coesistenza di più rapporti personali:

---

<sup>13</sup> In proposito cfr. G. GANDOLFI, op. cit., pag. 182; G. PIEPOLI, op. cit., pag. 1446; P. BARILE, *La famiglia difatto. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Aa.Vv., in Atti del convegno nazionale « La famiglia di fatto »*, 1976, cit., pag. 45; M. BESSONE E G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, cit., in *Dir. fam. e pers.*, 1979, pag. 1323; F. D'ANGELI, op. cit., spec. pag. ne 160 e 320.

<sup>14</sup> Tale concetto viene lucidamente espresso da N. LIPARI, *La categoria giuridica della « famiglia di fatto » e il problema dei rapporti personali al suo interno*, *Diritto della famiglia*, cit., Giuffrè, Milano, 2011, pag. 68 ss., secondo il quale gli obblighi di cui all'art. 143 c.c. rilevano come criterio di riconoscibilità del rapporto coniugale, ossia come strumento di individuazione di quella "struttura sociale" che la Carta costituzionale assume a luogo di svolgimento della personalità dell'individuo. Sotto questo profilo — afferma l'Autore — non sussiste alcuna differenza tra famiglia legittima e famiglia di fatto, atteso che quest'ultima non può essere riconosciuta come tale, in termini di rilevanza sociale del fenomeno, se non in quanto i partners attuino il rapporto in chiave di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione, di coabitazione, nonché di reciproca contribuzione economica. In una siffatta prospettiva, gli obblighi in parola si atteggiano ad indici di emergenza di un rapporto, piuttosto che porsi come effetto di un atto (solenne).



ipotesi, codesta, rispetto alla quale non sarebbe improprio ricorrere al concetto di poligamia di fatto<sup>15</sup>, con inemendabile devianza da principi generali di ordine pubblico. E, nondimeno, in aperta interferenza rispetto al valore della dignità personale<sup>16</sup>.

L'elemento subiettivo che qualifica la vicenda richiama, invero, ad un impegno globale di devozione e di rispetto non dissimile da quello che le parti formalmente assumono allorquando esse decidono — mediante la contrazione del vincolo di matrimonio — di uniformarsi allo schema di qualificazione e di regolazione giuridica tradizionalmente istituzionalizzato<sup>17</sup>.

Ogni tentativo di degradare l'esercizio di fedeltà a mero epifenomeno contraddice, dunque, la predetta essenza e portata gius-familiare dell'esperienza esistenziale condivisa, ad onta del silenzio normativo sul punto.

Ne discende che l'osservanza degli obblighi personali di cui all'art. 143 c.c. assurge, anche con riferimento ai vincoli paraconiugali, a vera e propria modalità di emersione del rapporto: il quale, se ed in quanto vissuto in termini di fedeltà, di coabitazione, di assistenza morale e materiale, di reciproca collaborazione, nonché di contribuzione, rivelerà dei tratti corrispondenti all'archetipo originario di *societas* familiare, a cui ricollegandosi, in definitiva, il suo riconoscimento sul piano giuridico<sup>18</sup>. E, del resto, la complessità del fenomeno che il diritto positivo si incarica, oggi, di regolare attraverso degli schemi normativi corrispondenti all'evoluzione intervenuta nel sentire sociale non sembra preludere alla ri-polarizzazione intorno alla prevalenza del singolo e dei suoi (egoistici) interessi, a scapito di quelli riferibili all'organismo creato in ragione del progetto di vita condiviso, neppure dinanzi al crescente rafforzarsi della “contrattualizzazione” del diritto di famiglia<sup>19</sup>, tenuto conto dei lineamenti funzionali dell'atto di autonomia privata: il quale si sottrae alla logica antagonistica in favore della logica collaborativa e dell'auto-responsabilità, nel quadro di una libera composizione degli interessi — emergenti sia nel momento fisiologico (come peraltro testimonia la portata del contratto di convivenza) che in quello patologico del legame personale — in capo a tutti i componenti del gruppo.

---

<sup>16</sup> Così, per l'idea che la fedeltà declinata come presidio della dignità personale consenta disuperare l'omissione legale in tema di unione civile, cfr. E. BIVONA, *L'obbligo di fedeltà dopo la stagione delle riforme*, in *Famiglia*, 2019, pag. 143. Al valore della dignità, così come a quello della solidarietà (oltre che dell'altrui rispetto), si richiama, parimenti, N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. Pane (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Utet Giuridica, Napoli, 2017, pag. 57.

<sup>17</sup> Sul ruolo centrale di tale elemento soggettivo già nell'ambito del legame *more uxorio* cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Key Editore, Milano, 1983, pag. 69 ss.

<sup>18</sup> Per la raffigurazione di detti doveri in chiave di un unicum inscindibile (per il fatto che ciascuno di essi ha ragione di essere in connessione con gli altri) nel quadro dell'approntamento di una effettiva *communio omnis vitae*, si da rendere ultroneo ogni tentativo di differenziare, al riguardo, l'unione civile dal rapporto di coniugio, cfr., tra i più recenti contributi, M. TRIMARCHI, *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in *juscivile.it* (2019, 3), pag. 257-258. A tale stregua, ad opinione dell'Autore, “le modalità attuative possono anche essere parzialmente diverse da un nucleo familiare ad un altro, ma va sottolineato come solo la piena e complessiva vigenza dei doveri in parola comporta l'effettivo insorgere di quella comunione materiale e spirituale di vita che caratterizza l'istituto familiare”.

<sup>19</sup> Ravvisa, al contrario, nell'accentuata privatizzazione del diritto di famiglia lo sviluppo di un percorso verso “una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali dei membri della famiglia, degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito di quelli dell'istituzione familiare nel suo insieme, e, quindi, ridimensionandone la funzione sociale”, alla stregua, dunque, della tutela prioritaria dell'individuo rispetto a quella dell'istituzione, M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pag. 567 ss., spec. pag. 573. Sul fenomeno dell'emersione delle scelte individuali e sul correlativo declino dell'unità familiare cfr., altresì, L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, pag. 245 ss.

Orbene, del predetto corredo dogmatico il legislatore sembra, comunque, aver piena contezza, nel momento in cui, nel far propria l'indicazione offerta dall'art. 2 Cost. in sede di proclamazione di apertura della disciplina riservata all'unione civile tra persone di ugual sesso, sembra riconoscervi una norma che — coerentemente con il carattere proprio di una clausola aperta — è capace di predisporre all'accoglimento di aspettative e di bisogni che si affermano nella dimensione sociale, e non già un precetto esaurito dalle specificazioni della Costituzione formale.

Nonostante detta consapevolezza, che pur non manca di piegarsi allo scopo di aggirare il dettame dell'art. 29, un patrimonio che la nostra esperienza giuridica tratteggia come indissipabile (ed al quale anche il giudice delle leggi attinge nel riconoscere l'odierno polimorfismo della comunità familiare) viene sacrificato — come dianzi posto in risalto — sull'altare del calcolo politico. Di guisa che la disamina che l'interprete è chiamato ad impostare sul piano dei valori si immiserisce e trascolora, degradando a mera presa d'atto di un impoverimento che rappresenta nulla più che il portato di un censurabile realismo ingenuo<sup>20</sup>: i cui riflessi si proiettano, nondimeno, sul terreno dell'apparato protettivo degli interessi coinvolti nel rapporto *inter partes*.

## 2. *Same-sex rights* e Costituzione.

Prescindendo dalle opposizioni politiche e dalle resistenze culturali che hanno contribuito a rallentare il percorso approvazione della legge sulle unioni civili, da un punto di vista costituzionalistico, particolarmente controverso era - e continua ad essere - il margine di discrezionalità a disposizione del legislatore nell'accogliere le istanze emergenti nella società, che chiamavano in causa anche la «consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna» (Corte cost., sent. n. 138/2010).

Secondo alcuni, infatti, il riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali rappresenta un illegittimo oltraggio alla disciplina costituzionale della famiglia; altri, invece, hanno accolto la l. n. 76/2016 come il primo passo di un percorso che dovrà condurre al matrimonio egualitario.

Entrambe le posizioni, paradossalmente, muovono dall'art. 29 Cost., che riconosce «i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

La nozione di matrimonio fatta propria dalla Costituzione è stata intesa sia come già potenzialmente inclusiva di modelli diversi da quello eterosessuale sia, all'estremo opposto, come chiusa e ostativa a qualsiasi disciplina che dia alle unioni omosessuali riconoscimento giuridico, anche solo di rango legislativo.

La questione è stata oggetto, come accennato, di una storica decisione della Corte costituzionale (sent. n. 138/2010), che ha (almeno parzialmente) risposto ad alcune delle domande ineludibili per affrontare la

---

<sup>20</sup> Ben più reciso il giudizio formulato da G. BONILINI, *L'unione civile quale formazione sociale, e quale famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, V, *Unione civile e convivenza di fatto*, Cedam, Milano, 2017, pag. 3 ss., secondo il quale le ragioni di critica avverso il disposto normativo troverebbero sintesi nella sciattezza di quest'ultimo: sotto il profilo della tecnica utilizzata (e del corredo lessicale), ma anche e soprattutto sotto quello dello scarso riguardo ai principi costituzionali. Non manca di sottolineare come, nell'opera di esegesi, si celi una difficoltà del tutto peculiare, che eccede l'ordinario sforzo cui il giuspositivista è chiamato nel confronto con il testo e nello sforzo di armonizzazione con le altre regole dell'ordinamento, e che consiste nella necessità di individuare i nuovi principi ordinanti ed i valori organizzativi ai quali il legislatore del 2016 ha inteso prestare ossequio, anche P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, pag. 845.

questione in maniera meno manichea di quanto avviene sul piano politico: la nozione costituzionale di matrimonio può essere interpretata in senso evolutivo ed estensivo (come inclusiva del matrimonio omosessuale)? Se così non fosse, l'art. 29 Cost. rappresenta un limite alla estensione legislativa della disciplina matrimoniale? In subordine, la Costituzione consente o preclude una (diversa) tutela legislativa di modelli familiari alternativi a quello fondato sul matrimonio?

Iniziando dalla definizione del perimetro originario dell'art. 29 Cost., la Corte costituzionale ha senza esitazioni scartato la posizione secondo cui il matrimonio ivi contemplato include già ab origine modelli diversi da quello tradizionalmente inteso (posizione recessiva peraltro anche in dottrina) ed ha rinvenuto la relativa nozione in quella risalente al periodo di entrata in vigore della Costituzione, cioè quella del Codice civile del 1942, le cui disposizioni - pur non esplicitandolo - presuppongono che le coppie sposate siano formate da persone di sesso diverso (ad esempio, gli artt. 107 e 108, i quali si riferiscono alla dichiarazione degli sposi di prendersi, rispettivamente, come "marito" e "moglie").

Maggiormente controvertibile, anche alla luce delle posizioni espresse nella sent. n. 138/2010, è la possibilità di estendere il raggio d'azione della nozione costituzionale fino a ricomprendervi in via ermeneutica i matrimoni omosessuali, sulla base di una interpretazione "evolutiva" che consenta di assecondare il mutamento dei costumi sociali.

Una apertura in tal senso sembrava potersi rinvenire nella affermazione secondo cui «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "crystallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi» (Corte cost., sent. n. 138/2010).

Nonostante tale spiraglio, la medesima decisione ha risposto in senso negativo alla domanda circa la possibilità che l'adeguamento alla coscienza sociale possa essere compiuto per via ermeneutica, come invece sostenuto da una parte della dottrina. Per la Corte, l'interpretazione «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». L'introduzione del matrimonio omosessuale attraverso la mera esegesi del testo costituzionale è stata dunque ritenuta preclusa, in quanto soluzione non imposta dalla Costituzione o - usando la terminologia crisafulliana - fuori dallo schema delle "rime obbligate".

L'ambigua definizione del matrimonio omosessuale come scelta "non costituzionalmente obbligata" ha indotto una parte dei commentatori a ritenere che l'art. 29 Cost. non obblighi e tuttavia consenta l'introduzione legislativa del discusso istituto<sup>21</sup>.

Ma tale conclusione viene successivamente ed incidentalmente smentita dalla stessa Corte che, a distanza di quattro anni, pur ribadendo, con ancora più forza, la necessità di un Intervento legislativo a tutela delle coppie

---

<sup>21</sup> B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2010, pag. 41.

omosessuali, ha precisato che la disciplina della quale si chiedeva l'Introduzione dovesse essere «diversa dal matrimonio» (sent, n. 170/2014),

Il "nucleo fondamentale" della nozione di matrimonio (di cui farebbe parte la diversità di sesso dei coniugi), che nella sent. n. 138/2010 sembrava impedire soltanto una sua interpretazione evolutiva, nella sentenza n. 170/2014 viene indicato, invece, come limite anche per il legislatore<sup>22</sup>. In altre parole, in questa seconda sentenza si reputa opportuno - *rectius* doveroso - introdurre una tutela delle coppie omosessuali, ma si esclude che essa possa avere, a Costituzione invariata, la stessa forma dell'istituto posto a fondamento della famiglia legittima al genai dell'art. 29 Cost.

Seguendo il ragionamento del Giudice costituzionale, peraltro, la conclusione non sarebbe potuta essere diversa se l'eterosessualità rientra nella nozione stessa dell'istituto (nel suo "nucleo fondamentale"), l'introduzione del matrimonio omosessuale non si porrebbe semplicemente come una scelta costituzionalmente non obbligata, ma rappresenterebbe una opzione vietata dalla Costituzione. Come insegna autorevole dottrina, infatti, «le modificazioni, le limitazioni, le variazioni del significato del testo costituzionale, in regime di Costituzione rigida, possono avvenire solo con legge costituzionale»<sup>23</sup>.

Al legislatore non rimaneva dunque che introdurre una tutela delle unioni omosessuali alternativa a quella matrimoniale, ancorata - in base alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale - alla loro natura di formazioni sociali meritevoli di tutela ex art. 2 Cost. e non fondata sulla tutela della famiglia ex art. 29 Cost.

## 2.1. La “società naturale” chiamata famiglia

L'art. 29, comma 1, Cost. («la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio») sembra prevedere un collegamento esclusivo tra famiglia e matrimonio<sup>24</sup>, che impedirebbe ad altre formazioni sociali, tra cui le unioni omosessuali (in virtù del mancato accesso al vincolo coniugale) di essere altresì considerate famiglie.

Ma la nozione di famiglia è talmente radicata su un piano extra-giuridico da essere refrattaria ad una rigida definizione normativa. Talmente diversa dal diritto è la materia di cui è fatta che la Costituzione richiede, per un suo pieno riconoscimento, che sia fondata su un istituto giuridico - il matrimonio - al fine di elevare a fonte di diritti ciò che, per sua natura, nasce e si evolve principalmente nel mondo degli affetti.

