



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato Comparato

**IL RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE CON IMPLICAZIONI
TRANSFRONTALIERE**

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Barbara De Donno**

**CANDIDATO
Marco Zuccalà
Matr. 159783**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Domenico Benincasa**

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

Ai miei genitori e ai loro innumerevoli sacrifici
Nonché a mio nonno Antonio per il suo amore incondizionato

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I: LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO 695/2022 DELLA COMMISSIONE EUROPEA E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA EUROPEA SUI DIRITTI DELLE COPPIE LGBTIQ	8
1 La proposta Com 695/2022 e la giurisdizione europea quale pioniera della tutela LGBT	8
2 La CEDU, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea(CDFUE) quale base per i diritti lgbtiq	14
2.1 <i>Segue: Il caso Kozak quale primo riconoscimento del diritto ad una vita familiare per gli omosessuali</i>	16
2.2 La sentenza Schalk e Kopf c Austria: il riconoscimento del matrimonio egualitario come diritto umano fondamentale nella giurisprudenza della ECHR	19
2.3 Le conseguenze di Schalk e Kopf c Austria, il riconoscimento del diritto alla vita familiare alla luce della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione	26
2.4 La condanna dello Stato italiano per la mancata tutela del diritto alla vita familiare per le coppie lgbt nel caso Oliari e altri c Italia (decisione del 21 Luglio 2015)	31
3 La direttiva 38/2004 in materia di libertà di circolazione e la tutela approntata alle coppie same-sex	34
3.1 La sentenza Coman e l'interpretazione estensiva della nozione di "coniuge" ad opera della CGUE	38
3.2 La tutela della circolazione transfrontaliera del minore di coppia omosessuale nella proposta di regolamento del Consiglio 695/2022	43
3.3 Le decisioni in materia di filiazione nell'ottica del Regolamento del Consiglio 2022: il caso Pancharevo	45
3.4 ... <i>(segue) il Caso Rezecznik Praw Obywatelskich (o Mediatore Polacco)</i>	49
4 L'atteggiamento della ECHR verso l'adozione da parte di soggetti omosessuali alla luce del diritto di non discriminazione art 14 CEDU	51
4.1 Il cambio di rotta dalla sentenza Frette c. Francia alla sentenza E.b c. Francia	52
4.2 L'adozione coparentale da parte di coppia omosessuale: il caso "Gas e Dubois c Francia"	56
4.3 Il caso "X ed altri c Austria" e il distinguishing con "Gas e Dubois c Francia"	59
CAPITOLO II: La disciplina della famiglia e della filiazione nell'esperienza italiana e cenni di diritto comparato	62
1 La famiglia e la sua evoluzione nel diritto	62
2 La convivenza di fatto o famiglia di fatto prima e dopo la L 76/2016	66
2.1 La sentenza 138/2010 Corte cost quale punto di svolta nella tutela delle coppie omosessuali	73
2.2 La legge Cirinnà n 76/2016 e la nuova disciplina delle unioni civili	77
3 L'evoluzione normativa dell'adozione in Italia	83
3.1 Lo sviluppo di una nuova modalità di adozione: L'adozione piena	87
3.2... <i>(segue) l'adozione in casi particolari</i>	91
3.2.1 L'esclusione delle coppie same-sex dalla stepchild adoption e la tutela garantita dalla Suprema Corte con la sentenza 12692/2016	95
3.3 Considerazioni scientifiche sulle conseguenze dell'adozione da parte di coppie omosessuali	98
3.3.1 Cenni di studi scientifici all'interno della giurisprudenza	102
4 L'evoluzione del concetto di filiazione nell'ordinamento italiano	103
4.1 Trascrizione dell'atto di nascita nel caso di coppia omogenitoriale	110
4.2 La trascrizione dell'atto di nascita alla luce del divieto di maternità surrogata	114
5.1 Il Riconoscimento delle coppie omosessuali in Germania	116
5.2 Il riconoscimento della possibilità di adottare per le coppie omosessuali	120
5.3 Modalità di riconoscimento degli atti stranieri riguardanti lo status filiationis	122
6 L'evoluzione della disciplina della filiazione e della famiglia in Spagna	125
6.1 Il Riconoscimento delle coppie omosessuali nel diritto spagnolo	125
6.2 Il diritto all'adozione per le coppie dello stesso sesso	129
6.3 Riconoscimento degli atti stranieri in materia di status filiationis	132
CONCLUSIONI	136
BIBLIOGRAFIA	142
GIURISPRUDENZA	155

INTRODUZIONE

In un arco temporale in cui il Parlamento europeo esprime preoccupazione per l'aumento dei crimini d'odio¹ e per lo sviluppo di movimenti nazionali contrari al riconoscimento dei diritti degli omosessuali come il diritto a costituire una famiglia ai sensi dell'art 8 e 12 CEDU, il presente elaborato mira a dimostrare come lo sviluppo di una maggiore tutela nei confronti della minoranza LGBTIQ e delle “famiglie arcobaleno” si stia gradualmente facendo strada all'interno dell'Unione Europea.

Da circa vent'anni, infatti, in Unione europea si cerca di promuovere attivamente l'eguaglianza delle persone LGBTIQ sia includendo la protezione di tali soggetti all'interno di normative a carattere sovranazionale come il trattato di Amsterdam del 97, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, e le numerose direttive ad essi relative come la direttiva 2000/78 in materia di parità di trattamento delle persone sul luogo di lavoro, sia proponendo ciclicamente apposite normative che possano rispondere ai mutati cambiamenti sociali che vengono registrati all'interno dell'UE a seguito delle relazioni compiute annualmente dalla Commissione per monitorare la situazione della minoranza in esame.

Sulla base di tale tendenza, la Commissione europea ha presentato in data 7 dicembre 2022 un'apposita proposta di regolamento finalizzata a garantire un'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione² all'interno dello spazio europeo nonché oggetto di analisi nella prima parte di tale scritto. Assieme ad essa verranno analizzate anche le principali sentenze attraverso cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha gradualmente determinato un cambio di orientamento in relazione alle tematiche delle unioni fra partner dello stesso sesso e dell'omogenitorialità,

¹ Cfr FRA, “A long way to go for LGBTI equality” pubblicato il 14 maggio 2020, in cui si attesta che: la metà (53%) degli intervistati LGBTI non parla quasi mai o raramente di essere LGBTI, la maggior parte degli intervistati (61%) evita sempre o spesso di tenersi per mano con il proprio partner dello stesso sesso, un intervistato su tre (33%) evita sempre o spesso certi luoghi o posti per paura di essere aggredito, minacciato o molestato perché LGBTI, il 37 % degli intervistati di età compresa tra i 15 e i 17 anni non si dichiara quasi mai LGBTI, solo il 14% di tutti gli intervistati LGBTQ sta crescendo un figlio insieme al proprio partner;

² Commissione europea, “Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione 695/2022” pubblicato il 7 dicembre 2022;

utilizzando la CEDU quale “living instrument” e adattando pertanto le garanzie in essa previste al mutamento del contesto sociale e politico attraversato dai diversi Stati europei. Si potrà notare che sebbene inizialmente la Corte si sia ritrovata costretta a sottostare al volere dei singoli Stati, solo a seguito dello sviluppo di una maggiore sensibilità legislativa e costituzionale verso la minoranza lgbt si sono potuti sviluppare quei principi e quelle argomentazioni con cui superare le ragioni poste a fondamento della disparità di trattamento tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali. Ad esempio, sentenze come la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso "E.B. contro Francia" hanno stabilito chiaramente il principio dell'uguaglianza di trattamento per le coppie omosessuali in relazione al godimento dell'art 8 CEDU concernente il diritto alla vita privata e familiare. La giurisprudenza italiana, dal canto suo, sebbene abbia manifestato progressi nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, continua ad essere terreno di continui dibattiti. A riguardo verranno esaminate le sentenze chiave delle corti italiane in relazione alla filiazione omosessuale, evidenziando le dinamiche e le sfide specifiche che il Paese ha affrontato.

Nell'analizzare la principale giurisprudenza italiana in materia di coppie omogenitoriali e omogenitorialità, nella seconda parte della tesi verrà effettuata anche una panoramica sulla normativa italiana in materia di filiazione ed adozione nonché soprattutto una comparazione con la disciplina giuridica e la giurisprudenza della Germania e della Spagna che consentirà di evidenziare le differenze e le somiglianze negli approcci normativi e giurisprudenziali tra questi Paesi. Questo confronto offre un'opportunità per comprendere meglio come le varie culture giuridiche europee affrontino la questione della filiazione omosessuale in situazioni transfrontaliere. Ciò offre spunti per futuri sviluppi normativi e giurisprudenziali che potrebbero contribuire a garantire una maggiore armonizzazione e tutela dei diritti delle famiglie omosessuali in tutta Europa. Tutt'oggi persiste ancora una evidente divisione tra il c.d. blocco dei paesi nordici, composto da paesi come la Danimarca, la Svezia e la Finlandia considerati i promotori del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, e il blocco dei paesi dell'Est, in cui figurano Polonia, Ungheria, Bulgaria, Romania ed in cui manca una normativa in grado di tutelare le istanze delle coppie dello stesso sesso. In definitiva, questa tesi fornisce un resoconto del quadro normativo e giurisprudenziale europeo in evoluzione sui diritti LGBTIQ e delle sfide che i paesi dell'Unione stanno affrontando per adattarsi al mutamento dei costumi e delle considerazioni politiche e sociali sul tema.

CAPITOLO I: LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO 695/2022 DELLA COMMISSIONE EUROPEA E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA EUROPEA SUI DIRITTI DELLE COPPIE LGBTIQ

1 La proposta Com 695/2022 e la giurisdizione europea quale pioniera della tutela LGBT

La filiazione è un tema centrale nel diritto di famiglia e la sua regolamentazione costituisce un importante strumento per garantire la tutela dei minori e dei loro diritti. In Europa, tuttavia, la mancanza di armonizzazione delle normative nazionali in materia di filiazione può creare difficoltà per i cittadini, in particolare quando si tratta di riconoscere e far valere i propri diritti in altri Stati membri dell'Unione europea. La proposta di regolamento della Commissione Europea 695/2022 rappresenta un importante passo avanti nella tutela dei diritti delle famiglie omogenitoriali e dei loro figli³. In particolare, la proposta si concentra sul riconoscimento della filiazione in situazioni transfrontaliere, ovvero quando genitori dello stesso sesso di uno Stato membro dell'Ue si trasferiscono in un altro paese dell'Unione Europea. Questo tipo di situazione presenta spesso delle difficoltà in termini di riconoscimento legale dei genitori e dei loro figli, con conseguenze negative sulla loro vita quotidiana e sulla loro sicurezza giuridica.

La proposta della Commissione Europea 695/2022 intende affrontare tali problematiche e fornire una soluzione uniforme a livello europeo ponendosi così quale atto concreto all'interno di quella che è la “Strategia UE 2020-25 a tutela LGBTIQ”⁴ rappresentante un importante strumento per contrastare la discriminazione e promuovere l'uguaglianza di tutti i cittadini europei.

Fermo restando la possibilità di adottare procedure di infrazione nei confronti di quegli Stati che adottino normative anti-lgbtqi in violazione degli artt. 1-7-11-21 CDFUE⁵, solo

³ COMMISSIONE EUROPEA, Bruxelles, 7.12.2022, COM(2022) 695 final,2022/0402(CNS);

⁴ Le persone LGBTIQ sono persone:

- che sono attratte da altre persone del loro stesso genere o di qualsiasi genere
- la cui identità e/o espressione di genere non corrisponde al sesso assegnato alla nascita (trans, non binarie);
- nate con caratteristiche sessuali che non corrispondono alla definizione tipica di maschio o femmina (intersessuali); e
- la cui identità non rientra in una classificazione binaria della sessualità e/o del genere

⁵ A riguardo si veda il recente comunicato stampa “Valori fondanti dell'UE: la Commissione avvia un'azione legale contro Ungheria e Polonia per violazioni dei diritti fondamentali delle persone LGBTIQ”, Bruxelles, 15 luglio 2021;

dal 2015⁶ la Commissione ha presentato un elenco di azioni finalizzate a far progredire l'uguaglianza delle persone LGBTIQ; ciò è quanto potrebbe essere definito un primo schema di intervento politico teso a combattere specificamente la discriminazione nei confronti della comunità omosessuale. Accade così che, nel 2019, la Commissione, ricevute diverse denunce di ostacoli alla libera circolazione relative alle coppie e alle famiglie lgbtq, ha iniziato a dialogare con i più importanti stati membri al fine di poterli rimuovere. Le denunce riguardavano per lo più i diritti di soggiorno per i partner dello stesso sesso e il riconoscimento dei certificati di nascita dei bambini nati all'interno di una coppia dello stesso sesso in altro Stato membro.

A seguito di un'attività di analisi compiuta nel medesimo anno dall'Agenzia Europea per i diritti fondamentali, è emerso che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, sull'identità o sull'espressione di genere, è aumentata all'interno dell'Unione Europea; in particolare, in alcune paesi più conservatori, come Polonia e Ungheria, si sono riscontrati diversi attacchi ad eventi pubblici LGBTIQ e sviluppi di c.d "zone libere dall'ideologia LGBTIQ" (in Polacco *Strefy wolne od LGBT*)⁷.

Tale situazione, aggravatasi ulteriormente a seguito della crisi sanitaria innescata dal virus Covid 19, ha determinato l'Unione europea ad essere in prima linea nel proteggere più efficacemente i diritti delle persone LGBTIQ.

<<Con la strategia UE 2020-25 a tutela LGBTIQ, l'Unione si prefigge di svolgere una serie di azioni basate su quattro pilastri:

- 1) Combattere le discriminazioni nei confronti delle persone LGBTIQ;
- 2) Garantire l'incolumità delle persone LGBTIQ
- 3) Costruire società inclusive per le persone LGBTIQ; e
- 4) Guidare la lotta a favore dell'eguaglianza delle persone LGBTIQ nel mondo;>>(*così Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza 2020-2025*)⁸

Ebbene proprio all'interno del terzo pilastro si inserisce la proposta di regolamento in esame, la quale mira a garantire a tutti i cittadini dell'Ue ed ai loro familiari, comprese

⁶ European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *Final report 2015-2019 on the list of actions to advance LGBTI equality*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/84436>;

⁷così in https://it.wikipedia.org/wiki/Zona_libera_da_LGBT; Le mozioni per istituire le "zone libere da LGBT" sono state approvate da alcuni comuni, distretti e voivodati polacchi^[22] che hanno dichiarato il loro attaccamento ai valori conservatori, in reazione alla "Dichiarazione di Varsavia";

⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-25;

famiglie arcobaleno e partner registrati, di circolare e di soggiornare liberamente all'interno dell'Ue.

In origine, i trattati istitutivi della Comunità europea non hanno posto particolare attenzione sulla tematica, già affrontata a livello internazionale⁹, della tutela dei diritti umani. La ragione di ciò va sicuramente ricercata nel fatto che i primi obiettivi posti dagli Stati della Comunità europea avevano prevalentemente un'impronta di tipo economico, di conseguenza i trattati costitutivi delle precedenti CECA e CEE non contenevano alcuno specifico riferimento alla tutela dei diritti umani.

All'interno del panorama giuridico europeo, originariamente, un ruolo di punta nella tutela e nella promozione dei diritti civili della comunità lgbt è stato compiuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte EDU è l'organo giurisdizionale internazionale istituito nel 1959 dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, o CEDU¹⁰, al fine di garantirne l'applicazione ed il rispetto. Fondamentale per il nostro caso, l'art. 14 CEDU, in seguito approfondito, ed in base al quale "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione"¹¹.

L'intenzione politica di una concreta tutela dei diritti degli omosessuali, a livello europeo, si manifestò nel lontano 1981¹², quando l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, ricordando il suo impegno a favore della protezione dei diritti fondamentali e della lotta contro ogni tipologia di discriminazione, considerò necessario eliminare le discriminazioni relative alle persone omosessuali. L'Assemblea considerava le angherie ed i pregiudizi sofferti da tale fetta di popolazione quale il prodotto di secoli di pregiudizi, e pertanto invitava il Comitato dei ministri ad esortare gli Stati membri ed i relativi Governi a compiere quanto necessario al fine di garantire

⁹ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948

¹⁰ La CEDU è una convenzione internazionale redatta e adottata dal Consiglio d'Europa. La CEDU è considerata il testo di riferimento in materia di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo parla di un meccanismo giurisdizionale permanente che permette a ogni individuo di richiedere la tutela dei diritti ivi garantiti, attraverso il ricorso alla corte europea dei diritti dell'uomo.

¹¹ Art 14 CEDU;

¹² Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n°924/1981 relativa alla discriminazione nei confronti degli omosessuali

il giusto livello di tutela a quello che è a tutti gli effetti un diritto all'autodeterminazione sessuale.

Quanto alla comunità economica europea, dal momento che, come ribadito in precedenza, all'inizio del percorso di integrazione comunitaria le preoccupazioni degli Stati membri erano per lo più di natura economica che sociale¹³, la tutela dei diritti fondamentali, fra cui quello all'autodeterminazione sessuale, in un primo momento venne garantita soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, più volte, ha affermato come interesse della Comunità fosse anche la protezione dei diritti fondamentali¹⁴.

Il Trattato di Maastricht (o TUE) del 1993 ha poi ripreso i principi sanciti dalle sentenze della CGUE precisando che l'Unione europea tutela i diritti fondamentali sia come garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sia come risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

L'istituzione da parte del Trattato di Maastricht di una cittadinanza dell'Unione apre la strada all'affermazione dei diritti fondamentali mediante l'affermazione dei diritti di cittadinanza.

Cruciale, fra le disposizioni del TUE, l'art. 2 in base al quale "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario"¹⁵. L'Unione Europea è intervenuta con decisione a tutela della minoranza LGBT solo intorno alla fine del ventesimo secolo¹⁶, invitando gli organi preposti ad avviare una procedura di adesione¹⁷ alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e a predisporre, in occasione del Trattato di Amsterdam, un organismo europeo che potesse garantire l'attuazione della parità di trattamento senza distinzione di sesso, razza, religione, tendenze sessuali o

¹³ Così MICAELA FRULLI, Corte Europea dei diritti umani e tutela dell'orientamento sessuale, in *centrostudieuropei.it*, maggio 2016, p 9;

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio del 1974, causa *J. Nold, Kohlen – und Baustoffgrobhaundlung* contro Commissione europea, causa n.4-73: la Corte di giustizia stabilisce che la protezione dei diritti umani può essere ricavata sia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sia dai trattati internazionali sui diritti dell'uomo di cui gli Stati membri erano parte, in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. È così individuata una doppia fonte: interna (costituzioni degli Stati membri) e internazionale (trattati in materia dei diritti dell'uomo)

¹⁵ Così Art 2 TUE;

¹⁶ Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità - (doc. A3-0028/94)

¹⁷ Ciò era già previsto dal programma di lavoro della Comunità per il 1990

qualsiasi altra caratteristica. La risoluzione dell'8 Febbraio del 1994, in particolare, invitava apertamente gli Stati membri ad abolire tutte quelle disposizioni di legge, presenti nei loro ordinamenti, che discriminavano e criminalizzavano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso.

L'impegno dell'Unione è poi progredito negli anni successivi: in particolar modo l'art.13 del Trattato di Amsterdam autorizzò il Consiglio a prendere i provvedimenti necessari a contrastare qualsiasi discriminazione, specificandosi apertamente anche la discriminazione basata sulle tendenze sessuali. Nello stesso anno, un'ulteriore manifestazione di concreta tutela avvenne in occasione della proclamazione, nel 7 dicembre del 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (o Carta di Nizza¹⁸), la quale, tuttavia, avrebbe avuto modo di divenire giuridicamente vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri solo a partire dal 2009, ossia con l'entrata in vigore del successivo trattato di Lisbona. La Carta in questione ha avuto il merito di riunire, in un unico documento, tutte quelle disposizioni sparse all'interno di vari testi normativi, come le normative nazionali e dell'Unione Europea, nonché le convenzioni internazionali del Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite e dell'OIL e proprio all'art.21 sancì il principio di non discriminazione fondata anche sull'orientamento sessuale¹⁹.

Con il trattato di Lisbona, la Carta acquisisce valore giuridico vincolante per le istituzioni comunitarie e gli Stati membri che, come conseguenza, sono tenuti a conformarsi in attuazione del diritto comunitario; tra i punti più importanti a tutela dei diritti umani, il Trattato rammenta uguaglianza e non discriminazione tra i valori fondamentali dell'Unione e all'art. 10 TFUE considera espressamente l'orientamento sessuale nella lista delle discriminazioni che l'Unione si impegna a combattere nell'attuazione delle sue politiche.²⁰

¹⁸ La Carta è composta da un preambolo e da 54 articoli suddivisi in sette capi: i primi sei, raggruppano i diritti (Dignità, Libertà, Uguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza, Giustizia) e il settimo le disposizioni generali

¹⁹ Art 21.1 CDFUE: "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"

²⁰ Art 10 TFUE." Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale."

In seguito a questi eventi, definibili cruciali ai fini della delimitazione dell'identità europea, sono seguite una serie di risoluzioni generali sull'omofobia in cui sono state espresse continue preoccupazioni per le violazioni dei diritti a danno delle persone lgbt. Nel gennaio del 2006, Il Parlamento Europeo ha emesso una risoluzione riguardo all'avversione irrazionale verso l'omosessualità e i membri della comunità LGBT, definendola come una forma di discriminazione simile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al razzismo. La Risoluzione, tenendo conto degli obblighi internazionali ed europei in materia di diritti umani invitava gli Stati membri a condannare ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, compreso l'odio e la violenza. La Risoluzione chiedeva inoltre che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale fosse vietata in tutti i settori e sollecitava gli Stati membri e la Commissione a intensificare la lotta contro l'omofobia attraverso mezzi pedagogici, amministrativi, giudiziari e legislativi. Infine invitava gli Stati membri a garantire il rispetto e la protezione dei diritti dei partner dello stesso sesso come per il resto della società. Nelle ragioni che hanno condotto all'elaborazione della risoluzione, si reperisce la considerazione per cui *“l'omofobia si manifesta nella sfera pubblica e in quella privata sotto forme diverse, come le dichiarazioni inneggiati all'odio e l'istigazione alla discriminazione, la ridicolizzazione, la violenza verbale, psicologica e fisica così come la persecuzione e l'omicidio, la discriminazione in violazione del principio di parità, nonché le limitazioni ingiustificate e irragionevoli dei diritti, spesso nascoste dietro motivazioni di ordine pubblico e di libertà religiosa”*²¹. Secondo il Parlamento, ancora, necessario doveva essere il contrasto verso quelle forme di omofobia realizzabili attraverso modifiche alle costituzioni ed in grado di ostacolare i matrimoni o unioni tra omosessuali e dunque limitare i diritti riconosciuti dall'acquis communautaire; sulla scia di tale intenzione nel 2014 il Parlamento ha delineato una roadmap²² dell'Unione Europea contro l'omofobia e la discriminazione sull'orientamento sessuale e l'identità di genere e, nell'anno successivo, ha invitato la Commissione a far sì che, dal momento che la composizione e la definizione delle famiglie si evolvono nel tempo, le normative in ambito familiare e lavorativo venissero rese più complete per quanto concerne le famiglie monoparentali e genitorialità Lgbt²³.

²¹ Risoluzione del parlamento europeo del 18 gennaio 2006 sull'omofobia in europa P6_TA(2006)0018, punto C;

²² Carmelo Danisi, “La strategia dell'Unione per il contrasto dell'omofobia e delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere”, in articolo29.it, 5 Febbraio 2014;

²³ Così, Risoluzione 09-06-2015 sulla tabella di marcia della UE per l'eguaglianza fra uomini e donne;

La risoluzione del Giugno 2015 è di fatto assai importante dal momento che l'Unione, per la prima volta, menziona esplicitamente la famiglia omogenitoriale.

2 La CEDU, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea(CDFUE) quale base per i diritti lgbtiq

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è un documento giuridico adottato dal Consiglio d'Europa, un'organizzazione internazionale con finalità di ordine generale sorta in ambito europeo. La CEDU è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950, è entrata in vigore il 3 settembre 1953, ed è stata modificata ed ampliata da 16 Protocolli. Sebbene richiami le norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948²⁴, la CEDU si differenzia in quanto le sue norme sono vincolanti dal punto di vista giuridico, consentendo alla Convenzione di essere lo strumento di protezione dei diritti civili e politici più efficace e cogente del panorama internazionale. Inoltre, la CEDU offre agli Stati, ma soprattutto agli individui, la possibilità di presentare un ricorso ad un'istanza sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, per denunciare la violazione di uno o più diritti in essa sanciti e ottenere un eventuale risarcimento da parte dello Stato citato in giudizio, qualora se ne accerti la sua responsabilità.

Al contrario della CEDU, la Comunità europea non disponeva di fonti comunitarie a tutela dei diritti umani, pertanto nel 1979 la Commissione europea auspicò l'adozione di un catalogo dei diritti fondamentali, seguita successivamente da tutte le istituzioni comunitarie. L'obiettivo era quello di offrire maggior certezza giuridica su quali diritti fondamentali fossero effettivamente protetti dall'Europa. Tali preoccupazioni ed esigenze sono state alla base della decisione del Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999 di procedere alla stesura di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, al fine di definire in modo concreto l'importanza e la portata per i cittadini dell'Unione dei diritti umani. Numerose disposizioni della CEDU trovano riscontro nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. In relazione alla tutela delle coppie omosessuali, le norme fondamentali includono l'articolo 12 CEDU, che sancisce il diritto di ogni uomo e donna di sposarsi in accordo con le rispettive leggi nazionali, l'articolo 8 CEDU, che

²⁴ La Risoluzione 219077 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite è frutto di una elaborazione secolare, che parte dai primi principi etici classico-europei stabiliti dalla Bill of Rights e dalla dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America, ma soprattutto dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino stesa nel 1789 durante la Rivoluzione francese, i cui elementi di fondo (i diritti civili e politici dell'individuo) sono confluiti in larga misura in questa carta, così www.wikipedia.it.

protegge il rispetto della vita privata e familiare, e il principio di non-discriminazione racchiuso nell'articolo 14 CEDU. Quest'ultimo, in quanto previsione ancillare, garantisce che il godimento dei diritti sanciti dagli altri articoli convenzionali non venga pregiudicato a causa dell'orientamento sessuale.

All'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il diritto al matrimonio si ritrova all'articolo 9. Questa disposizione innova rispetto al modello convenzionale in quanto si riferisce ad una nozione di istituto matrimoniale gender-neutral, omettendo quindi il riferimento al sesso dei nubendi²⁵. Inoltre, la Carta protegge il rispetto della vita privata e familiare all'articolo 7, mentre il principio di non-discriminazione è contenuto nell'articolo 21 e, a differenza dell'omologo convenzionale, costituisce una previsione con un ambito di applicazione autonomo.

Le iniziali chiusure della Convenzione erano dovute al fatto che la comunità creata per mezzo della Convenzione era il frutto di una moltitudine di tradizioni giuridiche, etiche, sociali e religiose²⁶ che, inevitabilmente, rendevano particolarmente complesso raggiungere il consensus internazionale²⁷ su tematiche storicamente discusse, come il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Ciononostante, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha modellato e interpretato costantemente in modo evolutivo le norme della Convenzione. Molte delle disposizioni sopracitate, difatti, hanno subito un'importante evoluzione. Ad esempio, l'articolo 12 CEDU, inizialmente, escludeva le coppie omosessuali dal suo ambito di applicazione, difatti l'orientamento consolidato in un primo momento dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ha promosso una rigorosa interpretazione letterale della disposizione che non ricomprendeva le persone dello stesso sesso. Tuttavia, dopo i cambiamenti intervenuti nella società europea, questa giurisprudenza è stata messa in discussione.

²⁵ Art 9 CDFUE: “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”

²⁶ Come Polonia, Ungheria, Romania, Slovacchia

²⁷ Fabio Tumminello, “CEDU e matrimoni omosessuali: love is(not)love”, pubblicato. Il 27/10/2021 in iusinitinere.it

2.1 Segue: Il caso Kozak quale primo riconoscimento del diritto ad una vita familiare per gli omosessuali

La prima manifestazione di questo cambiamento di rotta e tale da garantire la funzione della Convenzione quale “living instrument” del diritto sovranazionale, è emersa in occasione della sentenza “Kozac c Polonia”.

La sentenza Kozak (ric. 13102/02, del 2 marzo 2010)²⁸ assume una particolare rilevanza poiché si rivolge contro uno Stato che ha mostrato un atteggiamento di opposizione nei confronti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Polonia, al pari di altri stati come Repubblica Ceca e Regno Unito, attraverso la stipulazione di un apposito Protocollo aveva ottenuto l'esclusione dal campo di applicazione della CDFUE e aveva ribadito la propria posizione dichiarando che la Carta non influenzava il diritto degli Stati membri di legiferare in materia di moralità pubblica, diritto di famiglia e protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale. Ebbene, la sentenza in esame evidenzia proprio tale preoccupazione della Polonia riguardo ai possibili effetti della Carta nell'ordinamento interno, nonostante la funzione della stessa sia sempre stata quella di ribadire diritti già affermati e protetti in Europa.

Tale prefazione è necessaria al fine di comprendere il perché la sentenza non faccia menzione alcuna all'art 21 della CDFUE il quale tutela l'orientamento sessuale come fattore a rischio di discriminazione.

Quanto all'esposizione dei fatti: il sig. Kozak ha denunciato una violazione dell'art. 14 CEDU che sancisce il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti stabiliti dalla Convenzione. Per questo motivo, rileva l'art. 8 a tutela della vita privata e familiare²⁹, utilizzato più volte dalla Corte per valutare situazioni che coinvolgono omosessuali³⁰. Secondo la ricostruzione dei fatti, al ricorrente sarebbe stato contestato il diritto di

²⁸ Corte EDU sentenza 13102/02 (02/03/2010);

²⁹ Art 8 CEDU: “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”

³⁰ In precedenza ECHR Sentenza “Karner c Austria” 24 Luglio 2003 : nel 1994, il signor W. morì in seguito ad aver contratto il virus dell'AIDS, dopo aver nominato suo erede il compagno che l'aveva assistito fino alla morte. Quest'ultimo aveva richiesto di poter subentrare nel contratto d'affitto del compagno deceduto, nonostante il padrone di casa richiedesse che il contratto avesse termine, sostenendo che il diritto alla successione in tali casi contemplasse anche le coppie omosessuali. Il Tribunale Civile Regionale di Vienna diede ragione all'uomo, ma la Corte Suprema sconfessò tale decisione, specificando che la dicitura “compagno di vita”, così come intesa quando fu promulgata la legge (1974) non intendeva anche i/le partner dello stesso sesso, intendendo proteggere la famiglia in senso tradizionale. Lo Stato austriaco venne condannato per violazione degli artt. 8 (che garantisce tra l'altro il rispetto al proprio “domicilio”) e 14 CEDU (divieto di discriminazioni), 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”.

succedere alla morte del compagno nell'affitto di un appartamento, dove già risiedeva da tempo. Sorvolando sulle motivazioni pretestuose mosse dalla giurisdizione polacca nel rifiutare la prerogativa del ricorrente, la Corte di Strasburgo ha potuto verificare come l'attenzione dei giudici fosse maggiormente rivolta verso il rapporto sussistente tra i due partner piuttosto che sull'effettiva esistenza delle condizioni che avrebbero potuto permettere al ricorrente di subentrare nel contratto di affitto dell'appartamento. Nel corso della controversia il ricorrente aveva dichiarato di essere subentrato nell'appartamento del compagno e di aver convissuto con il suo compagno per un adeguato periodo di tempo: coerentemente a quanto previsto dalla normativa polacca, la convivenza di fatto si poneva come una delle condizioni volte a garantire la successione, infatti in base alla giurisprudenza consolidatasi nelle Corti polacche, è possibile considerare esistente una forma di coabitazione soltanto laddove sia possibile riscontrare la sussistenza di legami fisici, affettivi ed economici³¹; eppure, "anche se il ricorrente avesse provato l'esistenza di simili legami, la sua relazione non sarebbe stata riconosciuta comunque come convivenza di fatto"³². Infatti, pur non essendo stata equiparata al matrimonio, sono stati riconosciuti a questa forma di unione i caratteri propri di quell'istituto, alla luce del dettato costituzionale. Inutile è stata la richiesta del signor Kozak di interpellare la Corte costituzionale o di applicare l'interpretazione prevalente in Europa. Secondo il giudice polacco, in tali questioni bisogna tener conto solo del significato generalmente riconosciuto nell'ordinamento statale: inoltre, non a caso, l'unico strumento internazionale in materia che il Governo richiama nella sua versione dei fatti è l'art. 12 della CEDU che afferma il diritto al matrimonio, inteso come l'unione di un uomo e una donna nel rispetto delle leggi nazionali applicabili. Delle varie giustificazioni (obiezioni) portate avanti dal Governo polacco nessuna ha trovato accoglimento presso la Corte: tra di esse, il mancato esaurimento dei rimedi interni e la non applicazione dell'art. 8 ai fatti denunciati dal signor Kozak. Rispetto al primo, i giudici di Strasburgo hanno ricordato che tale regola deve essere applicata con una certa flessibilità. Infatti, non solo rilevano i rimedi formalmente disponibili ma anche il quadro politico generale oltre alle circostanze del ricorrente. Quanto all'art. 8, la Corte considera perentoriamente come la fattispecie sia inevitabilmente e strettamente

³¹ A riguardo Section 8(1) of the Lease of Dwellings and Housing Allowances Act of 2 July 1994 (*ustawa o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych*) ("the 1994 Act")

³² Cfr Danisi Carmelo, "Kozak c. Polonia": difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, pubblicato in Forum di Quaderni Costituzionali, 14 Marzo 2010, p. 2;

connessa alla materia dell'orientamento sessuale³³, considerato e da considerarsi come la parte più intima e personale della vita privata di un individuo. Dal momento che dalla vicenda in esame dipendeva per il ricorrente la possibilità di avere una casa, l'accertamento del rispetto del diritto alla vita privata e familiare diveniva ancor più centrale. Benché gli Stati possano godere di un ampio margine di apprezzamento nel decidere di trattare differentemente situazioni simili, nel caso in cui si abbia a che fare con l'orientamento sessuale la Corte di Strasburgo, infatti, richiede dai governi apposite motivazioni: le misure adottate devono risultare, oltre che proporzionali, anche necessarie.

Nel caso in studio, per la ECHR non è possibile poter pensare che quanto sia stato effettuato nei confronti del signor Kozak sia stato legittimato dalla necessità di far fronte ad obiettivi oggettivi e ragionevoli: la difesa della "famiglia", così come intesa dai padri costituenti nell'art. 18 della Costituzione polacca, potrebbe essere posta quale giustificazione a patto che le misure elaborate dall'ordinamento non interferiscano o limitino il godimento di altri diritti. Inoltre, secondo il ragionamento della Corte, le scelte dello Stato devono tenere conto dei mutamenti che avvengono nella società: essendo la Convenzione uno "strumento vivente" non si può non tenere in considerazione che esiste più di un modo di vivere la propria vita privata e familiare e che ognuno di essi deve comunque essere protetto ai sensi dell'art. 8 CEDU. Malgrado possa essere difficile bilanciare le due necessità del caso, ovvero difesa della famiglia e diritti dei gay, dai fatti che hanno riguardato il signor Kozak emerge una limpida violazione del principio di non discriminazione nel godimento dei diritti di cui all'art 14 CEDU. Il mancato riconoscimento della successione nel contratto di affitto al partner omosessuale di soggetto defunto non è in grado di poter essere considerata come una azione necessaria a difendere la visione della famiglia c.d tradizionale. Rifacendosi, quindi, alla proporzionalità tra fini e mezzi, i giudici europei hanno condannato la Polonia per violazione della Convenzione³⁴. La sentenza Kozak c. Polonia si pose così

³³ Con il termine orientamento sessuale si indica l'attrazione emozionale, romantica, e/o sessuale di una persona verso individui di sesso opposto, dello stesso sesso o di entrambi i sessi. Fattori che hanno portato alla discriminazione: Paradigma dell'inversione di genere come malattia e come perversione //Sessualità non finalizzata alla riproduzione//Messa in discussione dei rigidi connotati di genere e dei ruoli nella società. L'omosessualità è stata rimossa dalla classificazione internazionale delle malattie psichiatriche da parte dell'OMS in data 17/05/1990

³⁴ Così Carmelo Danisi "Kozac c. Polonia: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, il 14 Marzo 2010, in forumcostituzionale.it, p3;

come un importante precedente giurisprudenziale per la lotta contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, soprattutto all'interno di quei paesi con una forte visione tradizionalista come Austria e Italia.

2.2 La sentenza Schalk e Kopf c Austria: il riconoscimento del matrimonio egualitario come diritto umano fondamentale nella giurisprudenza della ECHR

La causa nasce a seguito della presentazione di un ricorso da parte di due cittadini austriaci avverso la Repubblica d'Austria, effettuato nel rispetto dell'art. 34 CEDU il 5 Agosto 2004. La doglianza mossa dai ricorrenti è quella di essere stati vittima di una discriminazione in quanto, quale coppia omosessuale, non è stata riconosciuta loro la possibilità di contrarre matrimonio o far riconoscere la loro relazione attraverso un qualsiasi altra modalità. Il 10 settembre 2002, i ricorrenti hanno presentato una richiesta all'Ufficio dello Stato Civile (Standesamt) per formalizzare il loro desiderio di contrarre matrimonio, tuttavia, il Consiglio Comunale di Vienna ha respinto la loro richiesta con un provvedimento datato 20 dicembre 2002. Secondo il Consiglio, il matrimonio poteva essere contratto solo tra persone di sesso diverso, in base all'articolo 44 del Codice Civile³⁵, e un matrimonio tra persone dello stesso sesso era nullo secondo la costante giurisprudenza austriaca. Non soddisfatti della decisione, i ricorrenti hanno presentato un appello dinanzi al Governatore Regionale di Vienna, ma senza successo. In un provvedimento dell'11 aprile 2003, il Governatore ha confermato il parere del Consiglio Comunale, citando la giurisprudenza del Tribunale Amministrativo che considerava l'appartenenza allo stesso sesso un impedimento al matrimonio. I ricorrenti hanno quindi deciso di presentare un ricorso costituzionale, sostenendo che la loro incapacità giuridica di contrarre matrimonio costituiva una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU, nonché del principio di non discriminazione ex art. 14 CEDU. Secondo i ricorrenti, la nozione di matrimonio si era evoluta nel tempo, e non vi era alcuna giustificazione oggettiva per escludere le coppie omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio.

In particolare, i ricorrenti hanno sottolineato che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva riconosciuto come le disparità basate sull'orientamento sessuale fossero

³⁵ Così , Art 44 ABGB:“I rapporti di famiglia si stabiliscono col contratto di matrimonio. Nel contratto di matrimonio due persone di differente sesso dichiarano nel modo voluto dalla legge la loro volontà di vivere in consorzio inseparabile, di procreare figli ed educarli, e di prestarsi reciproca assistenza”

particolarmente ingiuste, e come altri paesi europei avessero permesso i matrimoni omosessuali o adottato una legislazione differente. Tuttavia, in data 12 dicembre 2003, la Corte Costituzionale (Verfassungs-gerichtshof) ha rigettato il ricorso dei ricorrenti sostenendo che né il principio dell'uguaglianza previsto dalla Costituzione federale austriaca né tantomeno la CEDU, per giunta specificante gli elementi che compongono l'unione matrimoniale, fossero da intendersi in senso favorevole ad una possibile estensione del concetto di matrimonio ad unioni affettive di qualsiasi altra tipologia.

Il giudice austriaco, inoltre, ha ulteriormente rafforzato le proprie considerazioni affermando che, nonostante le unioni omosessuali rientrassero all'interno della nozione di "vita privata" di cui all'art. 8 CEDU, e di conseguenza beneficiassero anche della tutela offertagli dall'art. 14 CEDU, ciò non avrebbe potuto tradursi necessariamente in un obbligo di modifica della disciplina riguardante il matrimonio³⁶.

Per quel che riguarda la asserita violazione dell'art. 12 CEDU³⁷, la Corte di Strasburgo, esaminando la presunta violazione dell'articolo 12 CEDU, ha riconosciuto che la diversità biologica dei partners non costituisce più una condizione imprescindibile per potersi sposare, come già stabilito nel caso Goodwin³⁸. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che tale orientamento non potesse applicarsi agli omosessuali. La Corte ha sottolineato che pur essendo vero che la diversità biologica non è più una condizione imprescindibile per potersi sposare, tuttavia la coincidenza piena tra sesso e genere non è sufficiente a incardinare le pretese dei ricorrenti all'interno della struttura del matrimonio.

Resta comunque il fatto che per la ECHR l'art.12 CEDU, relativo al diritto fondamentale a sposarsi e fondare famiglia, seppure lasciato alla mercè delle legislazioni degli Stati

³⁶ Sentenza ECHR "Schalk e Kopf c Austria", pronunciata in data 24/06/2010

³⁷ ART 12 CEDU: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto."

³⁸ "Sentenza Christine Goodwin c Regno Unito", pubblicata in data 11 Ottobre 2002: La ricorrente lamentava il mancato riconoscimento giuridico del proprio cambiamento di genere, denunciando in particolare le modalità di trattamento in ambito lavorativo, previdenziale e pensionistico e la sua impossibilità di sposarsi.

In tale pronuncia La ECHR espone una violazione dell'articolo 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), dovuta ad una chiara e continua tendenza a livello internazionale ad un aumento dell'accettazione sociale dei transessuali ed al riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale dei transessuali operati. "Poiché nessun fattore di rilevante interesse pubblico si contrappone all'interesse della singola ricorrente nell'ottenimento di un riconoscimento giuridico del suo mutamento di sesso, la Corte conclude che la nozione di giusto equilibrio insita nella Convenzione faccia pendere l'ago della bilancia in favore della ricorrente." Inoltre è riconosciuta una violazione dell'articolo 12 CEDU (diritto di sposarsi e di fondare una famiglia). Testualmente è stato affermato che: "La Corte non è convinta che oggi si possa ancora presumere che [il testo letterale dell'articolo 12] implichi che il genere debba essere determinato in base a criteri puramente biologici". La Corte ha affermato che è compito dello Stato stabilire le condizioni e le formalità relative ai matrimoni dei transessuali e tuttavia "ritiene che non vi sia alcuna giustificazione per privare in ogni circostanza i transessuali del diritto di sposarsi". Così esposto in https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ita.pdf

membri, non può essere sottoposto a misure limitative tali da frustrare irragionevolmente l'essenza stessa di tale diritto.

Pur non avendo avuto modo di interrogarsi, fino all'epoca, sulla possibilità per una coppia omosessuale di avere il diritto di accedere all'istituto matrimoniale, la Corte ha tentato di dar risposta a tale quesito ritenendo che certi principi potessero essere tratti dalla giurisprudenza relativa ai transessuali, in particolare dal citato caso *Christine Goodwin c Regno Unito*³⁹.

In passato, in diverse occasioni⁴⁰ era stato chiesto alla Corte se avesse potuto configurare una violazione dell'art. 12 CEDU il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi al soggetto transessuale che una volta cambiato sesso aveva deciso di sposare un individuo di sesso opposto.

In tali circostanze, la Corte aveva considerato che la volontà di difendere la visione tradizionale dell'istituto matrimoniale fosse una motivazione sufficiente a far sì che uno Stato membro proseguisse nell'utilizzo dei criteri biologici per identificare il sesso dei coniugi che intendevano contrarre matrimonio; pertanto veniva concluso che tale discriminazione non sussistesse in quanto giustificata da motivazioni legittimamente date dagli Stati membri nell'esercizio della loro esclusiva competenza in materia (fermo restando anche l'assenza di un estesissimo consensus a livello europeo in materia di unioni tra omosessuali o con transessuali).

Solo con *Goodwin* la Corte prese atto del fatto che, rispetto ai suoi precedenti giurisprudenziali, l'utilizzo dei termini "uomo e donna" nell'art. 12 CEDU come determinativi del sesso biologico apparisse inadeguato rispetto ai cambiamenti sociali intercorsi sull'istituto matrimoniale a partire dall'adozione della Convenzione, ossia la crescente accettazione dei matrimoni dei transessuali nel sesso da loro percepito.

In merito al potenziale utilizzo dei precedenti al caso in esame, la Corte di Strasburgo ha considerato che una diversa lettura del disposto dell'art. 12 CEDU sarebbe potuta essere possibile, ciò in virtù del fatto che il testo dell'articolo si rivolge a uomini e donne, sebbene, in contrasto a ciò, la maggior parte degli articoli previsti nella CEDU garantiscano tassativamente diritti a "tutti" o a "nessuno" e il periodo storico in cui fu

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, "Christine Goodwin c Regno Unito", decisione del 11 Luglio 2001

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 luglio 1998, Sheffield e Horsham; *Cossey c. Regno Unito* 27 settembre 1990; *Rees c. Regno Unito*, 17 Ottobre 1986;

elaborata la Convenzione non lasciasse spazio ad altra interpretazione del matrimonio se non quella di unione tra partner eterosessuali.

In ogni caso, i ricorrenti non si sono basati principalmente sull'interpretazione testuale dell'articolo 12, essi hanno anche invocato la giurisprudenza della Corte in base alla quale la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alle attuali condizioni (si veda Christine Goodwin) e l'art. 9 CDFUE.

La Corte, ciò malgrado, non era persuasa della tesi dei ricorrenti: in primo luogo, pur avendo preso atto del fatto che l'istituto del matrimonio è stato sottoposto a differenti cambiamenti sociali dall'adozione della Convenzione era ancora assente un consenso generale a livello comunitario circa il possibile riconoscimento del matrimonio omosessuale; in secondo luogo Christine Goodwin riguardava il caso di matrimonio di partner di sesso diverso, anche se uno dei due andato in contro alla riattribuzione del sesso; in terzo luogo comparando l'articolo 12 della Convenzione e l'articolo 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (la Carta), la Corte osservava che la CDFUE aveva volutamente evitato il riferimento agli uomini e alle donne. Il Commentario relativo alla Carta⁴¹ suggerisce infatti che lo scopo dell'art. 9 CDFUE sarebbe stato quello di garantire un più ampio raggio di tutela rispetto a quanto stabilito da altre normative in materia di diritti umani⁴² e che, allo stesso tempo, il riferimento alla legislazione nazionale garantisce la diversità degli ordinamenti nazionali, che possono spaziare dal permesso dei matrimoni omosessuali al loro esplicito divieto. Facendo riferimento alla legislazione nazionale, in sostanza, l'articolo 9 della Carta lascia decidere agli Stati se permettere o meno i matrimoni omosessuali e, sempre in virtù di esso, la Corte può giustificare il fatto che l'art. 12 CEDU non debba necessariamente limitarsi al solo caso di unione tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l'articolo 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti, è solo che si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale. In conclusione, la Corte

⁴¹ Così, Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali,(2007/c 303/02), pubblicato il 12-12-2007, in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea: "Questo articolo si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.». La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda.”;

⁴² Come la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

ritiene che non sussistendo un obbligo in capo al singolo Stato membro di concedere l'utilizzo dell'istituto matrimoniale ad una coppia omosessuale, non può considerarsi esistente la presunta violazione dell'art. 12 CEDU.

Quanto alla presunta violazione dell'art. 8 CEDU: i ricorrenti lamentano ai sensi dell'art.14 CEDU, letto in combinato all'art. 8 della Convenzione, di essere stati discriminati in quanto prima dell'entrata in vigore della Legge austriaca sulle Unioni registrate⁴³, quale coppia omosessuale, essi non hanno potuto esercitare il diritto all'unione matrimoniale, né tantomeno hanno potuto usufruire di una qualsiasi altra modalità di riconoscimento giuridico della loro relazione.

I ricorrenti hanno sostenuto che il nocciolo del loro ricorso era la discriminazione subita in quanto coppia omosessuale e, concordando con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 14 in relazione all'articolo 8, essi hanno esposto che al pari delle disparità basate sul sesso, le disparità basate sull'orientamento sessuale richiedevano motivi particolarmente importanti per essere giustificate.

Secondo la tesi dei ricorrenti, il Governo non aveva presentato i motivi per escluderli dall'accesso al matrimonio e dalla sentenza della Corte relativa al già citato caso "Karner", pur apparendo che la tutela della famiglia tradizionale fosse un motivo importante e legittimo, si doveva dimostrare che una data disparità fosse essenziale a conseguire tale fine. Per i ricorrenti niente dimostrava che l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio fosse necessaria a proteggere la famiglia tradizionale.

Il Governo concordava con i ricorrenti che si applicasse l'articolo 14 in relazione all'articolo 8 della Convenzione. Fino a quel momento, tuttavia, la giurisprudenza della Corte aveva ritenuto che le relazioni omosessuali rientrassero soltanto nella nozione di "vita privata", anche se vi sarebbero potuti essere buoni motivi per comprendere la relazione di una coppia omosessuale convivente nell'ambito della "vita familiare". Il Governo ha dedotto che benché la giurisprudenza della Corte agli atti non ritenesse che le relazioni omosessuali rientrassero nella nozione di "vita familiare", ciò non avrebbe dovuto essere escluso in futuro. Nonostante tale apertura, in ogni caso l'articolo 8 CEDU

⁴³ Nota come "Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft", pubblicata il 30-12-2009 ed entrata in vigore il 1-01-2010, ha fatto sì che l'Austria divenisse il 21.mo Stato europeo ad emanare una legge sulle unioni registrate. Il 5 dicembre 2017, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale il divieto del matrimonio omosessuale perché in violazione dell'art 14 CEDU.. Tuttavia, la sentenza sarebbe entrata in vigore solo il 1° gennaio 2019. Nel mese di gennaio 2018, il nuovo cancelliere Sebastian Kurz ha dichiarato in diretta televisiva che il suo governo avrebbe rispettato la sentenza della Corte Costituzionale. Poiché il legislatore non ha agito per legalizzare il matrimonio omosessuale entro la scadenza stabilita dalla Corte Costituzionale, il matrimonio omosessuale è diventato automaticamente legale il 1° gennaio 2019;

letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU non poteva essere letto in maniera tale da poter permettere ai cittadini omosessuali l'accesso al matrimonio o a qualsiasi altra forma di riconoscimento giuridico.

Quanto alla giustificazione di tale disparità di trattamento, il Governo ha contestato la tesi dei ricorrenti tratta dalla sentenza della Corte relativa al ricorso "Karner"; in tale ricorso, infatti, la Corte ha ritenuto che l'esclusione delle coppie omosessuali dalla tutela data alle coppie eterosessuali in base alla legge nazionale sulle locazioni non fosse necessaria per conseguire il fine legittimo di salvaguardia della famiglia in senso tradizionale. Nel caso in esame invece la questione risultava essere differente in quanto vertente sulla possibilità per le parti di esercitare il diritto al matrimonio oppure usufruire di una qualsiasi altra forma di riconoscimento giuridico, e sulla giustificazione data per l'esclusione delle coppie omosessuali. Per la Corte non sussiste alcun dubbio circa il fatto che quanto vissuto dai ricorrenti rientri nella nozione di "vita privata" ai sensi dell'art. 8 CEDU, tuttavia ritiene di dover definitivamente porre un punto sulla questione, già lasciata in sospeso, se tale tipo di relazione possa rientrare anche all'interno della nozione di vita familiare. A favore del suo innovativo cambio di orientamento la Corte ha richiamato la sua precedente giurisprudenza relativa alle coppie eterosessuali⁴⁴, con la quale già aveva frequentemente riconosciuto come la nozione di "famiglia" ai sensi dell'art. 8 CEDU dovesse intendersi in maniera più ampia e tale da ricomprendere ulteriori legami familiari tra conviventi, al di là di quello prettamente matrimoniale.

In opposizione, tuttavia, si ricordi come in passato la giurisprudenza della Corte avesse accettato soltanto che la relazione emotiva e sessuale di una coppia omosessuale costituisse "vita privata"⁴⁵, e non anche "vita familiare", anche se era presente un rapporto stabile tra partner conviventi. Invece nel caso di Karner (assai recente per l'epoca della stesura di Schalk e Kopf) riguardante una richiesta di subentro nei diritti di locazione del partner di coppia omosessuale deceduto, la Corte aveva dimostrato un segnale di apertura a favore del riconoscimento del rapporto familiare lasciando aperta la questione se il rapporto riguardasse sia la vita privata sia quella familiare del

⁴⁴ Corte EDU, *Johnston e altri c. Irlanda* ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986; Corte EDU, *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93 sentenza del 22 aprile 1995; *Kroon e altri c. Paesi Bassi* ricorso n. 18535/91, sentenza del 27 ottobre 1994; *Johnston e altri c. Irlanda* ricorso n. 9697/82 sentenza del 18 dicembre 1986; *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90 sentenza del 26 maggio 1994;

⁴⁵ *Dudgeon c. Regno Unito* sentenza del 22 Ottobre 1981; *Norris c. Irlanda* sentenza del 26 Ottobre 1988;

ricorrente. A seguito di Karner, prendendo coscienza del fatto che un notevole numero di Stati Membri aveva effettuato il riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali⁴⁶ e che anche certe disposizioni del diritto dell'UE⁴⁷ riflettevano una crescente tendenza a comprendere le coppie omosessuali nella nozione di “famiglia”, la Corte ha considerato innaturale e insincero sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della “vita familiare” ai fini dell'art. 8. In definitiva, dunque, si è riconosciuto che la stabile relazione affettiva che riguarda due individui dello stesso sesso può essere ricompresa nella nozione di “vita familiare”, al pari di quanto accade con una coppia eterosessuale. La Corte conclude pertanto che i fatti oggetto del ricorso rientrano nella nozione di “vita privata” e di “vita familiare” nel senso dell'articolo 8.

In definitiva, se riguardo all'interpretazione evolutiva degli articoli 8 e 12 della CEDU, la Corte europea ha manifestato una particolare inclinazione nell'introduzione di nuovi contenuti di valore all'interno della Convenzione, fondati sul sorgere di una convergenza emergente a livello europeo, sulla questione del margine di apprezzamento, i giudici di Strasburgo hanno affermato l'inammissibilità che, in assenza di una convergenza strutturale, la Corte operi come istituzione contraria agli orientamenti degli Stati: piuttosto che affidare completamente la scelta agli Stati, limitandosi a riflettere l'esistenza di una varietà di vedute, l'effetto di questa combinazione di argomenti è quello di incorniciare tale pluralismo di soluzioni all'interno di un accordo che, almeno

⁴⁶ Il Belgio, la Norvegia, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Spagna e la Svezia avevano già concesso l'accesso al matrimonio; mentre altri tredici Stati Membri avevano promulgato norme che permettono alle coppie omosessuali di registrare le loro relazioni: Andorra, l'Austria, la Repubblica Ceca, la Danimarca, la Finlandia, la Francia, la Germania, l'Islanda, il Lussemburgo, il Regno Unito, la Slovenia, la Svizzera e l'Ungheria.

⁴⁷ La Direttiva del Consiglio Europeo 2003/86/CE del 22 settembre 2003, sul diritto al ricongiungimento familiare, tratta le condizioni per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare da parte di cittadini di paesi terzi che risiedono legittimamente nel territorio degli Stati Membri. L'articolo 4, che reca l'intestazione “familiari”, prevede: “Gli Stati Membri possono, mediante legge o regolamento, autorizzare l'ingresso e la residenza, a norma di questa Direttiva e salva l'osservanza dei requisiti di cui al Capo IV, del partner non coniugato, che è cittadino di un paese terzo, con il quale lo sponsor ha una relazione stabile di lunga data debitamente attestata, o di un cittadino di un paese terzo che è legato allo sponsor da un'unione registrata in conformità con l'articolo 5. ...”.

La Direttiva 2004/38/CE del Parlamento e del Consiglio Europei del 29 aprile 2004 riguarda il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e risiedere liberamente nel territorio degli Stati Membri. L'articolo 2 contiene la seguente definizione: “Familiare significa:

(a) coniuge// (b) il partner con il quale il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata, in base alla legislazione di uno Stato Membro, se la legislazione dello Stato Membro ospite tratta le unioni registrate come equivalenti al matrimonio in conformità con i requisiti stabiliti nella pertinente legislazione dello Stato Membro ospite”;

in futuro, non privi la discrezionalità degli Stati di una supervisione della Corte europea⁴⁸.

Gli *itinerari* della Corte di Strasburgo risultano essere contigui alla sentenza 138/2010 della Corte costituzionale italiana (successivamente trattata), in cui il giudice, non potendo considerare applicabile l'art 29 Cost alle coppie omosessuali (in ragione dell'originario significato dato dai costituenti al concetto di matrimonio), avrebbe comunque determinato una apertura verso una soluzione legislativa a favore del riconoscimento delle unioni omosessuali alla luce dell'art 2 Cost.

2.3 Le conseguenze di Schalk e Kopf c Austria, il riconoscimento del diritto alla vita familiare alla luce della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione

La decisione n.4184/2012 emanata dalla Corte di Cassazione segue sia temporalmente che concettualmente le indicazioni interpretative della giurisprudenza costituzionale⁴⁹, comunitaria e CEDU⁵⁰ riguardo alle coppie dello stesso sesso. Con questa ultima importante decisione, viene sancito in modo definitivo il superamento della dicotomia complementare tra la famiglia (matrimoniale) e l'eterosessualità, a favore di un diritto alla vita familiare che viene riconosciuto come fondamentale ed universale, indipendentemente sia dal coniugio che dal sesso dei conviventi. La decisione esaminata in questa analisi fa un ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵¹ al fine di contestualizzare le ragioni alla base di un giudicato, che, pur essendo critico nei confronti del diritto alla trascrizione dell'atto matrimoniale estero, stabilisce con chiarezza che il concetto di famiglia nel sistema giuridico italiano si estende anche alle coppie dello stesso sesso. In merito all'esposizione dei fatti, la causa ha origine a seguito di una richiesta di trascrizione di matrimonio avvenuto all'interno di una coppia dello stesso sesso, celebrato all'estero da parte dei ricorrenti, cui è seguito il rifiuto del Sindaco del comune di Latina presso il quale i ricorrenti mossero istanza. Alla base del rifiuto il Sindaco evidenziò che l'intrascrivibilità di detto

⁴⁸ In tal senso REPETTO GIORGIO, "La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale", in sezione "Diritti, Costituzione e CEDU – Matrimonio e famiglia " Università di Perugia, pubblicato il 27 Settembre 2010, p.5;

⁴⁹ Sentenza Corte cost n°138/2010 pubblicata il 21 Aprile 2010;

⁵⁰ "Schalk e Kopf c Austria", pubblicata il 24 Giugno 2010; "Kozac c Polonia" pubblicata il 2 Marzo 2010;

⁵¹ Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, caso C-267/06, 1 Aprile 2008; Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg, caso C-147/08, 10 Maggio 2011;

atto era dovuta alla contrarietà all'ordine pubblico⁵² dell'atto di matrimonio rilasciato in sede estera. Avverso il rifiuto, i ricorrenti si impegnarono a sollevare ricorso presso il tribunale ordinario di Roma, al rifiuto del quale seguì reclamo presso la Corte di Appello. Presso la citata Corte i ricorrenti si videro riconoscere un ulteriore rifiuto, ciò con una motivazione frutto di un'adeguata attività di analisi ermeneutica del quadro normativo nazionale di riferimento e dell'efficacia delle norme applicabili al giudice italiano. Alla base delle ragioni della Corte d'appello, in breve, la differenza di sesso tra coniugi che, ai sensi della normativa nazionale⁵³, si pone come uno dei requisiti essenziali per la configurabilità del matrimonio all'interno dell'ordinamento italiano.

Quanto al ricorso in Cassazione e alla relativa motivazione adottata dalla Suprema Corte nella sua sentenza, dei diversi approcci emersi nella dottrina sicuramente degna di nota è la lettura che riconosce come la Cassazione abbia adottato un atteggiamento nettamente più "aperturista"⁵⁴ in materia di matrimonio omosessuale.

Nel decidere sul caso, la Corte di Cassazione ritiene che, rispetto allo specifico ricorso cui è chiamata a giudicare, nel caso di specie, si tratta di dare una risposta alla più generale questione se la Repubblica possa riconoscere la possibilità di accesso al matrimonio agli omosessuali, al pari di quanto avviene nei confronti dei coniugi di sesso diverso.

Nel fronteggiare la questione più generale, la Corte parte dall'osservazione che la diversità di sesso dei nubendi è un «*postulato implicito*»⁵⁵ nel nostro ordinamento, benché non sia espressamente richiesto da disposizioni specifiche. Questo requisito, pur non essendo indicato in alcun modo né dalla Costituzione, né dal Codice civile vigente né dalle numerose leggi che, direttamente o indirettamente, si riferiscono all'istituto matrimoniale, si è posto, quale "postulato implicito", a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni inserite in tali fonti. La Corte di Cassazione, nello specifico, all'interno della sua motivazione sulla questione da

⁵² Ciò ai sensi della normativa Art 18 d. P.R 3 Novembre 2000 n°396 in base al quale: Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico"

⁵³ Artt c.c. 107; 108; 143; 143-bis; 143-ter; 156-bis; art 64, comma1, lettera e) d.P.R n 396 del 2000.

⁵⁴ Cfr Barbara Pezzini, "Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012, pubblicato in Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, 2012, p. 7; DI BARI M., "Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della corte di cassazione: la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della corte costituzionale", pubblicato in rivista AIC n°1/2012, 28 Marzo 2012, p 9-10;

⁵⁵ Cfr Corte Cass. Sez. Prima civile Sentenza N. 4184 del 15.03.2012;

affrontare ha modo di far peso su due importanti sentenze in materia, susseguitesi negli anni precedenti al fatto. Attraverso un'attenta analisi della sentenza n. 138/2010 della Corte cost, la Suprema Corte riconosce che il termine, il significante, "matrimonio" corrisponde e rinvia, al significato della "coppia eterosessuale". Per dar forza a questa "corrispondenza" indubitabile tra parola e suo significato, che *postula* la diversità di sesso dei coniugi, la Corte di Cassazione richiama altresì antichissime e condivise tradizioni culturali come ad esempio l'ordine naturale, che il diritto, come in tanti altri casi, nel rispecchiare, ordina⁵⁶. Per la Corte, dunque, l'ordinamento giuridico italiano accetta e conosce solo un'unica fattispecie integrante il matrimonio quale atto, ossia: quel consenso che due persone di sesso diverso si scambiano, nel rispetto delle forme stabilite per celebrare il matrimonio, affermando di volersi prendere rispettivamente come marito e moglie (art. 107, primo comma, cod. civ.). La diversità di sesso dei nubendi si è confermata pertanto quale condizione necessaria richiesta dalla legge per la corretta identificabilità dell'atto di matrimonio e se ne è concluso che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non potesse essere riconosciuto dalla nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso. Ciò è sostenuto finanche alla più recente motivazione della sentenza della Corte costituzionale n°138/2010 che ricava, *ex art. 2 Cost.*, a favore di chiunque, il *diverso* «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia»: ma non anche un'estensione della disciplina del matrimonio alle coppie omosessuali. Preso atto di tale riconoscimento ad opera della giurisprudenza costituzionale, la Suprema Corte nel 2012 preannunciò una promessa di futuri interventi giurisdizionali a tutela del succitato diritto fondamentale, attraverso il ricorso all'argomento analogico, come avvenuto in passato per quel che riguarda le coppie eterosessuali conviventi *more uxorio*⁵⁷. In definitiva la Corte di cassazione, sulla base della lettura della sentenza 136/2010 Corte cost ricava: da un lato che l'art. 2 della Costituzione non riconosce il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e neppure vincola il legislatore a garantire tale diritto quale forma esclusiva del riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale⁵⁸, vale a dire ad "equiparare" le unioni omosessuali al matrimonio; per altro verso ricava che il diritto fondamentale di

⁵⁶ Cfr Corte di Cassazione, sentenza 4 novembre 2011 – 15 marzo 2012, n. 4184, par 2.2.2; A tal proposito non si può non notare che, del resto, è già la formulazione dell'art. 29 della Costituzione a recepire l'intreccio tra *cultura* e *natura* nella sua enunciazione: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»

⁵⁷ Corte Cass. IV Sez Pen, sentenza n.109/2006 pubblicata il 5 Gennaio 2006;

⁵⁸ Massimario.it - 12/2012. Cfr. nota di Simone Marani;

vivere liberamente una condizione di coppia, derivante invece direttamente dall'art. 2 Cost., comporta che i singoli (o entrambi i) componenti della "coppia omosessuale" avessero il diritto di chiedere, a tutela di specifiche situazioni e in relazione ad ipotesi particolari, un "trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla "coppia coniugale"⁵⁹. Malgrado la Corte costituzionale non avesse riconosciuto il diritto al matrimonio per mezzo del riconoscimento della coppia omosessuale quale formazione sociale affettiva ai sensi dell'art. 2 Cost, la Cassazione riteneva che dalle motivazioni sviluppate nella sentenza 138/2010 avrebbero potuto ricavarsi importanti risultati sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale⁶⁰. Di tutt'altro avviso appare invece il pensiero della Suprema Corte di Cassazione nel momento in cui, assumendo come parametro di riferimento il panorama sovranazionale, attraverso l'interpretazione e l'efficacia riconosciuta a un inciso di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹, statuisce l'esistenza di un vero e proprio diritto di contrarre matrimonio (anche) per le coppie omosessuali, e dunque riconosce che al significante "matrimonio" possa corrispondere la sostanza "coppia omosessuale". Se infatti in un primo frangente la Corte di Cassazione, in conformità con la Corte Costituzionale, conferma la presenza di un postulato implicito nel nostro ordinamento (ossia l'eterosessualità della coppia quale elemento fondante l'istituto matrimoniale), in un secondo momento considera la possibilità di poter affermare che la motivazione della sentenza di rigetto pronunciata dalla Corte di Strasburgo abbia avuto la vemenza e la possibilità di mutare la sostanza di quel postulato. Nello specifico la Suprema Corte riporta l'inciso della sentenza in cui la Corte di Strasburgo, effettuando un overruling dei suoi precedenti, rovescia quella tradizione sedimentata, all'apparenza tale anche per l'ordinamento italiano: "La Corte *non ritiene più* che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l'articolo 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, *per come stanno le cose*, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente

⁵⁹ Cfr Michele Di Bari "Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della corte di cassazione: la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della corte costituzionale" rivista n° 1/2012, pubblicata il 28 Marzo 2012, in Associazione italiana dei costituzionalisti, p.10;

⁶⁰Cfr Ilenia Massa Pinto, "Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, corte europea dei diritti dell'uomo e corte di cassazione: può una sentenza della corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillennaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?", rivista n° 2/2012, pubblicata il 4 Aprile 2012, p. 4;

⁶¹ ECHR sentenza "Schalk e Kopf c Austria", pubblicata il 24 Giugno 2010;

se permettere o meno il matrimonio omosessuale”»⁶². La Corte di cassazione pone l’accento proprio sulla capacità della sentenza di Strasburgo nell’aver fatto cadere quel postulato implicito che, nell’ordinamento italiano aveva boicottato il ricorso a un’interpretazione inclusiva, di per sé giuridicamente plausibile, dell’istituto matrimoniale. Nello specifico, dalla lettura della sentenza europea la Cassazione ricavava: da un lato che il diritto al matrimonio *ex art. 12 CEDU*, in combinato disposto con l’art. 9 della Carta, comprendeva anche quello tra persone del medesimo sesso; dall’altro che pur essendo la “coppia omosessuale” *inclusa* nel significato “matrimonio”, non anche alla “coppia omosessuale” si doveva estendere, *per analogia*, la disciplina di un istituto riguardante solo le coppie eterosessuali. Questa mancata omogenizzazione veniva stabilita dalla Suprema Corte sempre coerentemente alla sentenza di Strasburgo in base alla quale: in piena conformità con l’inequivocabile tenore letterale degli artt. 12 della Convenzione e 9 della Carta, la “garanzia” del diritto ad un matrimonio è totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell’Unione europea. Dalla sentenza della Corte italiana e da quella europea, la Cassazione ricavava dunque le seguenti conclusioni pratiche: <<I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia – a prescindere dall’intervento del legislatore in materia –, 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>>⁶³.

⁶² ECHR, Sentenza Schalk e Kopf, 24 Giugno 2010;

⁶³ Cfr Sentenza 4184/2012, pubblicata in G.U il 15 Marzo 2012;

2.4 La condanna dello Stato italiano per la mancata tutela del diritto alla vita familiare per le coppie lgbt nel caso Oliari e altri c Italia (decisione del 21 Luglio 2015)

Alla luce di una evoluzione giurisprudenziale non più trascurabile, sia a livello sovranazionale⁶⁴ sia a livello interno⁶⁵, premente su un effettivo e positivo impegno a tutela delle relazioni omosessuali al pari di quanto fatto in numerosi Stati dell'Unione, lo Stato Italiano, data la sua inerzia in materia, è andato inevitabilmente in contro ad una decisione di condanna ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo. La sentenza, emessa dalla quarta sezione della Corte, riguarda i ricorsi presentati da sei cittadini italiani i quali avevano lamentato la mancanza di una qualsivoglia modalità di riconoscimento giuridico delle loro rispettive relazioni. Nello specifico Enrico Oliari, assieme al suo compagno, a seguito del rifiuto da parte del comune di Trento di procedere in relazione all'istanza di matrimonio presentata presso il competente Ufficio comunale, ha dato origine ad un contenzioso proceduto fino a giungere innanzi al sindacato della Corte Costituzionale. Il ricorso presentato premeva essenzialmente sulla presunta violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte dello Stato italiano.

Nel procedere alla condanna, la Corte di Strasburgo si era soffermata soprattutto nel definire quella che era la condizione di vita degli omosessuali in Italia: una condizione caratterizzata da una profonda insensibilità da parte del legislatore nel legiferare sul punto e in cui l'impegno dei giudici nel far fronte a tale carenza risultava essere non più sufficiente. Lo Stato italiano, o meglio il legislatore, appariva sordo rispetto a quelle che erano state le continue prese di posizione dell'Unione⁶⁶ in relazione alla lotta contro le discriminazioni verso i soggetti lgbtq, atteggiamento che era stato sottolineato dallo stesso Presidente della Suprema Corte, Gallo, il quale aveva manifestato tutto il suo estremo disappunto nei confronti di una mancanza di capacità e voglia, tutta politica, di garantire stabilità e certezza del diritto a tali situazioni: << *Il dialogo che la Corte [Costituzionale] ha ormai stabilmente instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in*

⁶⁴ Avvenuta con le sentenze: Kozac c Polonia; Kraner c Austria; Schalk e Kopf;

⁶⁵ Sentenza 130/2010 Corte Cost; Sentenza 170/2014 Corte Cost;

⁶⁶ Sentenza Schalk e Kopf; Raccomandazione 924/1981; Raccomandazione 1474/2000; Risoluzione APCE 1547/2007 del 18 Aprile "Lo stato dei diritti umani e della democrazia in Europa"; Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, intitolata "Discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere", adottata il 29 Aprile 2010.

cui la Corte solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità>>⁶⁷. E difatti, negli anni precedenti la sentenza in questione, non pochi solleciti erano giunti sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella ordinaria⁶⁸: Dalla Corte Costituzionale la pronuncia 138/2010, in cui la stessa aveva auspicato un possibile intervento del legislatore, dichiarando al contempo il diritto di una coppia di individui dello stesso sesso di ottenere un riconoscimento giuridico della loro unione; e la sentenza n 170/2014 relativa ad un caso di divorzio imposto a seguito di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, in cui la Corte, ancora una volta sollecitò il legislatore a risolvere il vuoto normativo che non tutelava la coppia del caso.

Nel decidere, la Corte di Strasburgo basò essenzialmente la sua decisione di condanna sulla base dell'art. 8 della Convenzione: essa sottolineò che, nonostante l'obiettivo principale della disposizione fosse quello di tutelare le persone dall'ingerenza arbitraria delle autorità pubbliche (obbligo negativo), la stessa poneva in capo agli Stati membri anche un obbligo positivo consistente nell'adottare misure in grado di garantire il rispetto dei diritti in essa tutelati, la cui ampiezza può⁶⁹ o meno⁷⁰ restringersi a seconda dell'importanza dell'interesse da tutelare. Se in *Schalk e Kopf c Austria* il giudice europeo aveva preso atto dell'esistenza di un obbligo positivo di tutela del diritto alla vita privata e familiare per le coppie omosessuali ma non aveva condannato lo Stato

⁶⁷ Corte Costituzionale, Riunione straordinaria del 12 Aprile 2013, Relazione del Presidente prof. Andrea Gallo, Roma-Palazzo della Consulta;

⁶⁸ Trib. Reggio Emilia, Ordinanza 13 Febbraio 2012: in tale caso i ricorrenti si videro riconoscere il loro diritto alla vita familiare in Italia in quanto il giudice, dato il vincolo sussistente nella coppia e attestato da matrimonio regolarmente contratto in Spagna, consentì il rilascio del permesso di soggiorno in Italia per il partner straniero; Trib. Grosseto, Decreto 3 Aprile 2014: in tale provvedimento è stato ordinato all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Grosseto di trascrivere nei registri dello Stato civile il matrimonio stipulato tra i ricorrenti, data l'assenza di un qualsiasi impedimento derivante da disposizioni di legge alla trascrizione di atto di matrimonio celebrato conformemente ai criteri previsti dalla legge straniera e l'assenza di contrarietà all'ordine pubblico nazionale.

⁶⁹ Ad esempio, nel caso della tutela dell'identità di una persona, il margine di discrezionalità di uno Stato è ristretto (es: Sentenza *Christine Goodwin c Regno unito*; sentenza *Pretty c Regno Unito* n°2346/2002)

⁷⁰ Nel caso di attività di bilanciamento tra interessi pubblici e privati il margine di discrezionalità di uno Stato è più ampio; tuttavia, il margine si riduce nel momento in cui vengono ad essere tutelati aspetti della vita privata o familiare fondamentali per l'individuo. Nel caso di specie la protezione giuridica della coppia è un c.d "core right", differente rispetto ad un c.d "supplementary right" come il diritto a vivere una relazione sentimentale, che permette un più ampio margine di discrezionalità;

austriaco in virtù dell'assenza, all'epoca dei fatti, di una maggioranza di Stati⁷¹ che condividesse una visione potenzialmente comune di un qualsivoglia riconoscimento delle coppie omosessuali, nel caso di specie, invece, la Corte fu intenta a verificare se al pari di quanto accaduto nel corso degli anni in altri Stati dell'Unione, l'Italia avesse provveduto a definire un quadro giuridico che permettesse di riconoscere, con piena efficacia giuridica, la relazione dei ricorrenti. Al fine di una corretta valutazione di tale adempimento, la Corte di Strasburgo passò in rassegna l'intera legislazione nazionale (in vigore all'epoca dei fatti), ricavandone: in primis che ai componenti di una coppia dello stesso sesso era riconosciuta esclusivamente la possibilità di effettuare una trascrizione della loro unione all'interno del registro comunale delle unioni civili (trascrizione rilevante ai soli fini statistici e priva della capacità di produrre effetti giuridici vincolanti fra i membri dell'unione, che rimaneva per l'appunto "di fatto"); in secundis che la possibilità di ricorrere ai c.d. contratti di convivenza⁷² non permetteva la piena tutela di quelli che sono gli aspetti fondamentali di un rapporto di coppia basato su una relazione stabile (come ad esempio l'assistenza materiale e morale reciproca, i diritti successori ecc.), ed inoltre non garantiva un effettivo riconoscimento della coppia omosessuale essendo gli stessi contratti accessibili a chiunque convivesse.

<<In questo contesto è evidenziata nella pronuncia della Corte di Strasburgo una frattura tra la realtà sociale, che presenta non poche esperienze affettive omosessuali, e l'inadeguatezza dell'ordinamento italiano di fare fronte a questo tipo di esigenza>>⁷³.

Tale frattura il Governo italiano tentò di giustificarla dietro la necessità di raggiungere una maturazione graduale di una visione comune su temi così delicati⁷⁴, ma la Corte rigettò tale considerazione in virtù di quelli che erano stati i segnali provenienti sia dalle supreme autorità giudiziarie italiane sia dalla stessa popolazione italiana, la quale, come emergeva dalle statistiche depositate in giudizio dall'Associazione radicale Certi diritti, si poneva apertamente a favore del riconoscimento delle unioni civili per le coppie omosessuali.

Gli elementi finora elencati, ossia, le continue pronunce delle più alte corti italiane e le indicazioni provenienti dalla comunità nazionale, nel ragionamento della Corte,

⁷¹ Solo diciannove Stati

⁷² Frutto di un'iniziativa del Consiglio nazionale del Notariato datata 2 Dicembre 2013;

⁷³ Cfr Ferraro Luigi, Il caso Oliari e l'inevitabile condanna dell'Italia da parte della Corte EDU, fascicolo 2/2015, pag 3;

⁷⁴ Cfr Ilaria Anrò, La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle Unioni civili, ISSN 2384-9169, pubblicato in eurojus.it, il 24 luglio 2015;

finiscono per incidere fortemente sull'ampiezza del margine di apprezzamento spettante a ciascun stato in relazione all'art 8 CEDU; se in Schalk e Kopf la Corte aveva posto alla base dei criteri di valutazione del margine di apprezzamento non solo il peso delle questioni morali ed etiche affrontate dallo Stato ma anche la presenza o meno⁷⁵ di uno sviluppato consenso tra i Paesi membri del Consiglio d'Europa all'epoca della proposizione del ricorso, in Oliari la Corte ridimensionò tale impostazione adottando una visione decisamente più stringente. Essa, infatti, legò l'ampiezza del margine di apprezzamento di uno Stato a due ulteriori elementi, fino ad allora taciuti, ossia: il grado di accettazione espresso dalla società nazionale e i ripetuti richiami della giurisprudenza interna⁷⁶ i quali finivano per porsi quali parametri del corretto bilanciamento da attuarsi tra gli interessi dei ricorrenti e quelli della società nel complesso, verso i quali, a dire della Corte, il legislatore si è dimostrato indifferente. In considerazione dei due nuovi elementi ora citati, cui si affiancava, rispetto a Schalk e Kopf, un oramai generale tendenza globale al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali⁷⁷, la Corte concluse che il mancato intervento del legislatore avesse ecceduto il margine di discrezionalità spettante allo Stato italiano e avesse determinato la violazione dell'obbligo positivo scaturente dall'art 8 CEDU di riconoscere alle coppie omosessuali una piena ed effettiva tutela giuridica delle loro unioni. In definitiva la sentenza resa nel caso Oliari avrebbe portato di lì a poco il legislatore nazionale ad adottare *“un diverso approccio ai temi dell'eguaglianza delle persone e delle libertà fondamentali, nel solco di una interpretazione evolutiva delle norme costituzionali riflettente i mutamenti sociali e le nuove tensioni culturali [...] a suggerimento di un'influenza continua e profonda tra il sistema convenzionale e l'ordinamento costituzionale italiano”*⁷⁸.

3 La direttiva 38/2004 in materia di libertà di circolazione e la tutela approntata alle coppie same-sex

Se l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo è stato fondamentale al fine di incentivare l'ottenimento di un consensus internazionale in materia di riconoscimento

⁷⁵ Il che permetteva di godere di un più ampio margine di discrezionalità;

⁷⁶ Cfr, Strasburgo condanna l'Italia per la mancante legislazione sulle unioni civili: nuovi scenari nel delicato rapporto tra Corte Europea e istituzioni nazionali, pubblicato il 3/2015 in osservatoriosullefonti.it, Archivio rubriche 2015, Fonti dell'Unione europea ed internazionali;

⁷⁷ All'epoca di “Oliari e altri c Italia”, ben 24 Stati su 47 avevano legiferato in favore del riconoscimento delle coppie omosessuali;

⁷⁸ Parisi Marco, “Verso una tutela nazionale sovranazionale delle unioni(matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*”, pubblicato in www.statochiese.it, Rivista telematica n°5/2016, ISSN 1971-8543, p 28;

delle coppie omosessuali ai sensi dell'art 8 CEDU, altrettanto importante è stato il ruolo giocato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla normativa comunitaria sulla quale la stessa è tenuta a pronunciarsi. In particolar modo, per comprendere gli elementi di base su cui poggia l'intera proposta di regolamento della Commissione⁷⁹ appare opportuno ripercorrere le innovazioni interpretative e sostanziali apportate dall'Unione in materia di circolazione ed in materia di trascrizione dello status filiationis, prima fra tutte la direttiva 38/2004. La direttiva in esame nasce con l'obiettivo di superare il carattere settoriale e frammentario delle norme preesistenti concernenti il diritto alla libertà di circolazione⁸⁰, e di stabilire le condizioni per l'esercizio del diritto di circolazione e soggiorno (sia temporaneo che permanente) per i cittadini UE ed i loro familiari; il tutto al fine di garantire un più rapido ed effettivo esercizio di una delle libertà fondamentali su cui poggia l'intero apparato comunitario.