Quanto appena rilevato, tuttavia, non comporta che la Costituzione non riconosca l'esistenza di famiglie diverse da quella fondata sul matrimonio.

Già in Assemblea costituente, Aldo Moro, replicando a chi sosteneva che la qualificazione della famiglia come società naturale avrebbe finito per dare riconoscimento anche alle famiglie di fatto, rilevava: «quando si dice

---

<sup>22</sup> A. RUGGIERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, pag. 757.

<sup>23</sup> C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, pag. 142; P. GROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione e problematica attuale della famiglia*, in *Aa.Vv.*, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pag. 1366 e ss.

<sup>24</sup> E. GIACOBBE, *Il matrimonio. L'atto e il rapporto*, in R. Sacco (diretta da), *Trattato di diritto civile. Le persone e la famiglia*, 3/I, Utet Giuridica, Torino, 2011, pag.12.

che la famiglia è una società naturale, non ci si deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere che la famiglia nelle sue fasi iniziali è una società naturale. Pur essendo molto caro ai democristiani il concetto del vincolo sacramentale nella famiglia, questo non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, come una società che, presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, possa inserirsi nella vita sociale».

Similmente, la migliore dottrina costituzionalistica valorizza la distinzione concettuale tra famiglia e matrimonio: «il fatto che secondo la Costituzione la famiglia è fondata sul matrimonio non significa che essa imponga la teoria che solo dal matrimonio può nascere una famiglia. Essa vuol solo stabilire una preferenza per la famiglia fondata sul matrimonio»<sup>25</sup>.

Anche il dato testuale sembra offrire conforto all'opzione ermeneutica in parola. L'art. 30, comma 3, Cost. dispone che la legge assicuri «ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima». Il fatto che venga specificata, solo in questo caso, la legittimità della famiglia (evidentemente quella fondata sul matrimonio) implica, come autorevolmente evidenziato, che siano riconosciute l'esistenza e la rilevanza giuridica di altre famiglie, diverse da quella<sup>26</sup>.

In tale ottica, le norme costituzionali che hanno ad oggetto rapporti familiari o che prevedono misure a sostegno della famiglia senza che ne venga precisata l'origine, non sarebbero da ritenersi riferibili esclusivamente a quella fondata sul matrimonio<sup>27</sup>.

Una lettura sistematica del testo costituzionale mette in luce, però, come vi sia (soltanto) un'altra dimensione familiare autonomamente considerata ed espressamente tutelata a prescindere da ogni vincolo matrimoniale: è la famiglia nella sua c.d. dimensione verticale, quella che ha origine nella procreazione.

L'art. 30 Cost., infatti, disciplina la funzione genitoriale (non la famiglia) senza alcun riferimento al rapporto tra i genitori ed anzi specificando, già dal primo comma, che «il dovere e diritto di mantenere, istruire ed educare i figli rimane tale anche a vantaggio di quelli «nati fuori dal matrimonio», ai quali va riconosciuta «ogni tutela giuridica e sociale», con l'unico limite del contrasto con «i diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30, comma 3).

A conferma dell'autonoma rilevanza che assume il rapporto di filiazione, può esser letto anche l'art. 37, comma 2, Cost., secondo cui le condizioni di lavoro della donna devono consentire «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione». La posizione della donna lavoratrice è differenziata e la sua «funzione familiare» specialmente tutelata (solo) in virtù del suo essere madre, indipendentemente dal rapporto che lo ha consentito: non si protegge la donna per il suo status di coniugata, né una famiglia diversa da quella legittima, ma la maternità (si è così davanti a una

---

<sup>25</sup> C. ESPOSITO, *op.cit.*, pag.138.

<sup>26</sup> P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Cedam, Padova, 2008, pag. 156.

<sup>27</sup> P. GROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione e la problematica attuale della famiglia*, in *Aa.Vv.*, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pag. 1360.

specificazione, in relazione alla dimensione lavorativa, dell'art. 31, comma 2, Cost., che pone tra i compiti della Repubblica proprio la protezione della maternità).

Valorizzando sia il dato testuale dell'art. 29 Cost, sia la ratio delle disposizioni che, in maniera distinta, riconoscono i diritti dei figli e delineano la funzione genitoriale, sembra corretto ritenere che le norme costituzionali che tutelano la famiglia siano da ritenersi riferite a quella legittima ma, alla luce dell'art. 30 Cost., estese anche ai figli nati fuori dal matrimonio. Questi ultimi, ai sensi del già ricordato comma 3 del medesimo articolo, devono godere di «ogni tutela giuridica e sociale», a cominciare da quella costituzionale (salvo il contrasto con «i diritti dei membri della famiglia legittima»).

In tale ottica andrebbero intesi, ad esempio, l'art. 34 Cost, che prevede «assegni alle famiglie» tra le misure idonee a rendere effettivo il diritto all'istruzione dei capaci e meritevoli, e l'art. 36 Cost, in base al quale «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Dal canto suo, l'art. 31 Cost, che impegna la Repubblica ad agevolare la formazione della famiglia e l'assolvimento dei suoi compiti, pare poter essere letto nel senso di consentire il più possibile famiglie "fondate sul matrimonio", dando la possibilità a quella che «nelle sue fasi iniziali è una società naturale, (usando le ricordate parole di Aldo Moro) di assumere una piena dimensione giuridica attraverso il matrimonio.

Tirando le fila del discorso, la Costituzione sembra proteggere, in ogni caso, la c.d. dimensione verticale della famiglia, quella cioè che nasce dalla generazione; la "dimensione orizzontale" - il rapporto cioè tra i partner - invece, viene riconosciuta e pienamente tutelata (a livello costituzionale) soltanto quando si istituzionalizza attraverso il matrimonio.

Ciò che sembra distinguere le due "dimensioni" è che, mentre il rapporto genitore-figlio è in grado di creare un vincolo *omnisso medio*, per il solo fatto della generazione, il rapporto tra due persone che vogliono condividere le proprie vite ha bisogno di rendersi riconoscibile; così, mentre i diritti (e i doveri) dei genitori e dei figli vengono generati insieme a questi ultimi, l'unione di due adulti comporta i diritti e i doveri previsti dalla Costituzione solo qualora si scelga di dare veste giuridica al rapporto.

La preferenza a favore della famiglia legittima sembrerebbe legata proprio alla circostanza che il matrimonio rende riconoscibile quella che nelle sue fasi costitutive è una associazione spontanea, naturale: con il matrimonio i nubendi chiedono che la loro volontà di condividere il futuro sia riconosciuta dall'ordinamento, a differenza delle coppie che (altrettanto legittimamente) scelgono di prescindere da tale riconoscimento poggiando il loro rapporto soltanto sul rinnovarsi del sentimento che ne è alla base.

## 2.2. Famiglia ed unioni omosessuali. La CEDU.

La disciplina costituzionale contempla esplicitamente per quanto argomentato, soltanto la famiglia fondata sul matrimonio e, in maniera autonoma, i diritti e i doveri che derivano dalla filiazione (compatibilmente con i diritti della famiglia legittima).

La nozione di famiglia così perimetrata sembra pertanto escludere un riconoscimento diretto di realtà familiari diverse da quelle indicate. Rimane da chiarire se essa (a differenza di quanto osservato in relazione al matrimonio) possa essere estesa, a livello sub-costituzionale, fino a riconoscere la natura familiare anche delle unioni omosessuali.

Può anzitutto rilevarsi in proposito che, se osserviamo l'ordinamento dal punto di vista del diritto internazionale, le coppie omosessuali - anche non unite civilmente - sono famiglie (di fatto) poiché tali sono considerate dall'art. 8 CEDU nella interpretazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «la nozione di "vita familiare" nell'art. 8 non è limitata solamente alle famiglie basate sul matrimonio e può comprendere altre relazioni di fatto [...]. Nel valutare se una relazione può rientrare nella nozione di "vita familiare", diversi fattori possono essere rilevanti, incluso se i partner vivono insieme, la durata del loro rapporto e se hanno dimostrato il loro reciproco impegno avendo figli insieme o in altro modo» (così, sent. 3 aprile 2012, *Van der Heiden c. Paesi Bassi*, l'orientamento in questione è stato inaugurato dalla già menzionata sent. 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf c. Austria*).

Tra gli elementi che concorrono, ad avviso del Giudice di Strasburgo, a "riconoscere" la natura familiare di una "formazione sociale" (anche omosessuale) non istituzionalizzata, vi è la stabilità, intesa come consolidato e riconoscibile reciproco impegno.

La stabilità ricorre in molte delle teorie che, postulando la pluralità di famiglie giuridicamente rilevanti, tentano di identificarne il *proprium* che ne palesi la natura pur in mancanza di un vincolo giuridico. Così, richiamando la menzionata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura familiare delle unioni omosessuali, ritenendo che «componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto [...] quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata» (Cass. civ., sez. I, sent. 15 marzo 2012, n. 4184).

Lo stesso elemento, la stabilità, è stato invece identificato dalla Corte costituzionale come qualificante la famiglia legittima, in opposizione alle convivenze *more uxorio*, le quali, benché diffusamente considerate famiglie (di fatto), trovano tutela costituzionale solo in quanto formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost. Nelle convivenze, infatti, c'è solo «un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e relazioni personali di solidarietà»; nelle famiglie legittime, invece, «a questo bisogno può essere aggiunta la protezione della istituzione familiare nel suo complesso, il cui essenziale e caratteristico elemento è la stabilità, qualcosa che

gli sposi cercano attraverso il matrimonio» («mentre le coppie di fatto poggiano soltanto sul loro impegno quotidiano»), come se la stabilità derivasse dal matrimonio piuttosto che il contrario (Corte cost., sent. n. 140/2009. Del resto, anche secondo autorevole dottrina la Costituzione pone, se non la indissolubilità, «la stabilità come esigenza inderogabile del vincolo matrimoniale»<sup>28</sup>).

Con specifico riferimento alle coppie omosessuali, la Corte costituzionale non ha mai parlato di famiglia, a prescindere dalla stabilità del rapporto: esse sono "formazioni sociali" meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost., ma non Famiglie (così Corte cost., sent. n. 138/2010); con la conseguenza che la minore stabilità (agli occhi dell'ordinamento) e la natura non familiare dell'unione, che per i conviventi derivano da una libera scelta, rappresentano invece una scelta obbligata per i partner omosessuali, cui è inibito l'accesso al matrimonio.

In senso critico rispetto all'individuazione del fondamento costituzionale della protezione delle unioni omosessuali (ed in generale delle formazioni sociali) nell'art. 2 Cost., è stato evidenziato come tale norma, in effetti, «conformemente al suo tenore testuale» non risulti «finalizzata alla protezione delle formazioni sociali di cui invece presuppone e menziona l'esistenza, ma si preoccupa di preservare e difendere i diritti dell'uomo contro il rischio di possibili oppressioni o aggressioni che da esse derivino».

Scartati sia l'art. 29, sia l'art. 2 Cost., il fondamento costituzionale della protezione delle unioni omosessuali sarebbe rinvenibile esclusivamente nell'art. 18 Cost., che tutela la libertà di associazione dei cittadini «per fini che non siano vietati ai singoli dalle leggi penali»<sup>29</sup>

La disamina delle diverse conclusioni tratte dalle più alte giurisdizioni mostra con tutta evidenza quanto si sia lontani da una risposta univoca alla domanda circa la natura familiare delle unioni omosessuali: la Corte di Cassazione e la Corte di Strasburgo dicono sì, la Corte costituzionale dice no.

Né maggiore chiarezza può trarsi dalla l. n. 76/2016, che pure introduce un istituto giuridico in grado di rendere riconoscibile l'impegno delle coppie omosessuali o, secondo la richiamata impostazione della Corte costituzionale, la loro aspirazione alla stabilità. Nella legge, infatti, da una parte l'unione civile è qualificata come (mera) formazione sociale e non viene mai utilizzato il lemma famiglia; dall'altra parte, però, si opera anche un riferimento all'indirizzo della vita familiare» dell'unione stessa: elemento, quest'ultimo, che potrebbe essere inteso come indice di una estensione legislativa del concetto di famiglia<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> C. ESPOSITO, *op.cit.*, pag.141.

<sup>29</sup> P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Cedam, Padova, 2008, pag. 179 e ss.

<sup>30</sup> G. GUZZETTA-F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, IV ed. rist. emend., Giappichelli, Torino, 2018, pag. 692.



### 3. La questione particolare della filiazione

Nella legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, recentemente emanata (L. 20 maggio 2016, n. 76), volta a disciplinare i diritti e i doveri tra le parti che costituiscono l'unione, non è presente una norma sulla filiazione.

Nonostante l'unione civile sia definita come “specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione” (v. art. 1, 1° comma, L. cit.), secondo la previsione legislativa il rapporto si esaurisce tra le parti e non contempla la presenza di figli.

Ai sensi della norma di cui all'art. 1, secondo comma, tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e ai coniugi, siano esse contenute in leggi, in atti aventi forza di legge, in regolamenti, in atti amministrativi o contratti collettivi, trovano applicazione all'unione civile. Fanno eccezione, però, le norme del codice civile non espressamente richiamate dalla legge, tra cui sono comprese quelle riguardanti la filiazione, nonché le norme sull'adozione previste dalla L.4 maggio 1983, n. 184, le quali, invece, non si applicano. La prescrizione normativa si limita a mantenere “fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”, utilizzando un'espressione che presenta margini di ambiguità e che affida in definitiva all'attività interpretativa dei giudici, come è effettivamente avvenuto, la soluzione dei casi di richiesta di adozione del figlio del (o della) partner nella coppia omosessuale.

Nel progetto di legge<sup>31</sup>, invece, era stata inserita, all'art. 5, la cosiddetta *stepchild adoption*, estendendo espressamente anche alla parte dell'unione civile la possibilità, prevista per il coniuge, di adottare con l'adozione in casi particolari ex art. 44, 1° comma, lett. b), L. 4 maggio 1983, n. 184, il figlio minore dell'altra parte.

La *stepchild adoption* è stata oggetto di vivace dibattito nell'opinione pubblica e di forti contrasti e dissensi a livello parlamentare, in modo trasversale, per superare i quali e al fine di consentire l'approvazione della legge si è presa la decisione politica di eliminare la previsione di questa forma di adozione dal testo normativo, che si affronterà nello specifico nel prossimo capitolo.

---

<sup>31</sup> V., in particolare, disegno di L. n. 2081 presentato al Senato d'iniziativa dei senatori Cirinnà ed altri, comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015.

## CAPITOLO II

### La omo-genitorialità ed i diritti dei minori

#### 1. Convivenze omosessuali e situazioni legate alla omo-genitorialità

Un tema su cui debbono ancora registrarsi divergenze (per lo meno a livello di difformità di lettura della normativa) tra coppie (sia «legittime» che «di fatto») omosessuali ed eterosessuali attiene al profilo della c.d. omo-genitorialità: materia, questa, che a sua volta appare strettamente legata ai temi della procreazione medicalmente assistita, nonché dell'adozione e dell'affido familiare<sup>32</sup>.

Per ciò che attiene, più specificamente, all'incidenza che, nell'ambito della crisi del rapporto di coppia, l'orientamento sessuale dei genitori può dispiegare sulle relazioni con i figli minori, vanno tenuti distinti i due versanti seguenti:

(a) quello delle conseguenze per la prole della crisi di una coppia eterosessuale, allorquando uno dei due genitori abbia dato vita ad una relazione omosessuale con un nuovo partner;

(b) quello delle conseguenze per la prole della fine un rapporto di coppia omosessuale, nel corso del quale (nei modi più vari) sia sorto un rapporto di filiazione, o si siano sviluppate relazioni privilegiate tra il/la compagno/a e il figlio dell'altro/a.

Il primo caso da prendere in considerazione è dunque quello di una coppia eterosessuale — coniugata o meno, ma convivente e con prole minorenni — la quale si venga a trovare in una situazione di crisi, mentre uno dei suoi componenti inizia un rapporto di tipo omosessuale, che magari sfocia anche in una convivenza con il nuovo/la nuova partner. Al riguardo si dovrà tenere presente in primo luogo la regola del divieto, sul piano sovranazionale, di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. Sul punto rilievo dirimente assumono regole quale quelle di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale consacrate nella Carta di Nizza (art. 21, 1° comma) e di rispetto della vita privata e familiare di cui alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (art. 8).

È noto che il Parlamento europeo ha indirizzato, già da molto tempo, raccomandazioni agli Stati membri sulla parità di diritti degli omosessuali nella Comunità, nonché sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, affinché si garantiscano alle coppie non sposate ed a quelle omosessuali la parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali. Ha inoltre sollecitato i Paesi che non vi abbiano ancora provveduto a modificare i propri ordinamenti in modo da introdurre la convivenza registrata e riconoscere giuridicamente le unioni di fatto, senza discriminazioni basate sul sesso.

Per quanto attiene alla Corte europea dei diritti dell'uomo, una notevole evoluzione ha avuto luogo nel corso degli ultimi anni. La stessa, infatti, in un primo tempo si era rifiutata di estendere alle coppie omosessuali i

---

<sup>32</sup> Per i richiami alla letteratura, sterminata in materia, si fa rinvio a G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *AIC – Osservatorio Costituzionale*, 2010, pag. 802 ss.; P. PIRRONE, *Commento agli artt. 8, 12 e 14 CEDU*, in *AA.VV., Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di SESTA, 2017, cit., pag. 126 ss.; M. GATTUSO e M. WINKLER, *La clausola generale di equivalenza*, in BUFFONE, GATTUSO e WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., Giuffrè, Milano, 2017, pag. 238 ss.

principi attinenti alla legislazione matrimoniale, con le conseguenti norme «di favore» verso i nubendi, peraltro prendendo posizione in senso contrario all'applicazione di principi «di sfavore» (e dunque discriminatori) verso genitori omosessuali. Potrà citarsi al riguardo la sentenza del 21 dicembre 1999, nel caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Sul punto la Corte europea ritenne che una decisione della Corte d'appello di Lisbona, la quale aveva negato l'affidamento della figlia minorenni al padre, motivando sulla base dell'omosessualità di quest'ultimo e della sua convivenza con un altro uomo, costituisse violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione<sup>33</sup>.

Sarà interessante notare che il riscontro della medesima violazione dell'art. 14 della Convenzione cit. «combiné avec l'article 8» si pone alla base del successivo arresto del 22 gennaio 2008, con il quale i giudici di Strasburgo hanno condannato la Francia nel caso *E.B. v. France*, dichiarando contrario alla Convenzione il diniego dell'idoneità all'adozione deciso dalle autorità di uno Stato membro che consente per legge al singolo di adottare, qualora tale diniego sia motivato con la mancanza di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo celibe o nubile. Decisione, quest'ultima, che costituisce un'importante novità, atteso che, nel precedente

caso *Fretté v. France*, la medesima Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto, con una maggioranza di soli quattro voti contro tre, che il rifiuto al ricorrente dell'idoneità all'adozione non integrasse un trattamento ingiustificatamente discriminatorio<sup>34</sup>.

Principi analoghi a quelli del caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* sono stati affermati anche dalla giurisprudenza italiana, che ha in diverse occasioni ritenuto di per sé irrilevante l'orientamento sessuale del genitore (e la situazione di eventuale convivenza con una persona del medesimo sesso) ai fini dei provvedimenti che il giudice deve assumere relativamente alla concreta gestione del rapporto genitoriale<sup>35</sup>.

Le citate decisioni di Strasburgo hanno segnato una vistosa svolta, che ha portato la Corte europea a includere «l'orientamento sessuale» tra le ragioni che non possono di per sé determinare una differenza di trattamento ai sensi dell'art. 14 CEDU, essendo le differenze di trattamento fondate sull'orientamento sessuale conformi alla Convenzione, solo se ne dimostra la necessità per il perseguimento di un fine legittimo.

E dunque, mentre già nel 2003, nel caso *Karner v. Austria*, lo Stato convenuto era stato condannato per violazione degli artt. 8 (che garantisce tra l'altro il rispetto al proprio «domicilio») e 14 della Convenzione, poiché non aveva dimostrato che l'esclusione dei conviventi *more uxorio* omosessuali dalla successione di diritto nel contratto di locazione dopo la morte del convivente conduttore fosse «necessaria» per raggiungere il fine legittimo della «protezione della famiglia intesa in senso tradizionale», nella successiva pronuncia *Schalk e Kopf v. Austria*, emanata nel 2010, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio non integra un trattamento discriminatorio contrario alla CEDU, ma ciò solo in

---

<sup>33</sup> Per rilievi al riguardo si fa rinvio a G. OBERTO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>34</sup> Per i richiami e ulteriori commenti v. G. OBERTO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>35</sup> Per i richiami e ulteriori commenti v. G. OBERTO, *op. loc. ultt. citt.*; L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, pag. 893 ss.

quanto in Austria è oggi riconosciuta la possibilità di registrare la convivenza, con attribuzione di alcuni diritti e doveri simili, sia pur più limitati, a quelli coniugali<sup>36</sup>.

Ancora, per quel che riguarda le conseguenze per la prole della fine di un rapporto di coppia omosessuale, nel corso del quale (nei modi più vari) sia sorto un rapporto di filiazione, o si siano sviluppate relazioni privilegiate tra il/la compagno/a e il figlio dell'altro/a, dovrà tenersi presente che un rapporto di filiazione bilaterale rispetto ad entrambi i membri della coppia omosessuale potrebbe darsi soltanto qualora si trattasse di prole adottiva di entrambi, ovvero di prole biologica di uno di essi (ovviamente vuoi legittima, in quanto derivante da precedente unione matrimoniale, vuoi naturale riconosciuta o dichiarata), successivamente adottata dall'altro; ciò sempre a condizione, beninteso, che la creazione di questo secondo vincolo non avesse «cancellato» il preesistente rapporto, ma vi avesse aggiunto, per così dire, il secondo al primo, come avviene, ad es., in base all'art. 44, lett. b), l. n. 184 del 1983.

Ora, proprio sull'applicabilità della cennata disposizione alle coppie omosessuali è intervenuto negli ultimi anni un radicale mutamento di prospettiva, che si è adeguatamente riflesso nella giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità.

Così, già nel 2014, il Tribunale per i Minorenni di Roma<sup>37</sup> aveva accolto nell'«interesse della minore» la richiesta di adozione presentata da una donna convivente della mamma biologica della bambina. Il concepimento era avvenuto a seguito di un procedimento di procreazione assistita portato avanti in Spagna. Si tratta del primo caso in Italia di «*stepchild adoption*».

Nella specie il tribunale aveva fatto applicazione dell'istituto dell'«adozione in casi particolari» prevista dalla lett. d) dell'art. 44 della l. n. 184 del 1983, come modificata dalla l. n. 149 del 2001, che, chiarisce la sentenza, «risponde all'intenzione del Legislatore di voler favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso», prevedendo un'adozione con effetti più limitati, rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi. Soprattutto, la norma non prevede la necessità di un «rapporto di coniugio» e dunque «può essere disposta a favore del convivente del genitore dell'adottando». E siccome «non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali od omosessuali», essa «non può non applicarsi anche a conviventi del medesimo sesso». Del resto, una lettura diversa, precisa il Collegio, «sarebbe contraria alla *ratio legis*, al dato costituzionale nonché ai principi di cui alla Cedu di cui l'Italia è parte».

La decisione, sicuramente condivisibile per ciò che attiene al risultato ottenuto, non appare esente da critiche sotto il profilo tecnico.

---

<sup>36</sup> Su questa decisione e su altre che, nel medesimo torno di tempo, sono intervenute sul tema cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Cedam, 2012, cit., pag. 236 ss.; per l'evoluzione successiva si fa rinvio a M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pag. 451 ss.; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same-sex al giudizio di tre corti*, in *Corr. giur.*, 2012, pag. 861 ss.

<sup>37</sup> Trib. min. Roma 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 109, con nota di LONG.

Ed invero, l'ipotesi dell'«impossibilità di affidamento preadottivo», nel contesto della legge sull'adozione, non può riferirsi che alle due circostanze seguenti:

a) che vi sia una situazione di fatto, in cui il minore, pur in stato di abbandono, non riesca ad essere affidato ad una famiglia adottiva, per ragioni contingenti quali l'età, il difficile contesto sociale in cui è nato, la presenza di situazioni di disabilità fisica o psichica, ecc. Conseguentemente, anziché collocarlo in istituti, si preferisce darlo in adozione a persone singole o anziane con cui il minore abbia instaurato rapporti affettivi;

b) che, in alternativa, vi sia l'impossibilità giuridica di disporre l'affidamento preadottivo, perché, ad esempio, manca lo «stato di abbandono». Quest'ultima situazione, tuttavia, non può coincidere con quella evidente mancanza dello stato di abbandono che deriva dal semplice fatto che il minore è inserito in una famiglia ricostituita, creata dalla convivenza del proprio genitore con un altro soggetto.

Questo caso è, infatti, già preso in esame da un'altra disposizione del citato art. 44: quella, per l'appunto, che richiede la presenza di uno stato di coniugio tra genitore biologico e adottante. È evidente, quindi, che se il legislatore avesse voluto ricondurre la situazione qui in esame all'art. 44 cit., non avrebbe preteso lo stato di coniugio dell'adottante con il genitore biologico del minore<sup>38</sup>.

Occorre tenere presente che le uniche adozioni legittimanti, in relazione ad un minore abbandonato, da parte di un single ammesse oggi dal nostro ordinamento sono quella della separazione personale tra i coniugi aspiranti adottanti nel corso dell'affidamento preadottivo (art. 25, 5° comma, l. n. 184 del 1983) e quella dell'adozione pronunciata in un Paese straniero che consente al singolo l'adozione, ad istanza di un cittadino italiano, il quale dimostri al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente e risieduto da almeno due anni in tale Paese, ai sensi dell'art. 36, 4° comma, l. n. 184 del 1983.

In assenza, dunque, di adozione o di riconoscimento (e pertanto di un qualsiasi rapporto giuridico con uno dei membri della coppia di fatto) è comunque innegabile che un rapporto di «genitorialità *de facto*» della coppia omosessuale possa darsi. Basti pensare al caso dell'unico genitore biologico (o adottivo, o al genitore biologico o adottivo affidatario a seguito di allentamento o scioglimento di un precedente legame di coppia eterosessuale) che inizi uno stabile rapporto di coppia con una persona del medesimo sesso, la quale di fatto venga ad assumere, agli occhi della prole, un ruolo «co-genitoriale» (si usa al riguardo talora il termine «genitore intenzionale», o, più frequentemente, di «genitore sociale», proprio per designare il convivente del genitore biologico e/o legale). Il tutto con l'ulteriore particolarità costituita dalla circostanza che il minore in questione ben può aver sviluppato un rapporto affettivo verso entrambi i partner omosessuali, assolutamente identico a quello che i suoi coetanei nutrono verso i propri genitori (biologici o adottivi) eterosessuali. Anche

---

<sup>38</sup> Piuttosto deve osservarsi che la citata decisione aveva ommesso di dare rilievo al matrimonio celebrato tra le parti (genitrice biologica e adottante) in Spagna: questo è, invece, un punto che avrebbe meritato di essere posto adeguatamente in rilievo, tanto più che persino la Corte di cassazione italiana nega oggi che il matrimonio celebrato all'estero da persone del medesimo sesso sia contrario all'ordine pubblico internazionale italiano (cfr. Cass. 15 marzo 2012 n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, con nota di GATTUSO).

in relazione a questa peculiare situazione sono ipotizzabili svariati rimedi sia per il caso di rottura conflittuale, che nell'ipotesi di accordi tra gli ex partners<sup>39</sup>.

### 1.1. La giurisprudenza attuale

Posto quanto sopra, occorre però dare atto del fatto che l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla decisione del Tribunale per i minorenni di Roma del 2014 si è andata rapidamente conformando al precedente di merito appena citato: così ad es. una decisione di merito del 2017<sup>40</sup> ha stabilito che, «in virtù della clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, comma 20, L. n. 76 del 2016, l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), L. 4 maggio 1983, 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso».

La stessa giurisprudenza di legittimità, dopo una presa di posizione in senso contrario<sup>41</sup>, è passata ad affermare l'ammissibilità dell'adozione ex art. 44 cit. da parte del compagno o della compagna dello stesso sesso del genitore biologico. Così, nel 2016, la Cassazione<sup>42</sup> ha stabilito che «In tema di adozione in casi particolari, l'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 183 del 1994, integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della *condicio legis* della “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità “di diritto” di procedere all'affidamento preadottivo e non di impossibilità “di fatto”, derivante da una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico. La mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse del minore), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio partner».

---

<sup>39</sup> Per una dettagliata disamina delle possibili soluzioni cfr. OBERTO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>40</sup> Trib. min. Bologna 6 luglio 2017, in *Corr. giur.*, 2018, 1396, con richiami in nota all'ampia giurisprudenza di merito in senso conforme.