Il diritto di circolare e soggiornare liberamente all'interno dell'Unione Europea ad oggi è sancito ad oggi all'art 21 TFUE, in base al quale << Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi>>⁸¹ Originariamente, con la costituzione della CEE a seguito della ratifica dei trattati di Roma del 1957, la libertà di circolazione delle persone venne concepita con una logica alquanto restrittiva: nello specifico, data la chiara intenzione di voler dar vita ad un mercato unico interno, i redattori del testo furono portati a considerare giuridicamente importanti esclusivamente gli spostamenti dei fattori di produzione⁸², con la conseguenza che il diritto in esame venne riconosciuto soltanto a

⁷⁹ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione COM(2022) 695 final, Bruxelles, 7.12.2022

⁸⁰ il regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (in parte modificato ma non abrogato) ed i seguenti testi legislativi: la direttiva 68/360/CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità; la direttiva 73/148/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi; la direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno; la direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale; la direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti;

⁸¹ Così ART 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea; all'art 45 CDFUE è sancito inoltre che la libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro;

⁸² In tal senso Giovanni Bonato, « La libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea e la tutela dell'ordine pubblico », *Italies*, 14 | 2010, 233-248.

coloro i quali potevano essere considerati economicamente attivi, come ad esempio lavoratori e prestatori di servizi, compresi i loro familiari. Tale visione, prettamente mercantilistica, nel corso degli anni è stata poi mutata grazie all'operato della CGUE, la cui giurisprudenza⁸³ ha contribuito a favorire un progressivo ampliamento dei soggetti beneficiari della libertà in questione, includendovi studenti, pensionati ed altre categorie di soggetti economicamente inattivi, purché in possesso di specifiche condizioni economiche⁸⁴. Nell'iter di ampliamento della libertà di circolazione delle persone, il 1985 si pose come punto fondamentale di tale percorso: tale anno fu di fatti segnato dalla stipulazione di un accordo, noto come Accordo di Schengen⁸⁵, caratterizzato dalla creazione di uno spazio in cui fosse facilitata la circolazione di merci, persone e servizi ed in cui venissero amplificati i controlli alle frontiere esterne piuttosto che a quelle comuni dei paesi aderenti. Questi fattori si dimostrarono sintomatici di una necessità, tutta europea, di effettuare ulteriori passi in avanti nel processo di integrazione fra i popoli europei, i quali non mancarono di manifestarsi.

E difatti, col Trattato di Maastricht del 1992 prese vita quell'idea, già in parte manifestatasi nei lavori delle istituzioni europee, di dar vita ad una cittadinanza europea che permettesse a qualsiasi individuo facente parte di uno Stato membro di scegliere in quale Stato membro risiedere e di circolare liberamente all'intero del territorio comunitario. In questo modo il cittadino europeo non viene più considerato in una mera ottica economico-produttiva ma diviene soggetto politico che può partecipare attivamente alla crescita di una struttura sovranazionale democratica e cosmopolitica. “Rispetto alle consuete forme di cittadinanza, quella europea è capace di adeguarsi più pienamente ai principi universalistici del pensiero democratico moderno, all'idea cioè che l'attribuzione dei diritti non trovi mai limite nella lingue, nella religione, nella razza ed in altre caratteristiche distintive delle persone”⁸⁶.

Nell'ottica delineata dal Trattato di Maastricht si inserisce la direttiva 2004/38/CE del 29 Aprile 2004 che, oltre ad unificare, come già esposto, le preesistenti normative

⁸³ Es: Sentenza della CGUE del 3 giugno 1986, *Kempf*, causa 139/85 ed altre citate in A. Adinolfi, “*La libertà di circolazione delle persone*”, in G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea*, parte speciale, Torino, Giappichelli, 2006;

⁸⁴ Il riferimento è alle direttive CEE n. 364, 365 e 366 del 28 giugno 1990, nelle quali si richiedeva il possesso di risorse economiche sufficienti ed il possesso di un'assicurazione sanitaria affinché i cittadini di altri Stati membri non divenissero un onere eccessivo per le finanze dello Stato ospitante.

⁸⁵ Firmato il 14 Giugno 1985 da Belgio, Germania, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi, l'Accordo di Schengen mirava a rimuovere progressivamente i controlli alle frontiere interne nonché ad introdurre la libera circolazione per i cittadini dei paesi firmatari, degli altri paesi dell'Unione e di alcuni paesi terzi;

⁸⁶ Così Francesco Mazzaferro, “Cittadinanza europea e nuovi diritti dei cittadini dell'Unione”, pubblicato in rivista *Il Federalista*, Anno XXXV, 1993, Numero 2, Pagina 65;

relative alla libertà di circolazione, ha dato concreta attuazione al concetto di cittadinanza europea sancendo che “la cittadinanza dell’Unione dovrebbe costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando essi esercitano il loro diritto di libera circolazione e di soggiorno”⁸⁷, fermo restando la previsione di appositi limiti per l’esercizio di tale diritto.

Nello specifico, la direttiva delinea tre distinte ipotesi di soggiorno: un soggiorno c.d. breve, noto anche come “periodo di circolazione”, avente durata inferiore ai tre mesi e per il quale non è richiesta alcuna condizione eccetto il possesso di un documento di identità o di un passaporto; un soggiorno c.d. lungo (o superiore ai tre mesi) per il quale è richiesto il possesso, sia ai cittadini UE che ai loro familiari economicamente inattivi, di risorse economiche sufficienti⁸⁸ e di un’assicurazione sanitaria (fermo restando che i familiari dei cittadini UE che siano provenienti da Stato terzo devono richiedere un permesso di soggiorno valido per una durata massima di cinque anni); infine un diritto di soggiorno permanente, di cui i cittadini UE possono godere semplicemente a seguito di un periodo di ininterrotta residenza legale pari a cinque anni. Lo stesso vale per familiari di cittadino UE che siano cittadini di Stato terzo⁸⁹. Nonostante l’offerta di una chiara impostazione normativa, atta ad incoraggiare i cittadini dell’Unione a circolare liberamente nel territorio dell’Unione, la direttiva ha dovuto affrontare, fin dalla sua elaborazione, i continui ostacoli che si manifestavano al momento dell’effettivo esercizio della libertà di circolazione. In particolare, ai fini che qui ci competono, si ricordi la Risoluzione del Parlamento europeo del 2 Aprile 2009 che, già al tempo, manifestando la propria attenzione nei confronti delle doglianze delle coppie omosessuali, richiedeva agli Stati membri “di dare piena attuazione ai diritti sanciti dall’articolo 2 e 3 della direttiva 2004/38/CE e di riconoscere tali diritti non soltanto ai coniugi di sesso diverso, ma anche ai partner legati da un’unione registrata ai membri del nucleo familiare e ai partner – comprese le coppie dello stesso sesso riconosciute da uno Stato membro – a prescindere dalla loro nazionalità e fatto salvo il loro mancato riconoscimento nel diritto civile di un altro Stato membro, in accordo con i principi di reciproco riconoscimento, uguaglianza, non discriminazione, dignità e rispetto della vita

⁸⁷ Parlamento Europeo e Consiglio, Direttiva 2004/38/CE, 29 aprile 2004;

⁸⁸ Quanto all’importo delle risorse che si considerano sufficienti: Gli Stati membri si astengono dal fissare un importo preciso ma, in ogni caso, tale importo non può essere superiore al livello delle risorse al di sotto del quale i cittadini dello Stato membro ospitante beneficiano di prestazioni di assistenza sociale;

⁸⁹ Cfr Ottavio Marzocchi, “Libera circolazione delle persone”, Note sintetiche sull’Unione europea, Maggio 2022, p.4;

privata e familiare”⁹⁰. Si trattava di un tentativo di recupero della proposta di nozione “comune” di familiare, già svolta dal Parlamento in sede di elaborazione della direttiva 2004/38, che la Commissione aveva tuttavia rigettato sia in considerazione del fatto che l’evoluzione sociale dell’epoca non permetteva una simile assimilazione, sia in considerazione del fatto che la Comunità, non godendo di una competenza nel diritto di famiglia, avrebbe determinato un’ingerenza nella potestà legislativa degli Stati membri costringendoli ad adottare norme legittimanti tipi di legami diversi da quello matrimoniale.

Conseguenza di tale scontro ideologico è stata la formulazione dell’art. 2 par.2 lett b) della direttiva, che è stato formulato non solo in maniera tale da riconoscere una certa forma di tutela alle coppie differenti dalla coniugata eterosessuale, ma anche in maniera tale da far dipendere l’effettivo esercizio del diritto alla libertà di circolazione al rapporto tra la coppia omosessuale e la legislazione del singolo Stato membro⁹¹. Seguendo l’originaria modalità interpretativa ed applicativa dell’articolo della direttiva, si aveva pertanto che: se una coppia same-sex era sposata nel proprio Stato di origine e lo Stato ospitante disciplinava l’istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, allora il cittadino richiedente aveva sicuramente il diritto di poter raggiungere il proprio coniuge nel paese ospitante, in lineare accordo con il testo della direttiva; qualora invece la coppia avesse registrato la propria unione nello Stato di origine, in tal caso il cittadino richiedente avrebbe potuto essere in grado di raggiungere il proprio partner solo a seconda del modo in cui il singolo Stato ospitante si fosse posto in merito alle unioni registrate⁹².

3.1 La sentenza Coman e l’interpretazione estensiva della nozione di “coniuge” ad opera della CGUE

L’evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni che ha interessato la ECHR in tema di diritti degli omosessuali è divenuta base fondamentale su cui poter costruire gli eventuali sviluppi futuri della tutela apprestata dall’Unione Europea e dalla sua Corte

⁹⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 2 aprile 2009 sull’applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (2008/2184(INI));

⁹¹ in riferimento si veda il testo di cui agli artt 2, par 2, lett b) e 3, par 2, della direttiva 2004/38/CE;

⁹² “Coppie dello stesso sesso, libera circolazione dei cittadini dell’UE, migrazione e asilo”, Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali, 2009;

verso le istanze della popolazione Lgbt. Un esempio di comunicazione tra corti è il caso Coman.

In merito ai fatti del procedimento principale: il sig. Coman e il sig. Hamilton, rispettivamente cittadini rumeno-americano ed americano, dopo essersi conosciuti in territorio statunitense nell'anno 2002 e dopo aver convissuto nella città di New York, decisero di sposarsi a Bruxelles nel 2010, luogo in cui Coman svolgeva la sua funzione di assistente parlamentare. Nel marzo 2012, Coman e Hamilton decisero di rivolgersi all'Ispettorato per comprendere se quest'ultimo avesse potuto ottenere, in veste di familiare del Coman, il diritto di circolare e soggiornare nel territorio di cui il primo aveva cittadinanza. La risposta dell'Ispettorato, con cui la coppia veniva informata del fatto che il sig. Hamilton aveva diritto al solo permesso di soggiorno pari a 3 mesi in quanto in Romania non era riconosciuto l'istituto matrimoniale tra coppie dello stesso sesso, portò gli stessi a sollevare ricorso sostenendo la sussistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in relazione al diritto di libera circolazione nell'Unione.

Nel corso della controversia, essi hanno sollevato un'eccezione di incostituzionalità dell'art 277 del codice civile rumeno in quanto vietava categoricamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso e vietava il riconoscimento dei matrimoni effettuati all'estero pur facendo salve le disposizioni in materia di libera circolazione dei cittadini degli Stati Ue. Preso atto del fatto che la causa riguardasse il riconoscimento di un matrimonio funzionale all'esercizio dei diritti relativi alla vita familiare e alla libera circolazione, la Corte costituzionale romena sollevò questioni pregiudiziali alla CGUE relative alla corretta interpretazione da fornire a talune disposizioni della direttiva 38/2004; in special modo che tipo di significato attribuire al termine "coniuge" di cui all'art. 2 paragrafo 2 lett a) e se, in caso di risposta negativa, il partner dello stesso sesso, proveniente da Stato terzo, di un cittadino UE con il quale questi si è legalmente sposato, possa essere ricondotto alla nozione di "altro familiare" o di "partner avente relazione stabile debitamente accertata" di cui rispettivamente all'art 3 paragrafo 2 lett a-b)⁹³.

Nel rispondere alla prima delle questioni pregiudiziali promosse, la Corte anzitutto ha espresso la necessità di ricordare che la direttiva 38/2004 è stato frutto del tentativo di rafforzare quello che è l'esercizio di un diritto primario, riconosciuto a tutti i cittadini

⁹³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo(Grande Sezione), 5 Giugno 2018, causa C-673-16,"Coman" pag 1-6;

comunitari ai sensi dell'articolo 21 TFUE, ossia il diritto alla libera circolazione nel territorio dell'Unione. Da un'attenta analisi, tuttavia, la Corte ha potuto constatare, prima facie, che tale direttiva, disciplinando esclusivamente le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini comunitari, lasciava dubbie condizioni, quali quelle in esame, in cui ad essere in discussione era il diritto di soggiorno di un cittadino di Stato terzo, familiare di cittadino comunitario, che non poteva in alcun modo beneficiare di un diritto di soggiorno derivato ai sensi della direttiva. Nel confrontarsi con tale fattispecie, i giudici di Strasburgo ricordano come in altri casi⁹⁴, ai cittadini di Stato terzo fosse stato riconosciuto un diritto di soggiorno derivato, per mezzo del principio del c.d effetto utile dei diritti spettanti al cittadino europeo⁹⁵. Andando al caso specifico il Sig Coman, quale cittadino comunitario, gode di tutta una serie di diritti riconosciutigli dal diritto europeo ed esercitabili sia nei confronti dello Stato d'origine, sia nei confronti dello Stato ospitante all'intero del quale egli abbia ottenuto il riconoscimento della propria relazione di coppia. Fra tali diritti vi rientra quello sulla libera circolazione garantito dall'art. 21 TFUE. Quale corollario di tale diritto, la giurisprudenza della Corte ha incluso il diritto a poter condurre la propria vita familiare, diritto che deve essere garantito, non solo nello Stato membro ospitante ma anche all'interno di quello Stato membro del quale il cittadino comunitario possiede la cittadinanza, e che deve essere esteso anche a tutti quei familiari con cui il cittadino comunitario sostenga quella "vita familiare", causa, altrimenti, la violazione dell'articolo 21 TFUE. Secondo la Corte infatti, nel momento in cui i cittadini comunitari non avessero la sicurezza di poter usufruire di agevolazioni in materia di ingresso e soggiorno dei propri familiari, almeno equivalenti a quelle di cui possono godere ai sensi della direttiva 38/2004, verrebbero distolti dal lasciare il proprio paese per poter svolgere altre attività in altri Stati membri dell'Unione⁹⁶, e ciò si tradurrebbe in una occulta limitazione della libertà di circolazione riconosciuta ai cittadini comunitari. Pertanto l'applicabilità della direttiva 38/2004 è ammissibile anche nei confronti di cittadino di Stato terzo che sia familiare di cittadino comunitario. L'unico strumento che avrebbe permesso alla vita familiare della coppia del caso di

⁹⁴ Sentenza del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 46;

⁹⁵ Per effetto utile si intende il principio secondo cui una determinata norma deve essere interpretata in modo tale da favorire il raggiungimento dell'obiettivo dalla stessa prefissato. È un principio spesso utilizzato dalla CGUE per garantire l'efficacia diretta di decisioni e direttive nonché il corretto funzionamento della comunità europea;

⁹⁶ Cfr Francesco Battaglia, "La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/2004: Il caso Coman e Hamilton", pubblicato in Ordine internazionale e diritti umani ISSN 2284-3531(2018) pp 301-321; per riferimenti giurisprudenziali si veda Sentenza O. e B., C-456/12, 12 Marzo 2014, punto 54;

specie di proseguire sarebbe stata la concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, in questo caso un cittadino di Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino comunitario, e che con questi abbia contratto matrimonio nel rispetto della normativa di altro Stato membro. Emerge a questo punto la necessità di comprendere se la nozione di coniuge di cui all'art. 2 prf 2 lett a), ricomprenda il caso del partner in esame. Con un innovativo dire della Corte, la nozione di coniuge fornita dalla direttiva sarebbe "neutra" dal punto di vista del genere e "indifferente" rispetto al luogo in cui è avvenuto il matrimonio. Per la Corte riconoscere la natura neutrale del termine "coniuge" è funzionale a garantire l'eguale godimento della libertà di circolazione di cui all'art. 21 TFUE dal momento che la stessa verrebbe privata del proprio effetto utile se un cittadino x dell'unione non riuscisse ad avere il modo di ritornare nello Stato di cittadinanza accompagnato dal proprio coniuge, indipendentemente dal sesso⁹⁷. Dai lavori preparatori della direttiva emerge che, in passato, il tentativo del Parlamento Europeo di far prescindere il termine coniuge dall'effettiva sessualità dei partner venne bocciato dalla Commissione in quanto non in grado di rispecchiare l'orientamento generale degli Stati membri⁹⁸; ciò malgrado, l'effettiva impostazione data dalla Commissione al testo della direttiva ha lasciato in vita un più ampio margine d'interpretazione in grado di far fronte ad un eventuale e futuro sviluppo sulla materia: mentre ai sensi dell'art. 2 prf 2 lett b) per la qualificazione quale "familiare" del partner con cui il cittadino dell'Unione abbia contratto un'unione registrata in uno Stato membro, si rinvia alla legislazione dello Stato membro in cui il cittadino comunitario intende soggiornare o recarsi, l'art. 2 prf 2 lett a) invece non prevede un simile rinvio, con la conseguente possibilità di ricondurvi il partner dello stesso sesso⁹⁹. La Corte, inoltre, ritiene che pur essendo lo stato civile una materia riservata alla competenza legislativa dei singoli Stati membri, è pur vero che essa debba essere esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione, special modo delle libertà fondamentali garantite dai Trattati. Far dipendere il rilascio di un permesso di soggiorno dalle disposizioni del diritto di uno Stato membro che possono o meno riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, implicherebbe inevitabilmente che la libertà di circolazione

⁹⁷ Cfr Simone Penasa, "Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: Osservazioni a "Cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di Giustizia, pubblicato in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, Fascicolo n°3/2018, p.8;

⁹⁸ All'epoca della direttiva solo due Stati membri prevedevano il matrimonio omosessuale;

⁹⁹ Sentenza Coman e Hamilton, 5 giugno 2018, causa C-673-16, prf 36;

variarebbe da uno Stato all'altro, determinando dunque un disomogeneo livello di tutela all'interno dello spazio comunitario che priverebbe le disposizioni della direttiva del loro effetto utile¹⁰⁰.

Per questi motivi, la Corte precisa che la concezione gender-neutral della nozione di coniuge deve essere considerata ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di Stato terzo, in maniera tale da lasciare impregiudicata la competenza degli Stati membri in materia di stato civile e famiglia. Conseguenza di tale iter argomentativo della Corte è che uno Stato non può rifiutarsi di riconoscere un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo sulla base del suo mancato riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Per i giudici della CGUE, una limitazione della libertà di circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari è possibile; tuttavia, per poter essere considerata ammissibile, essa dovrebbe essere giustificata da motivi di interesse generale e dovrebbe avvenire per mezzo di misure nazionali che siano rispettose dei diritti fondamentali riconosciuti nel diritto comunitario e dalla CDFUE. Essendo il rispetto della vita familiare e privata un diritto fondamentale, garantito dall'art. 7 della Carta, nonché dall'art. 8 CEDU, ed essendo stato riconosciuto dalla Corte di Strasburgo¹⁰¹ che in tale diritto vi rientra anche la relazione che riguarda una coppia omosessuale, le giustificazioni presentate da taluni Stati nel caso di specie, secondo cui le limitazioni alla libertà di circolazione dei cittadini comunitari e dei loro coniugi sarebbero giustificate dalla necessità di salvaguardare l'ordine pubblico e l'identità nazionale che si cela dietro l'istituto matrimoniale non apparirebbero assolutamente rilevanti. Ciò in quanto a parere della Corte l'istituto non verrebbe leso in alcun modo dall'estensione delle sole garanzie contenute nella direttiva ai coniugi omosessuali¹⁰².

Sulla base di tali argomentazioni la Corte conclude affermando che: nelle situazioni in cui un cittadino Ue abbia esercitato il diritto alla libera circolazione garantitogli dall'art.21 TFUE, soggiornando conformemente alla direttiva 38/2004 in Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza e lì instaurando una vita familiare con un cittadino extra-Ue con il quale si è unito in matrimonio, lo stesso art. 21 TFUE va

¹⁰⁰ Ossia della capacità di raggiungere l'obiettivo in esse prefissato;

¹⁰¹ Sentenza Schalk e Kopf; Sentenza Valliantos e a c. Grecia 7 Novembre 2013; Orlandi e altri c. Italia 14 Dicembre 2017;

¹⁰² Cfr "Libertà di soggiorno nell'Ue per il coniuge omosessuale", pubblicato in International routes of law, il 24 Giugno 2018;

interpretato nel senso che osta al rifiuto prodotto dalle autorità di Stato membro, di cui il cittadino comunitario ha la cittadinanza, di concedere il permesso di soggiorno al partner dello stesso sesso per via della mancata previsione del matrimonio same-sex nell'ordinamento giuridico statale¹⁰³.

Malgrado nella sentenza Coman la Corte abbia espressamente specificato che l'interpretazione da dare al termine "coniuge" debba essere circoscritta alla sola materia di cui tratta la direttiva 38/2004, vi è chi propone una lettura più espansiva degli effetti della sentenza, secondo la quale il Caso Coman andrebbe ad aver avere un impatto significativo, ben al di là della mera possibilità di soggiornare e circolare all'interno degli Stati membri¹⁰⁴.

Difatti il dovuto riconoscimento dello status matrimoniale tra due persone dello stesso sesso, seppur contratto in altro Stato membro, da parte del paese in cui si intende risiedere, implicherebbe che la coppia same-sex debba essere trattata allo stesso modo di una coppia sposata eterosessuale, e pertanto tutti quei benefici di natura sociale di cui gode quest'ultima dovrebbero essere estesi ad un coppia omosessuale sposata il cui coniugio è riconosciuto al momento del rilascio del permesso di soggiorno. Resta dunque in mano alle singole Corti nazionali la possibilità di espandere o considerare in maniera statica i principi enunciati all'interno della sentenza Coman, fermo restando che la stessa rimane, per tutti gli Stati membri comunitari, una grande conquista di civiltà in tema di diritti lgbt destinata a scuotere i singoli Stati dell'UE.

3.2 La tutela della circolazione transfrontaliera del minore di coppia omosessuale nella proposta di regolamento del Consiglio 695/2022

Al pari di quanto accaduto nel caso Coman, dove la tutela riservata ai coniugi omosessuali è rimasta circoscritta alla sola possibilità di esercizio del diritto di circolazione di cui alla direttiva 38/2004, lo stesso può dirsi che avvenga tutt'oggi in materia di circolazione dello status filiationis tra Stati membri. Di fatti, malgrado l'Unione già imponga al singolo Stato membro il riconoscimento della filiazione accertata in altro Stato dell'Unione, tale imposizione è rimasta circoscritta ai soli

¹⁰³ Grande Sezione CGUE, Sentenza Coman e Hamilton, 5 Giugno 2018, prf 51;

¹⁰⁴ Cfr Alberto Meniconi, "La nozione di "coniuge" nei matrimoni same-sex: il caso Coman", pubblicato in iusinitinere.it, il 16 giugno 2020;

obiettivi perseguiti dalla direttiva 38/2004, restando esclusa per altre finalità necessarie al concreto esercizio dei diritti fondamentali dei minori nelle situazioni transfrontaliere. La mancanza di una disciplina europea generale in materia di accertamento della filiazione in situazioni transfrontaliere è la ragione per cui la Commissione si è spinta verso la proposta di regolamento 695/2022, dal momento che ad oggi la materia del riconoscimento della filiazione tra Stati membri è lasciata alla singola normativa prevista in ciascuno Stato.

Se infatti da un lato il diritto di famiglia e lo status giuridico delle persone sono materie di competenza degli Stati membri, dall'altro l'Unione è legittimata all'adozione di normative in materia di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere ai sensi dell'art 81 prf 3 TFUE¹⁰⁵.

La proposta della Commissione si impegna a salvaguardare i diritti fondamentali dei minori mediante la definizione di una serie di norme volte a specificare a chi spetti la competenza nell'accertamento della filiazione tra Stati membri e quale debba essere la legge applicabile a tale fine. Ciò si traduce in una facilitazione delle procedure di accertamento che, come conseguenza, garantiscono di riflesso una maggiore certezza del diritto e un più ampio godimento dei diritti a tutti quei contesti in cui l'effettivo esercizio dei diritti riconosciuti dall'Unione risulta essere frustrato. Si pensi ad esempio alle coppie omosessuali con figli a carico che spesso e malvolentieri evitano di esercitare la libertà di circolazione riconosciutagli, per il solo timore che il rapporto di filiazione con i loro figli non venga riconosciuto in un altro Stato.

È opportuno specificare come nel definire la disciplina del regolamento proposto, la Commissione ponga quale criterio guida delle scelte degli organi legislativi e dei giudici il principio fondamentale del perseguimento dell'interesse superiore del minore: nello specifico in base ad esso, in tutti gli atti relativi ai minori è necessario valutare le peculiarità del caso sottoposto all'attenzione dell'organo pubblico, evitando qualsiasi

¹⁰⁵ ART 81 PRF 3 TFUE: <<In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione>>.

discriminazione relativa alla condizione dei genitori, al fine di fornire la decisione che possa garantire al meglio l'interesse del minore.

3.3 Le decisioni in materia di filiazione nell'ottica del Regolamento del Consiglio 2022: il caso Pancharevo

In materia di tutela dei diritti dei figli di coppie omosessuali in situazioni transfrontaliere, è opportuno considerare la recente pronuncia della CGUE "Pancharevo"; una pronuncia storica in cui la Corte di giustizia ha avuto modo di garantire ai figli di coppie omosessuali il diritto a vedersi riconosciuto il rapporto di filiazione con i loro genitori gay al pari di quanto accade a qualsiasi altro minore dell'Unione. La sentenza in esame ha origine a seguito del rifiuto, avanzato dal comune di Sofia, di rilasciare un documento di identità ad una minore nata all'interno di una coppia omosessuale in cui una delle partner è cittadina Bulgara.

V.M.A e K.D.K, due donne rispettivamente di cittadinanza Bulgara ed Inglese, risiedenti in Spagna dal 2015, dopo essersi sposate nel 2018 decidono di avere una figlia nell'anno successivo.

La figlia, S.D.K.A. che vive con entrambi i genitori in Spagna, gode del riconoscimento del rapporto di filiazione per mezzo dell'atto di nascita rilasciato dalle autorità spagnole che menziona ambedue le donne quali madre della minore. Nell'anno 2020, V.M.A, in virtù della cittadinanza bulgara, provvede ad effettuare richiesta di rilascio dell'atto di nascita per la figlia al comune di Sofia poiché necessario alla concessione di un documento di identità bulgaro, tuttavia il comune respinge la richiesta in quanto l'atto di nascita bulgaro fa specifica menzione di due individui di sesso maschile e femminile e la menzione di due individui di uguale sesso sarebbe stata contraria all'ordine pubblico della repubblica bulgara dal momento che non riconosce il matrimonio tra omosessuali. Contro il rifiuto del Comune del distretto di Pancharevo, V.M.A ha proposto ricorso presso il Tribunale amministrativo di Sofia il quale, tuttavia, ha ritenuto necessario sospendere il procedimento per chiedere chiarimenti alla Corte di giustizia. In particolare, il giudice bulgaro ha richiesto alla Corte di giustizia se il rifiuto del Comune possa aver determinato una violazione del diritto di circolazione riconosciuto al minore in quanto cittadino europeo ai sensi degli artt. 20 e 21 TFUE nonché degli artt. 7,24 e

45 CDFUE¹⁰⁶, e se il rilascio di un atto di nascita indicante due persone dello stesso sesso come genitori possa pregiudicare l'ordine pubblico bulgaro e l'identità nazionale dello Stato membro in questione.

Nel rispondere alla prima questione la Corte provvede a delineare l'assetto delle competenze esistente nel panorama comunitario, ricordando che mentre ai singoli Stati spetta la definizione delle modalità di acquisito o perdita della cittadinanza, invece, in tutte quelle situazioni disciplinate dal diritto europeo le relative normative nazionali sono tenute ad assicurarne il rispetto.

Chiarito l'assetto delle competenze, con un ragionamento per gradi la Corte provvede a dare risposta alle questioni sollevate dal giudice bulgaro.

Partendo col definire le modalità che garantiscono la cittadinanza bulgara, la Corte afferma in primis che coerentemente con quanto stabilito dalla disciplina nazionale bulgara¹⁰⁷ la minore S.D.K.A è qualificabile come cittadina bulgara. Come conseguenza di ciò la Corte, ai sensi dell'art. 20 prf 1 TFUE¹⁰⁸, riconosce che la stessa minore gode dello status di cittadino comunitario e pertanto che essa può godere di tutti i diritti e i doveri connessi a tale qualità.

¹⁰⁶ Art 7 CDFUE “ Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni”;

Art 24 CDFUE “ 1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.

3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.”;

Art 45 CDFUE “1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. 2. La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro.”

¹⁰⁷ Articolo 25, paragrafo 1, della Konstitutsia na Republika Bulgaria (Costituzione della Repubblica di Bulgaria): «La cittadinanza bulgara è detenuta da ogni persona di cui almeno un genitore sia cittadino bulgaro o che sia nata nel territorio bulgaro, se non acquisisce un'altra cittadinanza per filiazione. La cittadinanza bulgara può essere acquisita anche per naturalizzazione»;

Articolo 8 della Zakon za balgarskoto grazhdanstvo (legge bulgara sulla cittadinanza), del 5 novembre 1998: «una persona ha la cittadinanza bulgara per filiazione se almeno uno dei suoi genitori è cittadino bulgaro»;

Art 60 del Semeen kodeks(codice della famiglia) del 12 Giugno 2009 « (1) La filiazione nei confronti della madre è determinata dalla nascita. (2) La madre del bambino è la donna che lo ha dato alla luce, anche in caso di procreazione assistita»;

¹⁰⁸ Art 20 TFUE: Articolo 20 TFUE dispone quanto segue:

«1) È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce.

2) I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro:

a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; (...)Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi»;

Tra di essi fondamentale è l'art. 21 TFUE il quale, come già specificato nella giurisprudenza della Corte¹⁰⁹, è in grado di essere esercitato anche da coloro che, una volta nati all'interno di uno Stato membro in cui genitori soggiornino, non abbiano ancora effettivamente esercitato il diritto alla libertà di circolazione riconosciuta nel TFUE. Nello specifico, per garantire ed agevolare il concreto esercizio della libertà di circolazione assicurata dal diritto primario europeo, la direttiva 38/2004, all'art. 4 prf 3 impone agli Stati membri il rilascio di un documento che possa agevolare il riconoscimento della cittadinanza. Essendo necessario il rilascio di un documento identificativo della cittadinanza di uno Stato membro per poter esercitare la libertà di circolazione riconosciuta dal diritto comunitario, nonostante la disciplina nazionale bulgara richieda il possesso di un atto di nascita per poter rilasciare il documento identificativo del cittadino, il rispetto della normativa comunitaria che si richiede agli ordinamenti nazionali, ossia art. 21 TFUE e direttiva 38/2004, impone il rilascio del documento d'identità indipendentemente dal rilascio del documento preliminare. Quale corollario dell'art. 21 TFUE subentra inoltre il diritto a poter condurre una vita familiare normale sia nello Stato membro ospitante sia in quello del quale i cittadini comunitari siano originari¹¹⁰. In tal caso, essendo stato riconosciuto in uno Stato membro il rapporto di filiazione intercorrente tra le ricorrenti e la loro figlia, alla luce della normativa comunitaria primaria e derivata in materia di libertà di circolazione, esse devono vedere riconosciuto da tutti gli Stati membri il diritto a poter accompagnare la propria figlia, essendone i soggetti che hanno la custodia nonché coloro i quali vivono con la stessa una vita familiare effettiva, tutelata sia nella CDFUE all'art. 7 che nella CEDU ai sensi dell'art. 8 .

Quanto imposto allo Stato bulgaro dalla normativa comunitaria in materia di circolazione, determina inevitabilmente un obbligo di riconoscimento del rapporto di filiazione, e tale obbligo va ad estendersi a tutti gli Stati membri dell'Unione in cui il minore intenda circolare assieme a ciascuno dei suoi genitori.

Pur essendo vero che l'art. 9 CDFUE affida alla disciplina nazionale dei singoli Stati membri la regolazione della materia familiare e matrimoniale, tali discipline restano

¹⁰⁹ Sentenza del 2 ottobre 2019, Bajratari; Sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14;

¹¹⁰ Vedi Sentenza Singh C-370/90, 7 luglio 1992, punti 21 e 23; Sentenza Lounes, C-165/16, 14 Novembre 2017, punto 52;

inevitabilmente soggette all'obbligo di rispettare la normativa comunitaria con la quale le stesse andrebbero a scontrarsi.

In merito alla presunta possibilità di giustificare il rifiuto delle autorità bulgare sollevando la carta, a noi già nota come evidenziato nei casi precedenti, del rispetto dell'identità nazionale e della tutela dell'ordine pubblico dei singoli Stati membri previsto all'art. 4 par 2 TUE, la Corte ribadisce quanto affermato nella sua giurisprudenza¹¹¹. La Corte riafferma che la lettura da sempre data alle nozioni di ordine pubblico e di identità nazionale è di tipo restrittivo; pertanto, al fine di poter derogare ad una delle libertà fondamentali riconosciute dalla Corte ed evitare una valutazione unilaterale del concetto di ordine pubblico da parte degli Stati membri, è richiesto che via sia una minaccia grave ed effettiva ad uno degli interessi fondamentali dello Stato e che la misura posta in essere risulti rispettosa dei diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE, ciò in maniera tale da garantire un controllo delle istituzioni sull'operato interno dei singoli Stati.

Quanto al primo requisito, la Corte ritiene che l'obbligo imposto ad uno Stato membro, di rilasciare una carta di identità o passaporto al cittadino minore del medesimo Stato, nato in altro Stato membro e lì considerato in atto di nascita quale figlio di coppia omosessuale, nonché l'obbligo di riconoscere tale rapporto di filiazione, non comporta una minaccia né per l'ordine pubblico né per l'identità nazionale, dal momento che non si impone allo Stato citato un obbligo di riconoscimento generale della genitorialità delle persone dello stesso sesso e per fini che vanno al di là di quanto garantito dal diritto comunitario.

Quanto al secondo requisito invece, i diritti fondamentali in gioco nel giudizio in esame, consistono negli artt. 7 e 24 CDFUE disciplinanti rispettivamente il diritto alla vita familiare e privata, nonché il diritto a tener conto dell'interesse superiore del minore in tutte quelle situazioni o atti concernenti i soggetti di minore età¹¹².

Rispetto ai casi analizzati fino ad ora, in *Pancharevo* la dimensione familiare va intrecciandosi con la dimensione giuridica dei diritti del minore, e pertanto è stato necessario dare una lettura in combinato disposto degli articoli citati; essendo già

¹¹¹ Sentenza del 4 dicembre 1974, Van Duyn, causa 41/74, punto 18 ; Sentenza del 28 ottobre 1975, Rutili, causa 36/75, punto 27 ; Sentenza del 19 gennaio 1999, Calfa, causa 348/96, punto 23; Sentenza Kozac c Polonia 2 Marzo 2010; Sentenza Schalk e Kopf 24 Giugno 2010;

¹¹² Come emerge dalle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02), l'art 24 CDFUE si basa sulla Convenzione internazionale di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989;

appurato che la relazione affettiva di una coppia omosessuale rientri nella nozione di vita familiare al pari di quando accade in una coppia eterosessuale¹¹³, l'attenzione ricade in particolar modo sull' art. 24 CDFUE che, letto alla luce delle spiegazioni date sulla Carta dei diritti fondamentali, riprende quanto stabilito dalla Convenzione internazionale di New York sui diritti del fanciullo. La Corte ha richiamato nello specifico l'art. 2 di detta Convenzione, da leggersi per il caso in combinato con l'art. 7 della medesima, in base ai quali, avendo il minore il diritto ad essere registrato alla nascita e ad acquisire una cittadinanza senza subire discriminazioni al riguardo, tra cui quella sull'orientamento sessuale dei genitori, il rifiuto apposto dalle autorità bulgare di riconoscere il rapporto di filiazione accertato in Spagna va a configurarsi come una violazione degli stessi oltre che dell' art. 21 TFUE.

La Corte conclude pertanto affermando che il minore considerato cittadino europeo, ritenuto da atto di nascita rilasciato dallo Stato membro ospitante quale figlio di coppia omosessuale, abbia il diritto di ricevere dallo Stato membro di cui egli è cittadino sia un documento identificativo sia il riconoscimento dell'atto di nascita emanato dallo Stato membro ospitante ed attestante la sussistenza di un rapporto di familiarità con i componenti della coppia¹¹⁴.

3.4 ...(segue) il Caso *Rezecznik Praw Obywatelskich* (o Mediatore Polacco)

La seconda pronuncia, in materia di tutela dei diritti dei minori appartenenti a coppia omosessuale in situazioni transfrontaliere, si sviluppa a seguito del ricorso presentato dal Difensore civico nazionale polacco nei confronti del rifiuto avanzato dall'anagrafe di Cracovia verso la trascrizione di un atto di nascita relativo alla figlia di due donne omosessuali coniugate, una polacca e l'altra irlandese.

Nello specifico, dopo aver ottenuto l'atto di nascita in Spagna, luogo in cui la minore è stata concepita, le ricorrenti richiedevano la trascrizione dell'atto nel registro dell'anagrafe polacca ma vedevano respinta la loro richiesta sulla base del fatto che la trascrizione di un atto, indicante quali genitori di un minore due donne omosessuali coniugate, sarebbe stato contrario all'ordinamento giuridico polacco. Benché tale

¹¹³ Sentenza CGUE Coman, 5 Giugno 2018, C-673/16 ; Sentenza Schalk e Kopf c Austria 24 Giugno 2010; Sentenza Corte EDU Valliantos e a. c. Grecia, 7 novembre 2013; Sentenza Corte EDU Orlandi e a. c. Italia 14 Novembre 2017;

¹¹⁴ Corte giust., 14 dicembre 2021, causa C-490/20, V.M.A. c. Stolicna obshtina, rayon "Pancharevo";

decisione sia divenuta definitiva, rivolgendosi al difensore civico nazionale la causa è giunta fino alla CGUE che sul caso ha deciso di pronunciarsi con ordinanza¹¹⁵.

La questione presentata alla Corte era pressoché identica a quella affrontata nel caso *Pancharevo*, di conseguenza, la Corte non ha fatto altro che giungere alle medesime conclusioni.

La Corte ha applicato analogicamente il medesimo ragionamento relativo al caso “*Pancharevo*” e dunque ha anzitutto provveduto ad affermare che alla luce dell’art. 21 TFUE i cittadini nati nello Stato membro in cui si trovano i genitori e che non abbiano ancora esercitato il diritto alla libera circolazione, godono di tale diritto al pari di tutti gli altri cittadini dell’Unione. Per garantire il concreto esercizio di tale diritto specifica che la direttiva 38/2004 relativa alla libertà di circolazione impone agli Stati membri il rilascio di un documento di identità per permettere l’esercizio della libertà riconosciuta ai cittadini comunitari. Si tratta di un’imposizione di matrice comunitaria che bypassa la disciplina nazionale in materia di famiglia e stato civile, e che pertanto impedisce allo Stato polacco di far valere la propria disciplina nazionale quale fattore impeditivo del mancato rilascio. Malgrado la competenza nelle materie citate spetti infatti ai singoli Stati membri, in quelle aree rientranti nel campo delle competenze del diritto comunitario, gli stessi sono tenuti a garantire il rispetto di tale disciplina da parte della normativa nazionale, ecco dunque che il rilascio del documento di identità diviene indipendente dalla trascrizione dell’atto di nascita nello stato civile¹¹⁶. Al pari del rilascio del documento d’identità, allo Stato polacco, così come avverrebbe in qualsiasi altro Stato membro, si impone il riconoscimento del rapporto di filiazione accertato nello Stato membro ospitante le ricorrenti al fine di poter permettere alla minore di poter esercitare la libertà riconosciuta dal diritto comunitario assieme ai suoi familiari.

Non è nuovo infatti per la Corte che, al pari di una coppia eterosessuale, anche le coppie omosessuali godano della possibilità di veder riconosciuti i loro legami affettivi quali facenti parte di un’unione familiare che, come tale, gode della tutela riconosciuta dall’art. 7 CDFUE e dall’art. 8 CEDU di cui gli Stati devono garantire il rispetto; così

¹¹⁵ Ciò accade in quanto, in base all’art 99 del Regolamento di procedura dinanzi alla CGUE: “ Quando una questione pregiudiziale è identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l’avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata”.