<sup>41</sup> Cass. 27 settembre 2013 n. 22292, in *Guida dir.*, 2013, 46, 34, con nota di M. FIORINI.

<sup>42</sup> Cass. 22 giugno 2016 n. 12962, in *Giur. it.*, 2016, 2573, con nota di A. SPADAFORA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1213, con nota di G. FERRANDO.

Quanto ai rapporti di diritto internazionale privato, nello stesso anno si è deciso<sup>43</sup> che «è riconoscibile in Italia un atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), atteso che non esiste, a livello di principi costituzionali primari, come tali di ordine pubblico ed immodificabili dal legislatore ordinario, alcun divieto, per le coppie omosessuali, di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie eterosessuali».

Ancora, nel 2018, la stessa Corte<sup>44</sup> ha stabilito che «Non è contraria all'ordine pubblico ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano la sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di

cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, poiché, ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico. Tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale».

In quel medesimo anno, la S.C.<sup>45</sup> si è anche occupata dei rapporti tra minore e convivente del nonno, stabilendo che «alla luce dei principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., il diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317-bis c.c., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis c.c., non va riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico»<sup>46</sup>. Peraltro, va detto, in conclusione della presente disamina, che l'«ultima frontiera» della problematica legata all'omo-genitorialità ed alla procreazione nel contesto della famiglia *same-sex* è costituita dalla possibilità,

---

<sup>43</sup> Cfr. Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, in *AIC – Osservatorio Costituzionale*, 2017, 298, con nota di DI MARZIO.

<sup>44</sup> Cfr. Cass. 31 maggio 2018 n. 14007.

<sup>45</sup> Cass. 25 luglio 2018 n. 19780, in *Guida dir.*, 2018, 35-36, 36, con nota di M. FINOCCHIARO.

<sup>46</sup> Quanto alla dottrina sui temi in oggetto si v. per tutti M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pag. 1475 ss.; I. BARONE, *La legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne*, in *Fam. e dir.*, 2018, pag. 1091 ss.; L. CAROTA, *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza (Corte cost. 20 ottobre 2016, 225)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pag. 270 ss.; G. GIORGI, *Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, pag. 1396 ss.

pubblicamente annunciata da taluni sindaci, di procedere direttamente alla formazione dell'atto di nascita con menzione, quali genitori, di entrambi i conviventi di fatto dello stesso sesso (o civilmente uniti)<sup>47</sup>.

1.1.1. Il riconoscimento della doppia paternità con trascrizione integrale dell'atto di nascita.

Alla luce di quanto fino ad ora esposto, merita particolare attenzione il recente caso che ha riguardato il Tribunale di Milano, Sezione III, il 23.09.2021.

In fatto, a seguito del rifiuto manifestato dall'Ufficiale dello Stato Civile di Milano di accogliere l'istanza presentata da Tizio e Caio volta a ottenere la trascrizione integrale dell'atto di nascita del loro figlio minore – nato negli Stati Uniti a seguito di un percorso di GPA (gestazione per altri) – recante l'indicazione di entrambi i padri, Tizio e Caio hanno proposto ricorso al Tribunale di Milano chiedendo di:

i) ordinare, in via cautelare d'urgenza, al Sindaco del Comune di Milano, quale ufficiale dello stato civile, di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore;

ii) confermare la pronuncia cautelare previamente emessa;

iii) accertare l'illegittimità del provvedimento di rigetto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di Milano.

Dopo l'apposizione del visto da parte del Pubblico Ministero, il Tribunale, con decreto del 16 ottobre 2020, ha sospeso il procedimento in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale che nel frattempo era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni in materia di gestazione per altri e riconoscimento degli atti di nascita e provvedimenti di filiazione esteri emessi all'esito di tale percorso.

Con ricorso in riassunzione del 16 giugno 2021, i ricorrenti, anche sulla scorta dell'intervenuta sentenza n. 33/2021 della Corte Costituzionale, hanno insistito nel ricorso dando atto di aver, nel frattempo, ottenuto la trascrizione, ai sensi dell'art. 44 e ss., l. 184/1983, della sentenza di adozione piena straniera emessa dalla Corte della Florida in favore di Caio, in qualità di genitore “intenzionale” non biologico e hanno chiesto:

i) in via principale, di accertare l'illegittimità del provvedimento di rigetto dell'ufficiale di stato civile, nonché di ordinare al sindaco del comune di Milano di procedere alla trascrizione integrale dell'atto di nascita estero;

ii) in via subordinata, di accertare l'illegittimità della trascrizione, nel registro degli atti di nascita, della sentenza di adozione straniera come adozione in casi particolari e di ordinare al sindaco di rettificare la trascrizione della sentenza, così da produrre gli effetti di un'adozione legittimante, con successiva rettifica della relativa annotazione sull'atto di nascita.

Con pronuncia del 23 settembre 2021 il Tribunale di Milano ha accolto il ricorso e ha ordinato all'ufficiale dello stato civile del Comune di Milano di trascrivere integralmente nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore, con indicazione di entrambi i papà.

La chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del rifiuto dell'ufficiale di stato civile di accogliere la richiesta di trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero, con riferimento alla possibilità di indicare quale genitore anche il padre “intenzionale”, nonché sulla legittimità della trascrizione della sentenza di adozione straniera

---

<sup>47</sup> Cfr. ad es. G. PIOLA, *Figlio di due mamme: una “nuova” denuncia di nascita a Torino*, in [www.anusca.it](http://www.anusca.it), 2018, pag. 1.



come adozione in casi particolari, invece che come adozione piena, il Tribunale di Milano ha osservato come, trattandosi di una filiazione derivante da gestazione per altri, non sia possibile riconoscere l'adozione straniera come adozione legittimante e ha, pertanto, ordinato al sindaco di Milano di procedere con la trascrizione integrale dell'atto di nascita, quale unico strumento per tutelare pienamente l'interesse del minore<sup>48</sup>.

In diritto, ai fini della valutazione della fattispecie in esame, il Tribunale milanese ha effettuato un'analisi delle recenti pronunce più rilevanti in materia soffermandosi, in particolare, sui principi già enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che con pronuncia n. 12193/2019 ha stabilito che non può essere trascritto nei registri dello stato civile italiano il provvedimento di un giudice straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero da GPA (gestazione per altri) ed il genitore non collegato allo stesso da un vincolo genetico. Tale riconoscimento, infatti, troverebbe ostacolo nel divieto previsto dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico posto a tutela di altri valori considerati essenziali nell'ordinamento, quali l'interesse alla verità biologica e la tutela della dignità della donna. Tali principi sono stati considerati dalla Cassazione prevalenti rispetto al diritto del nato alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero.

I giudici milanesi hanno, poi, fatto riferimento al parere della CEDU pubblicato il 10 aprile 2019, su sollecitazione della *Court de Cassation* francese, con il quale ha evidenziato come il rispetto della vita privata del minore, con riferimento al riconoscimento del legame di filiazione, in assenza di vincolo biologico, non si concretizzi necessariamente con la trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile, risultando sufficienti anche altre modalità di riconoscimento di tale legame, purché venga assicurata una procedura tempestiva ed efficace, che possa così salvaguardare la relazione tra il minore e chi lo ha voluto mettere al mondo<sup>49</sup>.

Un ulteriore richiamo è stato alla sentenza n. 8325/2020 della Suprema Corte di Cassazione che ha ritenuto come l'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la pronuncia delle Sezioni Unite 12193/2019 sia palesemente in contrasto con i diritti inviolabili del minore, così come tutelati dalla Costituzione, nonché dalle convenzioni internazionali e dalla legislazione europea, nella parte in cui non consente di trascrivere un atto di nascita legalmente costituito all'estero, relativo a un bambino nato mediante GPA nella parte in cui attesta la filiazione rispetto al genitore intenzionale.

Da ultimo, il tribunale di primo grado si è soffermato sulla sentenza della Corte Costituzionale 33/2021 che ritenendo come lo strumento dell'adozione in casi particolari non sia assolutamente idoneo né rapido e vada considerato, pertanto, incompatibile con i principi costituzionali desumibili dagli articoli 2 e 30 della Costituzione e con l'art. 8 della CEDU, ha ammonito il legislatore sollecitandolo a introdurre una nuova disciplina che tuteli in maniera adeguata i diritti del minore nato da maternità surrogata.

---

<sup>48</sup> I. PARISI, *Minore nato all'estero da GPA*, in *IUS Famiglie*, 2022, pag. 2

<sup>49</sup> I. PARISI, *op.cit.*, pag. 3

Dopo aver ricostruito l'orientamento giurisprudenziale in materia, il tribunale ambrosiano ha sottolineato come non sia ammissibile condizionare la tutela dei diritti del minore alla decisione del legislatore di regolamentare tali fattispecie al fine di riconoscere il legame giuridico di fatto esistente tra il bambino e coloro i quali ne hanno voluto la nascita e si occupano di lui sotto tutti i profili, pur in assenza di un vincolo biologico e di come, pertanto, debba essere il giudice, in presenza di un vuoto legislativo, a ricercare la soluzione più idonea per garantire i diritti del minore, individuando, così, un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti.

I giudici milanesi si sono, poi, soffermati sulla domanda subordinata proposta dai ricorrenti e volta ad accertare l'illegittimità della trascrizione della sentenza di adozione co-parentale quale adozione che produce in Italia gli effetti minori di cui all'adozione ai sensi dell'art. 44, l. 184/1983, nonché la conseguente illegittimità derivata dall'annotazione sull'atto di nascita del minore e sulla richiesta di rettifica<sup>50</sup>.

Infatti, dopo aver ottenuto l'atto di nascita recante l'indicazione sia del padre biologico, sia di quello intenzionale, la Corte della Florida ha emesso nei confronti del papà non biologico una sentenza di adozione della quale i ricorrenti hanno lamentato l'errata trascrizione come adozione in casi particolari, anziché come adozione piena.

Nello specifico, il tribunale milanese ha evidenziato che se tale domanda subordinata fosse stata accolta, con riconoscimento dell'adozione straniera come adozione piena, sarebbe venuto meno l'interesse a ottenere la trascrizione integrale dell'atto di nascita.

I giudici di primo grado hanno, altresì, rilevato l'impossibilità giuridica di accogliere tale domanda, soprattutto sulla scorta del recente orientamento della Corte di Cassazione. Infatti, con sentenza 9006/2021, la suprema Corte ha evidenziato che se da un lato riconoscere gli effetti di una sentenza di adozione legittimante straniera emessa nei confronti di una coppia omo-affettiva non è in contrasto con i principi di ordine pubblico internazionale, lo stesso non può dirsi nel caso in cui il minore sia nato a seguito di un accordo di surrogazione di maternità, ipotesi in cui tale trascrizione va esclusa in quanto in contrasto con l'ordine pubblico.

È, dunque, sulla scorta di tali principi che il tribunale lombardo ha ritenuto immodificabile l'attuale *status* adottivo del minore che risulta figlio biologico di Tizio e adottivo – secondo il modello dell'adozione *ex art.* 44 e ss. l. 184/1983 – di Caio, pur considerando tale situazione non pienamente tutelante per il bambino, come del resto sottolineato anche dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 33/2021, situazione che, secondo la ricostruzione del tribunale stesso, giustifica il persistere dell'interesse dei ricorrenti e del minore all'accoglimento della richiesta di trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero<sup>51</sup>.

Infatti, nel caso di specie, a dover essere tutelato è l'interesse del minore, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, l. 40/2004<sup>52</sup>, nonché del suo diritto di rimanere nel nucleo familiare

---

<sup>50</sup> I. PARISI, *op. cit.*, pag. 3

<sup>51</sup> I. PARISI, *op. cit.*, pag. 4

<sup>52</sup> Chi nasce da procreazione medicalmente assistita è figlio "legittimo" o riconosciuto della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a tali tecniche.

nel quale è inserito sin dalla nascita così come del diritto di essere “mantenuto, istruito, educato e assistito moralmente”, ex art. 147 c.c., dai soggetti che egli considera di fatto i suoi genitori.

Nella fattispecie in questione va poi escluso, altresì, ogni sfruttamento o concreta lesione della dignità della gestante, aspetto che non può essere ritenuto prevalente rispetto alla tutela del nato.

È, dunque, sulla base di tali osservazioni che il tribunale ha accolto il ricorso e ha ordinato all'ufficiale dello stato civile del comune di Milano di trascrivere integralmente nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore, con indicazione di entrambi i papà.

La pronuncia in esame si colloca nel *trend* del recente approccio giurisprudenziale inaugurato dalla Corte di Cassazione con decisione 8325/2020, seguito dalla Corte d'Appello di Firenze nel gennaio 2020, dalla Corte d'Appello di Bari nell'ottobre 2020 e dalle sentenze della Corte Costituzionale (32 e 33 del gennaio 2021) in base al quale viene riconfermata l'importanza di riconoscere lo *status* genitoriale acquisito in applicazione della legge straniera al minore nato a seguito di un percorso di gestazione per altri, stante la necessità di tutelare il suo diritto a vedere riconosciuta la propria identità personale e familiare anche in Italia, l'inadeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari, inadatto a fornire piena tutela a tali situazioni, nonché l'avvenuta tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, inclusa la gestante.

Su tale ultimo aspetto, in particolare, il tribunale di Milano ha evidenziato, anche sulla scorta della documentazione in atti relativa al percorso giurisdizionale seguito dai ricorrenti in Florida, come non vi sia stata alcuna concreta lesione della dignità della gestante che possa prevalere sul diritto del nato, condizione che la pronuncia delle Sezioni Unite 12193/2019 aveva, invece, ritenuto ostativa al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero, e come debba essere tutelato l'interesse del minore che dalla sua nascita è inserito nel nucleo familiare dei ricorrenti<sup>53</sup>.

## 2. Profili problematici della legge n. 76 del 2016

Alla luce del quadro sin qui delineato, è possibile svolgere qualche considerazione ulteriore sulla l. n. 76/2016. Essa, come ormai noto, si struttura in due titoli, uno dei quali dedicato alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e l'altro ai diritti dei conviventi (omosessuali o eterosessuali).

La disciplina delle unioni civili è ispirata alla «legge sull'unione civile registrata» approvata in Germania nel 2001 (successivamente superata dalla «legge che introduce il diritto di sposare persone dello stesso sesso», entrata in vigore il 1° ottobre 2017).