¹¹⁶ Cfr Sara De Vido, “Il riconoscimento giuridico delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre *Pancharevo* verso un ordine pubblico “rafforzato” dell’Unione europea”, ISSN 2384-9169, Fascicolo n.1 -2023;

come non è nuovo che gli obblighi cui è soggetto lo Stato membro in materia di libertà di circolazione non incidano sull'ordine pubblico e l'identità nazionale dal momento che non determinano un obbligo di riconoscimento della genitorialità delle persone omosessuali. In definitiva, dunque, la Corte con tali ragionamenti finisce per mettersi in linea con quanto affermato nel precedente caso Pancharevo, senza aggiungere ulteriori elementi di novità¹¹⁷.

Le decisioni della CGUE ora esaminate sono rappresentative di un atteggiamento oramai ben consolidato all'interno delle istituzioni europee. Numerosi, infatti, sono stati gli interventi negli ultimi anni, a favore del riconoscimento e del rafforzamento della genitorialità delle famiglie arcobaleno e della comunità LGBT in generale. Si pensi ad esempio alla famosa affermazione della Presidente von der Leyen del 16 Settembre 2020, in cui è stato fermamente dichiarato che: “ Essere genitore in uno Stato membro significa esserlo in tutti gli Stati membri”¹¹⁸, e si pensi poi a tutti i successivi interventi tra risoluzioni e proposte¹¹⁹, aventi come obiettivo quello di garantire che la genitorialità delle famiglie arcobaleno che si recano da uno Stato membro ad un altro venga tutelata in tutte le situazioni che vanno al di là delle sole finalità della libera circolazione.

Culmine di tale insieme di interventi a sostegno della comunità LGBTQ è stata la proposta di regolamento del Consiglio, il cui obiettivo rimane quello di garantire che il riconoscimento della genitorialità in uno Stato membro sia tale per tutta l'Unione; ciò al fine ultimo di garantire, nell'interesse superiore del minore, che lo stesso possa conservare la stragrande maggioranza dei propri diritti all'interno di situazioni transfrontaliere.

4 L'atteggiamento della ECHR verso l'adozione da parte di soggetti omosessuali alla luce del diritto di non discriminazione art 14 CEDU

Una volta analizzata la tutela apprestata dalla giurisprudenza europea nei confronti della famiglia omogenitoriale e i suoi potenziali sviluppi futuri , prima di passare ad

¹¹⁷ Ibidem;

¹¹⁸ Discorso sullo stato dell'Unione 2020 della Presidente Von der Leyen, Strasburgo, 16 Settembre 2020;

¹¹⁹ Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ per il periodo 2020-25; Risoluzione del 14 Settembre 2021 sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE(2021/2679(RSP)); Risoluzione del 5 aprile 2022 *sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia (2021/2060(INI))* in cui il Parlamento europeo sottolinea la necessità di garantire il riconoscimento dei certificati di nascita in tutti gli Stati membri indipendentemente dall'orientamento sessuale dei genitori in quanto ci evita che i figli diventino apolidi nel momento sussiste il trasferimento in un altro Stato membro.

analizzare l'atteggiamento dei singoli Stati europei nei confronti della possibilità di adozione per le coppie omosessuali è opportuno prendere in considerazione le principali pronunce elaborate a livello sovranazionale; ciò dal momento che, in virtù del principio del primato del diritto dell'unione, i giudici nazionali saranno tenuti ad adeguarsi alle disposizioni comunitarie e al senso loro dato dalle Corti sovranazionali, tra cui in particolare la Corte di Strasburgo.

Dall'analisi delle pronunce seguenti si può assistere ad un'inversione di tendenza nel pensiero della ECHR; se originariamente alla Corte, in materia adottiva, il trattamento discriminatorio tra single omosessuali ed eterosessuali in violazione dell'art. 14 CEDU appariva giustificabile in virtù della tutela dell'interesse superiore del minore da adottare, in un secondo momento, invece, la stessa comprese quella che era, a tutti gli effetti, una aperta violazione del principio di non discriminazione non supportata da alcuna proporzionalità rispetto ai fini perseguiti¹²⁰.

Assieme a tale cambio di orientamento, le pronunce della Corte portano inevitabilmente al riconoscimento del legame familiare ed affettivo che va instaurandosi e può instaurarsi tra i bambini e i genitori dello stesso sesso che di loro si prendono cura¹²¹. Di fatti, mancando una qualsivoglia spiegazione scientifica che dimostri l'inadeguatezza dei soggetti omosessuali ad instaurare una famiglia è necessario portare avanti il processo adottivo seguendo unicamente quale criterio guida, il perseguimento del miglior interesse per il minore.

4.1 Il cambio di rotta dalla sentenza Frette c. Francia alla sentenza E.b c. Francia

Il mutamento di pensiero della Corte di Strasburgo appare ben visibile al momento della comparazione delle sentenze in esame, entrambe riguardanti la richiesta di adozione formulata da parte di single omosessuali, i quali lamentavano di essere stati soggetti ad un trattamento discriminatorio nel procedimento di valutazione della loro capacità di adottare.

¹²⁰ ECHR Sentenza Frette c Francia del 26 febbraio 2002; Sentenza E.B. c Francia del 22 Gennaio 2008 ; Sentenza X e altri c Austria del 19 Febbraio 2013; Cfr Andrea Pascarelli, "Omogenitorialità e adozione da parte di single e coppie eterosessuali. Brevi note a margine della sentenza Corte d'Appello di Roma, sez. Minori, 23 Dicembre 2015", pubblicato in Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 2/2016, il 9 Maggio 2016, pg 8; Cfr Andrea Pascarelli, "Omogenitorialità e adozione da parte di single e coppie eterosessuali. Brevi note a margine della sentenza Corte d'Appello di Roma, sez. Minori, 23 Dicembre 2015", pubblicato in Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 2/2016, il 9 Maggio 2016, pg 8;

¹²¹ Poli L., Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore, in Giur. It, 8-9, 2013, p. 1764 e 1768;

Prima di effettuare l'analisi dei casi, è opportuno premettere anzitutto cosa stabilisce la normativa francese in materia di adozione: nello specifico il code civil riconosce la possibilità di adottare sia alle coppie coniugate e sia ai single che abbiano almeno ventotto anni di età¹²², previa autorizzazione rilasciata dal Ministero dell'infanzia e della sanità che verifichi l'idoneità dei singoli soggetti. Inoltre è necessario ricordare ciò che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha affermato in relazione all'art. 14 CEDU: ossia che la possibilità di trattare in maniera differente delle situazioni, fra di loro analoghe, può essere garantita solo in presenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole, di un fine legittimo e di una certa proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito¹²³. Ulteriormente, che il margine di apprezzamento di cui godono i singoli Stati membri è inversamente proporzionale rispetto alla presenza di un pensiero comune europeo in una determinata materia¹²⁴, ad esempio in materia di adozione per gli omosessuali.

Il primo caso, *Fretté c. Francia*, del 26 febbraio 2002, ha origine a seguito del diniego opposto al ricorrente al momento della presentazione di una domanda di autorizzazione all'adozione di minore.

In tale occasione, il Dipartimento dei servizi sociali di Parigi motivò la sua decisione sostenendo che, nonostante il Sig. Fretté fosse un uomo molto sensibile, riflessivo, e con una grande propensione all'educazione e alla tutela quotidiana dei più piccoli, le sue condizioni di soggetto omosessuale, riportate velatamente con la formula “*scelta di vita*”, rendevano dubbia la capacità del sig Fretté di fornire al minore una qualità di vita adeguata dal punto di vista psicologico e familiare.

Una volta esperiti i mezzi di ricorso interni, giunto innanzi alla ECHR, il ricorrente lamentò la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. Lamentava di essere stato vittima di un trattamento discriminatorio in quanto, a differenza di quanto previsto dalla giurisprudenza della Corte¹²⁵, la differenza di trattamento cui era stato sottoposto, ossia la preclusione totale dall'adozione, non aveva

¹²² Article 343 Code civil; Article 343-1 Code Civil;

¹²³ Maria Giulia Putaturo Donati, “Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno”pg 2 ;

¹²⁴ Raimondi G., Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Questione Giustizia*, 1, 2017, p. 162;

¹²⁵ , *Karlheinz Schmidt v. Germania*, sentenza del 18 luglio 1994, Serie A n. 291-B, pagg. 32-33, § 24, e *Van Raalte, c. Paesi Bassi*”, sentenza del 28 gennaio 1997, pag. 186, § 39;

alcuna ragione oggettiva e ragionevole su cui basarsi se non quella relativa all'orientamento sessuale del ricorrente.

Per il sig. Fretté la presunzione avanzata dal Governo francese, in base alla quale nessun omosessuale potrebbe essere in grado di fornire le cure e gli affetti necessari al bambino da adottare, non sarebbe altro che il riflesso di quelli innumerevoli pregiudizi omofobici in base ai quali *“i minori cresciuti da omosessuali sarebbero più esposti al rischio di essere plagiati verso l'omosessualità o di sviluppare problemi psichici”*¹²⁶ data l'assenza della figura dell'altro sesso. Era infatti questa la tesi principale su cui il Governo francese aveva fondato la propria giustificazione al diniego presentato, ossia tutelare l'interesse superiore del minore rispetto a potenziali condizioni di disagio psicologico e sociale dello stesso.

Malgrado oggi, data l'apertura nei confronti dell'adozione omosessuale nel panorama comunitario, la tesi della ricorrente avrebbe potuto essere accolta, la Corte europea dei diritti dell'uomo, all'epoca dei fatti della sentenza, considerò che quanto fatto dell'ordinamento francese risultasse coerente con ciò che la giurisprudenza della Corte richiedeva ai singoli stati membri per il rispetto dell'art. 14 CEDU. La Corte era conscia che il motivo del diniego poggiasse interamente sull'orientamento sessuale del ricorrente e considerava tale giustificazione accettabile dal momento che perseguiva un fine legittimo, ossia la difesa dell'interesse superiore del minore da adottarsi, ed inoltre risultava essere proporzionale rispetto ad esso. La scelta compiuta dallo Stato francese rientrava perfettamente nel margine di apprezzamento di cui godono i singoli Stati nello svolgimento di trattamenti differenziati di situazioni analoghe: si tratta di un margine variabile a seconda di diversi fattori, primo fra i quali, come sopra riportato, la sussistenza di un consenso comune tra gli Stati membri¹²⁷.

Ebbene proprio l'assenza di una visione europea comune circa la possibilità per gli omosessuali di adottare, permetteva allo Stato francese, di porre a giustificazione del trattamento riservato al sig. Fretté la necessità di tutelare l'interesse superiore del minore dalle potenziali conseguenze che ad esso potrebbero derivare dal vivere con un soggetto omosessuale¹²⁸. Certamente si rispetta la decisione della Corte, ossia il far valere gli

¹²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, terza sezione, Sentenza Fretté c Francia, 26 febbraio 2002, par 35;

¹²⁷ E. LAMARQUE, Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i Paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?, in Quad. cost., 2008, 907;

¹²⁸ Per approfondimenti si rinvia a R. PALLADINO, Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, pubblicato in FEDERALISMI.IT. Vol. 3-Focus Human Rights ISSN:1826-3534, p. 9;

interessi del bambino rispetto a quelli dell'adottante, dati i tempi in cui la stessa venne emanata. Tuttavia, non essendo stata svolta alcuna analisi specifica nel caso concreto e dunque in relazione ad uno specifico bambino e agli effetti che allo stesso sarebbero derivati dall'adozione da parte del soggetto omosessuale¹²⁹, appare evidente che il ragionamento dello Stato francese, supportato dalla Corte, si risolve in una mera presunzione astratta.

Nel caso "*E.B c. Francia*" del 21 Gennaio 2008, si assiste ad un mutamento di orientamento nella Corte. Il caso ebbe origine dal diniego ricevuto da una donna omosessuale, avente relazione stabile con altra donna, in merito ad una richiesta di autorizzazione all'adozione. La ricorrente espose chiaramente il proprio orientamento sessuale nella documentazione necessaria e proprio in ragione della sua omosessualità venne giustificata la decisione di inidoneità¹³⁰. Al pari del caso del sig. Frette, la ricorrente lamentò di aver subito una discriminazione in base al proprio orientamento sessuale e dunque una violazione del diritto garantito dall'art. 14 CEDU. In tale caso la Corte, una volta verificate le attitudini genitoriali della ricorrente, a differenza di quanto accaduto nella precedente fattispecie, ritenne palesemente discriminatorie le ragioni addotte dallo Stato francese, dal momento che nessun maggior rischio sarebbe potuto derivare al minore a seguito dell'adozione da parte di single omosessuale rispetto a quando l'adozione dovesse provenire da parte di single eterosessuale. Per giunta la Corte considerò fortemente illogico il fatto che l'ordinamento francese riconoscesse la possibilità di adottare ai single e poi la rifiutasse al ricorrente sulla base della mancanza di una delle figure genitoriali. In definitiva tale decisione della Corte rappresenta un momento di importante sviluppo della tutela riservata dalla giurisprudenza europea nei confronti della famiglia omosessuale, nonché una manifestazione del fatto che il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale possa applicarsi anche all'interno di rapporti genitoriali¹³¹.

¹²⁹ B. LIBERALI, L'adozione dei single e delle coppie omosessuali, in www.gruppodipisa.it, 7 giugno 2013, p. 16;

¹³⁰ Cfr Marco Scarpati, "Il bambino e la sua famiglia: adulti che rispondano ai suoi bisogni", anno 2015, par 5, *Jura Gentium*, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, ISSN 1826-8269;

¹³¹ Long J., I giudici di Strasburgo socchiudono le porte all'adozione degli omosessuali, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 8, 2008, p. 676;

4.2 L'adozione coparentale da parte di coppia omosessuale: il caso "Gas e Dubois c Francia"

Una terza sentenza in cui venne nuovamente dibattuta la questione dell'omogenitorialità ebbe origine ancora una volta in Francia, parliamo del caso "Gas e Dubois c Francia".

Rispetto ai precedenti casi in cui si è affrontato il tema dell'adozione omoparentale, nel seguente si discute del tema dell'adozione ad opera del partner del genitore biologico.

Il fatto riguarda due donne omosessuali stabilmente conviventi dal 1989 che, ancor prima di stipulare congiuntamente il patto civile di solidarietà(PACS)¹³² previsto dalla normativa francese, hanno deciso di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita in Belgio per far concepire una bambina alla ricorrente Dubois nel settembre del 2000. Benché la bambina fosse da sempre convivente con ambedue le ricorrenti, nel 2006 venne formulata una richiesta di adozione semplice¹³³ da parte della convivente Gas che venne rigettata in tutti i gradi di giudizio.

Il rifiuto verteva sul fatto che una procedura di adozione di tal tipo sarebbe stata contraria agli interessi del minore nonché delle ricorrenti dal momento che non vi sarebbe stata una condivisione della responsabilità genitoriale sulla minore, bensì, il trasferimento della stessa dalla madre biologica al genitore adottante¹³⁴. Ciononostante, nel ricorso

¹³² L'istituto del Patto Civile di Solidarietà (*pact civile de solidarité*) è stato introdotto con legge N. 99-944 del 15 novembre 1999: L'art. 515-3 è interamente dedicato alla nozione di Patto civile di solidarietà e dispone come di seguito: «Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, dans le ressort duquel se trouve la résidence de l'une des parties. En cas d'empêchement grave, le greffier du tribunal d'instance se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité. A peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité produisent au greffier la convention passée entre elles. Le greffier enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité. Lorsque la convention de pacte civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité prévues à l'alinéa précédent. La convention par laquelle les partenaires modifient le pacte civil de solidarité est remise ou adressée au greffe du tribunal ou au notaire qui a reçu l'acte initial afin d'y être enregistrée. A l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux troisième et cinquième alinéas sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte»

¹³³ Cfr Corte europea dei diritti dell'uomo, quinta sezione, Gas e Dubois c Francia, decisione del 15 Marzo 2012; Nell'ordinamento francese sussistono due diverse tipologie di adozione:

- 1) Adozione piena: può essere effettuata solo quando il bambino è minorenne e può essere fatta richiesta da una coppia sposata o da una sola persona. Crea un rapporto giuridico genitore-figlio che sostituisce il rapporto originario. Il bambino assume il cognome del genitore adottivo, viene redatto un nuovo atto di nascita e l'adozione è irrevocabile (articoli 355 e seguenti del Codice civile).
- 2) Adozione semplice: non recide i legami tra il bambino e la sua famiglia d'origine, ma crea un ulteriore rapporto giuridico di filiazione (articoli 360 e seguenti del Codice civile). Il provvedimento può essere emesso indipendentemente dall'età dell'adottato, anche quando ha raggiunto la maggiore età. Il cognome dell'adottante si aggiunge a quello dell'adottato. Quest'ultimo conserva alcuni diritti ereditari nella famiglia di origine e acquisisce diritti nei confronti dell'adottante. L'adozione semplice comporta obblighi reciproci tra adottante e adottato;

¹³⁴ Ciò perché secondo l'art 365 Code Civil: se l'adottato è minorenne, l'adozione semplice determina la rimozione di tutti i diritti derivanti dalla responsabilità genitoriale del/lla padre/madre biologico a favore dell'adottante. L'unica deroga a ciò sussiste quando l'adottante adotta il figlio del coniuge, ossia marito o moglie;

alla ECHR le ricorrenti ritennero di essere state vittime di un trattamento discriminatorio a causa del loro orientamento sessuale in violazione del loro diritto ad una vita privata e familiare.

Nel pronunciarsi sul merito della questione, la Corte sottolineò principalmente la diversità della fattispecie rispetto al precedente caso “E.B c. Francia”. In tal caso non si trattava di un rifiuto ad una richiesta di adozione, proveniente da persona single, basato sul mero orientamento sessuale del richiedente, bensì si trattava di un rifiuto effettuato su di una richiesta di adozione semplice della figlia del partner della richiedente, giustificato sulla base di quanto stabilito dal code civil in materia di responsabilità genitoriale in caso di adozione semplice all’art. 365¹³⁵ nell’ottica della tutela del superiore interesse del minore¹³⁶.

Per le autorità francesi è il trasferimento integrale della responsabilità genitoriale in capo all’adottante derivante dall’adozione semplice a porsi in contrasto con l’interesse superiore del minore e pertanto a giustificare il diniego della richiesta. L’unica possibilità di condivisione della responsabilità genitoriale in caso di adozione semplice sussisterebbe soltanto nel caso in cui ad essere adottato sia il figlio del coniuge di chi effettua la richiesta; tuttavia, si tratta di una ipotesi che il code civil riserva unicamente alle coppie sposate¹³⁷.

Pur volendo individuare un qualche differenza di trattamento tra le coppie c.d pacate e le coppie sposate, la Corte ritenne che la decisione del legislatore nazionale di sottoporre ad un regime giuridico differente i due tipi di coppia indicati rientrasse nel suo margine di apprezzamento e non venisse in alcun modo limitata da quanto indicato dall’art. 12 CEDU; ciò in quanto tale articolo, come già stabilito all’epoca dei fatti¹³⁸, non obbligava

¹³⁵ Art. 365 Codice civile francese: «L’adoptant est seul investi à l’égard de l’adopté de tous les droits d’autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l’adopté, à moins qu’il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l’adopté ; dans ce cas, l’adoptant a l’autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l’exercice, sous réserve d’une déclaration conjointe avec l’adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d’un exercice en commun de cette autorité. Les droits d’autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre. Les règles de l’administration légale et de la tutelle des mineurs s’appliquent à l’adopté».

¹³⁶ M.G. STANZIONE, «Rapporti di filiazione e ‘terzo genitore’: le esperienze francese ed italiana», in *Famiglia e diritto*, 2012, fasc. 2, p. 208

¹³⁷ Cfr., E. CRIVELLI, Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull’adozione da parte di coppie omosessuali, in *Quad. cost.*, 2012, 3, 674.

¹³⁸ *Schalk & Kopf c. Austria*, [Prima Sezione], no. 30141/04, sentenza del 24 giugno del 2010. Per un commento, si veda E. CRIVELLI, «Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali», in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Mulino, 2011, p. 59 e ss. G. REPETTO, «Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione ‘virtuosa’ di un diritto», in *www.associazionedeicostituzionalisti.it p.4-5*; C. RAGNI, «La tutela delle coppie omosessuali nella recente

gli Stati membri a riconoscere l'istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso¹³⁹. Il legislatore pertanto rimaneva libero di applicare alla sola coppia sposata la deroga indicata senza che ciò si configurasse come un illegittimo trattamento differenziato tra coppie¹⁴⁰.

Inoltre, a conferma di tale impostazione la Corte sottolineava che al pari delle ricorrenti, anche una coppia eterosessuale, unita con PACS o semplicemente convivente, avrebbe visto negata la richiesta di adozione coerentemente a quanto stabilito dall'art. 365 code civil per qualsiasi coppia non coniugata. Sulla base di tali considerazioni, pertanto, la ECHR non dichiarò sussistente la presunta violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto all'art. 8 CEDU. In merito alla decisione della Corte, tuttavia, è stato ritenuto che essa abbia svolto una valutazione del caso senza tener effettivamente conto degli interessi della minore¹⁴¹ e del rapporto familiare oramai instauratosi con la coppia, concentrandosi soltanto sull'obiettivo perseguito dalla coppia¹⁴². Certo è però, che data la peculiarità e la labilità delle questioni affrontate, il criterio dell'interesse del minore, data l'assenza di un orientamento comune tra i paesi membri dell'unione, può variabilmente porsi come elemento più o meno utile per l'estensione della tutela degli omosessuali in materia adottiva e di filiazione¹⁴³.

Ciò malgrado, la decisione in questione può considerarsi un punto a favore del panorama LGBT dal momento che la trasposizione dei concetti sviluppati in “Schalk e Kopf c. Austria” in materia di “vita familiare” permette alla Corte di esaminare la questione e di riconoscere così non solo una dimensione orizzontale ma anche una dimensione

giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk & Kopf», in *Diritti umani diritto internazionale*, 2010, p. 639 e ss.

¹³⁹ Costanza Nardocci, “Per la Corte europea l'impossibilità di adottare la figlia della propria partner omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della convenzione. Osservazioni a margine di Gas & Dubois c. Francia”, Rivista n°3/2012 in Associazione italiana dei costituzionalisti, pubblicata il 25 Settembre 2012, p 5;

¹⁴⁰ M. CASTELLANETA, “Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l'adozione a coppie omosessuali”, in Guida al dir., 2012, XIV, 39 ss ;

¹⁴¹ Sul significato del principio del superiore interesse del minore, si rinvia a M. DOGLIOTTI, «Che cose è il superiore interesse del minore?», in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 1093 e ss.

¹⁴² Come notato da F. CHIOVINI, Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo, in Nuova giur. civ. comm., 2012, 959.

¹⁴³ M. F. MOSCATI, «Genitorialità sociale e orientamento sessuale», in A. SCHUSTER (a cura di) *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, p. 77; Per la giurisprudenza si veda *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, [Quarta Sezione], no. 33290/2996, decisione del 21 marzo 2000: nello specifico sottolinea J. LONG, in «I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 672 e ss che in tale caso il ricorso di un padre, privato della sua patria potestà nei confronti della figlia perché omosessuale, viene accolto dalla ECHR non solo in virtù del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale ma anche sulla base delle relazioni genitoriali instauratesi tra padre e figlia, il cui mantenimento risulta necessario al perseguimento del interesse superiore del minore.

verticale dei rapporti familiari che possono essere sviluppati dai soggetti omosessuali ai sensi dell'art. 8 CEDU.

4.3 Il caso “X ed altri c Austria” e il distinguishing con “Gas e Dubois c Francia”

La vicenda in esame, di poco susseguente il terz'ultimo caso francese analizzato, prendeva origine dal rifiuto opposto dalle autorità austriache alla richiesta di adozione coparentale effettuata da una coppia di due donne omosessuali.

In tale fattispecie, le decisioni delle corti austriache vennero giustificate sulla base di quanto stabilito dalla normativa in materia di adozioni coparentali¹⁴⁴ e dagli effetti da esse derivanti¹⁴⁵. Tuttavia, la Corte di Strasburgo riconobbe la sussistenza di una discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU dal momento che la normativa effettua un illegittimo trattamento differenziato in materia di adozione coparentale.

Nello specifico si individuò una disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali non coniugate e le coppie omosessuali non sposate poiché il diritto austriaco permetteva alle prime, ma non anche alle seconde, di poter accedere all'istituto dell'adozione coparentale¹⁴⁶.

Infatti, se da un lato l'art. 179 del codice civile austriaco permetteva l'adozione monoparentale, dall'altro la formulazione dell'art. 182¹⁴⁷ risultava essere tale da rendere

¹⁴⁴ Art 179 ABGB: “ Le persone che hanno l'età richiesta e la piena capacità giuridica (...) possono adottare. L'adozione produce l'effetto di creare un legame di filiazione adottiva tra il minore adottato e il genitore adottivo.

L'adozione di un minore da parte di più di una persona, simultanea o successiva, intendendo, in quest'ultimo caso, che sussiste il primo legame di adozione, è autorizzata soltanto se i genitori adottivi formano una coppia sposata. In linea di principio, l'adozione da parte di una coppia sposata deve essere congiunta. Eccezionalmente, uno dei coniugi può adottare da solo un minore se il minore da adottare è il figlio biologico dell'altro coniuge, se l'altro coniuge non ha l'età richiesta o la differenza di età richiesta con l'adottato, se il luogo di residenza dell'altro coniuge è sconosciuto da almeno un anno, se non vi è più vita comune tra i coniugi da almeno tre anni, o se motivi analoghi e particolarmente importanti giustificano l'adozione da parte di uno solo dei coniugi.»

Art 182 ABGB: “L'adozione crea gli stessi diritti di quelli che discendono dalla filiazione legittima tra l'adottante e i suoi discendenti e tra l'adottato e coloro dei suoi discendenti che sono minorenni nel momento in cui l'adozione produce i suoi effetti.

In caso di adozione di un minore da parte di una coppia sposata, i legami giuridici famigliari diversi dal legame di filiazione stessa esistenti da una parte tra i genitori biologici e i loro famigliari e, dall'altra, il minore adottato e coloro dei suoi discendenti che sono minorenni al momento in cui l'adozione produce i suoi effetti, sono interrotti in tale momento, fatte salve le eccezioni previste dall'articolo 182a. Nel caso in cui il minore è adottato soltanto da un padre adottivo (o da una madre adottiva), sono interrotti soltanto i legami famigliari con il padre biologico (o con la madre biologica) e la famiglia di quest'ultimo (o di quest'ultima). Nel caso in cui i legami con l'altro genitore sussistano dopo l'adozione, il giudice li dichiara interrotti se il genitore interessato vi acconsente. La rottura dei legami interviene nella data in cui l'adozione produce effetto.»

¹⁴⁵ Per una descrizione del quadro normativo austriaco in materia, Conte L., Il caso X e Altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale, in Quaderni costituzionali, 2, 2013, p. 463.

¹⁴⁶ ECHR, Sentenza “X e altri c Austria”, 19 Febbraio 2013, prf 97;

¹⁴⁷ In quanto l'art 182 ABGB stabilisce che l'adottante vada a sostituire il genitore biologico dello stesso sesso;

possibile l'adozione coparentale in capo a coppie eterosessuali non coniugate e impossibile per qualsiasi coppia omosessuale¹⁴⁸. A ciò si aggiunga inoltre l'espresso divieto di adozione coparentale in seno alle coppie registrate previsto dalla legge austriaca sulle unioni registrate. Per la Corte di Strasburgo, nel complesso, siffatta preclusione assoluta non aveva solo determinato una lesione dei diritti delle ricorrenti ma aveva anche impedito alle autorità nazionali di analizzare approfonditamente la questione in gioco prendendo in considerazione tutte le circostanze specifiche richieste dal caso, come ad esempio l'interesse superiore del soggetto da adottarsi a vedere giuridicamente riconosciuta la vita familiare sviluppata con ambedue le donne ricorrenti.

Tenuto conto del fatto che una simile impostazione non sarebbe stata seguita nel caso in cui la richiesta di adozione fosse pervenuta da parte di una coppia eterosessuale, in quanto in tal caso le autorità nazionali non avrebbero potuto dichiarare immediatamente irricevibile la domanda ma anzi avrebbero dovuto verificare se la stessa rispondesse agli interessi del soggetto adottato, la Corte ritenne ammissibile la denuncia sollevata dalle parti lese. In definitiva, dunque, se il diritto austriaco permette l'adozione coparentale alle coppie etero sposate e non, la Grande camera della Corte ha ritenuto che l'esclusione delle coppie same-sex non sposate violi l'art. 14 CEDU nonché l'art. 8 CEDU a tutela della vita familiare dei ricorrenti.

A seguito di quanto esposto la Corte provvede ad effettuare un *distinguishing*¹⁴⁹ rispetto al similare caso "Gas e Dubois". Nei presupposti del ricorso è riscontrabile un primo elemento di distinzione rispetto al caso francese: mentre in quest'ultimo caso il diritto francese negava a priori il diritto di adozione in capo alle coppie non sposate e dunque la Corte non aveva avuto modo di discutere sulla illegittimità di un divieto di adozione coparentale in capo alle coppie omosessuali, nella pronuncia in esame invece la Corte è stata chiamata a verificare se sussistesse una disparità di trattamento tra coppie eterosessuali non sposate e coppie omosessuali¹⁵⁰.

Un secondo elemento di distinzione tra i casi è costituito dalla diversa attenzione che viene posta dalla Corte di Strasburgo verso il "best interest of the child". Se nel caso

¹⁴⁸ Cfr Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, "La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio", pubblicato in *forumcostituzionale.it*, il 15 Marzo 2013, p1-2;

¹⁴⁹ Cocco Ortu A. M., "L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri", in *GENius*, I, 2, 2014, p.102.

¹⁵⁰ ECHR, Sentenza "X e altri c Austria", 19 Febbraio 2013, par 111 ss;

francese l'interesse del minore non era stato utilizzato per valutare l'adeguatezza della normativa al fine perseguito, nel caso austriaco esso venne preso in considerazione per verificare la proporzionalità della misura nazionale al fine perseguito, ossia, secondo il Governo austriaco, la costituzione di un ambiente familiare tradizionale dentro il quale far crescere il bambino¹⁵¹. Si ritenne che la totale preclusione, per le autorità nazionali, di procedere ad una specifica valutazione della richiesta di adozione per verificare se essa rispondesse all'interesse del minore, fosse un ulteriore profilo di lesione dato dalla normativa austriaca. Malgrado ambedue le sentenze si focalizzassero sulla comparazione tra quanto riconosciuto alle coppie eterosessuali e quanto invece alle coppie omosessuali¹⁵², la pronuncia "X e altri" conserva il merito di aver determinato il superamento di quella concezione aprioristica relativa alla presunta inidoneità delle coppie omosessuali all'adozione e alla crescita di un minore¹⁵³. Come conseguenza di tale decisione, emerge che le autorità dei singoli Stati membri non potranno rifiutare una richiesta di adozione solo prendendo in considerazione l'orientamento sessuale degli aspiranti genitori, ma saranno tenute a valutare invece, caso per caso, se un determinato soggetto, o coppia di soggetti, sia effettivamente in grado di prendersi cura di un minore. Si tratta di un'evoluzione giurisprudenziale determinata da quella visione della Convenzione quale "living instrument" del diritto e che pertanto impone che vengano presi in considerazione tutte le evoluzioni sociali¹⁵⁴, anche quelle relative alla famiglia nonostante la stessa, da decenni sia stata considerata come un dogma giuridicamente inespugnabile.

¹⁵¹ Giulia Rossolillo, "Spunti in tema di riconoscimento di adozioni monoparentali nell'ordinamento italiano", Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, No 2, pp. 245-254 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt;

¹⁵² Cfr, G.Repetto, "Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo", in A. Schillaci (a cura di), Omosessualità, eguaglianza, diritti, Carocci, 2014, cit., p. 11;

¹⁵³ Cfr Benedetta Liberali, Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania 7-8 giugno 2014, "L'adozione dei single e delle coppie omosessuali" p. 25; In tal senso ancora A. M. LECI COCCO-ORTU, "La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio", in www.forumcostituzionale.it, 6, che parla di decisione "rivoluzionaria". Inoltre, E. CRIVELLI, "Gas e Dubois c. Francia", cit., che richiama l'opinione dissenziente del Giudice Villiger, nella relativa decisione, secondo cui il risultato pratico contrasta con l'interesse superiore del minore, al quale proprio a causa dell'orientamento sessuale della coppia viene riservato un trattamento peggiore che lo priva della possibilità di avere due genitori che condividano la potestà parentale.

¹⁵⁴ R. PALLADINO, Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 20;

CAPITOLO II: La disciplina della famiglia e della filiazione nell'esperienza italiana e cenni di diritto comparato

1 La famiglia e la sua evoluzione nel diritto

La famiglia è un concetto giuridico fondamentale che svolge un ruolo centrale all'interno della società. È un'istituzione sociale che riguarda le relazioni interpersonali, la protezione dei diritti individuali e la costruzione di legami affettivi. Il concetto di famiglia ha subito notevoli evoluzioni nel corso della storia¹⁵⁵, varia da una cultura all'altra, ma rimane un pilastro fondamentale della società in ogni contesto. La famiglia può essere definita come un gruppo di persone che sono unite da legami di parentela, matrimonio, adozione o legami affettivi, nonché come il primo ambiente in cui un individuo viene introdotto e forma le sue prime esperienze sociali. Nel contesto giuridico, il concetto di famiglia ha importanti implicazioni legali e istituzionali. Le leggi relative alla famiglia sono progettate per regolare i diritti e gli obblighi dei suoi membri e per garantire la tutela dei loro interessi¹⁵⁶. Queste leggi spaziano da questioni di stato civile, come il matrimonio e il divorzio, all'affidamento dei minori, all'adozione e alla successione.

Al fine di poter esporre in maniera soddisfacente il fenomeno della famiglia è opportuno passare in rassegna il ventesimo secolo dal momento che esso può essere considerato come il periodo maggiormente interessato dalle più importanti trasformazioni giuridiche e sociali in materia¹⁵⁷. Gli anni precedenti l'avvento del ventesimo secolo, o meglio, precedenti l'avvento della Costituzione, erano stati infatti contrassegnati da una forte improduttività in materia di diritto di famiglia¹⁵⁸ sia per l'avvento dei due conflitti mondiali sia per la mancata proposizione di un progetto di riforma organica dell'istituto familiare. Durante il fascismo si è potuta registrare invece una maggiore attenzione verso l'istituzione familiare, sebbene la stessa sia stata utilizzata principalmente quale cassa di risonanza per l'esaltazione dei maggiori principi sui quali andava creandosi lo Stato fascista, come la difesa della razza, il virilismo ed il patriarcato.

¹⁵⁵ Cfr Ronfani, Paola. "I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità" in "SOCIOLOGIA DEL DIRITTO " 1/2020, introduzione;

¹⁵⁶ Cfr, M. Sesta, Manuale del diritto di famiglia, 2005,2007, p 3;

¹⁵⁷ A tal riguardo Migliucci, Debora <<Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una "società naturale">>. Milano: Università degli studi di Milano, 2013, p.12 ss;

¹⁵⁸ Così come sottolineato da Ungari, Paolo. Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975, A cura di Francesca Sofia, Il mulino, 2002;

In definitiva, la visione fascista dell'istituto familiare quale prima cellula fondamentale della nazione, svincolata pertanto da una qualsivoglia considerazione circa la sua natura extra statale, finì per essere concretizzata, seppur in parte, nel Codice civile del 1942¹⁵⁹. La famiglia, dunque, divenne oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore, i quali vennero considerati essenziali al fine di ottemperare ad obiettivi di alta funzione pubblica quale la protezione dell'infanzia e della giovinezza, la tutela dell'unità familiare e il conseguimento degli obiettivi di politica demografica ed economica¹⁶⁰. All'indomani della Seconda guerra mondiale, al momento della elaborazione della Carta costituzionale, numerose furono le considerazioni rivolte verso la materia familiare, per lo più definibili come tentativi di mediazione fra la tradizionale visione patriarcale della famiglia ed una nuova e più liberale visione della stessa.

L'evoluzione del concetto di famiglia nel diritto italiano dalla promulgazione della Costituzione italiana nel 1948 fino ai giorni nostri costituisce un percorso fatto di trasformazioni sociali, culturali e giuridiche significative¹⁶¹. Inizialmente, la Costituzione italiana ha riconosciuto la famiglia come fondamento naturale della società e ha sancito il diritto e il dovere dei genitori di educare i propri figli. Tuttavia, il concetto di famiglia e il suo status giuridico sono stati soggetti a cambiamenti nel corso degli anni.

In primis, ad esempio, durante il periodo della Costituente l'obiettivo principale dei giuristi fu quello di sradicare la famiglia dalla visione patriarcale e funzionalista prevista dal fascismo al fine di approdare verso una visione più laica e prestatale della stessa.

Lo stesso on. Aldo Moro ci tenne a precisare come la famiglia dovesse essere considerata come una società naturale, ossia come un ordinamento autonomo che, preesistendo allo Stato, non poteva essere sottoposta ad intromissioni tali da modificare tale sua caratteristica fondamentale¹⁶².

¹⁵⁹ Ciò in quanto il nuovo diritto di famiglia degli anni del fascismo era andato a manifestarsi oltre che nel ramo del diritto privato, anche nel diritto pubblico, nel diritto del lavoro e nel diritto amministrativo a sostegno e controllo della famiglia;

¹⁶⁰ Sull'unione tra famiglia e Stato auspicata all'epoca si veda: Fulvio Maroi, Saggio "Difesa della stirpe e diritto rurale", in *Rivista di diritto agrario*, 1938, 2-3;

¹⁶¹ Vi è chi parla di una nozione di "famiglia in frantumi", a voler sottolineare come il continuo dialogo tra legislatori e giudici di Stati differenti sia giunto a delineare l'esistenza giuridica di una pluralità di situazioni di convivenza affettiva.

Cfr F. D. Busnelli, Prefazione, in D. Amram - A. Angelo (a cura di), "La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea", Cedam, Padova, 2011, 12;

¹⁶² Cfr Luana Leo, "Il concetto di famiglia nella costituzione: La mancanza di una disciplina adeguata per i nuovi modelli di famiglia" in *Rivista di informazione giuridica "Cammino e diritto"*, IUS/08 Diritto costituzionale, estratto dal n.4/2021- ISSN 2532-9871, p 3;

La definizione di famiglia quale società naturale così come indicato ai sensi dell'art.29Cost ha successivamente generato non poche interrogazioni circa l'esatta configurazione da dare al concetto "naturale" di famiglia. Sebbene all'epoca della Costituente tali dubbi furono per lo più celati data l'effettiva inesistenza mediatica e sociale di tematiche oggi all'ordine del giorno, come le coppie di fatto o le coppie formate da individui dello stesso sesso, le principali correnti di pensiero sul tema si suddivisero in due rami:

l'uno volta a collegare il concetto di famiglia alla tradizione culturale e dunque alla considerazione di famiglia quale formazione sociale frutto di un patto indissolubile tra persone di sesso diverso, l'altro mirante a considerare la famiglia come società preesistente rispetto allo Stato¹⁶³ e pertanto inadatta ad essere utilizzata per fini diversi da quelli che il diritto positivo le riconosce¹⁶⁴.

Negli anni '60 e '70, l'Italia ha vissuto un periodo di profonde trasformazioni sociali e culturali. Il movimento per i diritti civili e l'emergere del femminismo hanno portato ad un'apertura del dibattito sul concetto di famiglia e sui ruoli di genere tradizionali. Questo ha avuto un impatto sul diritto italiano e ha portato a importanti riforme. Negli anni '70, la legge sul divorzio¹⁶⁵ è stata introdotta in Italia, consentendo alle coppie di porre fine al matrimonio in modo consensuale o per motivi di inadempimento grave o protratto degli obblighi coniugali. Ciò ha segnato una svolta nel concetto di famiglia, poiché il matrimonio, non essendo più considerato come un'istituzione indissolubile, andava implicitamente riconoscendo una nuova tipologia di convivenza, c.d more uxorio, le cui esigenze di tutela erano fortemente sentite all'interno del tessuto sociale¹⁶⁶.

In definitiva l'introduzione del divorzio determinò il passaggio dall'interesse alla tutela del gruppo familiare alla tutela del singolo componente e dei suoi interessi.

Durante quegli anni, episodio fondamentale nell'evoluzione del diritto di famiglia è stata la riforma del diritto di famiglia del 1975, sollecitata numerose volte dalla Corte costituzionale¹⁶⁷ ed indirizzata a porre rimedio a quel differente trattamento cui veniva

¹⁶³ Cfr Fioravanti C., La protezione internazionale dei minori in Europa, pubblicato in "Comunicazioni e Studi" dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, 1997, pagg 384 e ss.

¹⁶⁴ In relazione a tale orientamento si veda anche C. Esposito, Famiglia e figli nella Costituzione italiana, in La Costituzione Italiana (Saggi), Padova, 1954, p 138;

¹⁶⁵ L. 1° dicembre 1970, n. 898;

¹⁶⁶ Cfr Anna Papa, <<Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale giurisprudenza e realtà sociale>>, pubblicata in rivista AIC in data 01 Maggio 2015, rivista n°2/2015, p 9;

¹⁶⁷ Corte Cost, sentenza 13 Luglio 1970, n. 133; ID., sentenza 16 dicembre 1970, n. 188.; ID., sentenza 27 giugno 1973, n. 91; sentenza 26 giugno 1974, n. 187;

sottoposta la famiglia da parte delle norme costituzionali e da parte delle norme del Codice civile.

Si trattava di un differente trattamento dovuto a due differenti modalità di concepire l'istituto familiare e non più in grado di rispondere ai sopravvenuti mutamenti sociali che interessavano lo Stato italiano di quegli anni.¹⁶⁸

La Legge 151/1975, comunemente nota come "Legge sul divorzio", ha avuto un impatto profondo sull'istituto della famiglia in Italia. Prima dell'entrata in vigore di questa legge, l'Italia era uno dei pochi paesi europei che non consentiva il divorzio legale. Essa ha segnato una svolta significativa nella mentalità e nelle norme sociali dell'epoca, aprendo la strada a una maggiore autonomia e libertà per i coniugi e riconoscendo i diritti e gli interessi dei figli all'interno delle dinamiche familiari.

La riforma in questione¹⁶⁹ ha avuto in definitiva il merito di delineare la configurazione attuale del diritto famiglia, introducendo sia il principio fondamentale dell'eguaglianza tra i coniugi, eliminando dunque il predominio assoluto dell'uomo, sia il principio della tutela dei figli nati fuori dal matrimonio. Con riferimento al primo principio, è possibile riconoscere un ribaltamento delle dinamiche di genere all'interno delle famiglie italiane dal momento che esso apre la strada al riconoscimento di maggiori diritti e libertà di scelta alle donne, consentendo loro di richiedere il divorzio in modo indipendente e di ottenere una maggiore parità di diritti nella gestione dei beni coniugali.

Quanto ai figli, è opportuno sottolineare come la riforma del '75, in realtà, non abbia garantito una reale eliminazione delle disuguaglianze tra i figli nati all'interno del matrimonio e figli nati al di fuori di esso, ossia i c.d figli naturali, precedentemente riconosciuti come figli illegittimi. Di fatti solo a seguito di numerose pronunce della Corte costituzionale¹⁷⁰ le discrepanze fra l'una e l'altra categoria sono state assottigliate, benché sia stato comunque necessario un ulteriore intervento del legislatore¹⁷¹ per poter dare concretizzazione a quei principi di diritto e giungere in definitiva all'unificazione degli status di figlio. L'intervento in questione, ossia la L. 219/2012, è una azione

¹⁶⁸ Siffatto divario veniva fortemente ridimensionato, o finanche negato, da quella parte della dottrina che ravvisava nell'art. 29 Cost. una norma meramente programmatica, priva di valore giuridicamente vincolante (v., ad es., A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 71; G. AZZARITI, *La nuova costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, 86; ID., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 106; V. DEL GIUDICE, *Sulla riforma degli istituti familiari*, in *Jus*, 1950, 293; C. GRASSETTI, *I principii costituzionali*, cit., 304;

¹⁶⁹ L. 19 Maggio 1975, n. 151 *Riforma del diritto di famiglia*. G.U. 23/05/1975 n.135;

¹⁷⁰ Ad esempio, Corte Costituzionale sentenza 12/04/1990 n.184. G.U. 18/04/1990 n.16 sulla parziale illegittimità dell'art 565 c.c.;

¹⁷¹ L. 10 dicembre 2012, n. 219 *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*. G.U. 17/12/2012 n.293;

relativamente recente che ha comportato, oltre al riconoscimento dello status unico di figlio, una riformulazione del concetto di parentela espansa in maniera tale da potervi ricomprendere sia i figli naturali¹⁷² sia quelli adottivi, nonché l'introduzione del concetto di responsabilità genitoriale in sostituzione della vecchia terminologia della potestà¹⁷³. Si tratta di un'importante innovazione con la quale si è voluto sottolineare la maggiore centralità del superiore interesse del minore nel rapporto tra genitori-figli, principio già presente nella giurisprudenza sovranazionale¹⁷⁴, ma ancora oggetto di discussione nell'ordinamento italiano in relazione alla sua natura e al contenuto. In merito alla nuova nozione di parentela, la nuova legge del 2012 ha modificato l'art. 74 comma 1 c.c., stabilendo che il vincolo di parentela è configurabile ogniqualvolta due persone discendano dal medesimo stipite o siano collegate allo stesso soggetto adottante, venendo meno dunque la vecchia concezione per la quale il matrimonio va a porsi quale spartiacque di due distinte categorie di figli¹⁷⁵. In definitiva, è possibile riconoscere che attraverso i vari interventi legislativi avvenuti nel secolo scorso, ha potuto trovare gradualmente realizzazione quel progetto di riforma dell'ordinamento familiare iniziato con la Costituzione del 1948 e finalizzato a rielaborare la famiglia in chiave più egualitaria e rispettosa degli interessi e delle volontà dei singoli componenti. È opportuno sottolineare altresì che l'evoluzione dell'istituto familiare non ha riguardato soltanto i rapporti di coniugio, i rapporti di parentela e i diritti e doveri di ciascun componente, ma è andata oltre, giungendo al riconoscimento di ulteriori tipologie di unioni affettive e familiari non necessariamente fondate su quello che, assieme con l'eterosessualità dei coniugi ne costituisce un elemento fondamentale, ossia il matrimonio.

2 La convivenza di fatto o famiglia di fatto prima e dopo la L 76/2016

Tra le diverse trasformazioni che hanno interessato la famiglia, intesa quale istituzione fondamentale della società, al fine di poterla adattare alle mutevoli esigenze e alle

¹⁷² In merito alla differenza tra filiazione legittima e naturale: C. M. BIANCA, La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia, in *Dir. famiglia*, 2006, 207 ss., spec. p. 91 e ss.; G. FERRANDO, Introduzione, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da G. FERRANDO, III, Filiazione e adozione, Bologna, 2007, 3 ss;

¹⁷³ Cfr. BERRETTA, Introduzione, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, in M. BIANCA (a cura di), Milano, 2014, p.17.

¹⁷⁴ Già nel 1959 nella Dichiarazione per i diritti del fanciullo e nel 1989 con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

¹⁷⁵ G. FERRANDO, La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali, pubblicato in *Giappichelli Jus Civile* EISSN 2281-3918 / 2421-2563, Fascicolo 2-2013, p. 527;

dinamiche sociali, negli ultimi decenni si è assistito all'emergere della realtà familiare delle famiglie di fatto.

Le famiglie di fatto rappresentano una forma di convivenza stabile e duratura tra due individui senza vincoli legali o religiosi, e la loro presenza si è diffusa anche in Italia, un paese tradizionalmente ancorato a una visione più conservatrice della famiglia.

Sebbene la famiglia tradizionale, basata sul matrimonio religioso o civile, abbia rappresentato per lungo tempo il modello predominante, la società italiana della seconda metà degli anni Settanta e della prima metà degli anni Ottanta¹⁷⁶ iniziò a vivere un cambiamento culturale significativo. Diversi fattori, come l'aumento dell'individualismo, la maggiore emancipazione femminile, l'evoluzione delle relazioni di coppia e la riduzione dell'influenza delle istituzioni religiose, contribuirono a favorire l'affermazione delle famiglie di fatto come alternative valide.

Nella categoria delle famiglie di fatto è possibile individuare una pluralità di forme che può includere coppie conviventi senza vincoli legali, coppie omosessuali, famiglie monoparentali, coppie in convivenza a lungo termine e molte altre varianti, tutte tipologie che si distinguono per la mancanza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile riconosciuta dalla legge. La convivenza stabile e duratura è un elemento centrale che caratterizza la famiglia di fatto, accompagnato dalla condivisione di responsabilità, compiti e interessi comuni. La legislazione italiana, in passato, non prevedeva una specifica forma di unione per le famiglie di fatto, il che comportava una serie di problematiche legate alla protezione dei diritti e degli interessi delle persone coinvolte. Tuttavia, il recente intervento normativo proposto dalla Senatrice Cirinnà, ossia la L. 20 maggio 2016/76 (Legge Cirinnà), ha realizzato una disciplina parzialmente organica in grado di garantire un maggiore ordine e una maggiore chiarezza al fenomeno¹⁷⁷ rispetto a quanto compiuto dalle precedenti disposizioni legislative.

¹⁷⁶ Cfr Alessandro Rosina "Famiglia e generazioni: mutamenti della famiglia", Conferenza Nazionale della Famiglia di Firenze, 24-26 maggio 2007;

¹⁷⁷ Cfr Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, in Aa. Vv., La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, L 20 maggio 2016, n 76, Torino, 2016, p 60 s.; I contratti di convivenza, Commento all'art 1, commi 50-63, Legge 20 Maggio 2016 n.76, in Aa. Vv., Codice dell'unione civile e delle convivenze, a cura di SESTA, Milano, 2017, p 1341 ss; altri contributi in materia di famiglia di fatto, cfr AULETTA, Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n.76), in Nuove leggi civ. comm.; 2016, p 398 ss.; BALESTRA, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, in Fam e dir., 2016, p 919 ss; GORGONI, Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità, in Aa. Vv., Unioni civili e convivenze di fatto, L 20 maggio 2016, n 76, a cura di GORGONI, Santarcangelo di Romagna, 2016, p 204 ss.; SCHLESINGER, La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze, in Fam e dir., 2016, p. 846;

Superandosi la vecchia interpretazione dell'art. 29 Cost data dalla dottrina, in base alla quale la sola famiglia legittima poteva considerarsi l'unica forma di convivenza affettiva tutelata dall'ordinamento, la famiglia di fatto è stata ricondotta alle formazioni sociali all'interno delle quali ciascun individuo trova garanzia per il proprio sviluppo e previste dall'art. 2 Cost. Se da un lato ciò non ha permesso di riconoscere nei confronti della famiglia di fatto una propria soggettività giuridica, dall'altro questa sussiste in capo ai singoli componenti della stessa essendo ciascuno portatore di propri interessi, bisogni e libertà fondamentali il cui esercizio, secondo il tenore letterale dell'art. 2 Cost, può essere limitato qualora ciò sia necessario al conseguimento delle necessità dell'unione affettiva¹⁷⁸.

Autorevole dottrina¹⁷⁹ ha ritenuto che il riconoscimento della famiglia di fatto come formazione sociale prevista dall'art. 2 Cost, abbia determinato il definitivo superamento della tesi per cui la sola famiglia legittima debba godere della tutela dell'ordinamento, e il raggiungimento della consapevolezza che la tutela dell'ordinamento debba invece indirizzarsi verso l'interesse fondamentale del singolo ad avere una famiglia, intesa quale bisogno primario e naturale dell'essere umano piuttosto che come vincolo formalizzato.

Prima della riforma del 2016, malgrado la mancanza di una disciplina organica del fenomeno, numerose sono state le disposizioni normative intervenute per disciplinare svariati aspetti giuridici del fenomeno delle convivenze. Un esempio è costituito dall'equiparazione del convivente al coniuge ai sensi degli artt. 330,333,342-bis e 342-ter c.c, come modificati dagli artt. 37, L. 149/2001 (volta a modificare la L 184/1983 in materia di adozione ed affidamento dei minori ed il titolo ottavo del primo libro del Codice civile) e 2 della L 154/2001 (in materia di violenza familiare)

Si ricordi anche l'equiparazione al coniuge della persona stabilmente convivente in materia di amministrazione di sostegno che riconosceva al convivente la legittimazione

¹⁷⁸ AULETTA T. "Diritto di famiglia" Sesta edizione, Giappichelli, 2022, p 8;

¹⁷⁹ Cfr C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005, p.27; ed anche FERRANDO, "Il matrimonio", nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2002, p.206 ss.; TERRANOVA, "Convivenza e rilevanza delle unioni cc.dd. di fatto" in *Aa.Vv.*, *Trattato di famiglia*, diretto da ZATTI, I, ' *Famiglia e matrimonio*',1, Milano, 2002, p.806 s.; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, p. 282 ss.;

a presentare domanda di interdizione ed essere preferita nella nomina dell'amministratore di sostegno ¹⁸⁰.

Anche le disposizioni della L. 19 febbraio 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita presentavano un esplicito riferimento alla convivenza, in particolare l'art 5, che permette l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie maggiorenni sia coniugate che conviventi, con esplicita specificazione della diversità del sesso, ciò al fine di evitare all'epoca l'inclusione delle coppie omosessuali nel diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, divieto tuttora sussistente.

A livello giurisprudenziale invece, è possibile notare come già intorno agli anni 80' il giudice delle leggi riconducesse la convivenza nell'ombrello delle "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost¹⁸¹; si pensi inoltre alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 6 co1 L. 27 luglio 1978, n. 392 che non permetteva al convivente *more uxorio* di essere considerato quale soggetto suscettibile di succedere nel contratto di locazione stipulato dal convivente defunto, e alla sentenza del 13 maggio 1998 n.166 in cui si riconosce una possibile estensione dei principi relativi al diritto di abitazione sulla casa familiare (ex art. 155 c.c.) anche alla famiglia di fatto. Quanto alla giurisprudenza di legittimità è opportuno ricordare come in passato attraverso talune pronunce della Cassazione sia stata data rilevanza al fenomeno della convivenza sia in materia di responsabilità aquilana nei rapporti di convivenza¹⁸², sia ai fini dell'assegno di mantenimento o divorzio¹⁸³.

Infine, merita di essere ricordato come prima della riforma Cirinnà del 2016 fosse prevista la mera possibilità di effettuare l'iscrizione anagrafica delle convivenze sia etero che omosessuali all'interno di appositi registri comunali. Tali iscrizioni malgrado non permettessero l'elaborazione di un nuovo tipo di status giuridico si rivelarono utili ai soli fini probatori ed estensori, ossia ad attestare l'esistenza di un rapporto affettivo

¹⁸⁰ Cfr OBERTO G. "La famiglia di fatto. Introduzione alla riforma Cirinnà", in *Diritto di Famiglia e delle persone* (III), fasc.2, 1° giugno 2019, pag. 719 ss;

¹⁸¹ Corte Cost, 7 Aprile 1988, n.404; il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendosi affermare che i diritti definiti inviolabili possano godere di diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare;

¹⁸² Cass.civ. Sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801; In tema di diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio in caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei coniugi viene meno di fronte alla instaurazione, da parte di questi, di una famiglia, ancorché di fatto;

¹⁸³ Cass. civ. Sez. 1, 11 agosto 2011, n. 17195; Cass. civ. Sez. 1, 12 marzo 2012, n. 3923; Cass. civ. Sez. I, 18 novembre 2013, n. 25845;

tra i soggetti della coppia e ad estendere agli stessi i medesimi benefici previsti, nel panorama comunale, per le coppie coniugate¹⁸⁴.

Per quanto riguarda le innovazioni introdotte con la Legge Cirinnà, anzitutto appare opportuno effettuare una premessa sia che si tratti di rapporti personali o patrimoniali. In merito alla possibilità di effettuare un'estensione della disciplina dei diritti e dei doveri dei coniugi prevista dal codice civile all'art.143 alla famiglia di fatto, si è voluto protendere verso la tesi secondo cui, probabilmente, i partners di una coppia di fatto tendano a non sottoporre la propria unione affettiva ad un vincolo come quello matrimoniale per via di una pura e semplice volontà di coppia piuttosto che a causa di una qualche ipotetica limitazione legale. Di conseguenza, nel formulare un'adeguata disciplina si è tentato di non sovrapporre specularmente i due modelli familiari della famiglia legittima e della famiglia di fatto¹⁸⁵.

Anzitutto il comma 36 della L 7/2016 fornisce una definizione specifica dei “conviventi di fatto” affermando che essi vanno intesi quali *<<due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza materiale e morale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile>>*¹⁸⁶.

Ciò è utile al fine di distinguere tale fattispecie rispetto a quella delle unioni civili, menzionata sempre all'interno della stessa legge, la quale va invece a delineare un'unione tra una coppia dello stesso sesso che a differenza della convivenza di fatto aspira ad ottenere un'equiparazione giuridica rispetto alla tutela offerta dall'istituto matrimoniale¹⁸⁷.

Nulla vieta tuttavia, sulla base del tenore letterale dell'art 36, che una coppia dello stesso sesso possa essere ricompresa all'interno dell'ampia categoria dei conviventi di fatto qualora essa non decidesse di aderire alla disciplina prevista per i soggetti uniti civilmente.

Sulla base della definizione fornita, elemento fondamentale per l'individuazione di una “convivenza” o meglio una “famiglia di fatto” è la presenza di una stabile relazione

¹⁸⁴ Cfr. DI MAIO, I registri delle unioni civili, in Fam., pers. e succ., 2007, p 59 ss;

¹⁸⁵ Cfr F. Romeo, Le relazioni affettive non matrimoniali, 2014, Milano, CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA., p.239.

¹⁸⁶ co 36 L 76/2016;

¹⁸⁷ Sugli effetti del matrimonio cfr. RENDA A., La costituzione del matrimonio, delle unioni civili e della convivenza, in SALANITRO U. (a cura di), Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme, Atti del Convegno di Catania, 27-29 settembre 2018, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 171 ss.

affettiva, da intendersi quale <<solida condivisione esistenziale>>¹⁸⁸, il che permette di distinguere tale tipologia di convivenza rispetto ad altre fattispecie di legami determinati dai più disparati motivi, ad esempio di ordine assistenziale-sanitario, religioso ed altri. La mancanza di un qualsivoglia vincolo di stabilità avente forza di legge tra le parti di una convivenza implica la mancanza di quei doveri di assistenza morale, materiale di fedeltà e coabitazione propri dell'istituto matrimoniale e ciò si traduce dunque nella possibilità di abbandonare liberamente il tetto comune, l'assenza di un qualsivoglia vincolo di intimità tra le parti e la possibilità di recedere serenamente dal rapporto di coppia¹⁸⁹ senza che ciò dia origine a risarcimenti o addebiti.

Dal punto di vista sostanziale la nuova legge va semplicemente a delineare e ad allargare uno statuto giuridico dei diritti nella convivenza di fatto già ampiamente tracciato dalle precedenti formulazioni giurisprudenziali e dottrinarie pocanzi citate. Ad esempio, per quanto riguarda i c.d. "profili esterni" del rapporto di convivenza permangono i diritti riconosciuti ai conviventi nel settore penale, come il diritto a non testimoniare¹⁹⁰, oppure in materia di assistenza ospedaliera il diritto di visita e la possibilità di indicare il convivente come responsabile per le decisioni della salute del partner¹⁹¹ ed ancora il riconoscimento al convivente di fatto del diritto a vivere nella casa di "comune residenza" del convivente defunto per un periodo di almeno due anni¹⁹².

In merito ai rapporti patrimoniali tra partner di coppia di fatto la legge Cirinnà ha convalidato l'idea secondo cui il dovere di contribuzione, considerato come una vera e propria obbligazione civile vincolante per le coppie coniugate e le unioni civili, vada invece considerato come una mera obbligazione naturale per i conviventi di fatto.

Il che comporta dunque che tutte le prestazioni precedentemente intercorse tra i conviventi continuano a figurare quali prestazioni spontanee, compiute nell'adempimento di un dovere sociale e morale di sostegno a favore del partner e della famiglia eventualmente esistente, e pertanto da ritenersi irripetibili¹⁹³ a meno che il

¹⁸⁸ TAMPONI M., *Del convivere, La società postfamiliare, La nave di Teseo, Milano, 2019, p. 67;*

¹⁸⁹ TAMPONI M., *id.*, p. 65;

¹⁹⁰ Art 199 c.p.p.

¹⁹¹ Comm. 39 e 40 L 76/2016; cfr DOSI Gianfranco, "Convivenze di fatto. La rilevanza, la definizione e la prova della convivenza di fatto(commi 36 e 37) in lessicodidirittodifamiglia.com;

¹⁹² Art 1 comma 42 L 76/2016;

¹⁹³ Cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Torino, 1991., p. 83 ss; ID., "I diritti dei conviventi. Realtà e prospettiva tra Italia ed Europa, 1 settembre 2012, CEDAM, p 33 ss.; BALESTRA, "Le obbligazioni naturali", Milano, 2004, p. 233.

In giurisprudenza Cass., 15 Gennaio 1969., n 60 in *Foro.it.*, 1969. I, c 1511 e *Riv. Dir. Comm* 1969, p. 403; Cass., 20 Gennaio 1989, n. 285, in *Arch. Civ.*, 1982, p. 498; sull'evoluzione della qualifica giuridica delle dazioni in

partner beneficiario risulti inadempiente rispetto alle obbligazioni naturali sullo stesso gravanti e pertanto divenga suscettibile di essere sottoposto ad un'azione di ingiustificato arricchimento. In tal caso, infatti, è previsto il diritto per il partner adempiente di recuperare un ammontare di denaro in misura pari all'eccedenza delle prestazioni eseguite rispetto a quelle di cui egli abbia potuto beneficiare¹⁹⁴.

Malgrado la genesi delle prestazioni effettuate in convivenza sia quella di obbligazioni naturali, la legge in esame ha previsto la stipula di un contratto di convivenza quale peculiare escamotage attraverso cui trasformare le obbligazioni naturali del rapporto di convivenza in un'obbligazione civile.

Si tratta di una peculiare forma di negozio giuridico obbligatorio che trova la sua motivazione nell'adempimento di un'obbligazione naturale¹⁹⁵.

In dottrina c'è chi, già da tempo, a tal proposito suggeriva una definizione del contratto di convivenza quale *<<regolamentazione del menage economico tra i conviventi e precisamente la distribuzione del costo della convivenza, il regime degli acquisti durante la convivenza o compiuti in precedenza e, entro certi limiti, la disciplina della rottura di quella convivenza, eventualmente dovuta ad uno dei due coniugi>>*¹⁹⁶.

Ovviamente, malgrado il carattere tipico del contratto di convivenza, al fine di evitare l'eventuale nullità delle prescrizioni indicate nel contratto, è necessario garantire il rispetto di appositi requisiti formali, ossia il contratto necessita di essere stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata al fine di evitare che l'accordo possa porsi in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume (art. 1 co 51 L 76/2016).

In merito ai contenuti, il comma 53 suggerisce quelli che potrebbero essere i contenuti possibili del contratto tra conviventi, ossia:

esame cfr OBERTO, "I regimi patrimoniali della famiglia di fatto", Torino, 1991, p. 83 ss.; ID., "Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio", Padova, 2003 p 1 ss., e, SPADAFORA, in, Aa. Vv., "I contratti di convivenza" a cura di MOSCATI e ZOPPINI, Torino, marzo 2002, p. 157 ss.

¹⁹⁴ Cfr OBERTO, "La famiglia di fatto. Introduzione alla <<Riforma Cirinnà>>" in Diritto di Famiglia e delle persone (III), fasc.2, 1 Giugno 2019, pag. 720; ID., "I regimi patrimoniali della famiglia di fatto", p. 127 ss.; ID., "Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio", Padova, 2003, p 65 ss; DI GREGORIO, "Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre, Milano, 2003, p. 186 ss.; QUADRI, "Famiglia e ordinamento civile, Torino, 1997, p. 40; nel senso dell'ammissibilità del rimedio soltanto in relazione alle prestazioni che eccedono la normale contribuzione BALESTRA, Rapporti di convivenza, in Aa. Vv., "Codice della famiglia", a cura di SESTA, 3^a ed., p. 2648; ID., "La famiglia di fatto", 2008, p. 1060 ss.

¹⁹⁵ VIOLO M.L., "Dall'obbligazione naturale al contratto di convivenza: l'eccezione che conferma la regola", in Civile, pubblicato il 30 maggio 2022, in *salvisjuribus.it*;

¹⁹⁶ FRANZONI M., "Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio", in *Il diritto di famiglia*, vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, diretto da Bonlini G. – Cattaneo G., Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 352;

<< a) L'indicazione della residenza; b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile>>¹⁹⁷.

Certo è, che questa si pone come un'indicazione meramente potenziale e pertanto, come tale, non si pone come ostacolo alla possibile disciplina di ulteriori aspetti della convivenza come ad esempio <<gli accordi sulla prole, la predeterminazione delle conseguenze patrimoniali di determinati eventi personali e così via>>¹⁹⁸.

Dubbia di conseguenza appare l'esatta delimitazione del perimetro dell'autonomia privata in questa specifica tipologia di contratto.¹⁹⁹

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile giungere alla conclusione che la nuova disciplina dei contratti di convivenza non avendo previsto l'estensione della disciplina dei rapporti personali e patrimoniali prevista dal codice civile sia per le coppie sposate che per le unioni civili, abbia voluto lasciare alle parti della convivenza la quasi totale autonomia in merito alla gestione del loro rapporto, fornendo un quadro più dettagliato dei diritti e dei doveri spettanti ai coniugi e intervenendo sulle lacune preesistenti in materia. Un esempio è la previsione, al comma 65 del diritto del convivente a ricevere gli alimenti, in caso di rottura del rapporto di convivenza, nel caso in cui in versi in stato di bisogno e non riesca a provvedere al proprio mantenimento.

2.1 La sentenza 138/2010 Corte cost quale punto di svolta nella tutela delle coppie omosessuali

Alla base dello sviluppo della tutela nei confronti delle coppie omosessuali si pone la sentenza n.138 del 2010 della Corte costituzionale. La decisione della Corte è stata emessa in risposta a due distinte questioni di legittimità costituzionale promosse rispettivamente dal Tribunale di Venezia e di Trento, riunite dalla Corte per identità di

¹⁹⁷ Comma 53 L 76/2016 (Legge Cirinnà);

¹⁹⁸ Cit OBERTO G. "La famiglia di fatto. Introduzione alla << riforma Cirinnà >>", in *Diritto di Famiglia e delle persone* (I), fasc.2, 1 Giugno 2019, pag. 24; sul punto ID., "I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)", in *Fam. E dir.* 2015, p. 165ss.; ID "Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia, in, "Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari", a cura di LANDINI e PALAZZO, 2018, Milano, 2018, p. 52 ss;

¹⁹⁹ Cfr, GATT, "Autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale", in AA. VV., "Le unioni civili e le convivenze", a cura di C.M. BIANCA, 2017 Giappichelli, Torino, p. 616 ss.; MAZZARIOL, "Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza", 2018, Jovene, p 188 ss; OBERTO "La modifica del regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza", in www.giacomooberto.com, 2018, p 1 ss.

petitum, e relative ad una serie di disposizioni del codice civile (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis c.c.) che lette sistematicamente impediscono ad una persona omosessuale di contrarre matrimonio con altro partner omosessuale per violazione degli artt. 2,3,29, 117 della Costituzione.

Nel caso di specie, una coppia formata da due uomini aveva visto opporre da parte di un ufficiale di stato civile del comune di Venezia, un rifiuto di pubblicazione del matrimonio dagli stessi richiama. Ciò in considerazione del fatto che la pubblicazione sarebbe stata illegittima poiché in contrasto con l'ordine pubblico e con la normativa costituzionale e ordinaria che considera l'eterosessualità dei coniugi quale condizione minima essenziale dell'istituto matrimoniale e di tutta la relativa disciplina che ne deriva²⁰⁰.

Nelle argomentazioni dei ricorrenti veniva sottolineato come nell'ordinamento italiano non vi fosse alcun riferimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso né tantomeno un esplicito divieto in materia. Pur essendo vero quanto addotto dai rimettenti, il tribunale rimettente considerava che il chiaro tenore delle disposizioni del codice civile così come di quelle contenute nella legislazione speciale²⁰¹, postulasse la diversità di sesso tra i coniugi alla base della disciplina matrimoniale e ciò << *a fronte di una consolidata e ultra millenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna*>>²⁰².

Condividendo le argomentazioni elaborate dalle Corti rimettenti di Venezia e Trento, la Corte costituzionale²⁰³ ebbe a valutare se in relazione ai vari parametri costituzionali di cui era stata denunciata la violazione essa dovesse pervenire ad una declaratoria di illegittimità della normativa contestata.

²⁰⁰ Corte cost, sentenza 21 aprile 2010 n. 138 , par 1 ritenuto in fatto;

²⁰¹ es: l'art. 5, primo e secondo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio);

²⁰² Corte cost, sentenza 21 aprile 2010 n. 138 , par 1 considerato in diritto;

²⁰³ In relazione alla sentenza si ricordano anche i seguenti commenti: Andrea Pugiotta, *“Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio”*, in www.forumcostituzionale.it; Ilenia Massa Pinto e Chiara Tripodina, *“«Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010”*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini" 1-2/2010, pp. 471-494; per Andrea Melani, *“Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta”*, 2010, in www.forumcostituzionale.it; e Barbara Pezzini, *“Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale”*, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n.0, 2 luglio 2010;

Nello specifico la Corte provvede a dividere la propria decisione in due distinte parti, ossia una dichiarazione di infondatezza relativamente agli artt. 3 e 29 Cost e una dichiarazione di inammissibilità in relazione agli artt. 2 e 117 Cost.

In merito alla dichiarazione di infondatezza, la Corte riconosce anzitutto che i concetti di famiglia e matrimonio non risultano cristallizzati all'epoca dell'emanazione della costituzione, e questo in quanto, nel corso degli anni, si è avuto modo di constatare che le diverse disposizioni che costituiscono la relativa disciplina sono state oggetto di interpretazione al fine di garantire una risposta dell'ordinamento alle mutate esigenze sociali(prova di ciò è stata data dalle svariate riforme intercorse durante il novecento come la legge sul divorzio oppure la riforma del diritto di famiglia del 75'). Ciò premesso, la Corte riconosce che tale attività interpretativa (c.d evolutiva) non possa estendersi fino ad un punto tale da incidere sul nucleo della norma²⁰⁴(art. 29 Cost) ricomprendendovi tematiche che all'epoca della sua elaborazione non erano state neppure prese in considerazione dai padri costituenti e svoltando dunque verso una vera e propria interpretazione creativa.

In considerazione della lettura data dall'art. 29 Cost, la Corte ritiene in conseguenza che non possa ravvisarsi una violazione dell'art. 3 Cost, e questo dal momento che le unioni tra soggetti omosessuali non possono essere considerate assimilabili all'istituto matrimoniale previsto per le coppie eterosessuali. A conferma di tale assunto la Corte sottolinea soprattutto la finalità procreativa riconosciuta al matrimonio e dimostrata dal fatto che l'articolo relativo al matrimonio è immediatamente seguito da quello che disciplina la tutela accordata ai figli all'art. 30 Cost.

Per quanto riguarda la dichiarazione di inammissibilità della Corte, è qui che giace il fondamento per lo sviluppo della tutela delle coppie omosessuali. Nello specifico la Corte, al paragrafo 8 della sentenza in esame, riconosce per la prima volta l'unione omosessuale come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost e pertanto le permette di poter usufruire della tutela che la disposizione in esame garantisce a qualsiasi tipologia di comunità all'interno della quale viene incentivato il libero sviluppo della persona. In conseguenza di tale copertura costituzionale, alle coppie omosessuali viene riconosciuto anche <<*il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia,*

²⁰⁴ In tal senso si veda: RUGGERI, Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione, in Quad. cost., 2007, 758; BUSNELLI, La famiglia e l'arcipelago familiare, in Riv. dir. civ., 2002, 509, spec. 520 s.; DAL CANTO, Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana, in Foro it., 2005, V, 275 ss;

ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri>>²⁰⁵. Tuttavia, tale riconoscimento per la Corte non può realizzarsi mediante una equiparazione costituzionalmente obbligata tra le unioni omosessuali ed il matrimonio, e questo in quanto, al pari di quanto dimostrato dalle legislazioni di altri paesi membri dell'UE²⁰⁶, spetterebbe al legislatore, nel rispetto della sua discrezionalità, individuare le forme di tutela più opportune per tale unione, rimanendo invece la Corte responsabile dello svolgimento del controllo di ragionevolezza²⁰⁷ sull'omogeneità del trattamento riservato alla coppia omosessuale rispetto a quello assicurato alle coppie eterosessuali.

Considerazioni simili a quelle già espresse per l'art. 2 Cost vengono espresse per l'inammissibilità della questione relativa alla violazione dell'art. 117 Cost.

Nello specifico la norma in questione, quale norma interposta, richiamava la violazione di una serie di disposizioni proprie del diritto comunitario e sovranazionale, quali gli artt. 8(diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12(diritto al matrimonio) e 14(divieto di discriminazione) della CEDU nonché gli artt. 7(diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9(diritto a sposarsi e costituire una famiglia) e 21(diritto di non discriminazione) della Carta di Nizza. Invero, poiché rispetto alla normativa CEDU e agli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza gli articoli 12 e 9 di quest'ultima affrontavano in maniera più specifica le questioni del rispetto del diritto alla vita familiare e il diritto a sposarsi, in virtù del principio di specialità la Corte si è soffermata principalmente su di esse per dare risposta alla censura mossa.

In particolare attraverso il commentario elaborato dalle istituzioni europee per chiarire la portata delle disposizioni della Carta di Nizza, le è possibile affermare che nonostante la normativa sovranazionale riconosca la necessità di garantire un determinato tipo di tutela alle coppie omosessuali, essa non impone come soluzione obbligatoria l'equiparazione tra unioni omosessuali e unioni matrimoniali ma anzi, lascia al

²⁰⁵ Corte cost, sentenza 21 aprile 2010 n. 138, par 8 considerato in diritto; v. ROMBOLI, Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio, in Foro.it, 2010, I, 1367;

²⁰⁶In Francia, la l. 13.10.1999, n. 944 ha modificato il code civil, introducendo nel libro I un Titre XII dedicato alla disciplina "du pacte civil de solidarité et du concubinage". L'art. 515-1 code civil definisce il pacte civil de solidarité, descrivendolo come un contratto concluso tra due persone fisiche maggiorenni, dello stesso o di diverso sesso, per organizzare la loro vita in comune; Il primo paese ad approvare una legge sul riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali è stata proprio la Danimarca nel 1989.

²⁰⁷ Come già accaduto per convivenze more uxorio, v. C. Cost. sent. n. 559/1989, in Foro it., 1990, I, 1465 e C. cost. sent. n. 404/1988, in Foro it., 1988, I, 2515. Sulla decisione della Corte si veda anche Fortino M., Piccoli passi e cautele interpretative delle corti sui diritti delle unioni omosessuali, in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 1, 2016 p.132-133;

legislatore di ciascun Stato membro la piena discrezionalità, purché esso si attivi in tempi certi e brevi al fine di porre rimedio a tale situazione di vuoto normativo.

In definitiva è possibile concludere che se da un lato tale sentenza ha avuto modo di fornire una visione fortemente tradizionalista del significato da attribuire all'art. 29 Cost, dall'altro lato essa ha garantito per la prima volta il riconoscimento delle coppie omosessuali nell'alveolo delle formazioni sociali, promuovendo un percorso di tutela di tali coppie attraverso il sollecito dato al legislatore affinché si attivasse per colmare il vuoto legislativo esistente nell'ordinamento italiano²⁰⁸.

Oltre ad essere un monito per il legislatore nazionale, la decisione in questione è stata destinata a produrre effetti anche in ambito sovranazionale. Infatti, sulla base della premessa costituita dalla sentenza 138/2010 è possibile ricordare come, successivamente, nella sentenza "*Oliari c Italia*"²⁰⁹ del 21 luglio 2015 la Corte di Strasburgo abbia deciso di condannare l'Italia per violazione dell'art 8 CEDU, in quanto il legislatore, ignorando le indicazioni provenienti dalla Comunità europea e dalle autorità giudiziarie, avrebbe mancato di elaborare una legislazione volta al riconoscimento e alla tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso. Tutela che verrà di là a poco riconosciuta attraverso l'approvazione del dd.l Cirinnà (L. 76/2016).

2.2 La legge Cirinnà n 76/2016 e la nuova disciplina delle unioni civili

Al pari di quanto accaduto in passato per l'introduzione della legge sul divorzio (l.1° dicembre 898/1970), e della legge sull'aborto (L 22 Maggio 194/1978), la legge sulle unioni civili è stata oggetto di un ampio dibattito politico e ciò soprattutto a causa delle forti opposizioni provenienti dei partiti più conservatori e dell'intromissione dello Stato vaticano, in passato già sperimentata, all'interno delle tematiche sociali affrontate dal Parlamento italiano. Per quel che riguarda la materia in esame, il catechismo della

²⁰⁸Sul tema si veda: Roberto Romboli, La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?* A cura di Barbara Pezzini e Anna Lorenzetti, Jovene Editore, Napoli, 2011; Fabrizio Calzaretto, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*; in www.forumcostituzionale.it, 31 maggio 2010;

²⁰⁹ Su come la sentenza nel caso Oliari e a. c. Italia abbia di fatto favorito l'adozione nel 2016 della legge sulle unioni civili si veda il commento di M. Winkler, *Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia*, in *GenIUS*, n. 2/2016, p. 46 ss.; ALICINO F., *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, su www.forumcostituzionale.it, agosto 2015; NARDOCCI C., *Dai moniti del giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, su www.forumcostituzionale.it, settembre 2015; PARISI M., *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, su www.statoecheme.it, febbraio 2016; ZAGO G., *A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v Italy*, su www.articolo29.it, agosto 2015.

Chiesa cattolica ritiene che qualsiasi libera unione tra uomo e donna incapace di caratterizzarsi con un impegno a lungo termine ed in cui l'atto sessuale viene compiuto, costituisce <<un'offesa alla dignità del matrimonio>>²¹⁰, pertanto si immagini il diniego totale che la corrente politico-cattolica abbia potuto esporre nei confronti dell'unione omosessuale²¹¹.

La Legge 76/2016 rappresenta un importante passo avanti per il riconoscimento e la tutela delle coppie dello stesso sesso in Italia. Questa legge, entrata in vigore il 5 giugno 2016, ha introdotto un quadro normativo che ha permesso alle coppie omosessuali di formalizzare la propria unione attraverso un istituto legale appositamente creato.

L'obiettivo principale è stato quello di garantire ai partner alcuni diritti e doveri, allo scopo di proteggere e tutelare la loro relazione, sia dal punto di vista patrimoniale che personale.

Prima dell'entrata in vigore della Legge 76/2016, le coppie omosessuali in Italia non godevano di alcun riconoscimento giuridico, ciò significava che non avevano diritti automatici di successione, non potevano beneficiare delle agevolazioni fiscali riservate alle coppie sposate e non avevano accesso a diverse tutele previste per le coppie eterosessuali.

Nel corso degli anni non sono mancati tentativi di introduzione di una qualche forma di riconoscimento di tali unioni affettive, si ricordino ad esempio il progetto di legge n.1020 (a firma Nichi Vendola ed altri) e denominata "Disciplina delle unioni civili", il progetto di legge n. 935 "Normativa sulle unioni civili"(a firma del sen. Manconi ed altri), e soprattutto i DICO (ossia i diritti e i doveri delle persone stabilmente conviventi)²¹² promossi durante il governo Prodi-II dai ministri Bindi e Pollastrini e poi risoltisi in un nulla di fatto a causa della sfiducia subita dal Governo prima dell'approvazione definitiva.

Tale disegno di legge era finalizzato al riconoscimento della relazione intercorrente tra due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, unite da vincolo affettivo e prestanti

²¹⁰ Catechismo della Chiesa cattolica, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 1993, p. 583, n. 2390, consultabile all'url: http://www.vatican.va/archive/catechism_it/p3s2c2a6_it.htm.

²¹¹ Per tutto il periodo della cosiddetta «prima Repubblica» (1948-1992), infatti, il partito cattolico della Democrazia cristiana, che rappresentava la realizzazione dell'unità politica dei cattolici, aveva sostanzialmente impedito le grandi riforme

²¹² Si consulti in merito CAPESCIOTTI M, "La legge sulle unioni civili in Italia: Il dibattito politico tra mito e realtà", 16 maggio 2016, in eticaeconomia.it; sul tema si veda anche COCUCCIO M, "Convivenza e famiglia di fatto: Problematiche e prospettive" in Dir. Famiglia, fasc.2, 2009, pag 908;

l'un l'altro adeguata assistenza e solidarietà morale e materiale²¹³, mediante apposita dichiarazione rilasciata dai conviventi presso i registri anagrafici del comune di residenza.