Come nel modello tedesco, viene introdotto un istituto riservato solo alle coppie omosessuali, scelta preferita rispetto a quella compiuta in molti altri Paesi, anche europei, in base alla quale le *civil partnerships* sono aperte anche alle coppie eterosessuali.

La legge rinvia in maniera pressoché integrale alla disciplina del matrimonio, con poche ma significative eccezioni, volte a marcare le differenze da quest'ultimo.

---

<sup>53</sup> I. PARISI, *op. cit.*, pag. 5

La trama normativa tradisce lo sforzo di sintesi che è stato compiuto e la natura compromissoria delle soluzioni adottate: a norme che sembrano avvicinare i due istituti (matrimonio ed unione civile) se ne affiancano altre che tendono a distinguerli, mostrando in controluce le concessioni reciproche tra le opposte visioni.

L'unione civile tra persone dello stesso sesso è definita, in apertura della legge (art. 1, comma 1), come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». Viene così chiarito immediatamente che non si tratta di "allargamento" del matrimonio ex art. 29 Cost., ma del riconoscimento di una diversa "formazione sociale" tutelata dall'art. 2 Cost. (meno chiaro appare invece il riferimento all'art. 3 Cost.): la strada seguita è dunque quella indicata dalla Corte costituzionale nella più volte citata sent. n. 138/2010.

A fronte di tale definizione, pur nella diversità delle forme di costituzione e cessazione dell'unione civile rispetto al matrimonio (l'art. 1 prevede, al comma 2, una "cerimonia" più spartana e, al comma 24, più semplici modalità di scioglimento), la disciplina del rapporto ricalca in larga parte quella matrimoniale. Molte sono infatti le norme codicistiche oggetto di rinvio espresso (ad esempio, quelle in materia di impugnazione del matrimonio di cui gli artt. 119 ss. c.c.), così come molte sono quelle riprodotte quasi testualmente (le cause impeditive dell'unione civile, ad esempio, ricalcano quasi integralmente le analoghe disposizioni sulle cause impeditive del matrimonio).

A riprova della diffusa omologazione di disciplina, inoltre, ai sensi dell'art. 1, comma 20, «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono [...] si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

Come chiarito subito appresso, però, il rinvio «non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge»; tra le norme non richiamate, ad esempio, ve ne sono alcune di indubbio peso, a cominciare dall'art. 143 c.c. che dal matrimonio fa discendere l'obbligo di fedeltà e di collaborazione nell'interesse della famiglia. Ancora maggior distanza dal matrimonio è segnata dalla esplicita esclusione di qualunque rinvio alle disposizioni contenute nella legge sulle adozioni (la l. n. 184/1983, «Diritto del minore ad una famiglia»).

Viene così tracciata la differenza più sostanziale tra unione civile e matrimonio: la legge non sembra riconoscere alla prima la "dimensione verticale" che caratterizza il secondo.

Nonostante tale rilevante ridimensionamento, la l. n. 76/2016 è stata aspramente criticata da quanti ritengono che la Costituzione interdice un qualsiasi riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale o, a maggior ragione, una disciplina "concorrenziale" rispetto a quella prevista per il matrimonio<sup>54</sup>.

La critica non sembra però condivisibile, se si considera che, come si è tentato di argomentare, la mancanza di riferimento costituzionale diretto alla "famiglia" omosessuale non si traduce, di per sé, in un divieto di tutela da parte del legislatore; al contrario, offrire a queste "formazioni sociali" un riconoscimento giuridico appare

---

<sup>54</sup> A. RUGGIERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?*, in *Consulta OnLine*, 2/2016, pag. 258

costituzionalmente legittimo e perfino doveroso, alla luce della riferita giurisprudenza costituzionale (oltre che della Corte di Strasburgo) e nei limiti da essa indicati.

Sostenere, infatti, che la preferenza costituzionale per la famiglia legittima sia ostativa al riconoscimento legislativo di forme diverse di unione non sembra in linea, per quanto argomentato, con una lettura sistematica delle disposizioni della Costituzione sulla famiglia; inoltre, non può essere trascurato il *favor* costituzionale per le formazioni sociali, che si traduce nella valorizzazione della potenzialità espansiva delle norme a garanzia della natura relazionale ed affettiva dell'essere umano.

Né appaiono giustificati i dubbi di legittimità basati sul rinvio operato dalla l.n. 76/2016 ad alcuni profili della disciplina matrimoniale e sulla somiglianza tra i due istituti. Pur ammettendo, infatti, che non sia consentita l'estensione legislativa del matrimonio ex art. 29 Cost., non sembra da ciò doversi desumere il divieto di introdurre una diversa tutela, nel configurare la quale il legislatore possa far ricorso alla tecnica redazionale del rinvio (parziale) a talune norme codicistiche relative al matrimonio.

La precisazione non comporta una differenza meramente nominalistica o «di facciata»<sup>55</sup>: prevedendo un istituto diverso dal matrimonio, infatti, non si estende l'istituto disciplinato dal codice civile, al quale si rinvia per alcuni - molti - aspetti; né si estende, soprattutto, la garanzia costituzionale, che rimane riservata alla famiglia legittima.

Non persuadono neppure alcuni altri argomenti che sono stati spesi per dimostrare la non conformità alla Costituzione delle previsioni riguardanti le unioni civili. Si è sostenuto, ad esempio, che un profilo di illegittimità costituzionale emergerebbe in conseguenza del "depotenziamento" della famiglia legittima derivante dal riconoscimento delle unioni omosessuali; in senso contrario, tuttavia, deve ribadirsi che la l. n. 76/2016 non mette in alcun modo in discussione il matrimonio ed i diritti che da esso discendono, creando un istituto giuridico apposito e diverso. Secondo altre opinioni, invece, nella valutazione della legittimità della normativa in esame bisognerebbe tener conto del "costo" dell'introduzione del nuovo istituto (in termini di diritti sociali ad esso connessi)<sup>56</sup>; rispetto a questo genere di rilievi può osservarsi che gli oneri economici determinati da una legge possono rilevare ai fini della individuazione delle relative coperture finanziarie, non certo per desumerne l'immediata illegittimità costituzionale della complessiva disciplina del diritto che essa introduce.

---

<sup>55</sup> M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, in *Jus civile*, Giappichelli, Torino, 1/2016, pag. 3

<sup>56</sup> F. VARI, *Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato del 19 febbraio 2015 sullo Schema di testo unificato corretto proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi, recante "Regolamentazione della unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1/2015, pag. 161 ss.

### 3. La *Stepchild adoption*

Le differenze più vistose tra matrimonio e unione civile hanno a che fare, come accennato, con l'orizzonte verso cui (non sempre ma) spesso tende un'unione quando, alla condivisione della vita, voglia affiancare la generazione (o comunque il prendersi cura) di una vita ulteriore.

L'aspirazione alla genitorialità ed il riconoscimento delle situazioni familiari già di fatto esistenti, rimasti fuori dalla legge sulle unioni civili, sono ancora privi di disciplina espressa (al riguardo nell'ordinamento vi sono, invece, taluni divieti) e, dunque, ricadono nello spettro di soluzioni che i giudici possono trarre dal sistema, colmando quella che appare una sempre più "ingombrante" lacuna.

Il terreno della filiazione è ancora più sensibile e delicato rispetto a quello del mero riconoscimento giuridico delle unioni nate dalla libera volontà di due adulti.

Le ambizioni genitoriali degli uniti civilmente coinvolgono, infatti, oltre al loro - non pacificamente riconosciuto - interesse alla genitorialità, anche e soprattutto gli interessi dei figli eventualmente già nati (così nel caso dell'adozione del figlio del partner) o nascituri (nel caso di procreazione medicalmente assistita, per le coppie femminili, o di gestazione per altri, per le coppie maschili; ipotesi, quest'ultima, nella quale alla già complessa rete di interessi coinvolti si somma anche il problematico ed eticamente controverso ruolo della "gestante per altri").

Sul punto i profili critici sono molteplici soprattutto alla luce della nuova previsione del "reato universale" di surrogazione di maternità, questione che si affronterà nel terzo ed ultimo capitolo di questa tesi, ma preliminarmente ed a tal riguardo la Suprema Corte di Cassazione civile, a Sezione Unite, con sentenza del 30/12/2022, n. 38162, ha stabilito che il minore nato all'estero mediante il ricorso alla surrogazione di maternità ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione; tale esigenza è garantita attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983 che, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, rappresenta lo strumento che consente, da un lato, di conseguire lo "*status*" di figlio e, dall'altro, di riconoscere giuridicamente il legame di fatto con il "partner" del genitore genetico che ne ha condiviso il disegno procreativo concorrendo alla cura del bambino sin dal momento della nascita.

Ulteriormente, non si potrà non tener conto che la Corte europea diritti dell'uomo sez. I, con sentenza del 22/06/2023, n. 10810, ha riunito i ricorsi presentati da diverse coppie omosessuali ed eterosessuali, che contestavano il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere nei registri dell'anagrafe i certificati di nascita esteri di bambini legalmente concepiti in altri stati. Veto che, ad avviso dei ricorrenti, lede l'articolo 8 della Convenzione Europea sui Diritti Umani, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. Un vulnus che non si può considerare sanato dalla possibilità di fare ricorso all'adozione in casi particolari.

Al contrario per gli euro-giudici è proprio questa la via indicata, legittimamente dall'Italia, per riconoscere i legami familiari del bambino nato col cosiddetto utero in affitto, scoraggiando al tempo stesso la pratica vietata dal diritto interno.

I ricorrenti hanno creato una famiglia, si legge nella pronuncia, ricorrendo alla gestazione per altri, sapendo che il diritto italiano la vietava: per la Cedu «le difficoltà pratiche che i ricorrenti potranno incontrare nella loro vita privata e familiare a causa del mancato riconoscimento nel diritto italiano di un legame tra il padre di intenzione ed i bambini, non va oltre il limite imposto per il rispetto della vita privata e familiare».

È di solare evidenza come tale intreccio di interessi, non esaustivamente disciplinato dal legislatore, lascia spazio per soluzioni giurisprudenziali diverse: a diffuse interpretazioni restrittive si affianca l'opposto avviso di altri giudici che, facendo leva su diverse fonti internazionali che depongono nello stesso senso, incentrano le proprie decisioni sul preminente interesse del minore, finendo col riconoscere ciò che la legge ha scelto di non disciplinare espressamente.

Con riguardo all'adozione, a dire il vero, c'è stato, durante l'iter di approvazione della l. n. 76/2016, un tentativo di ampliarne l'orizzonte normativo, includendovi una disposizione volta ad estendere agli uniti civilmente la possibilità di procedere all'adozione del figlio del coniuge (c.d. *stepchild adoption*), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. b), l. n. 184/1983.

Anzi, il vigente art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 esclude espressamente che possa estendersi agli uniti civilmente la normativa sulle adozioni applicabile ai coniugi. Sono così precluse ai partner omosessuali sia l'adozione piena, sia l'adozione "in casi particolari" riservata ai coniugi. L'adozione piena (o "legittimante") è quella che recide i legami con la famiglia di origine, creando un vincolo familiare anche con i parenti del genitore adottivo, ed è permessa solo «ai coniugi uniti in matrimonio da almeno 3 anni», a norma dell'art. 6, comma 1, l. n. 184/1983; l'adozione "in casi particolari", invece, è disciplinata dall'art. 44 della stessa legge, il cui menzionato comma 1, lett. b), consente ad un coniuge l'adozione del figlio (anche adottivo) dell'altro coniuge: si tratta comunque di un'adozione "non legittimante", in quanto non recide il legame del minore con la famiglia d'origine e conseguentemente non instaura relazioni giuridiche tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

Ad ogni modo, la preclusione risultante dall'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 non sembra pregiudicare del tutto la possibilità di ricorrere ad un'altra opzione di adozione non legittimante: quella disciplinata alla lett. d) del medesimo art. 44, comma 1, l. n. 184/1983. Si tratta di una norma che si applica «oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato» e permette di adottare un minore «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

L'impossibilità in parola veniva rilevata, tradizionalmente, quando il (pur tentato) affidamento preadottivo di un minore adottabile risultasse di fatto impossibile (a causa, ad esempio, delle sue condizioni fisiche o psichiche).

Tuttavia, un filone giurisprudenziale inaugurato già prima della legge sulle unioni civili, nel perseguire il «preminente interesse del minore» (esigenza primaria che deve essere soddisfatta anche nei procedimenti adottivi speciali, ai sensi dell'art. 57, l. n. 184 del 1983), ha invece ritenuto che, accanto ai casi in cui vi sia una impossibilità di fatto di affidamento preadottivo, la norma sia applicabile anche ai casi di impossibilità di

diritto. Secondo questo orientamento, rappresenta un caso di impossibilità di diritto quello in cui manchi il presupposto dello stato di abbandono (necessario per considerare adottabile un minore), dal momento che il minore risulta stabilmente inserito nel nucleo familiare di un genitore biologico e del suo partner: pertanto, anche in questo caso potrebbe trovare applicazione l'adozione ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983.

Tale interpretazione è finalizzata a «tutelare l'interesse di minori (anche non in stato di abbandono) al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi» (Trib. min. Roma, sent. 30 luglio 2014, n. 299; orientamento confermato da Cass. civ., sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12962; contra Trib. min. Milano, sent. 17 ottobre 2016, n. 261).

Secondo una parte della dottrina, peraltro, la soluzione forgiata dai giudici non sarebbe in contrasto con il ricordato divieto posto dalla l. n. 76/2016, la quale, pur escludendo espressamente l'equiparazione tra coniugi e uniti civilmente con riguardo alla legge sulle adozioni, fa salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti», con ciò non ostacolando i descritti approdi ermeneutici e le aperture dei giudici. In quest'ottica, la legge sulle unioni civili, in altre parole, non vieterebbe l'applicazione ai partner dell'unione della normativa in materia di adozioni (ad eccezione delle disposizioni espressamente riservate ai coniugi), ma semplicemente si disinteresserebbe del tema, lasciando spazio alle emergenti soluzioni pretorie<sup>57</sup>.

#### 4. Le coppie omosessuali e la procreazione medicalmente assistita.

La procreazione medicalmente assistita (PMA)<sup>58</sup> - necessariamente eterologa - rappresenta l'unica via percorribile per realizzare (in maniera diversa dall'adozione) l'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili (sulla gestazione per altri, unica opzione per le coppie omosessuali maschili).

La l. n. 40/2004, che in Italia disciplina la materia, consente ora (a seguito di un intervento additivo del Giudice costituzionale con la sent. n. 162/2014), la tecnica eterologa inizialmente vietata, riservandola però alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso» (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a chiunque la applichi a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2).