Diversi erano i diritti riconosciuti ai conviventi, i quali, tuttavia, secondo il progetto di legge sarebbero emersi gradualmente a seconda della durata della convivenza. Ad esempio la possibilità di succedere nel contratto di locazione del partner defunto qualora la convivenza durasse da almeno tre anni (art. 8), requisito richiesto anche per il riconoscimento della maggior parte dei diritti e delle tutele sul lavoro, oppure il riconoscimento quale erede legittimo del convivente defunto nel caso in cui la convivenza perdurasse da almeno 9 anni(art. 11)²¹⁴.

A seguito della mancata approvazione dei DICO, nel nostro ordinamento giuridico la materia delle unioni omosessuali è stata caratterizzata da un costante vuoto legislativo cui la magistratura, dapprima europea e poi italiana, ha cercato di sopperire gradualmente nel corso degli anni, richiamando più volte il legislatore(si pensi alle sentenze 138/2010 e 170/2014 Corte Cost) affinché potesse normarsi una fattispecie oramai già ampiamente riconosciuta da anni all'interno della maggior parte dei Paesi dell'Unione Europea.

Per quel che riguarda la disciplina attuata dalla legge Cirinnà pare opportuno svolgere una considerazione di fondo, ossia che nonostante il legislatore non fosse costituzionalmente obbligato ad introdurre il matrimonio per le persone dello stesso sesso, esso ha comunque posto in essere una disciplina che con quell'istituto condivide la maggior parte dei suoi profili. In particolare, al comma 20 è stato stabilito che «< al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»²¹⁵. Ciò ha fatto

²¹³ art 1 d.d.l n.1399;

²¹⁴ DICO(disegno di legge), contributori di Wikipedia, Wikipedia ,l'enciclopedia libera, 4 maggio 2023; in riferimento al tema si veda anche Giorgio Grasso, “Dico” sì, “Dico” no: Prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi; in Forum di Quaderni Costituzionali, 2007; Sul punto, cfr. BASSETTI R., Contratti di convivenza e di unione civile, Giappichelli, Torino, 2014, p. 180 ss.

²¹⁵ Sulla materia si veda: CIANCI A.G., Le altre disposizioni riferite al coniuge e al matrimonio(in riferimento agli artt. 74 ss, 51, 433, 230 bis, 785, 2399, 2539, 2960 c.c.),in BIANCA C.M, (a cura di), Le unioni civili e le convivenze, 2017, Torino, p. 286 ss.

si che il neoistituto delle unioni civili si omogeneizzasse all'istituto matrimoniale in relazione a tutta quelle serie di elementi attinenti all'atto costitutivo, alla relazione affettiva tra i partner e alla sua rilevanza verso i terzi e la collettività²¹⁶, fermo restando che secondo quanto stabilito dal secondo periodo del medesimo comma, l'equiparazione tra unioni civili e matrimonio non operi per quelle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate dalla legge²¹⁷.

Esempi di tale mancanza di equiparazione si registrano relativamente alla disciplina degli alimenti (art. 433 c.c), in materia di parentela (art. 74 ss c.c.), in materia di filiazione e adozione.

Si tratta di una soluzione che di per sé non si traduce in una violazione dell'art. 3 Cost e questo in quanto il legislatore norma in materia differente le due fattispecie poiché conscio della differenza ontologica sussistente tra unioni civili e coniugio eterosessuale, accordata sia dal tenore delle disposizioni costituzionali (artt. 2 e 29 Cost) nonché dalle relative pronunce al riguardo²¹⁸.

La disciplina delle unioni civili è ricompresa nella prima parte della legge 76/2016, specificamente tra i commi 1-35. Anzitutto ai commi 2-3 sono state stabilite le modalità di costituzione dell'unione civile, nello specifico essa avviene con una <<dichiarazione rilasciata di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni>>²¹⁹ che lo stesso pubblico ufficiale provvederà a registrare immediatamente all'interno dell'archivio dello stato civile.

Venendo meno tutta quella serie di disposizioni strettamente attinenti all'istituto matrimoniale come la disciplina delle pubblicazioni oppure quella della celebrazione, il legislatore sembra aver optato per una tipologia di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali analoga a quella delle "partnership" di matrice tedesca²²⁰, il che rende la

²¹⁶ Cfr FERRANDO G., *Diritto di famiglia, Unioni civili e convivenze Aggiornamento 2016*, settembre 2016, Torino, p. 2.

²¹⁷ Sulla mancanza di una completa equiparazione tra matrimonio ed unioni civili: DE CRISTOFARO G., *Le "unioni civili" fra persone del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2017, p.112 ss;

²¹⁸ SESTA M., *La disciplina dell'unione civile fra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 885 ss.; sulla stessa linea di pensiero DE CRISTOFARO G., *id.*, p. 103. Sulla differenza ontologica tra unioni civili e matrimonio: *Sentenza 138/2010 Corte Cost*;

²¹⁹ *Legge 76/2016 art 1 comma 3*;

²²⁰ Patti S., *"Le unioni civili in Germania"*, in *Fam. Dir.*, 10, 2015 descrive l'evoluzione dell'ordinamento tedesco. Il 1° Agosto 2001 è entrato in vigore l'istituto della convivenza registrata per le persone dello stesso sesso, nota come (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) regolata sostanzialmente come il matrimonio seppur con qualche differenza;

modalità di costituzione dell'unione civile più rapida rispetto a quella prevista per il matrimonio eterosessuale.

Tra i commi 4-8 è sancita la disciplina delle diverse ipotesi di nullità dell'atto di costituzione dell'unione civile, come ad esempio il fatto che una delle parti dell'unione sia già vincolata con un preesistente matrimonio o unione civile (co. 4 lett. a), la presenza di un'interdizione per infermità di mente di una delle parti dell'unione (co. 4 lett. b), la sussistenza di un consenso estorto da una delle parti dell'unione civile con violenza, per errore sulle qualità personali del partner o timore di eccezionale gravità (comma 7).

In merito alla disciplina dei diritti e dei doveri spettanti alle parti di unione civile, il comma 11 richiama quanto stabilito all'interno dell'art. 143 cc, prevedendo dunque che le parti <<acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri>>²²¹ e specificando che ad essi spettano l'obbligo reciproco all'assistenza materiale e morale e alla coabitazione.

Ciò che colpisce mettendo in comparazione la disposizione codicistica di cui all'art. 143 cc e il comma 11 L. 76/2016 è l'evidente assenza dell'obbligo reciproco di fedeltà²²² a cui si ricollega coerentemente anche l'assenza della disciplina relativa alla separazione con addebito che è una tipologia di sanzione tipica dell'infedeltà coniugale²²³.

È possibile ritenere che l'intenzione di rimuovere l'obbligo di fedeltà da quell'insieme di diritti e doveri in analisi sia stato un atto volutamente politico²²⁴, finalizzato a differenziare in maniera simbolica le unioni civili dall'istituto matrimoniale in considerazione del fatto che le prime non godrebbero delle medesime caratteristiche di stabilità ed esclusività proprie del secondo²²⁵. Inoltre, in dottrina c'è chi ritiene che <<L'obbligo di fedeltà trova ancora la sua ratio nella naturale proiezione della relazione

²²¹ Legge 76/2016 art 1 comma 11;

²²² Cfr FERRANDO G., "Diritto di famiglia. Unioni civili e convivenze", id, p. 3; Sul tema L. Olivero, "Unioni civili e presunta licenza di infedeltà", in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2017, fasc 1, p.213; R. Pacia, "Unioni civili e convivenze", in Juscivile, 2016, 198; F. Dell'Anna Misurale, "Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge", in giustiziavivile.com, 27 giugno 2016, p 12, in cui viene considerata inopportuna la scelta effettuata dal legislatore, osservando come la disparità di trattamento tra persone eterosessuali e omosessuali sul tema della fedeltà appaia, sulla base di quanto ricavabile dal dibattito parlamentare – frutto di un pregiudizio sulla qualità del vincolo che unisce le coppie dello stesso sesso. Secondo E. Quadri, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", in Giustizia civile riv. Trim., numero 2-2016, p 5-6, l'espunzione dell'obbligo di fedeltà risulta privo di qualsiasi portata concreta, in considerazione del fatto che per l'unione civile non opera l'istituto della separazione personale.

²²³ Cfr SESTA M. "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", Opinioni Legge 20 maggio 2016, n.76 in Famiglia e diritto 10/2016, p 887;

²²⁴ Cfr L. OLIVERO, id, p. 213; TROISI C. "Diritti e doveri nelle unioni civili", in Comparazione e diritto civile, 2018, p 3;

²²⁵ L. GUAGLIONE, "La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze", Roma, 2016, p. 66; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 49;

eterosessuale coniugale verso la procreazione, e la sua esclusione per l'unione civile pare ricondursi, appunto, alla volontà di escludere dal nuovo quadro normativo ogni prospettiva procreativa dell'unione civile tra persone dello stesso sesso²²⁶. Malgrado tale mancanza, ovviamente nulla vieta a che le parti possano scegliere di impostare la propria relazione sentimentale e sessuale sul canone della fedeltà ripercorrendo dunque la medesima impostazione prevista dall'art. 143 c.c. per i coniugi uniti in matrimonio.

In merito alle cause di scioglimento dell'unione civile, esse sono disciplinate tra i commi 22 e 26 tra cui ricordiamo la morte o la dichiarazione di morte presunta, la condanna di una delle parti dell'unione con sentenza passata in giudicato per i fatti commessi prima del consolidamento dell'unione, l'ipotesi in cui l'altra parte dell'unione sia stata assolta per vizio totale di mente²²⁷ nonché la presentazione di una dichiarazione congiunta di scioglimento dell'unione civile dinanzi all'ufficiale di stato civile.

L'elemento di novità rispetto alle tradizionali cause di scioglimento di un'unione affettiva, è costituita dal fatto che, secondo il tenore letterale del comma 24, l'unione civile può venir meno anche per mezzo dell'espressione di volontà anche di un solo partner dell'unione, c.d. divorzio diretto²²⁸.

Infine per quanto riguarda i rapporti patrimoniali tra le parti dell'unione civile, ai sensi del comma 13 è stato disposto che in mancanza di una diversa convenzione patrimoniale, il regime patrimoniale dell'unione civile risulta essere quello della comunione dei beni, quanto attiene invece ai rapporti successori e agli obblighi alimentari è disciplinato dalle norme previste per i coniugi, così come la materia dell'amministrazione di sostegno, del rapporto di lavoro e della condotta violenta all'interno della coppia²²⁹.

A seguito dell'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa che ha interessato il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, è possibile concludere come il legislatore a seguito delle numerose istanze sia della società sia delle Corti, abbia preso consapevolezza della necessità di un intervento in una materia così delicata e lo abbia attuato provvedendo a definire la disciplina di cui alla L 76/2016.

²²⁶ G. BALLARANI, La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. una prima lettura critica, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, 3, p. 637;

²²⁷ Legge 898/1970 art 3, numero 1 lett a), numero 2 lett a);

²²⁸ Cfr E. Quadri, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a future memoria?", p 7;

²²⁹ Commi 13-16 L 76/2016;

Ciò malgrado, è opportuno sottolineare come in realtà l'intervento compiuto dal legislatore sia stato eccessivamente repentino, una sorta di "toppa" a quella disciplina mancante nell'ordinamento che ad oggi risulta essere ancora incompleta dal momento che profili fondamentali relativi al rapporto affettivo fra partner dello stesso sesso appaiono privi di una apposita regolamentazione²³⁰. Ad esempio, evidente risulta essere la mancanza della disciplina relativa al rapporto con i figli e di tutte le conseguenze concernenti il rapporto di filiazione. Inizialmente il testo originario del ddl Cirinnà aveva stabilito che si potesse ricorrere alla disciplina dell'adozione in casi particolari del figlio del partner, attraverso una modifica dell'art. 44, lett b) L. 183/1984 che prevedeva che l'adozione potesse essere effettuata, oltre che dal coniuge, anche dall'altro partner dell'unione civile. Tuttavia, si è trattato di una disposizione che a seguito dei numerosi conflitti politici sulla materia è stata oggetto di stralcio ad opera di un maxi emendamento affinché potesse raggiungersi la maggioranza necessaria all'approvazione del disegno di legge.

In definitiva numerose sono le differenze che tutt'oggi persistono tra la disciplina matrimoniale e quella delle unioni civili, tuttavia in dottrina²³¹ c'è chi ritiene che quanto compiuto dal legislatore italiano sia semplicemente l'inizio di un percorso analogo a quello compiuto dai legislatori di altri Stati in cui pur mancando una totale estensione della disciplina matrimoniale alle unioni tra partner omosessuali, si è giunti a tale obiettivo per gradi ossia dapprima riconoscendo giuridicamente l'esistenza delle coppie omosessuali e poi eseguendo l'estensione di cui appena detto²³².

3 L'evoluzione normativa dell'adozione in Italia

Con il termine adozione si fa riferimento a quell' « istituto giuridico che consente di creare tra due soggetti estranei tra loro il vincolo naturale di paternità e maternità »²³³, così come a quello « strumento rivolto a dare al minore una famiglia quando la sua

²³⁰ Nello specifico si parla dell'adozione del figlio del partner, della trascrizione della sentenza di adozione ottenuta da un tribunale straniero, in materia di convivenza ecc...

²³¹ AUTORINO G., Le unioni civili in Europa, in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 12, 2016, p 1675;

²³² Ad esempio: in Spagna l'omosessualità è stata legalizzata nel 1979, poi nel 98 sono state previste le unioni civili ed infine nel 2005 è stato previsto l'accesso al matrimonio da parte delle coppie same-sex. Lo stesso dicasi per la Scozia il Galles e l'Inghilterra dove sono state legalmente riconosciuti i comportamenti omosessuali nel 67, sono state introdotte le unioni civili nel 2005 ed infine il matrimonio egualitario nel 2015;

²³³ Così in Dizionario giuridico su www.brocardi.it;

famiglia di sangue manchi o si riveli totalmente e definitivamente incapace a svolgere la sua funzione educativa>>²³⁴.

L'adozione venne disciplinata per la prima volta all'interno del *Code Napoléon* del 1804 e la relativa impostazione datale venne successivamente accolta all'interno del codice civile italiano del 1865. La funzione riconosciuta all'istituto dell'adozione era una funzione prettamente successoria e patrimoniale, finalizzata a garantire la continuazione del nome e del patrimonio a quei soggetti che risultavano incapaci di procreare oppure per una qualsiasi causa naturale si ritrovavano privi della loro prole²³⁵.

Affinché potesse ricorrersi alla stipulazione di un atto di adozione era necessario il rispetto di una serie di requisiti la cui verifica veniva poi affidata all'autorità giudiziaria attraverso la c.d omologazione (art. 354 code Napoléon). Nello specifico era necessario che l'adottante avesse raggiunto almeno i cinquant'anni di età privo di qualsivoglia discendente legittimo o legittimato (art. 343 Code Napoleon), che lo stesso godesse di una buona fama(art. 355 Code Napoléon) e infine avesse prestato le proprie cure e assistenze all'adottato per un periodo di almeno sei anni(art. 345 Code Napoléon). Inoltre, trattandosi di un atto negoziale, per la sua validità era necessario il rispetto di un'ulteriore condizione, ossia che l'adottando una volta raggiunta la maggiore età avesse prestato il proprio consenso (artt. 346 e 353 Code Napoléon).²³⁶

In definitiva, dunque, l'atto di adozione, avendo una natura prettamente negoziale e privatistica nonché una funzione puramente assistenziale e di tipo successorio, risultava essere inidoneo a garantire l'instaurazione di un qualsiasi tipo di parentela tra il soggetto adottato e la famiglia o il soggetto adottante²³⁷. Ciò malgrado una prima proposta all'interno dei lavori preparatori del Code avesse intenzione di delineare quel concetto

²³⁴ BRECCIA U., e altri, *Diritto privato*, II ediz., tomo terzo, Utet, Milano, 2013, p. 1170 ss;

²³⁵ Al riguardo, v. DAVÌ, voce *Adozione*, V) *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1-8;

²³⁶ In merito alle informazioni sul procedimento v. FIORE, voce *Adozione*, in *Digesto italiano*, vol. II, parte I, Torino, 1884, p 166: «*l'adozione deve essere fatta con un atto redatto dinanzi ad un giudice di pace, dalle stesse persone che devono prestare il consenso, personalmente o per mezzo di qualcuno munito di procura speciale e autentica; tale atto consegnato al procuratore del Re deve essere rimesso al Tribunale di prima istanza del domicilio dell'adottante, che pronuncia in Camera di consiglio se vi è luogo o no all'adozione. Tale decreto, che abbia ammesso o rigettato l'adozione, deve essere entro un mese sottoposto, ad istanza di una delle due parti, alla Corte d'Appello, la quale o conferma il decreto, pronunciando la sentenza all'udienza pubblica dopo avere istruito l'affare in Camera di consiglio, o lo riforma, e senza esprimere motivi dichiara se vi è luogo o non vi è luogo all'adozione. Tale decisione deve essere, entro tre mesi, iscritta nei registri dello stato civile del luogo dove sarà domiciliato l'adottante*».

²³⁷ Cfr FIORE, op cit, p 166 ; V. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II: *Filiazione*, Milano, 2002, p 580; DAVÌ, op cit, p 2;

di adozione che oggigiorno risulta essere presente nelle moderne legislazioni nazionali e prevede l'instaurazione di un legame di parentela tra adottante e adottato²³⁸.

Questo in quanto l'idea radicale dell'intangibilità della famiglia legittima impediva qualsiasi tipo di intervento da parte del legislatore francese che potesse permettere ad un soggetto adottato di acquisire lo status di figlio legittimo anche a seguito dell'adozione.

Nello specifico, la disciplina definitiva e predisposta a seguito del rifiuto apposto dal Conseil D'Etat sulla prima bozza dell'istituto in esame, era caratterizzata dalla incessante cautela del << *non turbare la stabilità e la tranquillità della famiglia legittima... e gli interessi, non soltanto morali, ma anche e soprattutto economici, dei suoi componenti*>>²³⁹.

L'impostazione data dal Code Napoléon all'istituto dell'adozione venne successivamente ripresa nel Codice civile italiano del 1865. A conferma di ciò, e dunque della natura negoziale e contrattuale dell'atto di adozione, ricorrevano ancora una volta i requisiti di validità dell'atto, previsti all'art. 202 del Codice civile del 1865. Nello specifico era previsto che potessero adottare solo coloro i quali risultassero sposati, avessero più di cinquant'anni di età, non avessero discendenti legittimi o legittimati, e superassero di almeno diciott'anni di età il soggetto da adottare²⁴⁰. Inoltre, trattando di un atto negoziale, per la validità dello stesso era necessario il consenso del soggetto adottato il quale poteva essere espresso solo al compimento del diciottesimo anno di età²⁴¹.

Attraverso il processo di adozione si forniva l'adottato del cognome e dei diritti di successione nei confronti del patrimonio dell'adottato senza che ciò determinasse un'alterazione degli status tra figli legittimi e soggetti adottati o l'instaurazione di un rapporto di filiazione, il tutto sempre a tutela della sacralità della famiglia legittima e dell'« ordine naturale dei rapporti di filiazione ».²⁴²

Agli inizi del Novecento, a seguito dello scoppio del primo conflitto bellico, in occasione della riforma del codice civile la dottrina dell'epoca sperò che dalla disciplina

²³⁸ v. EBENE COBELLI, *Le adozioni. Prospettive di una riforma ed esperienze giuridiche europee*, Padova, 1981, 8, nota (4);

²³⁹ CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, p 86-88;

²⁴⁰ Art 202 codice civile 1865;

²⁴¹ Artt 206-208 codice civile 1865;

²⁴² CAMPAGNA, *op. cit.*, 40;

dell'adozione elaborata per far fronte all'assistenza degli orfani di guerra²⁴³ avrebbe potuto essere formulata una nuova concezione dell'istituto, in grado di soddisfare non solo le necessità dell'adottante ma anche e soprattutto quelle dei minori di vedersi considerare in tutto e per tutto come parte di una famiglia che oramai non esiste più²⁴⁴.

In realtà tali speranze furono fortemente disattese dal momento che il progetto predisposto al tempo dal Guardasigilli e sottoposto al parere della Commissione parlamentare finì inevitabilmente con il riconfermare²⁴⁵ la funzione tradizionale dell'istituto dell'adozione, così come considerato nel codice del 1865, ossia il consentire all'adottante la possibilità di continuare la sua discendenza in cambio di un'attività assistenziale sia materiale che spirituale a favore di un soggetto minore.

L'unico elemento di innovazione previsto nella disciplina proposta dalla Commissione era costituito dalla possibilità di procedere all'adozione dei soggetti minori di anni diciotto²⁴⁶.

Oltre a ciò, la Commissione suggerì l'introduzione di un elemento innovativo per la tutela dei minori, in particolar modo per coloro i quali fossero stati abbandonati dai propri genitori, ossia l'istituto dell'affiliazione²⁴⁷.

Si trattava di un istituto che si differenziava rispetto all'adozione e ciò in quanto mentre questa era mossa da finalità strettamente personali e per questo aveva anche una natura privatistica, l'affiliazione invece veniva svolta dai privati per pure finalità pubbliche di assistenza morale e materiale degli infanti abbandonati. L'affiliato usufruiva dell'opera dell'affiliante in termini di educazione, mantenimento ed educazione ma non acquisiva alcun diritto di successione o il cognome dell'affiliante al pari di quanto accadeva invece nella disciplina dell'adozione. In sostanza si trattava di uno strumento attraverso il quale

²⁴³ Così espone TACCINI S, "L'adottato tra origini biologiche e accoglienza. Famiglia, verità, identità", 2012, p 11, in etd.adm.unipi.it: <<Si trattava di una disciplina che derogava alle disposizioni del codice civile in materia di adozione stabilendo l'adozione dei minori di diciotto anni, legittimi o naturali, orfani di un genitore per motivi bellici e dei minori non riconosciuti ma riconoscibili, nati al di fuori del matrimonio fra l'inizio della guerra e la fine del 1919>>.

²⁴⁴ In tal senso propendevano le parole di POLACCO, relatore al Senato per la conversione in legge del r.d.l. n. 1357/1919, Delle riforme da apportare all'istituto dell'adozione, in *Giur. it.*, 1923, IV, 211;

²⁴⁵ V. relazione del Guardasigilli, n. 295, e relazione della Commissione parlamentare, 799;

²⁴⁶ Nello specifico venne prevista la possibilità di adozione dei minori che avessero compiuto almeno sedici anni sul presupposto della loro sufficiente maturità; in tal senso v. relazione Commissione Reale, 176;

²⁴⁷ In materia si ricordino le argomentazioni di: SCHERILLO, *Affiliazione e adozione*, in *Foro it.*, 1939, IV, 259; RUPERTO, voce *Affiliazione*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 824; GRASSETTI e CATTANEO, voce *Affiliazione*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, 365; LOJACONO, *Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione*, Milano, 1966, 209-214; DOGLIOTTI, *Ideologie dell'adozione e assistenza ai minori*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, an. 38 (1984), fasc.3,852-855; id., *Adozione di maggiorenni e minori*, 15 giugno 2002, *Giuffrè*, p. 33-35;

lo Stato << ricorreva per provvedere alle necessità di tanta fanciullezza derelitta>>²⁴⁸ e che nulla di nuovo garantiva al minore in termini di inserimento nel nucleo familiare del soggetto tutelato.

All'indomani del secondo conflitto mondiale, la maggior parte degli Stati europei, Italia compresa, si trovò a dover fronteggiare un aumento vertiginoso del numero di infanti e minori privati di un ambiente familiare che potesse prendersi cura di loro.

In un contesto del genere, la disciplina dell'adozione dei minori nonché quella prevista per l'istituto dell'affiliazione manifestarono tutta la loro inadeguatezza nell'affrontare la situazione, vuoi per gli innumerevoli divieti e condizioni richiesti per poter procedere all'adozione di un minore che alla fine, nella realtà dei fatti, non sentiva di appartenere ad un ambiente tale da poter essere chiamato "famiglia", vuoi per il mero carattere temporaneo dell'assistenza fornita tramite l'affiliazione²⁴⁹.

3.1 Lo sviluppo di una nuova modalità di adozione: L'adozione piena

L'inadeguatezza degli strumenti giuridici previsti dalla legislazione del 1942 per far fronte alle necessità dei minori in condizioni di abbandono morale e materiale trovava un adeguato riscontro una volta che gli stessi venivano messi in relazione con i maggiori risultati scientifici del tempo nei quali veniva affrontato il tema delle conseguenze derivabili per i minori da situazioni di assenza di nuclei affettivi e socializzanti. Nello specifico si ricordano gli studi di René Spitz il quale, con il suo libro "Hospitalism: Psychoanalytic Study of the Child", per primo sancì come da situazioni di carenza di natura psicologica e affettiva potessero svilupparsi nei minori meccanismi tali da poter generare disturbi depressivi come, ad esempio, il c.d ospedalismo²⁵⁰.

A seguito di tali lavori di ricerca, della necessità di garantire al minore un ambiente familiare psicologicamente sano e costruttivo si interessò la stessa organizzazione

²⁴⁸ Cit. SALVI "L'affiliazione", Milano, 1946, p 9 e 26;

²⁴⁹ PALLADINO, L'adozione speciale. Note di commento alla legge 5 giugno 1967, n. 431 (In appendice stralcio dei lavori parlamentari), Milano, 1968, 84-85;

²⁵⁰ Cfr www.dizionari.simeone.it: "Termine coniato da Spitz per indicare le perturbazioni somatiche e psichiche che sopraggiungono ai bambini che durante i primi diciotto mesi hanno subito una lunga permanenza ospedaliera in condizioni di assoluta privazione della madre. Spitz distingue questa carenza affettiva totale dalla depressione analitica che si sviluppa dopo una privazione affettiva parziale in bambini che precedentemente avevano avuto una normale relazione materna. Le manifestazioni dell'o. sono: 1) ritardo dello sviluppo somatico; 2) ritardo della padronanza della manipolazione; 3) ritardo dell'adattamento all'ambiente; 4) ritardo del linguaggio; 5) ritardo della percezione affettiva. L'o. non deve essere confuso con l'ospedalizzazione, che si riferisce a prolungati ricoveri ospedalieri, successivi alla prima infanzia o in età adulta, che producono reazioni simili a quelle che si manifestano nell'istituzionalizzazione".

mondiale della sanità, la quale, attraverso un gruppo di ricerca guidato dalla famosa figura dello psicanalista inglese John Bowlby, pubblicò il celebre rapporto sui minori denominato <<Maternal Care and Mental Health>> destinato ad avere una forte risonanza all'interno delle istituzioni e dell'opinione pubblica di numerosi Stati nel mondo²⁵¹.

In particolare, in Italia le nuove indicazioni provenienti dalla psicologia vennero profuse in un disegno di legge a firma democristiana denominato <<Legittimazione per adozione a favor dei minori in stato di abbandono>>, attraverso il quale si approdò all'introduzione di una legge sull'adozione speciale, anche nota come la c.d adozione piena²⁵². Un ulteriore elemento che giocò un ruolo fondamentale nell'elaborazione del progetto di legge fu la serie di principi contenuti all'interno della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, approvata nel 1959 dall'Assemblea generale dell'ONU. Data la posizione di maggiore vulnerabilità del minore dovuta, di base, da una condizione di immaturità sia fisica che intellettuale, sono stati riconosciuti allo stesso tutta una serie di diritti garantendosi dunque un passaggio cruciale nella sua considerazione, da oggetto a soggetto di diritti. Fondamentale tra i vari riconoscimenti effettuati da tale Dichiarazione, è stato quello del superiore interesse del fanciullo nell'ultimo periodo dell'art. 2, assunto a guida principale nello svolgimento dell'attività legislativa volta a dare attuazione ai diritti espressi all'interno di tale documento²⁵³.

I principi espressi a livello internazionale furono poi utilizzati quale strumenti attraverso cui sviluppare sia a livello europeo sia a livello nazionale, una disciplina dell'adozione che potesse rispecchiare quanto di nuovo fosse stato espresso in materia di diritti

²⁵¹ Tradotto in Italia come "Cure materne ed igiene mentale del fanciullo" nel 1957 da Editrice Universitaria Firenze;

²⁵² I riferimenti alle ricerche vengono affrontati in: PALLADINO, L'adozione speciale. Note di commento alla legge 5 giugno 1967, n. 431 (In appendice stralcio dei lavori parlamentari), Milano, 1968,50; GERMANO, TAUBER, SANSA e VITRO, L'adozione speciale nei suoi aspetti psico-sociali e giuridici, Torino, 1971,245-248; BAVIERA, L'adozione speciale, Milano, 1968, 13-17; Per un approfondimento sulla materia: CATTABENI, La grande lezione di John Bowlby, in Prospettive assistenziali, n. 92, ottobre-dicembre 1990; CARUGATI e SELLERI, Lavoro di cura, famiglie e futuro: riflessioni per uno strumento di ricerca, in Ricerche di pedagogia e didattica, n.2/2007.

²⁵³ Dalla Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo di NY del 1959 è possibile ricavare: il diritto del fanciullo a crescere in modo sano e normale, sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale, in condizioni di libertà e di dignità (principio secondo); il diritto al nome e ad una nazionalità (principio terzo); il diritto a beneficiare della sicurezza sociale (principio quarto); il diritto di ricevere amore e comprensione, necessari per la formazione della sua personalità, preferibilmente nell'ambito della propria famiglia, o comunque le cure necessarie se privo di famiglia o di mezzi di sussistenza sufficienti (principio sesto); il diritto a godere di una educazione che gli consenta di sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale, il suo senso di responsabilità morale e sociale (principio settimo); il diritto ad essere protetto contro ogni forma di negligenza, crudeltà, sfruttamento e discriminazione (principi nono e decimo);

spettanti ai minori, dunque il diritto a vedersi considerato quale parte integrante della famiglia adottante, allo stesso livello di un figlio legittimo, e il diritto a veder utilizzato il proprio interesse quale criterio guida nelle attività di giudizio fondamentali per la sua vita.

L'istituto dell'adozione speciale²⁵⁴ o legittimante (nota oggi semplicemente come nozione piena), in definitiva, venne normato per la prima volta attraverso la legge 5 Giugno 1967, n 431 e successivamente venne sottoposto agli opportuni aggiustamenti durante la riforma della disciplina dell'adozione effettuata dalla L 184/1983 di cui ne esponiamo la relativa normativa. Anzitutto è opportuno sottolineare come l'art. 1. Co1 della legge in esame riconosca in generale all'adozione del minore un carattere residuale²⁵⁵, e ciò dal momento che il ricorso a tale strumento dovrebbe effettuarsi soltanto in extrema ratio, ossia quando la famiglia di origine del minore non si sia dimostrata effettivamente in grado di garantire un'adeguata crescita ed istruzione allo stesso e neppure lo Stato con i suoi interventi a carattere assistenziale sia stato in grado di supportare le famiglie in condizioni di difficoltà.

In buona sostanza, dunque, è possibile comprendere come l'adozione piena si caratterizzi per la sussistenza di una situazione di abbandono sia materiale che morale del minore tale per cui è richiesto l'intervento dell'intero apparato pubblicistico al fine di garantire una nuova famiglia al soggetto che ne sia privato.

Per quanto riguarda la disciplina dell'adozione piena, detta anche adozione legittimante dal momento che permette all'adottato l'acquisizione dello status di figlio legittimo dell'adottante²⁵⁶, essa richiede il rispetto di una serie di requisiti sia da parte dell'adottante sia da parte dell'adottato affinché l'intero procedimento di adozione possa essere compiuto nel rispetto della normativa stabilita.

In merito ai requisiti richiesti per gli adottanti, l'art. 6 ai primi tre commi afferma che l'adozione legittimante è riservata ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra cui non sia intercorsa una separazione personale(art. 6 comma 1) , che siano stati ritenuti idonei a garantire un adeguato livello di mantenimento e di educazione al minore che

²⁵⁴ Viene definita speciale perché ordinaria è invece quella prevista dal codice civile, riservata esclusivamente ad adottandi maggiorenni.

²⁵⁵ L'art 1 co1 L 184/1983 sancisce difatti: << Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia.>>;

²⁵⁶ Cfr L. 5 giugno 1967 n. 431. In Ferrando G., Diritto di famiglia, II ediz., Zanichelli, Bologna, 2015, p. 304, sottolinea come per la prima volta si vanno a recidere quei rapporti tra figlio e famiglia d'origine, un tempo considerati sacri ed inviolabili;

intendono adottare(art. 6 comma 2), e che superino l'età dell'adottando di almeno diciott'anni ma non oltre i quarantacinque(art. 6 comma 3).

A riguardo dei requisiti menzionati, è opportuno sottolineare come la L 149/2001 abbia riconosciuto la possibilità di usufruire dell'istituto dell'adozione piena anche ai soggetti conviventi la cui relazione affettiva risulti caratterizzata da stabilità e serietà per un periodo di almeno tre anni precedentemente al matrimonio.

Quanto ai presupposti richiesti per gli adottandi, è necessario anzitutto che sussista la minore età. Nello specifico è richiesto che per l'adozione di minori di anni dodici si proceda a sentire personalmente il soggetto adottando, mentre per i minori di anni quattordici è necessario che venga rilasciato il consenso da parte dell'interessato del procedimento di adozione (art. 7 commi 2-3).

Condizione fondamentale affinché possa essere avviato l'intero iter di adozione, è che al minore venga riconosciuto lo stato di adottabilità.

La dichiarazione dello stato di adottabilità è la prima delle tre fasi previste per il procedimento di adozione, e consiste in una sentenza resa a seguito di segnalazione dello stato di abbandono di un minore²⁵⁷ con la quale si accerta la presenza di tale situazione e si permette all'apparato giudiziario di compiere tutti quegli interventi necessari ad evitare il protrarsi di una situazione pregiudizievole per il minore. La delibera dello stato di adottabilità indica in sostanza che il soggetto minore in stato di abbandono è disponibile all'adozione. Si tratta tuttavia di una condizione temporanea, destinata a cessare con il raggiungimento della maggiore età, oppure, nel caso di adozione (art 20 L184/1983) cui si giunge a seguito della conclusione positiva di un periodo di prova noto come affidamento preadottivo, di circa un anno, nel quale sia stato riscontrato l'effettivo interesse del minore a far parte del nucleo familiare affidatario.

L'iter di adozione, se svolto con esito positivo, si conclude con l'emanazione di una sentenza di adozione da parte del giudice del tribunale dei minorenni, per mezzo del quale si determina la definitiva instaurazione del rapporto di parentela tra adottante e adottato, la contemporanea cessazione di ogni rapporto tra quest'ultimo e la famiglia

²⁵⁷ Secondo l'art 9 col1: <<Chiunque ha facoltà di segnalare all'autorità pubblica situazioni di abbandono di minori di età.>>Inoltre è previsto un vero e proprio obbligo di segnalazione repentina per specifiche categorie, infatti <<I pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità debbono riferire al più presto al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova sulle condizioni di ogni minore in situazione di abbandono di cui vengano a conoscenza in ragione del proprio ufficio.>>.

d'origine²⁵⁸ e l'acquisizione da parte dell'adottato, dello status di figlio legittimo degli adottanti.

3.2...(segue) l'adozione in casi particolari

Introdotta per la prima volta con la L. 184/1983, l'adozione in casi particolari rappresenta una sfaccettatura importante nell'ambito del diritto di famiglia, poiché mira a tutelare i diritti dei minori in situazioni specifiche²⁵⁹. Differenziandosi dall'adozione piena, offre soluzioni adattate alle particolari esigenze dei bambini e delle famiglie coinvolte, assicurando così il diritto dei minori ad usufruire di un ambiente familiare idoneo al loro sviluppo²⁶⁰. Si tratta di una peculiare forma di adozione destinata a trovare applicazione in tutte quelle situazioni in cui non figurino i presupposti richiesti per procedere all'iter previsto per l'adozione piena. Nello specifico, l'adozione in casi particolari si differenzia da quella piena per una serie di elementi.

In primo luogo, dal momento che secondo il tenore letterale dell'art. 44 co1 << i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7>> è possibile riconoscere che l'adozione in casi particolari possa essere compiuta prescindendo dall'accertamento di una condizione di abbandono del minore.

In secondo luogo, un ulteriore elemento di differenza derivante dall'assenza di una condizione di abbandono del minore è la persistenza, nella adozione in casi particolari, dei rapporti tra adottato e famiglia di origine, verso la quale mantiene i diritti e i doveri previsti dalla disciplina civilistica, compresi i diritti successori ai quali si affiancano quelli riconosciuti verso il soggetto adottante. Per quel che attiene invece ai rapporti tra adottato e parenti dell'adottante, sebbene in passato la legge in esame ebbe modo di affermare che nessun vincolo di parentela avesse modo di instaurarsi tra le parti considerate²⁶¹, in tempi più recenti si è assistito ad un netto cambio di opinione da parte

²⁵⁸ Art 25 co1 L. 184/1983;

²⁵⁹ Cfr Ferrando G., id., p. 316;

²⁶⁰ Cfr G. COLLURA, L'adozione in casi particolari, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. Zatti, II, Filiazione a cura di G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI, 2° ed., Milano 2012, p. 951 ss. In giurisprudenza, Cass. 21 luglio 1995, n. 7950, in Giur. it. 1997, I, 1, c. 697, con nota A. GABRIELLI, L'adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma, in Giur. it., 1997, I, c. 697 ss.. Ritene che si tratti di ipotesi tassative non suscettibili di interpretazione analogica Cass. 27 settembre 2013, n. 22292, in Guida al diritto, 2013, 46, p. 34;

²⁶¹ BARBA, V., "Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.", Fam. pers. succ., 2008, n. 6, p. 489, spiegava che questa scelta nello specifico fosse coerente con la ratio complessiva dell'istituto: la creazione di un legame di famiglia che per natura è inesistente non poteva essere imposto anche ai parenti dell'adottante, che quel vincolo non vogliono o, addirittura, possono anche contrastare.

della dottrina²⁶² e della Corte costituzionale. Infatti, con la sentenza n. 79 del 28 marzo 2022 la Corte, in un'ottica di protezione del minore, ha avuto modo di sostenere che quanto stabilito dall'art. 55 L.184/1983 si ponesse in contrasto con l'intera disciplina della filiazione riformata dalla L. 219/2012 con la quale si è garantita l'introduzione dello status unico di figlio e dunque l'ingresso anche del figlio adottivo all'interno della rete parentale del soggetto adottante.

In ultimo, il legislatore, ai sensi dell'art. 44 comma 3 della L. 184/1983, ha riconosciuto la possibilità di usufruire dell'istituto dell'adozione anche ai soggetti non coniugati, aprendo le porte verso una futura interpretazione estensiva della normativa citata con cui, negli anni a venire, avrebbe potuto potenzialmente garantirsi la tutela di quei rapporti affettivi già instaurati e consolidati dal minore con soggetti che in precedenza non risultavano legittimati a ricorrere all'adozione²⁶³. Nello specifico al comma 3 vengono richiamate tre delle quattro casistiche indicate all'art. 44 comma 1²⁶⁴, ossia la possibilità di ricorrere all'adozione: del bambino orfano di entrambi i genitori da parte di persone legate ad esso da un rapporto di parentela entro il sesto grado o da un preesistente rapporto affettivo stabile e duraturo(lett. a) comma 3), del minore orfano di entrambi i genitori e portatore di handicap(lett. c) comma 3), ed infine del minore quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo (lett. d) comma 3). Coerente con il dettato normativo, in quest'ultima fattispecie l'adozione verrebbe autorizzata sia in assenza delle condizioni indicate all'art. 7 della legge in esame, ossia in assenza di condizioni di abbandono del minore, sia in assenza della condizione richiesta dall'art. 6 L 184/1983 e verrebbe garantita anche a quei soggetti che non siano necessariamente coniugati.

Alla luce di ciò è possibile constatare come la lettera d) art. 44 sia stata considerata dal legislatore, e sia stata sviluppata da dottrina e giurisprudenza²⁶⁵, come quella clausola di

²⁶² Cfr BALLARANI, G., SIRENA, P., "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore", Nuove leggi civ. comm., 2013, n. 3, pp. 543-544; MARSICO Giuseppe Maria, "Sull'adozione in casi particolari ex art 44 e ss. della L. n. 184/1983: un nuovo perimetro applicativo tra ratio protettiva degli interessi del minore e stabilità dei rapporti affettivi e best interest", in Il diritto amministrativo Rivista giuridica, ISSN 2039-6937, Anno. XV- n.07- Luglio 2023, pr 2;

²⁶³ Per una rassegna giurisprudenziale volta a riconoscere che, nelle ipotesi contemplate dalle lett. a, c e d, il legislatore non richiede che gli adottanti siano necessariamente uniti in matrimonio e l'adozione è consentita anche al single, non coniugato, vedi. K. Mascia, L'adozione di minori stranieri e quella in casi particolari, in Famiglia e dir., 2018, pp. 1132 ss.

²⁶⁴ L'ipotesi non esplicitamente menzionata è la lett b) dell'art 44 comma 1 che recita <<dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio adottivo dell'altro coniuge>>;

²⁶⁵FERRANDO, G.: Diritto di famiglia, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 318; PANE, R.: Le adozioni tra innovazioni e dogmi, ESI, Napoli, 2003, p. 162, per cui "la varietà delle ipotesi nelle quali è possibile il ricorso a tale forma di adozione, infatti, nel rivelare la variabilità di finalità che possono, in concreto, essere realizzate dall'istituto,

apertura destinata a far pervenire al risultato dell'adozione in tutti quei casi in cui non potrebbe essere raggiunto altrimenti il miglior risultato di tutela dell'interesse superiore del minore. Pertanto, tramite un'interpretazione estensiva del dettato << impossibilità di affidamento preadottivo >> verrebbero incluse nel diritto di adozione non soltanto tutte quelle ipotesi di impossibilità di mero fatto, ma anche tutte quelle ipotesi in cui l'impossibilità di ricorrere all'adozione di un minore, non registrabile in stato di abbandono, sia prettamente giuridica²⁶⁶. In tal modo è stato possibile stabilire le basi per un orientamento giurisprudenziale che tende a preferire l'affidamento alla c.d famiglia degli affetti²⁶⁷, in luogo dell'affidamento ad istituti pubblici o privati, di minori in situazioni di difficoltà e con famiglie assenti sul piano morale e materiale.

Tra le ipotesi di impossibilità giuridica riconducibili al dettato della lettera d) art. 44 comma 3 L 184/1983 è stata considerata annoverabile da buona parte della giurisprudenza, la richiesta di adozione del figlio del partner che avvenga all'interno di una coppia di fatto etero o coppia unita civilmente; ciò in quanto, in tal caso, l'impossibilità deriva dal fatto che non può essere presupposto uno stato di abbandono del minore ai fini dell'adozione dato l'esistente esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore biologico²⁶⁸, nonché dal fatto che gli adottanti non hanno i requisiti previsti dall'art 6 della legge in esame.

In tal modo, dato lo stralcio della proposta prevista all'art. 5 della L. 76/2016 (Legge Cirinnà), in materia di stepchild adoption e finalizzata a modificare la lett b) art.44

accentua il suo fondamento personalistico, enunciato solennemente dall'art. 57, [comma 1,] n. 2, [l. ad.,] che subordina la pronuncia di adozione in casi particolari alla verifica del preminente interesse del minore”;

²⁶⁶ Cfr POLISENO B. “La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore”, in *Questione Giustizia*- ISSN: 2420-952X, 2019, pr 4; A. Nocco, L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 210;

²⁶⁷ MANTOVANI, M.: “La filiazione legittima e naturale”, in AA.VV.: *Filiazione* (a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 10-11;

²⁶⁸ L'adozione parrebbe consentita anche in forza della cd. clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016, qualora adottante e genitore biologico siano civilmente uniti; al riguardo Corte appello Napoli, 15 giugno 2018 n.145, in *biodiritto.org*; Trib. min. Bologna, 31 agosto 2017 in *ilcaso.it*; Trib. min. Bologna 6 luglio 2017, in *Corriere giur.*, 2018, p. 1396, con nota di G. Giorgi, Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore *Corr. giur.*, 2018, n. 11; Corte appello Milano, 9 febbraio 2017, in *Famiglia e dir.*, 2017, p. 998, con commento di E. Bilotti, “L'adozione del figlio del convivente...”, A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito, in *Famiglia e diritto*, 2017, 1003-1025 (ISSN: 1591-7703); Corte appello Torino, 27 maggio 2016, n. 27 (di riforma di Trib. min. Piemonte - Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, nn. 258-259), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n.2, p. 209, con nota critica di A. Nocco, “L'adozione del figlio di convivente”, ove l'Autore mira invece a consentire di impiegare l'istituto per riconoscere giuridicamente la genitorialità di fatto del co-genitore); Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Famiglia e dir.*, 2016, n.6, p. 584, con nota di A. Scalera, Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma; Trib. Roma, 22 ottobre 2015, cit.;

L.184/1983 in maniera tale da consentire anche al partner di unione civile di procedere all'adozione, si è tentato di garantire efficacia soprattutto a quelle sentenze in materia di stepchild che le coppie omosessuali avevano ottenuto all'estero, oltre che a quei figli nati da precedente matrimonio e che si inseriscono all'interno di un nuovo nucleo familiare creato da seconde nozze²⁶⁹ .

Resta il fatto che il tribunale dei Minorenni per poter concedere l'adozione deve verificare il rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa, dunque: il consenso dell'adottante, il consenso dell'adottando se ultraquattordicenne (Art. 45 co1 L. 184/1983), il consenso del rappresentante legale o tutore del minore non avente ancora quattordici anni, il quale deve essere sentito in ogni caso (Art. 45 co2 L. 184/1983) ed infine il consenso, a seconda del caso, dei genitori del minore o del coniuge dell'adottando.

Nel corso del procedimento di adozione, il magistrato provvederà ad effettuare tutte le indagini a tal fine necessarie, le quali dovranno riguardare << a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore>>²⁷⁰.

Resta il fatto che alla base di ogni decisione dell'autorità giudiziaria l'elemento fondamentale risulta essere l'interesse del minore, da intendersi come << *la preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie ed il minor numero di inconvenienti*>>²⁷¹, il quale viene valutato di caso in caso permettendo ai giudici di usufruire di uno strumento in grado di aumentare sensibilmente il proprio margine di discrezionalità ed in grado di arricchire volta per volta ciascuna decisione con considerazioni sempre più innovative²⁷². È proprio in nome del c.d. "best interest of the child" che la Corte di Cassazione ha avuto di affermare come un'interpretazione restrittiva della normativa in materia di adozione non avrebbe fatto altro che privare il minore dell'affetto e della stabilità delle relazioni affettive già sviluppate con soggetti potenzialmente idonei ad essere considerati in grado di prendersi cura di lui. Il solo fatto di limitare il

²⁶⁹ SI veda ad esempio: Cass. Civ., Sez. I, Sent. 19 ottobre 2011 n. 21651, in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 4, 2012, p. 280 e Collura G., Op. Cit. p. 750;

²⁷⁰ Art 55 L. 184/1983;

²⁷¹ <http://www.aiaf-avvocati.it/files/2014/09/Sentenza-Tribunale-Minori-Roma-30-06-2014.pdf>;

²⁷² Lenti L., Note critiche in tema di interesse del minore, in Rivista di diritto civile, 1, 2016, p. 87ss;

riconoscimento del legame affettivo sussistente, ad esempio, tra i componenti di una coppia omosessuale e il minore, concepito nell'ambito di un progetto di genitorialità della coppia, si tradurrebbe in un'indebita discriminazione del minore nonché in una lesione dell'interesse superiore del minore, a causa della preminente valutazione dell'orientamento sessuale dell'adottante²⁷³ in luogo degli interessi del minore.

3.2.1 L'esclusione delle coppie same-sex dalla stepchild adoption e la tutela garantita dalla Suprema Corte con la sentenza 12692/2016

L'adozione del figliastro, nota anche come "stepchild adoption" in inglese, è un argomento delicato e controverso nel contesto italiano. Si riferisce al processo attraverso il quale un genitore sposato o convivente desidera adottare legalmente il figlio del proprio partner, senza dover interrompere i legami con il genitore biologico. Questo tipo di adozione può portare numerosi benefici emotivi, psicologici e legali sia per il minore coinvolto che per il genitore adottivo.

Per quel che riguarda il suo utilizzo nell'ordinamento italiano, tale pratica è stata riconosciuta per la prima volta nei confronti delle coppie coniugate sposate nel 1983, per poi essere estesa a partire dal 2007 anche ai soggetti conviventi²⁷⁴

Con il crescente riconoscimento dei diritti delle persone LGBTQ+ e delle unioni omosessuali, molte coppie dello stesso sesso hanno formato famiglie, spesso includendo figli nati da relazioni precedenti o da procedure di procreazione medicalmente assistita. L'adozione del figliastro è un argomento centrale in questo contesto, poiché molte famiglie omogenitoriali desiderano garantire diritti ed equità sia per i genitori che per i loro figli, anche quelli biologicamente non connessi con entrambi i membri della coppia. In materia è opportuno sottolineare come durante l'iter per l'approvazione della legge n. 76/2016, destinata a diventare il provvedimento fondamentale per il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, il Senato abbia stralciato la proposta di modifica²⁷⁵

²⁷³ A tal riguardo Cass, 11 gennaio 2013, n. 601, in Giur. it., 2013, p. 1038 con nota di M. WINKLER in cui si sottolinea come la Corte Cassazione, più volte, abbia constatato che alla base dei rifiuti delle richieste di adozione da parte di coppie omosessuali vi siano argomenti "alla base dei quali non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale" ed in forza dei quali "si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino";

²⁷⁴ CONCAS A, "Stepchild adoption, finalità, ambiti e situazione in Italia", pubblicato in Diritto.it, il 6 Giugno 2023, p 2;

²⁷⁵ L'articolo 5 del disegno di legge 2081 dispone infatti che "all'art. 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: "coniuge" sono inserite le seguenti: "o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" e dopo le parole: "e dell'altro coniuge" sono aggiunte le seguenti: "o dall'altra parte dell'unione

della lett b) art. 44 L 184/1983 al fine di consentire l'adozione del figlio da parte del partner del genitore c.d biologico.

Tale stralcio, dovuto a opposizioni per lo più politiche, inoltre, è stato accompagnato dalla previsione, insita all'interno della stessa legge Cirinnà al comma 20, in base alla quale non trovano applicazione nei confronti della coppia omosessuale le previsioni relative ai coniugi e stabilite dalla L. 184/1983²⁷⁶. In tal modo, dunque, se da un lato veniva riconosciuta la maggior parte delle garanzie previste per il matrimonio tradizionale, dall'altro si impediva alle coppie omosessuali di usufruire di un elemento fondamentale della dimensione familiare, ossia la possibilità di instaurazione di un rapporto di filiazione attraverso l'esclusione della disciplina dell'adozione del 1983. Malgrado ciò, lo stesso comma 20 all'ultimo periodo ha riconosciuto *che <<resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti>>*²⁷⁷, inciso che, letto in combinato disposto con l'art. 44 lett d) L 184/1983, ha garantito il riconoscimento delle richieste di stepchild adoption provenienti da coppie omosessuali attraverso l'operato dei tribunali, avallandosi pertanto, per via giurisprudenziale, il forte ostruzionismo politico in materia, derivante dai parlamentari più conservatori. Si trattava per lo più di un'opposizione facente sul fatto che il riconoscimento delle famiglie omogenitoriali avrebbe determinato un aumento nello svolgimento delle pratiche di gestazione per altri e maternità surrogata, attività che risultano essere lecite in alcuni Stati ma non in altri come l'Italia²⁷⁸.

Malgrado tali considerazioni, già nel 2014 si assisteva al primo riconoscimento di una adozione di minore da parte di una coppia omosessuale. La sentenza n.299 del 30 Luglio 2014 riguardava una coppia lesbica, sposatasi in Spagna e che, sempre lì, aveva fatto

civile tra persone dello stesso sesso”; sulla stepchild e la Legge Cirinnà si veda: Alberico G., “La stepchild adoption: cenni introduttivi”, in *Diritti fondamentali*, 1, 2016, p. 2; Iorio G., Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso, in *Nuove leggi civili comm.*, 5, 2015, p. 1019; ²⁷⁶ Al Comma 20 L. 76/2016 è stabilito infatti: <<Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti>>.

²⁷⁷ Id;

²⁷⁸ Sulle tecniche adottate dall'opposizione politica: Auletta T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civili comm.*, 3, 2016, p. 373 ss; Ferrando G., *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 9, 2016, p. 1218;

ricorso al processo di fecondazione eterologa al fine di poter dare origine alla figlia con la quale completare il loro progetto di genitorialità condivisa e per la quale la partner non biologica (c.d. genitore sociale) aveva promosso la richiesta di adozione.

Nell'avallare il parere negativo espresso dal PM sulla richiesta di adozione, il collegio giudicante ebbe modo di ribaltare una prassi applicativa²⁷⁹ sorta nei primi anni successivi all'approvazione della L. 184/1983 e relativa proprio alla lettera d) art. 44.

Nello specifico, mentre il PM ha continuato a sostenere un'interpretazione fortemente restrittiva della norma secondo la quale essa andrebbe a ricondurre sotto la dicitura "impossibilità di affidamento preadottivo" le sole impossibilità di fatto, dall'altro il Collegio ha considerato come la giurisprudenza di merito²⁸⁰ avesse da tempo riconosciuto per tale articolo un'interpretazione più ampia, pienamente conforme alla *littera legis*, ed in grado di ricomprendere anche impossibilità di diritto al suo interno.

Per rafforzare tale considerazione, la Corte aggiunse che una diversa interpretazione della normativa avrebbe impedito <<*il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni...in cui il figlio di soggetto convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore*>>²⁸¹.

Alla luce di ciò, considerandosi che la mancanza di coniugio tra genitore dell'adottato e adottante osta a che venga riconosciuta l'adozione ai sensi della lett b), ma non anche ai sensi della lett d) art. 44 non facente alcuna menzione del rapporto coniugale, nulla vieta che quest'ultima previsione possa essere disposta a favore del convivente del genitore dell'adottando. Inoltre, dal momento che in essa non viene posta alcuna distinzione tra coppie eterosessuali ed omosessuali, tale possibilità può essere riconosciuta a qualsiasi partner del genitore dell'adottato, eterosessuale o omosessuale che sia. Un'interpretazione differente della normativa sarebbe contraria non solo alla *ratio legis* ma anche ai principi e alla giurisprudenza sviluppati in materia di adozione dalla CEDU²⁸².

²⁷⁹ Trib.min Roma, sentenza n.299 30 luglio 2014, pubblicata in questionigustizia.it, p 4;

²⁸⁰ Trib. min Milano, sentenza n 626/2007; Corte di Appello Firenze, sentenza n. 1274 del 20 Marzo 2012;

²⁸¹ Trib.min Roma, sentenza n.299 30 luglio 2014, p 5; in materia di interesse superiore del minore si è espressa anche la Corte Cost nella decisione 198/1986, del 1 luglio 1986;

²⁸² Art 14 CEDU, letto in combinato disposto con l'art 8 CEDU; per la giurisprudenza in materia si veda ECHR sentenza " X e altri c Austria" 19 Febbraio 2013;

Ciò che è stato affermato dal Tribunale dei minori di Roma non costituisce alcuna invenzione giuridica, nessun diritto creato artificialmente e concesso ex novo, bensì l'individuazione di una situazione di fatto consolidatasi nel tempo ed il cui riconoscimento giuridico non farebbe altro che giovare al benessere e all'interesse del minore²⁸³. La successiva conferma per questo tipo di adozione è intervenuta, all'indomani della promulgazione della Legge Cirinnà, attraverso la pronuncia della Suprema Corte, ossia la sentenza 12692/2016. Con tale sentenza, la Corte di Cassazione conferma quanto stabilito dalla Corte d'appello di Roma e riconosce la possibilità per il genitore sociale omosessuale di poter adottare il figlio del partner. Pur non sussistendo uno stato di abbandono la Corte afferma che vi è un legame affettivo, ben consolidato, che necessita di un riconoscimento per poter garantire la piena realizzazione degli interessi del bambino²⁸⁴. Resta il fatto che l'affidare, ancora oggi, all'intervento giudiziale la tutela dei diritti del minore sia una soluzione inadeguata e imprevedibile negli esiti²⁸⁵ e pertanto sia dottrina che giurisprudenza concordano sulla necessità di un intervento legislativo in materia di adozione da parte di coppie omogenitoriali.

3.3 Considerazioni scientifiche sulle conseguenze dell'adozione da parte di coppie omosessuali

L'evoluzione del pensiero della società del Novecento nei confronti degli omosessuali è stata un processo complesso e contrastante, caratterizzato da cambiamenti culturali, sociali e politici che hanno contribuito a modellare le percezioni e le reazioni nei confronti dell'omosessualità nel corso del secolo. Questa evoluzione ha attraversato fasi di repressione, stigmatizzazione, lotta per i diritti e progresso verso l'accettazione e l'uguaglianza. All'inizio del XX secolo, molte società in tutto il mondo consideravano l'omosessualità come un tabù e un comportamento deviante. Leggi discriminatorie e norme sociali repressive rendevano difficile per le persone omosessuali vivere apertamente le proprie identità. L'omosessualità era spesso associata a malattie mentali e condannata dalle istituzioni religiose e mediche. Quanto mai notoria è poi la

²⁸³ Cfr ZACCARO G. "Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore" pubblicato in questionegiustizia.it, 4 Settembre 2014; in materia si veda anche VANNONI G., 2018 "L'interesse del minore: riflessioni a margine di un'indagine pilota sui giudici in servizio presso i tribunali per i minorenni", *Sociologia del diritto*, 2: 61-69;

²⁸⁴ Cfr MAZZOTTA V., "Adozione per la coppia omogenitoriale: Cassazione dice sì - Cass. 12962/2016" pubblicato in personaedanno.it, 23 giugno 2016;

²⁸⁵ Cfr Rossi S., La "legge Cirinnà" tra love rights e politica del diritto, in *Studium Iuris*, 9, 2016, p. 987;

persecuzione cui vennero sottoposti gli omosessuali durante il periodo della Seconda guerra mondiale da parte delle dittature nazista, fascista e comunista²⁸⁶. È solo intorno agli anni '60 e '70 che la rivoluzione sessuale e i movimenti per i diritti civili iniziarono ad influenzare profondamente il modo in cui la società affrontava l'omosessualità; evento culmine di tale periodo furono proprio i moti di Stonewall, ossia una serie di conflitti fra omosessuali e polizia di New York, avvenuti nel 1969²⁸⁷. Da allora, le manifestazioni di orgoglio gay e le iniziative di sensibilizzazione contribuirono a cambiare l'opinione pubblica in relazione alla tematica dell'omosessualità e ad abbattere il pregiudizio.

Accanto all'attivismo sociale, fondamentale è stato il ruolo svolto dalla psicanalisi e dalle più importanti associazioni psichiatriche del mondo. Tra le azioni cruciali nella rimozione dello stigma nei confronti dell'omosessualità si ricordano la rimozione dell'omosessualità dalla lista dei disturbi mentali da parte della American Psychiatric Association del 1974, seguita poi dalla American Psychological Association nel '75, e la definitiva rimozione dell'omosessualità dalla lista delle malattie mentali da parte dell'OMS il 17 Maggio 1990.

Quanto all'omogenitorialità²⁸⁸, dal momento che risulta essere relativamente recente il percorso di accettazione delle unioni omosessuali, risalgono a soli cinquant'anni fa²⁸⁹ le prime ricerche compiute in materia di omogenitorialità.

Ciò che si è dovuto affrontare inizialmente, è stato il forte stigma sociale nei confronti dell'omosessualità, la c.d omofobia, dalla quale si promanano teorie prive di alcun fondamento logico scientifico e con cui spesso si tende ad affiancare l'omosessualità ad attività ben più riprovevoli come la pedofilia. Certo è, che spesso la politica e dunque il legislatore, si è dimostrata cieca di fronte alle evidenze scientifiche riportate all'unanimità dalla comunità scientifica e pertanto spesso ha finito per porsi quale cassa

²⁸⁶ Contributori di Wikipedia, 'Storia LGBT', Wikipedia, L'enciclopedia libera, 9 luglio 2023;

²⁸⁷ A riguardo: "Sulla questione gay", Jean Le Bitoux, Il Saggiatore, Milano, 2009;

²⁸⁸ Il concetto di omogenitorialità è un neologismo inventato nel 1997 in Francia dall'Association des Parents et future parents Gays et Lesbiens, per descrivere «tutte quelle situazioni familiari in cui (almeno) un adulto, che si designa come omosessuale, è genitore di (almeno) un bambino». In materia di omogenitorialità: F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Laterza, Roma-Bari, 2010; A. Taurino, *Famiglia e destrutturazione dei tradizionali ruoli di genere. La genitorialità omosessuale all'interno di una lettura decostruttiva in chiave ecologico-sistemica*, in P. Bastianoni e A. Taurino, *Famiglie e genitorialità oggi. Nuovi significati e prospettive*, Milano, 2007, pp. 89-116;

²⁸⁹ As for case reports on children of lesbian and gay parents: Osman, "My stepfather is a she. Family Process", 11, 209-218, 1972; Weeks, Derdeyn, & Langman, "Two cases of children of homosexuals. Child Psychiatry and Human Development", 6, 26-32., 1975; Agbayewa, "Fathers in the newer family forms: Male or female?" Canadian Journal of Psychiatry, 29, 402-406, 1984;

di risonanza di considerazioni in realtà non prettamente affidabili sul piano scientifico e legislativo²⁹⁰ e per lo più basate su ideologie cristiane e conservatrici.

Quanto alle ricerche scientifiche intercorse durante gli anni, esse hanno stabilito che il minore avente genitori omosessuali non sviluppa alcun tipo di problematica riconducibile al sol fatto di essere cresciuto all'interno di una famiglia omogenitoriale²⁹¹.

Tra la vasta mole di ricerche disponibili in materia è possibile annoverare un recente studio della New Yorker Columbia University²⁹² all'interno del quale sono stati ricompresi ben 77 studi accademici internazionali scelti sulla base di criteri assai stringenti. Nello specifico sono stati inclusi tutti quegli studi che fossero stati peer-reviewed (ossia analizzati da specialisti del settore), nonché pubblicati su di una rivista scientifica e che fossero utili ai fini del fenomeno studiato.

Si tratta di un insieme di studi che spaziano dal 1980 ai primi anni del 2000, di cui almeno 73 su 77 concordano nel ritenere che i figli degli omosessuali non si sviluppino in maniera differente rispetto ai figli di coppie tradizionali²⁹³.

Nello specifico, ciò che domina l'intero apparato delle ricerche ivi contenute, è la c.d. <<teoria della qualità del rapporto familiare>>²⁹⁴ secondo cui dei buoni genitori non si otterrebbero a seconda delle loro preferenze sessuali, bensì a seconda del <<clima di affetto, di serenità, di ascolto e sull'attenzione che rivolgono ai figli>>²⁹⁵.

²⁹⁰ Si pensi alla più recente presentazione da parte del partito conservatore di Fratelli d'Italia e approvazione da parte della Camera dei deputati del ddl volto a rendere la gestazione per altri, pratica riconosciuta da numerosi paesi UE ed extra-Ue, come reato universale;

²⁹¹ In tal senso anche CURATOLO P, "Il minore e il diritto alla genitorialità: profili di neuropsichiatria infantile" pubblicato il 13 Dicembre 2016, in cortedicassazione.it, p 8-9;

²⁹² Studio, il cui ultimo update è di Marzo 2017, è presente al seguente sito <http://whatweknow.law.columbia.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/>

²⁹³ Cfr Il Post, "Cosa dicono gli studi sui figli delle coppie gay", pubblicato il 4 Febbraio 2016;

²⁹⁴ Cfr GATTI A. "Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza" pubblicato in rivistaaiaic.it il 14 luglio 2016, rivista n°3/2016, p 5;

²⁹⁵ Id, p 6; si tratta di una teoria supportata dai maggiori centri di psichiatria e psicologia quali: American Psychological Association (APA)¹⁴, la American Psychiatric Association, la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, la American Psychoanalytic Association, la American Association for Marriage and Family Therapy, la National Association for Social Workers e la American Academy of Pediatrics.

Tra gli studi menzionabili C.J. Patterson, Children of lesbian and gay parents (psychology, law, and policy), *Am Psychol.*, Nov. 2009 Nov; 64(8): 728. V. <http://psycnet.apa.org/journals/amp/64/8/727/>. Si veda per approfondimenti anche una successiva ricerca scritta a più mani : R.H. Farr, S. L. Forssell, C. J. Patterson, Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?, in *Applied Developmental Science*, 14, pp. 164-178. V. <http://people.virginia.edu/~cjp/articles/ffp10b.pdf>; APA: <http://www.apa.org/news/press/response/gay-parents.aspx>; Am. Psychiatric [http://www.psychiatry.org/about-apa-
psychiatry/annual-reports](http://www.psychiatry.org/about-apa-psychiatry/annual-reports);
[http://www.aacap.org/AACAP/Families_and_Youth/Facts_for_Families/Facts_for_Families_Pages/Children_wit
h_Lesbian_Gay_Bisexual_and_Transgender_Parents_92.aspx](http://www.aacap.org/AACAP/Families_and_Youth/Facts_for_Families/Facts_for_Families_Pages/Children_with_Lesbian_Gay_Bisexual_and_Transgender_Parents_92.aspx), APSA: <http://www.apsa.org/content/2012->

Tra gli studi confermanti la menzionata teoria possono essere richiamati quelli di Boss e Gartrell²⁹⁶ i quali, nell'analizzare il percorso di crescita di minori dall'infanzia all'età adulta all'interno di un contesto familiare omogenitoriale, hanno potuto confermare come non sussistano differenze fra di essi ed i figli delle coppie etero. Tali studi, inoltre, hanno avuto modo di constatare che le uniche variabili in grado di incidere negativamente sul benessere di figli di coppie omogenitoriali sono gli atteggiamenti omofobici e discriminatori²⁹⁷ della società esterna al nucleo familiare in esame.

Un'ulteriore ricerca menzionabile è quella dell'italiano Roberto Baiocco il quale nel 2013²⁹⁸, insieme ad una serie di altri ricercatori, ha avuto modo di constatare che anche nel contesto italiano, sulla base delle famiglie etero ed omosessuali considerate, non sussistevano esserci differenze ma anzi, analogie tra tali nuclei familiari.

In materia di omogenitorialità è annoverabile anche un importante statement²⁹⁹ della American Academy of pediatrics la quale non ha fatto altro che confermare come da tutte le ricerche scientifiche disponibili al tempo sancissero che il benessere del bambino è direttamente ricollegabile al tipo di relazione instaurata con i genitori, indipendentemente dal genere e dall'orientamento sessuale dei genitori.

In definitiva dagli studi citati nonché da molti altri citabili, emerge una necessità, sottolineata da parte dei più importanti organismi in ambito pediatrico, psichiatrico e psicologico, ossia garantire un maggior intervento statale a tutela dei diritti dei genitori omosessuali e dei loro minori, poiché solo così facendo risulterebbe possibile tutelare il preminente interesse del minore a godere di uno sviluppo sereno, spesso minato da un

position-statement-parenting;AAMFT:http://www.aamft.org/iMIS15/AAMFT/Content/Consumer_Updates/Samesex_Parents_and_Their_Children.aspx;

²⁹⁶ Cfr Gartrell N.K., Bos H.M.W. (2010), The US National Longitudinal Lesbian Family Study: psychological adjustment of 17-year-old adolescents. In *Psichiatria*, 126, 1-9; Gartrell N.K., Bos H.M.W. (2018), The US National Longitudinal Lesbian Family Study – Mental Health of Adult Offspring. In *N Engl J. Med*, 379, 297-299;

²⁹⁷ Cfr Bos HMW, van Balen F. (2008), Children in planned lesbian families Stigmatization, psychological adjustment and protective factors. In *Culture, Health & Sexuality*, 10, 3, 221-236; Bos HMW, van Balen F. (2010), Children of the new reproductive technologies: Social and genetic parenthood. In *Patient Education and Counseling*, 81, 3, 429-435; Gartrell N., Deck A., Rodas C., Peyser H., Banks A. (2005), The national lesbian family study: 4. Interviews with the 10-years old children. In *American Journal of Orthopschiatry*, 75, 518-524;

²⁹⁸ ROBERTO BAIOTTO, FEDERICA SANTAMARIA, SALVATORE IOVERNO, CHIARA PETRACCA, PAOLA BIONDI, FIORENZO LAGHI, SILVIA MAZZONI, “Families of lesbian and gay parents and families of heterosexual parents: child well-being, couple commitment and dyadic satisfaction”, pubblicato in rivista *Infanzia e adolescenza*, vol.12, n. 2, 2013;

Per ulteriori lavori si veda anche Baiocco, R., Carone, N., Ioverno, S., Lingiardi, V. (2018). Same-sex and different-sex parent families in Italy: Is parents' sexual orientation associated with child health outcomes and parental dimensions? In *Journal of Developmental and Behavioral Pediatrics*, 39,7, 555-563;

²⁹⁹ Cfr SIEGEL, B.S., PERRIN E.C., Promoting the Well- Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian, in *Pediatrics*, 2013, 827 ss;

atteggiamento pregiudizievole e discriminatorio nei confronti del fenomeno dell'omogenitorialità³⁰⁰.

3.3.1 Cenni di studi scientifici all'interno della giurisprudenza

I dubbi relativi alla possibilità che una coppia omosessuale possa porsi quale nucleo familiare alternativo a quello “tradizionale” per un minore, senza che questo possa in qualche modo subire un qualsivoglia tipo di disagio o alterazione nel suo percorso di crescita, sono stati affrontati in molteplici situazioni da parte delle corti italiane. Queste, necessariamente, non hanno potuto fare altro che affidarsi agli studi scientifici in materia al fine di poter garantire il riconoscimento di diritti nei confronti della coppia e del minore ad essi corrispondente, svolgendo in tal modo anche un'opera di riduzione delle considerazioni discriminatorie rivolte alla tematica della genitorialità nella coppia omosessuale. Nella giurisprudenza italiana, la sentenza che viene presa in considerazione quale punto di partenza di quest'orientamento garantista³⁰¹ nei confronti della tematica dell'omogenitorialità è la sentenza n.601/2013.

La vicenda da cui la sentenza citata trae origine, riguarda l'affidamento di un minore ad una coppia omosessuale, composta dalla madre del bambino, ex tossicodipendente, e la sua operatrice della comunità di recupero. Ciò che risulta fondamentale all'interno di tale vicenda è la considerazione posta dalla S.C. alla base del rigetto del ricorso proposto dal padre del minore il quale, di religione musulmana, sosteneva che la crescita del minore assieme alle due donne avrebbe minato il corretto sviluppo psico-fisico dello stesso. Nello specifico la Corte ha affermato che << *Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale*>>>³⁰².

³⁰⁰ Tale pensiero è condiviso anche dalla Academy Psychological Association e dalla American Psychoanalytic Association (2012), “Position Statement on Parenting”;

³⁰¹ In relazione soprattutto ai diritti menzionati agli artt 2,3,6,7,9,20 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, cui l'Italia ha dato attuazione nel nostro ordinamento con la legge di ratifica n.176 del 1991;

³⁰² Corte di Cassazione, sentenza n.601 11 Gennaio 2013, par.3, pag 8; per articoli e commenti a riguardo Famiglia e diritto n.6, 2013, 570, con nota di RUSCELLO Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio. A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale; Giurisprudenza italiana 2013, 1036 con note PAPARO Nota a Cass., 11.1.2013, n. 601, in NGCC Civ, e WINKLER La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso” pubblicato in Giurisprudenza italiana, anno 2013, fascicolo 5; La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 2013, I, 432, con nota MURGO Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo;

La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 2013, II, 506 con nota FRANCO Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico, coppie omosessuali tra affidamento e adozione;

La breccia aperta da tale pronuncia all'interno del panorama giurisprudenziale italiano è stata poi nel tempo allargata da numerose altre pronunce,³⁰³ tutte indirizzate nel senso di porre in capo ai soggetti contrari l'obbligo di provare l'inadeguatezza del soggetto omosessuale verso la genitorialità. Fermo restando che ad oggi nessuna certezza scientifica è stata mai dedotta in giudizio per impedire ad un soggetto omosessuale di esercitare il proprio diritto alla genitorialità nei confronti di un minore, sia quest'ultimo biologicamente riconducibile ad esso o meno.

4 L'evoluzione del concetto di filiazione nell'ordinamento italiano

Strettamente connesso al tema della genitorialità è quello della filiazione.

La filiazione nell'ordinamento giuridico italiano si riferisce al legame legale e biologico che esiste tra genitori e figli. Si tratta di un concetto fondamentale nel diritto di famiglia, poiché stabilisce i rapporti giuridici tra i genitori e i loro figli, nonché i diritti e gli obblighi reciproci che sorgono da questa relazione.

Data l'assenza, nello Statuto Albertino, di norme disciplinanti le relazioni all'interno del nucleo familiare, è possibile affermare che le prime disposizioni da cui poter delineare lo sviluppo del concetto di filiazione siano quelle contenute all'interno del Codice civile del 1865³⁰⁴. L'impostazione data dal legislatore del tempo all'ordinamento famiglia fu inizialmente di tipo patriarcale e maschilista, un'impostazione che aveva il suo caposaldo nello *status* dal quale si propagava lo schema del potere-soggezione tra padre, titolare della patria potestà³⁰⁵, e figli legittimi, nei confronti dei quali quel potere veniva esercitato.

Ulteriore caratteristica fondamentale della disciplina codicistica del tempo era la forte discriminazione sussistente fra i figli legittimi, ossia quelli nati da genitori uniti in matrimonio e figli illegittimi, noti anche come figli naturali, i quali risultavano concepiti da coppia non sposata. Si è trattato di un'impostazione perdurata fino al Codice civile

³⁰³ Trib.min. Roma sentenza n.299, 30 luglio 2014, p 8; Trib. Palermo, sezione I, decreto 6 Aprile 2015, p 19; Corte d'appello, sez. Persone, Minori, Famiglia, Milano, sentenza 16 Ottobre 2015, p 9;

³⁰⁴ Cfr PATERNITI FRANCESCO, "Lo status costituzionale dei figli" in rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa", ISSN: 2039-8026, 7-8 giugno 2013, p 6;

³⁰⁵ Cfr SALMÈ GIUSEPPE, "Evoluzione del diritto di famiglia e ruolo del giudice. Dalla disciplina dei codici alle norme della Costituzione", Saggio pubblicato in ambientediritto.it; Per inquadramento storico dell'istituto della "potestà genitoriale", cfr. Giuseppe Cassano, Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali, vol. IV, La filiazione e l'adozione, in Trattati, a cura di Paolo Cendon, Milano, 2006, p. 193 e ss.; Paolo Vercellone, Potestà dei genitori, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Paolo Zatti, Vol.II, Filiazione, a cura di Giorgio Collura, Leonardo Lenti, Manuela Mantovani, Milano, 2002, p. 937 e ss;

del 1942, laddove la filiazione è divenuta oggetto di trattazione all'interno del primo libro *“Delle persone e della famiglia”*, al Titolo VII. Nello specifico, è opportuno sottolineare che già con l'emanazione del Codice civile del 1942 è possibile assistere ai primi tentativi di tutela dei figli naturali che nel corso degli anni si sarebbero poi tradotti nelle riforme del diritto di famiglia del 1975 e nella riforma del 2012 volta all'unificazione dello status di figlio.

Ad esempio, mentre il vecchio codice del 1865 non prevedeva la possibilità di riconoscere i figli illegittimi nel caso in cui il genitore al tempo del concepimento fosse legato da vincolo matrimoniale, col codice del 42' il riconoscimento dei figli illegittimi venne circoscritto a pochi casi eccezionali, sebbene ciò comportasse limitati effetti sul piano successorio, giustificati dalla necessità di garantire la conservazione del patrimonio all'interno della famiglia legittima³⁰⁶. Ciò malgrado, rimaneva inevitabilmente presente una differente considerazione tra figli legittimi e figli naturali, la quale risultava manifesta già nella semplice formula *“filiazione illegittima”* contenuta all'interno del Codice civile.

La situazione mutò a seguito della caduta della dittatura fascista e l'avvio dei lavori della Costituente, laddove solo a seguito di un ampio dibattito³⁰⁷ si decise per l'inserimento all'interno della Carta fondamentale, di disposizioni che potessero disciplinare sia la famiglia che il rapporto di filiazione.

In particolare, la Costituzione con gli artt. 29,30 e 31 Cost, così come attraverso l'art. 2 Cost, ha determinato il passaggio dalla concezione di famiglia quale istituzione interna allo Stato alla concezione di famiglia quale autonoma formazione sociale avente specifiche caratteristiche. Accanto al principio della parità giuridica e morale dei coniugi³⁰⁸, ciò che sorprese fu la drastica riduzione del trattamento discriminatorio fino ad allora intercorrente tra figli legittimi e figli naturali, suggellata all'interno dell'art. 30 Cost.

³⁰⁶ Cfr FAVILLI CHIARA, *“Il lungo cammino verso un unico status filiationis”*, pubblicato in Rivista AIAF- Associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e i minori, ISSN 2240-7243/EISSN 2704-6508, Fascicolo 1/2019, par 2;

³⁰⁷ In merito alle correnti culturali in seno alla Costituente: C. BERGONZINI, Art. 30, in S. Bartole-R. Bin, Commentario breve alla Costituzione, Padova, 2008, 311; A. CERRI, La Costituzione ed il diritto privato, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, XXI, Torino, 1987, 54; A.M. SANDULLI, Art. 30, in G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi (a cura di), Commentario al diritto italiano della famiglia, I, Padova, 1992, 4; R. BIAGI GUERINI, Famiglia e Costituzione, Milano, 1989, 19;

³⁰⁸ Art 29 co2 Cost;

Nello specifico il primo comma dell'art. 30 stabilisce un generale dovere di mantenimento nei confronti dei figli, indipendentemente dal fatto che questi siano nati all'interno di unione matrimoniale, il che comporta che, a differenza del codice del 1942 che poneva in essere eventuali possibilità di esonero dei genitori dall'obbligo di mantenimento del figlio³⁰⁹, la Costituzione pose le basi per un generale favor nei confronti del minore, evitando qualsiasi discriminazione a seconda del diverso status della prole.

L'art 30 Cost, nello specifico, escluse che l'azione genitoriale dovesse limitarsi ad atti aventi valore meramente patrimoniale, e ciò in quanto l'articolo richiede che oltre all'obbligo di mantenimento, l'*officium* genitoriale si connoti anche di azioni affettive ed educative verso il minore. Tali diritti-doveri di mantenimento ed affettivi emergerebbero quale conseguenza di due status, quello di genitore e quello di figlio, acquisiti al momento della procreazione, <<indipendentemente dalla situazione giuridica nell'ambito della quale avvenga>>³¹⁰.

Malgrado ciò, al fine di evitare una netta ed assoluta equiparazione tra figli legittimi e figli naturali, al comma 3 dell'art. 30 Cost è stato previsto un criterio di compatibilità attraverso cui poter garantire che la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio³¹¹ evitasse di intaccare i diritti e le aspettative proprie dei figli appartenenti alla famiglia legittima. Tale atteggiamento non eccessivamente innovativo, o meglio cautelativo, in materia di famiglia e filiazione da parte del dettato Costituzionale è stato in parte dovuto a quelle correnti di pensiero che vedevano nella disciplina civilistica del tempo, l'unico strumento per eccellenza attraverso il quale disciplinare i rapporti tra privati³¹².

Tali considerazioni, ampiamente diffuse sia in dottrina che in giurisprudenza³¹³, giunsero ad invertire quel naturale ordine sussistente tra disposizioni di legge e

³⁰⁹ Si pensi ad esempio al fatto che prima dell'avvento della Costituzione e della conseguente riforma del 1975 del diritto di famiglia, un genitore non sposato non poteva riconoscere i figli nati da un rapporto adulterino, né tantomeno i nati fuori al matrimonio non riconosciuti potevano sapere di chi fossero figli.