---

<sup>57</sup> D. FERRANTI, *Le prospettive di riforma in tema di filiazione*, in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017 ; d.lgs. N. 6/2017 ; d.lgs. n. 7/2017*, Milano, Giuffrè, 2018, pag. 293.

<sup>58</sup> La PMA consiste in una complessa procedura che grazie all'utilizzo di molteplici tecniche e strumentazioni mediche permette una fecondazione artificiale, offrendo così maggiori *chances* di formare una famiglia alle coppie che non sono in grado di procreare con metodi naturali, e dopo essere stata a lungo oggetto di dibattito, è entrata nell'ordinamento italiano tramite la legge del 19 febbraio 2004 n. 40, che si è occupata di delineare con estremo rigore i requisiti di accesso alla stessa: l'art. 5, infatti, prevede che solo le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi avranno la possibilità di usufruire di tali tecniche. Al dettato normativo segue un'ulteriore scrematura basata sulla condizione di sterilità o infertilità della coppia che non deve essere altrimenti rimovibile, costituendo essa il presupposto di fatto centrale per l'accesso alla fecondazione di cui alla legge n. 40 del 2004.



Le cospicue evoluzioni in campo medico, che vedono possibile una scissione tra atto sessuale e procreazione<sup>59</sup>, hanno contribuito ad accrescere e consolidare l'opinione che sussista una sorta di “diritto a procreare”<sup>60</sup>, anche se con metodi diversi da quello naturale, poiché grazie agli artifici scientifici oggi attuabili la genitorialità cessa di essere mero evento naturale e si trasforma in scelta ponderata, frutto di un condiviso progetto di vita che i membri della coppia, di comune accordo, hanno deciso di intraprendere<sup>61</sup>.

È innegabile che la genitorialità del nato a seguito di PMA è legata al consenso prestato ed alla responsabilità conseguentemente assunta da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere a questa tecnica procreativa (artt. 8 e 9 legge n. 40/2004)<sup>62</sup>, ma è anche vero che le persone coinvolte devono essere di sesso diverso poiché l'obiettivo della normativa in esame non è tanto quello di garantire *a priori* la realizzazione del desiderio di divenire genitore<sup>63</sup>, quanto quello di offrire un rimedio a una condizione della coppia che non lascia aperta alcuna possibilità di procreazione<sup>64</sup>.

Da ciò si ricava l'assunto secondo il quale non è configurabile una distonia con l'art. 3 Cost., non sussistendo la discriminazione basata sull'orientamento sessuale poiché l'infertilità “fisiologica” delle coppie omosessuali non può essere paragonata all'infertilità patologica, assoluta e irreversibile, delle coppie eterosessuali<sup>65</sup>.

Pertanto, il mancato riconoscimento dell'accesso alla PMA alle coppie omosessuali è stato portato all'attenzione della Corte costituzionale per asserita violazione di numerose norme costituzionali.

---

<sup>59</sup> Tale scissione a sua volta provoca una frantumazione delle figure, un tempo unitarie, di maternità e paternità, non più inquadrabili all'interno di schemi predefiniti. A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità, Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, Il Mulino, 2018, pag. 11 ss. In tale ottica si possono scindere gli elementi del fatto generativo “facendo vacillare il tradizionale modello di procreazione della genitorialità biologica” e guardando invece ad un processo, quale la surrogazione, che porterebbe all'abbandono “anche dell'ultimo vessillo di suddetta naturalità, ossia gestazione e parto”. Sembra quasi che la società sia avviata verso quella che può essere definita come “era della evoluzione programmata” dominata dall'ingegneria genetica, ma di fronte all'inadeguatezza del sistema nella risoluzione delle concrete vicende, la Corte europea incentiva gli Stati a trovare delle strade comuni, armonizzando le loro legislazioni.

<sup>60</sup> Il diritto a procreare ha ottenuto un espresso riconoscimento con la sentenza Corte cost. 24 luglio 2000 n. 332, in *cortecostituzionale.it*, stabilendo che la sua limitazione sia in contrasto con i diritti fondamentali della persona anche come singolo. La Corte costituzionale, inoltre, con la sentenza n. 162/2014 ha sottolineato che “la determinazione di avere o meno un figlio, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile”. La scelta di avere figli è una libertà costituzionalmente garantita, poiché legata all'identità e allo sviluppo della personalità di ogni individuo, tuttavia non si tratta di una libertà assoluta. Così A. GORGONI, *La filiazione*, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 64.

<sup>61</sup> Corte cost. 23 ottobre 2019 n. 221, in *DeJure*; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, pag. 713.

<sup>62</sup> Corte cost. 4 novembre 2020 n. 230, punto 5.1. cons. in dir. L'art. 8 della legge n. 40/2004 prevede che i nati a seguito di PMA hanno lo stato di “figli nati nel matrimonio” o di “figli riconosciuti” della coppia che ha avviato questo percorso; l'art. 9 della stessa legge stabilisce invece che il coniuge o il convivente della madre naturale, pur in assenza di un suo apporto biologico, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità.

<sup>63</sup> Garantire sempre e comunque la genitorialità equivale a riconoscere in capo all'adulto un diritto soggettivo ad avere un figlio ricorrendo a tecniche artificiali, aspetto criticato già prima dell'entrata in vigore della legislazione di riferimento e che ha portato al divieto di affittare l'utero.

<sup>64</sup> Le sentenze della Corte costituzionale n. 162/2014, e n. 96/2015, escludono che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, così C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”*. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa, in *Giur. cost.*, 5, 2019, pag. 2622.

<sup>65</sup> Cass. 22 aprile 2020 n. 8029, in *DeJure*; Corte EDU 15 marzo 2012 n. 25951, Gas e Dubois contro Francia, in *DeJure*; Corte cost. 23 ottobre 2019 n. 221, cit., con nota di G. MARINO, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*, in *Dir. giust.*, 6, 2019, pag. 192. Consentire alle coppie omosessuali di usufruire delle tecniche di procreazione medicalmente assistita significherebbe contestare la scelta di fondo fatta dal legislatore con la legge n. 40 del 2004, cioè quella di riprodurre un modello familiare caratterizzato dalla presenza di una figura materna e una paterna.

I giudici remittenti miravano sostanzialmente ad ottenere l'estensione della possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa - ad oggi riconosciuta solo alle coppie eterosessuali assolutamente ed irreversibilmente infertili - alle ipotesi di «"infertilità sociale", o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti»<sup>66</sup>.

La Corte costituzionale ha tuttavia rigettato la questione, ritenendo che una decisione di accoglimento avrebbe sconfessato entrambe le linee di fondo della l. n. 40/2004: lo scopo terapeutico della procreazione medicalmente assistita è la riproduzione del «modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna» (Corte cost., sent. n. 221/2019).

Finalità precipua della legge è, infatti, quella di superare cause patologiche di infertilità: la causa impeditiva fisiologica dovuta alla omosessualità della coppia è dunque estranea al perimetro tracciato dal legislatore del 2004.

Né ciò può dirsi, agli occhi della Corte, in violazione del principio di eguaglianza - sotto forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale - poiché incomparabili sono le situazioni considerate: l'«infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive, così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti» (Corte cost., sent. n. 221/2019).

Dall'insieme delle argomentazioni utilizzate, sembra quindi che la Corte ricavi la "non omologabilità" delle due situazioni dalla inidoneità strutturale e non accidentale delle coppie omosessuali alla riproduzione (a differenza di quel che accade per le coppie eterosessuali sterili).

L'emulazione di una famiglia fondata sulla riproduzione naturale - e non la garanzia di un diritto assoluto alla genitorialità - sarebbe l'obiettivo della legge.

Il diritto alla genitorialità di per sé, infatti, potrebbe collidere con l'interesse del nascituro ad una famiglia che assicuri le «condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della [sua] personalità»; secondo la Corte, rientra tra i compiti soltanto del legislatore quello di operare un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco<sup>67</sup>.

La libertà e la volontarietà di divenire genitori non si esplicano senza limiti, in particolare quando si sceglie di ricorrere alla PMA che apre scenari innovativi rispetto ai classici paradigmi di genitorialità e famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, suscitando inevitabilmente con ciò delicati interrogativi di ordine etico<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 209.

<sup>67</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 210.

<sup>68</sup> Corte cost. 23 ottobre 2019 n. 221, cit., con commento di S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *Ilfamiliarista.it*, 2020, passim. Alla luce di queste considerazioni non può ritenersi irrazionale e ingiustificata la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per il minore, e che vengono identificate nella famiglia ad instar naturae, ossia composta da due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile. La Corte EDU, pur riconoscendo "il dolore morale che sentono coloro il cui desiderio di genitorialità non è stato o non può essere soddisfatto", ha affermato che

Laddove sussista anche solo teoricamente un diritto alla genitorialità, se ne prospetta in modo pressoché automatico un altro, ossia il diritto del minore alla realizzazione di ciò che è meglio per sé stesso, costituendo tale interesse, ancora più del primo, un elemento imprescindibile di valutazione<sup>69</sup>.

Di fronte ad una preminenza di siffatta specie, è il minore, e non già l'adulto, a godere di un diritto alla genitorialità, ossia del diritto ad avere una famiglia e, a dispetto delle complessità decisionali cui hanno condotto le innovazioni mediche, in un'eventuale situazione di conflitto sarà proprio il diritto dell'adulto ad esser messo in discussione.

Più che di “diritto alla genitorialità” bisognerebbe, dunque, parlare di “desiderio di genitorialità”, e se al sogno di diventare genitore si preferisce in una prospettiva più altruistica e protettiva, la tutela del minore, essa non può essere inquadrata tra quei diritti fondamentali dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, di cui all'art. 2 Cost.<sup>70</sup>

Il bilanciamento operato dalla l. n. 40/2004, che esclude le coppie *same-sex* dalla procreazione medicalmente assistita, in altre parole, è ritenuto dalla sent. n. 221/2019 non irragionevole poiché questa scelta del legislatore è idonea a soddisfare l'interesse del nascituro, consentendo il suo inserimento in una «famiglia *ad instar natura* - due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile».

La Corte, pur escludendo profili di illegittimità costituzionale nella disciplina sottoposta al suo esame, non ritiene tuttavia tale modello familiare come imposto dalla Costituzione (benché la diversità di sesso dei componenti della coppia venga incidentalmente indicata come «chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia»): nulla impedisce, pertanto, che possa arriversi a una futura diversa determinazione parlamentare «in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata».

---

“l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia, mentre in confronto si deve accordare un'importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale”. Corte EDU Grande Camera 24 gennaio 2017 n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia, in *hudoc.echr.coe.int*.

<sup>69</sup> La dinamicità che ha caratterizzato l'evoluzione dei modelli familiari ha reso necessario stabilire il rispetto incondizionato del best interest of child, tutelando il figlio, la sua identità, e la sua posizione in qualsiasi formazione sociale si trovi a vivere, e ancorando a questo principio tutta la normativa della PMA. Tra i commenti si segnalano, tra gli altri, F. ANGELO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, pag. 647; C. PARRINELLO, *L'inclusione sociale del minore immigrato: il limite del multiculturalismo*, in *Dir.Fam Pers.* II, 4, 2020, pag. 1537; I. GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, in *Dir.Fam Pers.* II, 4, 2020, pag. 1659; V. MONTARULI, *La Corte costituzionale e la filiazione nella maternità surrogata. Bilanciamento tra legalità e best interest*, in *Ilfamiliarista.it*, 2018, passim.

<sup>70</sup> Corte cost. 4 novembre 2020 n. 230, punto 6 cons. In dir. L'oggettiva mancanza di una specifica disposizione che enunci il diritto alla genitorialità fa sì quest'ultimo, sebbene non possa essere negato in modo categorico, sia per lo più concepito in subordine agli interessi del minore, soprattutto in caso di conflitto tra i due. Così M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir.Fam Pers.* II, 3, 2014, pag. 1248. L'art. 2 Cost., in combinato disposto con l'art. 29 Cost., rileva non tanto sotto il profilo della genitorialità quanto piuttosto sotto quello della famiglia, poiché tutela qualunque forma di convivenza fondata sui caratteri della stabilità e della responsabilità sociale, che prescinda ormai dall'appellativo di “legittima”.

### III CAPITOLO

#### **Coppie omosessuali e filiazione: tra Paese d'origine ed Estero**

##### 1. Status dei figli nati o concepiti all'estero da coppie omosessuali

La legge sulle unioni civili ha risolto la questione, più volte affrontata dalla giurisprudenza, della trascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all'estero, prevedendo che ad esso si applichi la disciplina delle unioni civili (v. art. 1, comma 28, lett. b), l. n. 76/2016 e d.lgs. n. 7/2017, che ha disposto la pertinente modifica della l. n. 218/1995).

I problemi rimangono insoluti, invece, per quanto riguarda il riconoscimento dei rapporti di filiazione (biologica, genetica o legale) costituitisi all'estero.

Va rilevato che non è inusuale che coppie femminili si rechino all'estero per accedere a tecniche di procreazione medicalmente assistita - che in Italia, come detto, la l. n. 40/2004 riserva alle sole coppie eterosessuali - e coppie maschili realizzino le loro aspirazioni genitoriali mediante la c.d. maternità surrogata, vietata senza eccezioni nel nostro ordinamento dall'art. 12, comma 6, della medesima legge, ma ammessa in altri Stati.

Le famiglie così costituite chiedono poi di essere riconosciute una volta rientrate in Italia, cosicché i giudici si trovano a dover trarre dal sistema norme che consentano di valutare tali pretese, con l'inevitabile tasso di soggettività che connota simili operazioni ermeneutiche.

L'ampio margine di "discrezionalità interpretativa" suscettibile di dar luogo ad esiti divergenti non riguarda la possibilità delle coppie omosessuali di divenire genitori tramite PMA o gestazione per altri, ché sul punto la disciplina è del tutto chiara - come si ribadisce - nel senso dell'esclusione, bensì la possibilità di trascrivere i rapporti di filiazione sorti all'estero dove tali tecniche sono consentite<sup>71</sup>.

In proposito, particolarmente duttile si è mostrato il concetto di "ordine pubblico", il quale costituisce nella nostra legislazione limite al riconoscimento di atti esteri (cfr. artt. 64 e 65, l. n. 218/1995 e art. 18 d.P.R. n. 396/2000), prestandosi a soluzioni anche opposte tra di loro.

Tradizionalmente, infatti, l'ordine pubblico veniva interpretato, a garanzia della coerenza interna dell'ordinamento, come non contrarietà a norme imperative, con la conseguenza che il riconoscimento di rapporti costituitisi all'estero in maniera vietata in Italia sarebbe stato da ritenersi in ogni caso precluso.

Con riguardo alla filiazione realizzatasi all'estero tramite PMA, sembra invece essersi affermato nella giurisprudenza un orientamento favorevole sulla scorta di una diversa accezione di ordine pubblico, più orientata alla salvaguardia dei (soli) principi fondamentali dell'ordinamento, la cui tutela sia rinvenibile anche a livello internazionale e sovranazionale (modo di intendere l'ordine pubblico che presenta aspetti di peculiare indeterminatezza che lascia ancor più spazio all'apprezzamento dell'interprete).

È stato ad esempio riconosciuto lo status di figlia a una bambina nata in Spagna con la c.d. Reception of Oocytes from Partner (donazione dell'ovocita da parte di una donna e conduzione della gravidanza da parte

---

<sup>71</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 210.

dell'altra, con gamete esterno donato da un terzo anonimo, tecnica assimilata alla PMA di tipo eterologo) e li registrata come "figlia matrimoniale" di una coppia di donne che nel medesimo Paese avevano contratto matrimonio (Corte di Appello di Torino, 29 ottobre 2014).

La contrarietà all'ordine pubblico di tale riconoscimento è stata esclusa sul presupposto che il limite in questione sia da intendersi come «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti» e che vada «declinato con riferimento all'interesse del minore»<sup>72</sup>.

La contrarietà all'ordine pubblico, aggiunge la Corte di Cassazione confermando le conclusioni già raggiunte in sede di appello, andrebbe rilevata in tutte le ipotesi di contrasto con norme interne (seppure imperative o derogabili) ma solo in caso di contrasto con valori fondanti dell'ordinamento.

L'ordine pubblico sbarrerebbe la strada cioè solo alle scelte che neppure il legislatore avrebbe potuto compiere. Partendo da questo assunto, si afferma che nella Costituzione non è rilevabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere o generare figli e che bisogna invece aver riguardo «al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero» (Cass. civ., sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599).

Il superiore interesse del minore, riconosciuto peraltro in numerose fonti di diritto internazionale ratificate e rese esecutive dall'Italia (quale, ad esempio, la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 ed il cui ordine di esecuzione è stato dato con l. n. 176/1991, nonché la stessa CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo), lungi dal poter essere compresso in nome dell'ordine pubblico, sembra piuttosto integrarne la nozione, ponendosi come elemento di valutazione preminente nella trascrizione di atti finalizzata alla conservazione di legami familiari validamente costituitisi all'estero.

Similmente, sembra essersi affermato un orientamento favorevole alla trascrizione delle adozioni (anche di tipo legittimante) avvenute all'estero da parte di adottanti omosessuali. Di modo che, oltre alla menzionata adozione in casi particolari (non legittimante) ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, vengono riconosciuti, grazie alla circolazione degli istituti consentita dal diritto internazionale privato, anche rapporti di adozione piena.

La Corte di Cassazione, confermando un filone giurisprudenziale diffusosi negli ultimi anni, si è di recente pronunciata a favore della richiesta di riconoscimento di una sentenza francese che aveva disposto, nei confronti di due donne coniugate all'estero, l'adozione (piena) da parte di ciascuna del figlio biologico dell'altra, affermando che «le sentenze di adozione del giudice francese di cui si chiede il riconoscimento in Italia non risultano contrarie all'ordine pubblico, valutato in relazione al superiore interesse dei minori ed al mantenimento, già vagliato dal giudice straniero, della stabilità della vita familiare venutasi a creare con ambedue le figure genitoriali» (Cass. civ., sez. I, ord. 31 maggio 2018, n. 14007).

---

<sup>72</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 211.

2. L'arduo riconoscimento della gestazione per altri avvenuta all'estero.

Se, come visto, l'ordine pubblico non sembra impedire il riconoscimento degli atti esteri che riconoscono lo *status* familiare dei minori nati tramite PMA o adottati da coppie omosessuali, diverse sono le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in relazione alla c.d. maternità surrogata.

Il divieto di ricorrere a tale tecnica, posto dalla l. n. 40/2004 e corredato da sanzione penale (art. 12, comma 6), è stato in questo caso ritenuto "fondante" e dunque in grado di integrare quell'ordine pubblico ostativo alla trascrizione in Italia di atti esteri<sup>73</sup>.

Ad avviso della Corte di Cassazione, il divieto della surrogazione di maternità è qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'adozione, unico istituto volto a costituire un vincolo di filiazione in assenza di legame biologico.

La preminenza della tutela di tali valori rispetto all'interesse del minore è ritenuta frutto di un non irragionevole bilanciamento operato dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione.

Il rapporto genitoriale instauratosi potrà semmai assumere rilevanza mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici quali l'adozione in casi particolari (Cass. civ., sez. un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193).

Queste recenti conclusioni delle Sezioni unite (che costituiscono diritto vivente) sono state da ultimo messe in discussione dallo stesso giudice di legittimità: la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha infatti adito la Corte costituzionale, sulla base di un parere della Corte europea dei diritti dell'uomo, reso in esito al primo rinvio operato dalla Cassazione francese ai sensi del protocollo n. 16 CEDU (ad oggi non ratificato dall'Italia) (Cass. civ., sez. I, ord. 29 aprile 2020, n. 8325).

In tale parere, la Corte di Strasburgo ha ritenuto lesivo dell'art. 8 CEDU («diritto al rispetto della vita privata e familiare») il mancato riconoscimento - mediante trascrizione dell'atto di nascita che lo attesta o, in via subordinata, tramite adozione piena - del legame di filiazione della "madre intenzionale" di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata (nel caso di specie i genitori "intenzionali" erano un uomo e una donna). Secondo la Corte, la (legittima) scelta del legislatore francese di vietare la maternità surrogata e di scoraggiare il recarsi all'estero per aggirare il divieto, non può ricadere sul minore che vedrebbe gravemente inciso il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare qualora non si desse continuità al suo rapporto con entrambi i genitori (intenzionali, seppur non entrambi biologici).

Il mancato riconoscimento dello *status filiationis*, conclude la Corte europea dei diritti dell'uomo, è ammissibile soltanto qualora sia valutato, nel caso concreto, che ciò corrisponda al preminente interesse del minore.

Nella ricordata ordinanza con cui la prima sezione della Corte di Cassazione ha chiamato in causa la Corte costituzionale, viene rilevato che, nonostante la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo nel parere non

---

<sup>73</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 212.

sia direttamente vincolante, essa non può essere ignorata, né può del resto tacersi il suo contrasto con il "diritto vivente" emerso dalla posizione delle Sezioni unite della Stessa Cassazione, secondo cui il divieto di maternità surrogata è principio di ordine pubblico: da qui la questione di legittimità costituzionale.

Vengono impugnate di conseguenza una pluralità di disposizioni legislative, nella parte in cui, per come sono interpretate nel "diritto vivente", impediscono la trascrizione in Italia del provvedimento estero che riconosce la filiazione (tramite la gestazione per altri) del genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico<sup>74</sup>.

Il contrasto è prospettato, oltre che in relazione all'art. 8 CEDU (come interpretato dalla Corte di Strasburgo), anche con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. in quanto, ad avviso del giudice *a quo*, dal diritto vivente formatosi deriva una eccessiva sproporzione tra tutela della dignità della donna ed interesse del minore.

La Corte costituzionale, peraltro, in passato si è già incidentalmente espressa sul "Bilanciamento" operato dal legislatore in tema di maternità surrogata, ritenendo che il *best child interest* (alla conservazione del suo *status filiationis*), pur da ritenersi preminente alla luce di numerosi fonti internazionali nonché della Costituzione e della stessa giurisprudenza costituzionale, non possa imporsi senza limiti sugli altri interessi contrapposti quale, nel caso di specie, l'interesse alla verità, avente anche "natura pubblica" perché relativo ad una pratica vietata dalla legge: «la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna», «mina nel profondo le relazioni umane» ed è connotata nel nostro ordinamento da un «elevato grado di disvalore» (Corte cost., sent. n. 272/2017).

Considerato questo precedente, sembra improbabile che il Giudice costituzionale, quando arriverà a pronunciarsi sulla ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, possa mutare in maniera radicale la appena ricordata valutazione nettamente negativa in tema di gestazione per altri.

Le richieste di riconoscimento dei rapporti di filiazione costituitisi all'estero - e con essi dei legami affettivi che ne sono la base - sono pertanto destinate ad avere un esito incerto fino a quando il legislatore non completerà il quadro normativo iniziato con la legge sulle unioni civili.

## 2.1. Profili critici della nuova previsione del "reato universale" di surrogazione di maternità.

L'attuale Governo, mediante la proposta di legge n. 2599, di iniziativa dei deputati Maria Rosaria Carfagna ed altri, presentata alla Camera dei Deputati il 22 luglio 2020, e la proposta di legge n. 306, d'iniziativa dei deputati Giorgia Meloni ed altri, presentata alla Camera dei deputati il 23 maggio 2018, ha inteso sottoporre il reato di surrogazione di maternità al principio di universalità a livello di legge penale dello spazio, così da poter inquisire, secondo la legge penale italiana, anche tali fatti pur se commessi all'estero da cittadino

---

<sup>74</sup> D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pag. 213.

italiano, *ex art.* 3, comma 2, c.p., nonché, in particolare, nella proposta Carfagna, di estendere la penale rilevanza anche agli stranieri cui si sono rivolti i cittadini italiani<sup>75</sup>.

In primo luogo, si ritiene che il legislatore abbia perso un'importante occasione per operare una netta distinzione nell'ambito della maternità surrogata, giacché la legge 19 febbraio 2004 n. 40, ed esattamente all'art. 12, comma 6, punisce *in qualsiasi forma* la surrogazione di maternità, con la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa da ben 600 mila sino addirittura ad 1 milione di euro.

È pur vero che la Corte Europea dei diritti dell'uomo riconosce in argomento un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, giacché si tratta di opzioni che implicano valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti<sup>76</sup>: ciò, ovviamente, non significa che tutti gli ordinamenti puniscano in qualsiasi forma la maternità surrogata.

A mio modesto parere, il legislatore si sarebbe dovuto porre un previo problema relativo alla distinzione tra la maternità surrogata a scopo solidaristico e quella, viceversa, frutto di commercializzazione. Se, infatti, il diritto penale dovrebbe essere "costituzionalmente orientato", tale differenziazione appare imprescindibile, come, d'altro canto, nel lontano 1967, avvenne con il riconoscimento della liceità del trapianto di rene tra vivi, con la legge del 26 giugno n. 458, che costituì un'espressa eccezione all'art. 5 c.c., che invece vieta gli atti di disposizione del proprio corpo "quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica"<sup>77</sup>.

Orbene, appare evidente come l'esempio da ultimo riportato si fondi sul principio solidaristico, rilevante *ex art.* 2 Cost., che infatti fa riferimento ai "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Si potrebbe, tuttavia, anche con riguardo alla maternità surrogata per scopi solidaristici, ritenere che il riferimento al principio solidaristico come "dovere" abbia un'impronta troppo cogente, per cui potrebbe apparire preferibile fare riferimento ad una libertà di scelta in senso solidale, con evidente riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo, sempre *ex art.* 2 Cost.<sup>78</sup>.

Riguardo la maternità surrogata, se si comprende e si giustifica la ragione di punire la commercializzazione dell'utero in affitto, proprio allo scopo di tutelare i soggetti economicamente più deboli, tale giustificazione è invece del tutto assente nel caso di maternità surrogata a scopi solidaristici.

Se, infatti, una donna che non può portare a termine una gravidanza chiede alla sorella, o alla cugina, oppure ad una cara amica, di portare in grembo il nascituro e quest'ultima accetta per il legame affettivo di carattere parentale, o anche soltanto amicale, non si vede la ragione di punire anche tale forma di surrogazione di

---

<sup>75</sup> In argomento, in senso giustamente critico, anche l'attuale presidente dell'AIPDP, M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021, passim.; nonché, volendo, anche A. MANNA, *Brevi riflessioni de iure condendo sulla penale rilevanza della maternità surrogata*, in *disCrimen*, 23.3.2023, passim.

<sup>76</sup> Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia*, punto 79 motivazione.

<sup>77</sup> In argomento, per tutti, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umane nel diritto italiano e straniero*, Padova, Cedam, 1974, pag. 143 ss.

<sup>78</sup> A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surogata e sulle proposte governative di qualificarla come «reato universale»*, in *Sistema Penale*, 18.07.2023, passim.



maternità, che non lede per nulla la dignità della donna, che, invece, è profondamente lesa nel caso della commercializzazione dell'utero in affitto.

Per queste ragioni si ritiene di aver dimostrato come l'attuale Governo abbia, con le proposte di legge dianzi indicate, perso un'importante occasione per distinguere anche a livello penale i due tipi di maternità surrogata. Quello che tuttavia più rileva in senso negativo, è addirittura la proposta di considerare la maternità surrogata come un "reato universale".

È evidente lo scopo di estendere l'ambito di applicazione del delitto di maternità surrogata anche ai fatti commessi dal cittadino italiano all'estero e cioè quello di ostacolare il c.d. turismo procreativo. Ciò, però, contrasta in primo luogo con la prevalente letteratura scientifica che infatti richiede, come requisito seppure implicito, anche la c.d. doppia incriminazione, cioè a dire che il fatto debba costituire reato pure nell'ordinamento dove lo stesso è stato commesso<sup>79</sup>: questo avrebbe l'effetto di scardinare del tutto le frontiere tra ordinamenti, imponendo ai giudici dello Stato richiesto di consegnare un soggetto per un fatto che non è previsto come reato dal proprio ordinamento<sup>80</sup>.

Per giunta, come la Corte EDU ha ritenuto come anche nei casi di surrogazione di maternità, quest'ultima è volta a riconoscere il legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che del minore si prende cura, almeno nei casi in cui sussiste il legame biologico con uno dei due segno pertanto che la gestazione per altri non è di per sé tale da riflettersi negativamente sul diritto di famiglia<sup>81</sup>.

In sintesi sembra di poter rilevare come le proposte in esame si muovano entro un orizzonte di "accentuato paternalismo", che intenderebbe estendere l'applicazione della legge penale anche a condotte che in altri ordinamenti risultano del tutto lecite: una sorta, cioè, di "paternalismo indiretto" "espressione di un'idea di Stato tutore della moralità dei suoi cittadini ovunque vadano", in contrasto con i principi del liberalismo politico<sup>82</sup>.

Da ultimo, la proposta-Carfagna va addirittura ancora più in là, giacché prevede l'estensione dell'applicazione della legge penale italiana anche ai fatti commessi all'estero dallo straniero, ovviamente a favore di un cittadino italiano. Ciò, però, non solo contrasta con l'art. 10 del codice penale italiano, che non ammette tale estensione, ma è un'espressione di manifesta irragionevolezza, rilevante ex art. 3 Cost, perché impone anche agli stranieri il divieto penale proveniente dalla legge italiana, quando magari questi ultimi, in base alla *lex loci*, si sono comportati in modo del tutto legittimo.

Così si evidenziano problemi di compatibilità di tale proposta di legge con il principio di non discriminazione connesso alla libertà di circolazione.

---

<sup>79</sup> Da ultimo, ad es., nella manualistica, F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 9ª, Torino, Giappichelli, 2023, pag. 176-177; nonché già G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9ª, Milano, Giuffrè, 2020, pag. 164, che fondano la doppia incriminazione sui principi di legalità e colpevolezza.

<sup>80</sup> Cfr. di A. MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, Giappichelli, 2006, pag. 282 ss.

<sup>81</sup> Cfr. le sentenze gemelle 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, Menneson c. Francia, e 65941/11, Labassee c. Francia

<sup>82</sup> D. PULITANO, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici (nota a Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, dep. 17 novembre 2016, n. 48696)*, in *Cass. Pen.*, 2017, pag. 1364 ss.

Invero, consta che, all'interno dell'Unione Europea, in Portogallo e in Grecia, la maternità surrogata sia legale. Pertanto, una previsione di legge che prevedesse la punibilità incondizionata di tale pratica commessa in Grecia o in Portogallo introdurrebbe un limite alla libertà di circolazione del cittadino italiano ed una disparità di trattamento rispetto allo straniero che realizza tale pratica legalmente nel suo Paese.

Inoltre, il divieto di trascrizione dello status di figlio nato attraverso la surrogazione di maternità in Italia pone dei problemi di compressione di tale libertà fondamentale e, in ordine a tale divieto, già si è ritenuto invece applicabile l'adozione in casi particolari, per ragioni di ordine pubblico, senza mai dimenticare poi che, in materia di minori vige il principio del c.d. "best interest of the child" che impone, di fronte a qualunque scelta giuridica, di privilegiare l'interesse del minore.

Insomma, un esito davvero paradossale di "panpenalismo"<sup>83</sup>, che risulterebbe essere espressione di uno Stato etico e, soprattutto, confessionale, che si pone anche in netto contrasto con la laicità dello Stato, che non è un carattere, bensì un principio direttamente giustiziabile, perché ricavabile dagli artt. 19 e 21 della Carta costituzionale.

Tuttavia, la parola è passata al Senato che esaminerà la legge *de quo* a settembre del corrente anno.

### 3. Osservazioni finali

Dalle argomentazioni sinora riportate, si evince che i precetti costituzionali non impongono un riconoscimento dell'omo-genitorialità all'interno di un rapporto tra due donne/uomini unite civilmente, soprattutto per i contenuti etici e assiologici che la connotano, ma ciò non implica che tali parametri siano chiusi a soluzioni di segno diverso in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata<sup>84</sup>.

Il riconoscimento di tale rapporto genitoriale, in ogni caso, non è ottenibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione recata dalla legge n. 76 del 2016 e del collegato D.P.R. n. 396 del 2000, bensì perseguibile per via normativa<sup>85</sup> poiché attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà collettiva, è chiamato a bilanciare i valori in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze maggiormente radicati, in quel dato momento, nella coscienza sociale.

Per tutelare i nati da PMA occorre il riconoscimento giuridico del legame tra il bambino e la coppia che se ne prende cura, costituendo tali legami parte integrante della stessa identità del minore che vive e cresce in una determinata comunità di affetti, sia pure essa omo-genitoriale.

Ad un chiaro dato teorico, però, si affianca un vuoto pratico poiché tale riconoscimento è affidato alla discrezionalità del giudice, mancando, ad oggi, delle disposizioni suscettibili di applicazione.

---

<sup>83</sup> Concezione in base alla quale ogni tipo di reato ha rilevanza penale.

<sup>84</sup> Corte cost. 4 novembre 2020 n. 230, cons. in dir. punto 7.

<sup>85</sup> Corte cost. 10 marzo 2021 nn. 32-33, cit; L. DELL'OSTA, G. SPADARO E M. TUDISCO, *Maternità surrogata*, in *Ifamiliarista.it*, 2021, passim.; G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 2021, passim. Si sottolinea così la necessità di un indifferibile intervento del legislatore per colmare l'attuale vuoto normativo e rimediare all'insufficienza di tutela per gli interessi del minore. Deve dunque essere il legislatore a intervenire con una disciplina che assicuri la piena protezione del best interest of the child in relazione al caso concreto.

Gli strumenti normativi applicati, infatti, sono frammentari e scarsamente idonei allo scopo che perseguono, e qualunque intervento giudiziario è mirato, ossia riferito al solo specifico problema di volta in volta sottoposto all'attenzione delle Corti, producendo così inevitabili disarmonie di soluzioni.

L'artefice delle innovazioni di cui necessita il diritto di famiglia, dunque, non può che essere in prima battuta il legislatore, al quale spetta il compito di intervenire su materie di grande complessità sistematica e di farsi carico di tutti i diritti e gli interessi in gioco onde individuare la soluzione più aderente alle peculiarità del caso concreto, adeguando il diritto vigente alle esigenze di tutela dei bambini nati attraverso il ricorso alle tecniche di PMA.

I margini di manovra a sua disposizione sono ampi, e le opzioni che gli si prospettano sono tutte compatibili con la Costituzione, per cui l'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore può essere superata attraverso un intervento che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, prendendo coscienza del fatto che tale intervento è ormai indifferibile.

In conclusione, diversi interpreti ritengono che un fenomeno così delicato come la maternità surrogata non possa essere adeguatamente affrontato solo o tanto attraverso l'estensione a livello "universale" della legge penale, dovendosi, peraltro, considerare la tutela penale come uno strumento di *extrema ratio*.

## **Conclusioni**

Le evoluzioni medico-scientifiche ed i numerosi cambiamenti sociali e culturali che hanno caratterizzato gli ultimi due secoli di storia non hanno mancato di incidere sulla disciplina giuridica della filiazione e della famiglia, portando ad una rivisitazione e allargamento delle loro definizioni, non più confinabili entro i limiti delineati dall'art. 29 Cost.

In particolare, la diffusione di diversi modelli familiari e l'apertura di molti Stati verso la PMA eterologa hanno alimentato il desiderio di genitorialità, anche nelle coppie omosessuali, slegandola dal vincolo del dato biologico e sollevando importanti questioni di carattere etico.

In tale contesto, la giurisprudenza nazionale ed internazionale è costretta a confrontarsi con fattispecie nuove, dove l'attenzione viene principalmente focalizzata sul minore, in quanto soggetto che necessita di sviluppare la sua personalità in un ambiente sano e circondato da stabili affetti, ma anche sulle figure del genitore biologico e del genitore intenzionale, entrambi aspiranti alla costituzione di una famiglia inclusiva del rapporto di filiazione.

All'attività giudiziaria, infine, si affianca quella legislativa che cerca di fornire risposte rispettose dei divieti interni e delle esigenze nate a seguito del ricorso alle pratiche di fecondazione assistita.

Non esistendo ancora una soluzione predefinita ed adattabile ad ogni circostanza, essa andrà ideata caso per caso attraverso un'interpretazione sistematica tra le disposizioni internazionali e nazionali, e la tutela degli interessi di tutte le parti coinvolte.

## Bibliografia

- ANGELO F., *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, pag. 647.
- AULETTA T., *I rapporti personali tra uniti civilmente*, in *juscivile.it*, 2017, pag.292.
- BALESTRA L., *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, pag. 893 ss.
- BALESTRA L., *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, pag. 245 ss.
- BARILE P., *La famiglia difatto. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Aa.Vv.*, in *Atti del convegno nazionale «La famiglia di fatto»*, 1976, pag. 45.
- BARONE I., *La legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne*, in *Fam. e dir.*, 2018, pag. 1091 ss.
- BESSONE M. E G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. fam. e pers.*, 1979, pag. 1323.
- BESSONE M., *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29.
- BESSONE M., *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli, Roma, 1976.
- BIANCA C.M. (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Giappichelli, Torino, 2017.
- BIVONA E., *L'obbligo di fedeltà dopo la stagione delle riforme*, in *Famiglia*, 2019, pag. 143.
- BONILINI G., *L'unione civile quale formazione sociale, e quale famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, V, *Unione civile e convivenza di fatto*, Cedam, Milano, 2017.
- CAMPAGNOLI M.C., *Le Unioni Civili: La famiglia che cambia*, Editore Key, Milano, 2016.
- CAMPIONE P., *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate e G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Milano, 2016.
- CAROTA L., *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza (Corte cost. 20 ottobre 2016, 225)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pag. 270 ss.
- CINQUE M., *Quale statuto per il “genitore sociale”?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pag. 1475 ss.
- CIPRIANI N., *Le unioni civili*, in R. Pane (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Utet Giuridica, Napoli, 2017.
- D'ANGELI F., *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- DELL'OSTA L., SPADARO G. E TUDISCO M., *Maternità surrogata*, in *Ilfamiliarista.it*, 2021, passim.

- ESPOSITO C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954.
- FERRANDO G., *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 2021, passim.
- FERRANTI D., *Le prospettive di riforma in tema di filiazione*, in *C.M. Bianca (a cura di), Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. N. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Milano, Giuffrè, 2018.
- FINOCCHIARO A. E M., *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1984.
- FURGIUELE G., *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979.
- GANDOLFI G., *Alcune considerazioni (de iure condendo) sulla famiglia «naturale», ripubblicato in Studi di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1994.
- GARACI I., *Identità culturale e best interest of the child*, in *Dir.Fam Pers.* II, 4, 2020, pag. 1659.
- GATTUSO M. e WINKLER M., *La clausola generale di equivalenza*, in BUFFONE, GATTUSO M. e WINKLER M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017.
- GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Key Editore, Milano, 1983.
- GHIRETTI P., *Una nuova decisione della Corte costituzionale in tema di successione dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pag. 216 ss.
- GIACOBBE E., *Il matrimonio. L'atto e il rapporto*, in R. Sacco (diretta da), *Trattato di diritto civile. Le persone e la famiglia*, 3/I, Utet Giuridica, Torino, 2011.
- GIORGI G., *Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, pag. 1396 ss.
- GORGONI A., *La filiazione*, Torino, Giappichelli, 2018.
- GROSSI P., *Alcune riflessioni sulla nozione e la problematica attuale della famiglia*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pag. 1366 ss.
- GROSSI P., *Lineamenti di una disciplina della famiglia*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Cedam, Padova, 2008.
- GUZZETTA G. - F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, IV ed. rist. emend., Giappichelli, Torino, 2018.
- LIPARI N., *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MANNA A., *Brevi riflessioni de iure condendo sulla penale rilevanza della maternità surrogata*, in *disCrimen*, 23.3.2023, passim.
- MANNA A., *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surogata e sulle proposte governative di qualificarla come «reato universale»*, in *Sistema Penale*, 18.07.2023, passim.

- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, Cedam, 1974.
- MARGARIA A., *Nuove forme di filiazione e genitorialità, Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, Il Mulino, 2018.
- MARINO G., *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*, in *Dir. giust.*, 6, 2019, pag. 192.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E. – GATTA G.L., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9<sup>a</sup>, Milano, Giuffrè, 2020.
- MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Torino, Giappichelli, 2006.
- MELI M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L’incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pag. 451 e ss.
- MONTARULI V., *La Corte costituzionale e la filiazione nella maternità surrogata. Bilanciamento tra legalità e best interest*, in *Ilfamiliarista.it*, 2018, passim.
- MORANA D., *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- NICOLUSSI A., *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, pag. 713.
- OBERTO G., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, Cedam, 2012, pag. 236 ss.
- OBERTO G., *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *AIC – Osservatorio Costituzionale*, 2010, pag. 802 ss.
- PALAZZO F. – BARTOLI R., *Corso di diritto penale, Parte generale*, 9<sup>a</sup>, Torino, Giappichelli, 2023.
- PARISI I., *Minore nato all'estero da GPA*, in *IUS Famiglie*, 2022, pag. 2.
- PARRINELLO C., *L’inclusione sociale del minore immigrato: il limite del multiculturalismo*, in *Dir.Fam Pers.* II, 4, 2020, pag. 1537.
- PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021, passim.
- PERLINGIERI P., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, pag. 44 ss.
- PEZZINI B., *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2010, pag. 41.
- PIEPOLI G., *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pag. 1440 ss.
- PIOLA G., *Figlio di due mamme: una “nuova” denuncia di nascita a Torino*, in *www.anusca.it*, 2018, pag. 1.

PIRRONE P., *Commento agli artt. 8, 12 e 14 CEDU*, in *AA.VV., Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di SESTA, 2017, pag. 126 ss.

PORCELLI M., *La famiglia al plurale*, in *Dir.Fam Pers.* II, 3, 2014, pag. 1248.

PULITANÒ D., *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici (nota a Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, dep. 17 novembre 2016, n. 48696)*, in *Cass. Pen.*, 2017, pag. 1364 ss.

QUADRI E., *La crisi dell'unione matrimoniale*, in A. Belvedere e C. Granelli (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Cedam, Padova, 1996.

RESCIGNO P., *Il matrimonio same-sex al giudizio di tre corti*, in *Corr. giur.*, 2012, pag. 861 ss.

RESCIGNO P., *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966.

RESCIGNO P., *Società naturale, esperienze contrattate*, in *Memoria o futuro della famiglia*, in *Aa.Vv.*, Milano, 2000, pag. 166 ss.

RUGGIERI A., *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, pag. 757.

RUGGIERI A., *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?*, in *Consulta OnLine*, 2/2016, pag. 258.

SCHLESINGER P., *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, pag. 845.

SESTA M., *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pag. 567 ss., spec. pag. 573.

STEFANELLI S., *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *Ilfamiliarista.it*, 2020, passim.

TOMMASINI R., *La responsabilità per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli naturali*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973.

TRIMARCHI M., *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in *juscivile.it* (2019, 3), pag. 257-258.

TRIMARCHI M., *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, in *Jus civile*, Giappichelli, Torino, 1/2016, pag. 3

TRIPODINA C., *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giur. cost.*, 5, 2019, pag. 2622.

VARI F., *Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato del 19 febbraio 2015 sullo Schema di testo unificato corretto proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi, recante "Regolamentazione della unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1/2015, pag. 161 ss.