³¹⁰ Cfr Mario Bessone, Rapporti etico sociali, art. 29-30, in Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 94; sul punto anche Giovanni Giacobbe, "La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca", 13 giugno 2016, Lumsa Fac di giur. Materiale didattico, p. 156 e ss;

³¹¹ cfr. U. MAJELLO, Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale, Napoli, 1965, 27 ss.; L. CAMPAGNA, Famiglia legittima e famiglia adottiva, Milano, 1966, 47 ss.; L. BIANCHI D'ESPINOSA, La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio, in Jus, 1974, 481;

³¹² In merito a tali considerazioni: G. ALPA, Il «diritto costituzionale» sotto la lente del giusprivatista, in Riv. dir. cost., 1999, 22; N. IRTI, Introduzione allo studio del diritto privato, Padova, 1990, 2;

³¹³ ; In dottrina, tra i sostenitori della tesi del valore meramente programmatico delle previsioni costituzionali in materia di famiglia e filiazione, si vedano A. AMORTH, La Costituzione italiana Commento sistematico, Milano, 1948, 71; quanto alla giurisprudenza in materia si ricordi Corte cost., sent. n. 118/1974;

disposizioni costituzionali all'interno della gerarchia delle fonti, con la conseguenza che in un primo momento e fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975, le disposizioni del codice civile finirono per porsi da criterio-guida per la lettura delle disposizioni costituzionali concernenti famiglia e filiazione, impedendosi così per molto tempo la possibilità di dare immediata attuazione agli elementi di innovazione previsti dai costituenti con l'art. 30 Cost.

In definitiva, dunque, fino ai primi decenni dall'entrata in vigore della Costituzione lo status dei figli era così riassumibile: da un lato i figli legittimi, automaticamente riconosciuti data la presenza di un rapporto matrimoniale tra i genitori, dall'altro l'ampia categoria dei figli illegittimi a sua volta contenente i figli naturali, ossia quelli nati da soggetti non sposati, i figli adulterini, ossia nati da relazione extraconiugale, ed infine i figli incestuosi, cioè nati da una coppia in cui sussiste uno stretto nesso di parentela. Quanto al godimento dei diritti riconosciuti nei confronti dei figli illegittimi, esso veniva subordinato ad una preventiva attività di riconoscimento o accertamento giuridico del rapporto di filiazione, sebbene la fruizione di determinati diritti, soprattutto in materia di obblighi di mantenimento e diritti successori, fosse caratterizzata da una tendenza progressivamente deteriorata a seconda che vi fosse stato o meno il riconoscimento nei confronti dei figli illegittimi³¹⁴.

Di fatti il riconoscimento di diritti nei confronti dei minori non riconosciuti né riconoscibili finiva per limitarsi esclusivamente ad un mero obbligo alimentare in ipotesi fortemente circoscritte (ex art. 279 c.c.).

Dalla seconda metà degli anni sessanta un nuovo approccio interpretativo interessò la disposizione costituzionale dell'art. 30 Cost, facendo venir meno il legame ermeneutico tra i commi 1 e 3 della medesima disposizione, quest'ultimo fautore di una lettura fortemente restrittiva della disciplina della filiazione in combinato con le disposizioni del codice civile, e sviluppando una lettura del testo costituzionale per la quale la disciplina della filiazione non si esaurisce nel solo art. 30 Cost ma è da interpretarsi alla

³¹⁴ Mentre i figli naturali potevano essere riconosciuti dai genitori senza alcuna particolare tipologia di condizione, il riconoscimento dei figli adulterini era limitato al solo genitore che non fosse unito in matrimonio al tempo della procreazione; quanto ai figli incestuosi il loro riconoscimento era fortemente limitato.

Sull'obiettivo della disciplina della filiazione negli anni successivi all'avvento della Costituzione si veda: M. SESTA, I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza all'unicità dello status, in *Famiglia e diritto*, 2012, 10, p. 963. Analogamente, L. MENGONI, La tutela dei figli nati fuori del matrimonio, in *AA.VV.*, *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, 176; C.M. BIANCA, Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini, in *La riforma del diritto di famiglia (Atti del I Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini", nei giorni 30 aprile-1 maggio 1967)*, Padova, 1967, 183ss;

luce dei principi personalista³¹⁵ e di eguaglianza di cui agli artt. 2-3 Cost³¹⁶. Tale lettura dell'art. 30 Cost ha permesso un graduale sviluppo di una nuova visione della famiglia quale autonoma formazione sociale in cui si svolge la personalità dei singoli, e l'abbandono della vecchia concezione della famiglia quale istituzione sovraordinata rispetto alle necessità dei singoli componenti³¹⁷. Prime manifestazioni di questo nuovo modo di intendere il contesto familiare e le necessità dei singoli componenti, soprattutto dei minori³¹⁸ furono la legge sull'adozione speciale del 1967 e la legge sul divorzio del 1970. Infine, la riforma del '75 si pose come primo vero punto di svolta nel processo di eliminazione delle differenze di trattamento esistenti tra figli naturali e figli legittimi. Questo intervento del legislatore, considerabile come una delle più importanti riforme effettuate dal Parlamento dati i suoi 240 articoli, malgrado non avesse garantito una totale parificazione tra filiazione legittima e filiazione naturale, aveva innescato un meccanismo di graduale riduzione delle differenze personali e patrimoniali sussistenti tra tali categorie di minori in attuazione dei precetti costituzionali di cui agli artt. 3 e 30 Cost. Un primo simbolico intervento attuato dalla riforma è consistito nella rimozione della formula "illegittimi" e nella sua sostituzione con la formula "naturali" per identificare la categoria dei figli nati fuori dal matrimonio.

Mentre in passato il riconoscimento del figlio adulterino era limitato al solo soggetto che non fosse sposato al momento del concepimento, con la riforma il legislatore riconobbe tale possibilità anche al soggetto sposato³¹⁹. Inoltre, se in passato i minori non riconosciuti non avevano possibilità di sapere di chi fossero figli, con la riforma vennero ampliate le ipotesi di accertamento della paternità e della maternità³²⁰ eccezion fatta per i figli incestuosi.

³¹⁵ Esso evidenzia la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella componente dei suoi valori e dei suoi bisogni, non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella, così Stefano Civitelli, in *appunti/Giurisprudenza/Diritto Ecclesiastico*, in *tesionline.it*, 2006/2007;

³¹⁶ L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in M. De Cristoforo-A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, 1980, 41; U. MAJELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 107 ss.;

³¹⁷ In relazione a tale mutamento Al riguardo, cfr. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in "Scritti in onore di Alessandro Pace", Editoriale scientifica, 2012, p 5;

³¹⁸ Al riguardo G. FERRANDO, *Interesse del minore e status di figlio*, in *Giur. It.*, 1999, p 1110;

³¹⁹ Nuovo art 252 c.c.

³²⁰ Nuovi artt 269,270,278; in merito ai principali interventi della riforma L. 19 maggio n. 151/1975, SARTI RAFFAELLA "Dopo un iter di quasi nove anni, arrivava in porto la riforma dell'assoluta parità tra i coniugi, come intitolava «La Stampa», commentando l'approvazione", pubblicato il 17 maggio 2019, in *rivistaimulino.it*; inoltre per una disamina dei principali istituti, introdotti dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p 632; B. LENA, *Il*

La riforma infine ha realizzato una serie di modifiche in materia successoria e patrimoniale, prevedendo: la possibilità che sia i figli legittimi sia quelli naturali possano succedere ai genitori in parti uguali, una medesima riserva per i legittimari, figli legittimi o naturali che siano, nonché un assegno vitalizio per quei figli naturali non riconoscibili pari alla rendita derivante dalla quota di eredità cui avrebbero avuto accesso qualora riconosciuti. Nonostante tali interventi la parificazione di figli legittimi e naturali non poteva considerarsi completa, e ciò era ricavabile da una serie di elementi rimasti inalterati.

La riforma aveva anzitutto lasciato inalterato il dualismo di status tra filiazione legittima e naturale e con esso anche la predominanza della prima sulla seconda. A ciò si aggiungeva la distinta disciplina di ambedue le ipotesi di filiazione in capi distinti del codice nonché l'istituto della legittimazione che sottolineava la distinzione fra le due categorie.

Sul piano successorio invece permanevano un elemento di discriminazione costituito dal diritto di commutazione di cui all'art. 537 c.c.³²¹ nonché l'esclusione di qualsiasi diritto successorio del figlio naturale nei confronti dei c.d. collaterali verso i quali non erano considerato sussistente alcun rapporto giuridico di parentela³²², oltre ad altre differenze sul piano personale e patrimoniale nel rapporto tra genitore e figli³²³.

Fino alla riforma attuata con la L.219/2012, la disciplina della filiazione è stata per lo più corretta in via interpretativa da parte della giurisprudenza di legittimità³²⁴ rimanendo generalmente immutata.

nuovo diritto di famiglia, diretto da G. FERRANDO, volume terzo- Filiazione e adozione, Bologna, 2010, 329 e ss.; G. FERRANDO, Filiazione naturale, in Riv. dir. civ., 1983 Parte Seconda, 748;

³²¹ Attribuito in capo ai figli legittimi, che consentiva loro di procedere al soddisfacimento, in denaro o in beni immobili ereditari, della quota spettante ai figli naturali;

³²² In tal senso anche Corte Cost., 23 novembre 2000, n. 532, in Giust. Civ., 2001, 591; La Corte costituzionale ha affrontato in più occasioni la questione della parentela naturale in linea collaterale, dapprima negando (C. Cost., 12 maggio 1977, n. 76 in Giur. It. 1978, I, 2275) poi ammettendo (C. Cost., 4 luglio 1979, n. 55, in Foro it. 1979, I, 1980) la successione legittima di fratelli e sorelle naturali, dei quali si sia accertato il rispettivo status di filiazione nei confronti del comune genitore, ma solo in mancanza di parenti legittimi entro il sesto grado; si veda anche M. DELLACASA, Il nuovo diritto di famiglia, diretto da G. FERRANDO, volume terzo - Filiazione e adozione, Bologna, 2010, p 455;

³²³ Per l'analisi di altre differenze Mirzia Bianca, L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n.219 del 2012, in Giustizia civile, 5-6, 2013, p. 205 e ss. e in Le nuove leggi civili commentate, maggio-giugno 2013, n. 3, p. 507 e ss.; Vittorio Santersiere, Le nuove norme sui figli nati fuori del matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori, in Giurispr. Merito, 3, 2013, p. 522; C. M. Bianca, La legge italiana conosce solo figli, in Riv. diritto civile, 2013, 1 e ss.; A. D'ALOIA-A. ROMANO, "I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione, (art. 30 Cost.)", in G. F. BASINI - G. BONILINI - P. CENDON - M. CONFORTINI (a cura di), Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli, Utet, Torino, 2011, p 14; M. FINOCCHIARO, Superate le ultime discriminazioni esistenti ma la tecnica legislativa suscita perplessità, n Guida al diritto, 5/2013, p, 58;

³²⁴ Corte cost, sentenza 3 luglio 2000 n.250 ha dichiarato incostituzionale l'art 803 nella parte in cui prevedeva che in caso di sopravvivenza del figlio naturale, la donazione potesse essere revocata solo se il riconoscimento

Attraverso tale intervento normativo, denominato “disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali” si è statuita definitivamente la scomparsa della dicotomia tra figli legittimi e figli naturali e la contestuale unificazione dello status di figli attraverso l’elaborazione di una nuova formulazione dell’art.315 c.c. con il quale si è affermato che <<tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico>>³²⁵. Inoltre, la previsione ora menzionata è stata ulteriormente rafforzata sia dall’affermazione contenuta all’art. 1 co 11 della legge in esame, secondo cui tutte parole “figli legittimi” e “figli naturali” vengono sostituite con la parola “figli”, sia dall’adozione di un nuovo criterio di differenziazione basato non più sulla qualità dei figli, ossia l’essere legittimi o naturali, bensì sul contesto della filiazione, ossia all’interno o all’esterno di un matrimonio.

Azione concreta, che va ad aggiungersi a tali interventi potenzialmente considerabili come “di facciata”³²⁶, è stata poi l’abrogazione, con l’art. 1 co10 L. 219/2012, dell’intera disciplina relativa alla legittimazione dei figli, della cui legittimità costituzionale la dottrina già da tempo aveva iniziato a dubitare³²⁷.

Oltre all’unificazione dello status dei figli, un ulteriore aspetto, terreno di discriminazioni fra figli naturali e figli legittimi è stato affrontato dalla riforma, ovvero il rapporto intercorrente tra figli naturali (noti ora come “nati fuori dal matrimonio”) ed i parenti.

Con il nuovo testo dell’art. 74 c.c. si modifica la vecchia formulazione per cui << la parentela è il vincolo tra le persone che discendono dallo stesso stipite>>, aggiungendo che tale vincolo è da considerarsi esistente << sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all’interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo>>³²⁸. Inoltre, a ciò si aggiungono le previsioni contenute

fosse intervento entro due anni dalla stessa. Limite temporale non previsto in caso di sopravvivenza di figli legittimi;

Corte cost, sentenza n. 557 19 maggio 1988, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art 219 c.c. nella parte in cui non consente l’adozione a persone che abbiano discendenti legittimi o legittimati maggiorenni o consenzienti;

³²⁵ Art 315 c.c. così recita: <<Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico>>.

³²⁶ In relazione a tale espressione E. FALLETTI, La lunga strada dell’equiparazione tra filiazione legittima e naturale, in Vita notarile, 2007, 364 ss;

³²⁷ Al riguardo C.M BIANCA, Diritto civile, La famiglia e le successioni, 2, Milano, 1989, p 289; M. PORCELLI, La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo, in Dir. fam. pers., 4/2012, 1754; M. DOSSETTI, la disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato, in Fam. Pers. Succ., 5/2006, 418 ss;

In senso contrario all’unificazione degli status G. BONILINI, Lo status o gli status di filiazione? pubblicato in periodico “Famiglia, persone e successioni”, 2006, volume 2 fascicolo 8/9, p 686.

³²⁸ Art 74 c.c recita:<< La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso

all'interno dei nuovi artt. 258 e 315bis c.c. le quali non fanno altro che equiparare la posizione dei figli nati dentro e fuori dal matrimonio per quel che attiene la materia della parentela.

In tal modo sono state determinate anche delle conseguenze sul piano successorio per quel che riguarda l'art 565 c.c., già contestato dalla Corte cost³²⁹, e l'art. 572 c.c il quale, prima della riforma del 2012, escludeva i parenti collaterali ed il loro rapporto con i figli naturali³³⁰.

4.1 Trascrizione dell'atto di nascita nel caso di coppia omogenitoriale

Dal momento che le discipline poste in essere dal legislatore italiano in materia di adozione (L. 184/1983) e procreazione medicalmente assistita (L. 40/2004), hanno limitato fortemente lo sviluppo del fenomeno dell'omogenitorialità, ciò ha fatto sì che sempre più coppie omosessuali si rivolgessero altrove, ossia verso ordinamenti di paesi esteri in cui determinate pratiche come la PMA per le coppie same-sex³³¹ e la maternità surrogata³³² sono considerate legittime e pertanto usufruibili da parte di coppie omosessuali. Lo sviluppo di tale fenomeno, definibile come turismo procreativo, ha condotto l'ordinamento ad affrontare la problematica relativa all'ammissibilità di quegli atti di nascita indicanti come genitori due individui dello stesso sesso nonché la relativa trascrizione all'interno dei registri dello stato civile.

Quando ci si trova dinnanzi ad ipotesi in cui è necessario provvedere al riconoscimento di certificati di nascita o sentenze estere di adozione indicanti una coppia omosessuale quale figura genitoriale, bisogna prendere in considerazione la legge di riforma del

in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti>>.

³²⁹ Al riguardo si veda C. Cost., 4 luglio 1979, n. 55, in Foro it. 1979, I, 1980; C.cost sentenza 184/1990; Posizioni poi riconfermate nella successiva sentenza del 1994, Corte Cost., 7 novembre 1994, n. 377;

³³⁰ Si specifichi come nella successione legittima i figli nati fuori del matrimonio sono collocati nella medesima posizione di quelli nati nel matrimonio, non solo nella successione in linea retta, ma anche in linea collaterale;

³³¹ In Enciclopedia Treccani con il termine procreazione medicalmente assistita si fa riferimento a<< Qualsiasi procedura volta a facilitare l'incontro dello spermatozoo con l'ovulo, con esito fecondo, laddove si siano verificate difficoltà al concepimento. I possibili interventi sono molto numerosi e si distinguono in funzione della causa alla base della sterilità>>;

³³² LA ROSA E, "Maternità surrogata", Diritto online 2017, in treccani.it, :<< L'espressione "maternità surrogata" indica la situazione nella quale una donna si assume l'obbligo di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia sterile, alla quale s'impegna poi a consegnare il nascituro. In realtà, la figura della madre su commissione può dar corpo a molteplici fattispecie, a seconda del tipo di partecipazione della donna esterna alla coppia: costei può provvedere solo alla gestazione, o anche al concepimento dell'embrione, con l'apporto o meno del proprio materiale genetico; senza contare l'eventuale intervento di un donatore di gameti maschili, che contribuisca geneticamente alla formazione dell'embrione>>.

sistema italiano di diritto internazionale privato³³³ ed il concetto di ordine pubblico menzionato nella sua normativa.

Nello specifico l'attenzione ricade sugli artt. 64-65 della L.218/1995, disciplinanti le condizioni per il riconoscimento rispettivamente di sentenze e provvedimenti stranieri, nonché sull'art 41 della medesima legge, nel quale vengono disciplinati i procedimenti di riconoscimento, ossia il procedimento dinanzi al Tribunale per i minori e la procedura di riconoscimento automatico (primo comma art. 41 L.218/1995).

Si tratta di procedimenti che, malgrado siano diversi, richiedono il rispetto di un medesimo requisito affinché il riconoscimento del provvedimento straniero sia valido, ossia il rispetto dell'ordine pubblico³³⁴.

Per poter comprendere tale limite, è necessario afferrare cosa debba intendersi con l'espressione "ordine pubblico". Si ritiene che esso possa essere inteso come il complesso dei principi fondamentali dell'ordinamento, esprimente il sentire sociale di una determinata comunità statale³³⁵. In realtà, malgrado una definizione di tal tipo, si tratta di un termine che risulta essere fortemente indeterminato e relativo e questo in quanto l'ordine pubblico è un concetto mutevole poiché risente delle concezioni etiche, morali e politiche di un determinato Stato in un determinato periodo di tempo³³⁶, con la conseguenza che esso si evolve con il cambiare della società. In numerosi casi³³⁷ le Corti nazionali hanno tentato di dare una definizione di ordine pubblico, nonché di bilanciarlo con altri principi fondamentali al fine di comprendere quali siano i controlimiti che permettano di andare al di là di quelli che sono considerati i principi tradizionali che lo costituiscono.

Ciò premesso, nel momento in cui si affronta la questione della trascrizione nell'ordinamento italiano di un atto di nascita formatosi all'estero ed indicante quali genitori del minore una coppia omosessuale, le corti dovranno verificare se l'omogenitorialità riconosciuta con quell'atto possa considerarsi contraria all'ordine

³³³ L. 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Titolo IV (efficacia di sentenze e atti stranieri) disposizioni 64-71;

³³⁴ Il rispetto di tale requisito viene richiesto anche dall'art 18 D.P.R. 396/2000, rubricato come "Casi di intrascrivibilità" ed in cui è stabilito che "gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico.

³³⁵ LOTTI P., Lotti P., L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano, Giuffrè, Milano, 2005, p. 12, 42 ss;

³³⁶ Cfr, BENVENUTI, Benvenuti P., Il diritto internazionale privato, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo C. - Mazzamuto S., I, Milano, Giuffrè, 2007, p 166-167;

³³⁷ App. Bari, Sez. Famiglia., Sent. 13 febbraio 2009; Cass. Civ., Sez. I, Sent. 30 settembre 2016 n. 19599, App. Trento, Sez. I, Ord. 23 febbraio 2017;

pubblico. Nello specifico, la Corte di cassazione, in occasione della sentenza 19599/2016 relativa alla trascrizione in Italia di un atto di nascita spagnolo riguardante un bambino dichiarato figlio di due donne, ha affermato che << il giudice italiano deve verificare non se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto alle norme interne(seppure imperative), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo>>³³⁸, cui lo stesso legislatore deve attenersi nello sviluppo di eventuali normative interne.

I diritti fondamentali che il legislatore è tenuto a rispettare nell'esercizio della propria discrezionalità risultano desumibili non solo dal dettato costituzionale ma anche da tutte quelle altre fonti del diritto che si inseriscono nel nostro ordinamento come i trattati istitutivi dell'Unione europea, la CEDU, la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e la giurisprudenza su di esse formatasi, nonché tutta quella serie di convenzioni internazionali cui l'Italia ha provveduto alla ratifica, come la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. Ebbene, all'interno dei diritti fondamentali da tutelare, l'interesse superiore del minore si pone quale controlimite nei confronti dell'ordine pubblico³³⁹ e va valutato dai giudici in concreto, ovvero in relazione al contesto specifico in cui un determinato minore viene a trovarsi.

Se da un lato, pertanto, il legislatore può provvedere in prima persona allo svolgimento dell'attività di bilanciamento tra ordine pubblico e interesse del minore, ad esempio ponendo in essere normative che possono vietare lo svolgimento di determinate pratiche procreative oppure determinati tipi di adozione, d'altro lato ciò non impedisce che in situazioni quali quella in esame (sentenza 19599/2016) l'interesse del minore venga a priori cancellato. Questo in quanto solo in bilanciamento con altri principi fondamentali per il panorama internazionale l'interesse del minore può venir meno³⁴⁰.

Nell'affrontare la questione della trascrizione in Italia dell'atto di nascita estero concernente una condizione di omogenitorialità, il giudice nazionale deve necessariamente tener conto di numerosi fattori che possono incidere sul

³³⁸ Sentenza 30 settembre 2016 n. 19599, par 7;

³³⁹ Sul concetto di ordine pubblico ed il limite dell'interesse del minore: Campiglio C., Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da maternità surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico), in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 12, 2014, p. 1136; Irti C., Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico, in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 3, 2016, p.484; Mosconi F.-Campiglio C., Diritto internaz. privato e processuale, II, 3 ediz., 2011, utet, p. 229;

³⁴⁰ Sentenza 30 settembre 2016 n. 19599, par 7; in materia di interesse superiore del minore Fossà Carlotta, "Filiazione- Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno", in Giurisprudenza Italiana, n.10, 1°ottobre 2017:2075;

soddisfacimento dell'interesse del minore, come ad esempio la durata e la qualità del rapporto instauratosi tra minore e coppia omogenitoriale, le capacità educative e morali della coppia, la presenza di strumenti di garanzia del rapporto affettivo come l'adozione in casi particolari, ecc... Si tratta di valutazioni che vengono compiute in quanto l'interesse superiore del minore è un diritto complesso, composto da numerose sfaccettature, tra le quali vi rientrano sicuramente il diritto al mantenimento della propria identità, delle relazioni familiari instaurate e dello *status filiationis*, e che pertanto essendone componenti devono essere garantite³⁴¹.

È una conclusione questa, cui si è giunti anche in numerose sentenze della Corte EDU³⁴², pronunce di cui il giudice italiano non può non tener conto, per di più in quanto provenienti da un organismo sovranazionale, come tale espressione di quell'ordine pubblico internazionale comune ai diversi ordinamenti degli Stati membri e sovraordinato rispetto alla legislazione del singolo Stato.

L'unica eventualità che permetterebbe al legislatore di impedire il riconoscimento dell'atto di nascita estero nel nostro ordinamento consisterebbe nella presenza di principi costituzionali essenziali che, avendo carattere irrinunciabile, impedirebbero al legislatore di introdurre una disciplina analoga a quella che permette il riconoscimento della coppia omogenitoriale nell'ordinamento spagnolo. Nella realtà dei fatti, tuttavia, la Corte di cassazione³⁴³ ha avuto modo di osservare, al pari dalla Corte costituzionale³⁴⁴, che i divieti implicitamente sussistenti nei confronti delle coppie omosessuali all'interno dei provvedimenti legislativi³⁴⁵ aventi ad oggetto filiazione e procreazione, non rispondono a direttive costituzionalmente imposte bensì al mero potere regolatorio del legislatore, il quale risulta essere peraltro particolarmente ampio nell'affrontare

³⁴¹ Art 8, par 1, Convenzione di New York sul diritto del fanciullo: << diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali">>; in merito alla necessità di garantire la certezza dello status filiationis Ferrando G., Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis, in Corr. Giur., 2, 2017, p. 196;

³⁴² Al riguardo: Corte EDU, 26 giugno 2014, "Mennesson c. Francia", e "Labassee c. Francia"; 21 luglio 2016, "Foulon e Bouvet c. Francia"; 19 gennaio 2017, "Laborie c. Francia" (<https://hudoc.echr.coe.int>); Corte Edu, "Marckx c. Belgio", 13 giugno 1979; Corte Edu, "Genovese c. Malta", 11 ottobre 2011, p. 33;

³⁴³ Corte di Cassazione, sentenza 19599/2016, par 10; nello specifico al par 11.1 la Corte afferma che La regola secondo cui è madre colei che ha partorito, visto l'art. 269, comma 3, c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola;

³⁴⁴ Corte Cost, sentenza 10 giugno 2014 n.162, par 3.5;

³⁴⁵ Artt 5, 9 e 12 L. 19 febbraio 40/2004; art 269 c.c.;

tematiche sensibili³⁴⁶. Pertanto, dal momento che le scelte compiute dal legislatore non sono costituzionalmente obbligate, è da escludersi che le scelte etiche e morali compiute con legge ordinaria possano configurare quell'ordine pubblico inviolabile da opporre al riconoscimento dell'atto di nascita straniero.

In conclusione, dunque, i giudici della Cassazione hanno stabilito che l'atto di nascita straniero, attestante la genitorialità di una coppia omosessuale in relazione ad un minore concepito con tecniche vietate dal legislatore italiano ma valide in altri Stati, non sia contrario all'ordine pubblico e quindi è possibile procedere alla sua trascrizione negli uffici dello stato civile italiano.

Tale conclusione è stata ulteriormente riconfermata di recente all'interno delle sentenze n.230/2020 della Corte costituzionale e n. 23319/2021 della Corte di Cassazione.

4.2 La trascrizione dell'atto di nascita alla luce del divieto di maternità surrogata

Quanto affermato nel paragrafo precedente riguarda il percorso argomentativo seguito dalle Corti nel caso di ricorso alla pratica di PMA da parte di coppia omosessuale femminile, diversa è invece la soluzione cui si è approdati in merito al riconoscimento della genitorialità di una coppia omosessuale maschile che abbia fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata. La vicenda che ha dato il via alla discussione giurisprudenziale attorno all'inserimento del divieto di maternità surrogata all'interno della nozione di ordine pubblico è quella della sentenza n.12193/2019³⁴⁷ pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

In tale vicenda, una coppia di genitori di sesso maschile, a seguito della nascita dei figli ottenuti in Canada mediante ricorso alla maternità surrogata aveva inizialmente trascritto in Italia il provvedimento del giudice estero attestante il riconoscimento del solo genitore biologico. Solo in un secondo momento, una volta intervenuto il provvedimento dell'autorità giudiziaria canadese riconoscente la genitorialità d'intenzione, la coppia procedeva a fare richiesta di rettifica vedendosi apporre un rifiuto da parte dell'ufficiale di stato civile di Trento.

Ribaltando la sentenza della Corte di appello di Trento, con la quale si era proceduto a ripercorrere lo stesso iter argomentativo esposto dalla Cassazione nella sentenza

³⁴⁶ Corte Cost, sentenza 10 Giugno 2014 n.162, par 5 considerato in diritto;

³⁴⁷ Cass. civ. SS. UU., Sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193 in Famiglia e Diritto, n7/2019, p 653;

19599/2016, la Cassazione ha sviluppato una più ampia configurazione della nozione di ordine pubblico³⁴⁸, tale da poterne ricomprendere il divieto di maternità surrogata.

Per la Cassazione difatti la nozione di ordine pubblico, nella sua mutevolezza, risente dell'evoluzione della società nei rapporti economici, etici, sociali ecc..., ed è <<destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quell'evoluzione costituiscono espressione e contribuiscono... a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento>>.³⁴⁹

Ebbene, proprio all'interno delle evoluzioni etico-morali affrontate dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano si inserirebbe il divieto di maternità surrogata, giustificato dalla volontà di tutelare la dignità del soggetto gestante.

Ciò malgrado, la Corte ha ritenuto che il genitore adottante non rimanga sprovvisto della possibilità di instaurare un legame giuridico nei confronti del figlio del genitore biologico, questo in quanto egli può usufruire dell'istituto dell'adozione in casi particolari, nell'ipotesi di cui alla lett d) art. 44 L 184/1983, al fine tutelare la relazione affettiva ed educativa esistente.

Un ripensamento della Corte di cassazione interviene di lì a poco con l'ordinanza n.8325 del 2020 con la quale, nel decidere su di un ricorso contro una sentenza della Corte di appello di Verona emessa in un caso analogo al precedente, la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale³⁵⁰, sostenendo che il percorso argomentativo adottato nella sentenza del 2019 vada riletto alla luce del parere consultivo rilasciato dalla Corte Edu il 10 Aprile 2019³⁵¹. Secondo quest'ultima Corte, infatti, il mancato riconoscimento del legame tra minore e genitore d'intenzione non farebbe altro che tradursi in una violazione dell'art. 8 CEDU ed inoltre, dato il minor margine di discrezionalità di cui gode il legislatore nel disciplinare situazioni concernenti l'art. 8

³⁴⁸ Relativamente alla sentenza in esame: Dogliotti, Massimo "Le sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", in Famiglia e diritto, anno 2019, fascicolo 7; Mirto Caterina, "Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo", in rivista AIAF, anno 2021, fascicolo 3, par 5 Dalla ordinanza della Corte di Cassazione civ., Sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, alla decisione della Corte cost. n. 33/2021;

³⁴⁹ Cass. civ. SS. UU., Sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193;

³⁵⁰ In relazione all'interpretazione data al combinato disposto degli artt 64, 65 della L.218/1995 e art.18 del D.P.R 396/2000 con la sentenza 12193/2019 in violazione degli artt 2,3,30,31 e 117 Cost; a tal riguardo si veda Marco Poli, La maternità nei casi di PMA eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore in "MINORIGIUSTIZIA" 3/2020, pp 194-198; Poggi F., "La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa", Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, ISSN 1122-0392, Vol. 29, N° 3, 2021, pagine 655-669;

³⁵¹ Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Advisory Opinion - Protocol 16 10/04/2019,

CEDU³⁵², la sua azione sarebbe limitata circa l'*an* del riconoscimento del rapporto di filiazione ma non anche sulle modalità con cui garantirlo, le quali, si sottolinea, dovrebbero essere efficaci e tempestive. A ciò la Cassazione aggiunge come gran parte della dottrina sia concorde nel ritenere che il bilanciamento delle situazioni da tutelare, ossia dignità della gestante da un lato e interesse del minore dall'altro, sia irragionevolmente sproporzionato. Difatti non si comprende quale tipo di maggior tutela dovrebbe ricevere la gestante da una limitazione apposta al riconoscimento del legame giuridico con il genitore d'intenzione.

Quanto alla successiva pronuncia della Consulta, con sentenza 9 marzo 2021 n.33 la Corte costituzionale, malgrado abbia concordato su molti dei dubbi sollevati dai colleghi di Cassazione, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità sollevata preferendo lasciare al legislatore il compito di attuare un nuovo tipo di bilanciamento degli interessi in gioco al fine di individuare il rimedio più adatto a far fronte a quel vulnus costituzionale che si verifica all'interno delle situazioni di trascrizione di atti esteri analoghi a quelli affrontati nelle sentenze precedenti.

Nell'attesa di un intervento del legislatore, una soluzione temporanea, seppur non del tutto adeguata³⁵³, così come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, rimane l'istituto dell'adozione del figlio del partner nell'ipotesi di cui all'art. 44 lett d) L.184/1983.

5 L'evoluzione della disciplina della famiglia e della filiazione in Germania

5.1 Il Riconoscimento delle coppie omosessuali in Germania

All'interno dell'ordinamento giuridico tedesco il rapporto di coppia tra soggetti omosessuali ha ottenuto una piena tutela solo recentemente, ossia attraverso la legge approvata il 30 giugno 2017, nota come "Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts".

³⁵²Id, par 43-47;

³⁵³ A tal riguardo: Poggi F., id; G. CHIAPPETTA, La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 244; Bilotti, Emanuele, "La Corte costituzionale e la doppia maternità" in *Le nuove leggi civili commentate*, Anno 2021, Volume: 44, Fascicolo: 3;

Tuttavia, è opportuno ricordare come, in passato, la legge fondamentale della Repubblica Federale tedesca (la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) non riconoscesse alcuna tipologia di unione che fosse differente rispetto a quella basata sul matrimonio eterosessuale. Difatti, in origine l'art. 6 co1 stabiliva che <<*il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale*>>. Solo a seguito di svariati interventi giurisprudenziali³⁵⁴ si è assistito ad un graduale riconoscimento di legami affettivi alternativi rispetto a quello tradizionale.

Di base la Germania si è caratterizzata nel corso del 900' per un atteggiamento tendenzialmente ostile verso il riconoscimento dei diritti nei confronti del mondo omosessuale, questo in quanto, vuoi per la divisione del territorio tedesco alla fine del dopoguerra, vuoi per l'eccessiva presenza della Chiesa cattolica romana, è stato necessario attendere fino agli ultimi anni della guerra fredda per poter ottenere un'iniziale tutela in materia di diritti lgbt³⁵⁵.

Il basilare riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali è intervenuto con la legge sull'unione civile registrata (o Lebenspartnerschaftsgesetz) entrata in vigore il 1°Agosto 2001³⁵⁶, attraverso la quale il legislatore tedesco ha tentato di eliminare le discriminazioni esistenti tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, le quali potevano godere di una certa tutela sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale qualora si trattasse di coppi di fatto.

In merito al contenuto di tale legge, essa stabiliva anzitutto che affinché potesse instaurarsi un'unione civile registrata, era necessario che le parti della stessa dichiarassero la propria volontà di vivere insieme innanzi all'apposita autorità competente, ossia l'ufficiale di stato civile (art 1 par.1. Lebenspartnerschaftsgesetz).

Quanto ai requisiti richiesti per la costituzione dell'unione, si riteneva necessario che i soggetti dichiaranti fossero dello stesso sesso, che non avessero un'altra unione

³⁵⁴ A tal riguardo PASTORE (2008), I modelli di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso nel diritto europeo, in BILOTTA (a cura di), in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, pp 134;

³⁵⁵ Si pensi ad esempio all'affermazione effettuata dalla Corte Suprema tedesca in data 11 Agosto 1987 secondo cui: << "l'omosessualità, come l'eterosessualità, rappresenta una variante del comportamento sessuale. Le persone omosessuali, pertanto, non stanno al di fuori della società socialista, ei diritti civili sono garantiti a loro esattamente come a tutti gli altri cittadini">>.

³⁵⁶ In merito ai commenti sulla legge in questione: cfr. D. Schwab, *Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick*, in FamRZ, 2001, 385 ss.; H. Büttner, *Unterhaltsrecht der eingetragene Lebenspartnerschaft*, in FamRZ, 2001, 1105 ss.; R. Wagner, *Das neue internationale Privat-und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in IPrax, 2001, 281 ss.; D. Henrich, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in FamRZ, 2002, 137; D. Jacob, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Europarecht*, in FamRZ, 2002, 801 ss.; D. Kaiser, *Das Lebenspartnerschaftsgesetz*, in JZ, 2001, 617 ss.; P. Finger, *Die registrierte Lebenspartnerschaft – Überblick über die Neuregelung und kritische Bestandsaufnahme*, in MDR, 2001, 199 ss;

registrata o un matrimonio in corso con un soggetto terzo ed infine che l'unione non intercorresse tra soggetti vincolati da un rapporto di parentela in linea retta (art. par 2 LPartG). In merito alla disciplina dei rapporti patrimoniali invece, il regime patrimoniale di base previsto per l'unione registrata è quello della comunità di guadagno³⁵⁷, a meno che le parti dell'unione disciplinino diversamente il regime loro applicabile mediante un apposito contratto di convivenza redatto innanzi ad un notaio (§ 7 LPartG). In materia di successioni invece, la coppia registrata viene equiparata ai coniugi e pertanto nel caso di morte di uno dei partner, il restante partner poteva concorrere per la propria parte obbligatoria assieme agli altri eredi legittimi (§ 10 LPartG).

L'istituto introdotto nel 2001, considerato come un ibrido dell'istituto matrimoniale, nel corso degli anni, ha poi avuto modo di avvicinarsi gradualmente all'istituto matrimoniale attraverso l'operato della Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale). Nello specifico la Corte suprema tedesca, nel rispondere a questioni di legittimità costituzionale fondate su una presunta contrarietà della disciplina delle unioni registrate rispetto all'art. 6 GG, ha potuto affermare che la posizione di preferenza di cui gode l'istituto matrimoniale ai sensi del tenore letterale della disposizione di cui poc'anzi, non impedisce a che vengano attribuiti i medesimi diritti previsti per i coniugi ad altre forme di rapporti affettivi³⁵⁸. Sulla base di tale assunto, di volta in volta sono state eliminate le varie differenze intercorrenti tra le unioni registrate e matrimonio.

Ad esempio nel 2005 è stato esteso ai partner omosessuali l'istituto del fidanzamento³⁵⁹, riservato fino ad allora solo ai partner di sesso diverso, prevedendosi che in caso di promessa di convivenza registrata avrebbero trovato applicazione sia il secondo comma del § 1297 sia i paragrafi dal 1298 al 1302, dedicati alla disciplina dei risarcimenti dovuti

³⁵⁷ Disciplinata all'art 1363 BGB, in sostanza non ci sono beni comuni dei coniugi/partner. Ogni coniuge o partner civile rimane l'unico proprietario delle cose che ha portato nel matrimonio o nell'unione civile o che ha acquisito durante il matrimonio o l'unione civile. Nel corso di una separazione tuttavia, con alcune eccezioni, i beni guadagnati durante il periodo di matrimonio/unione civile (il guadagno) sono divisi in parti uguali tra entrambi i partner. Lo stesso accade nel caso di morte di coniuge/partner dell'unione civile.

³⁵⁸ A tal riguardo la decisione del BVerfG, 17 luglio 2002, in NJW, 2002, 2543. In argomento R. Bömelburg, Die eigetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut?, in NJW, 2012, 2753 ss. Cfr. anche J. Wasmuth, La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento della Corte costituzionale tedesca, in *Familia*, 2003, 503 ss. Riscontra l'esistenza di rilevanti lacune, nonostante i miglioramenti realizzati con le riforme del 2005 e del 2007, H. Krebs, Lebenspartnerschaftsgesetz: Rechtspolitische Fortschreibungs- und Reformbedarf, in *Zeitschrift zur Rechtspolitik (ZRP)*, 2012, 234 ss

³⁵⁹ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartRÜG) del 15 dicembre 2004, in BGBl., 2004, I, 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005; poi ulteriormente modificata dalla Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner (LPartRBerG) del 20 novembre 2015, in BGB sulla quale si veda il commento di D. Schwab, "Von der Adoptionsvermittlung bis zum Zugewinnausgleich – Bemerkungen zum neuen "Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner", in *FamRZ*, 2016, 1s;

a causa della mancata attuazione di quanto stabilito con la promessa e alla restituzione di quanto ottenuto in contemporanea alla promessa.

Un ulteriore intervento della Bundesverfassungsgericht ha riguardato la materia tributaria, più nello specifico le imposte sul reddito, in quanto fino al 2013 sussisteva una disparità di trattamento tra partner civili e coniugi dal momento che solo quest'ultimi godevano della possibilità di godere degli istituti della scissione coniugale e del diritto di scelta della classe fiscale. Con la sentenza del 6 Giugno 2013³⁶⁰, la Corte federale tedesca ha fatto cessare tale situazione discriminatoria prevedendo per coloro i quali avessero ricevuto degli accertamenti, la possibilità di usufruire di appositi rimborsi fiscali e garantendo pertanto l'attuazione del principio di eguaglianza in materia di imposta sul reddito. A seguito di tali interventi³⁶¹ si è giunti definitivamente il 30 giugno del 2017 all'approvazione della legge che riconosce la possibilità di accedere all'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali e determina l'eliminazione delle residuali differenze tra coppie sposate e coppie registrate, prime fra tutte quelle attinenti alla disciplina dell'adozione.

Tale intervento nella sostanza si compone di tre articoli mediante i quali è stato stabilito che l'intera disciplina attinente al matrimonio avrebbe potuto trovare applicazione anche nei confronti delle coppie omosessuali.

Nello specifico l'art.1 della nuova legge, modificando il primo comma del § 1353 BGB ha previsto che il matrimonio possa essere contratto << da persone di sesso diverso o dello stesso sesso >>. Inoltre, con il medesimo articolo si è determinato l'annullamento della previsione contenuta nel primo comma del § 1309 BGB nei confronti dei cittadini stranieri che intendano contrarre un matrimonio omosessuale con un cittadino tedesco. Infatti, mentre il primo comma del punto citato richiede al cittadino straniero la presentazione di un certificato che attesti la non contrarietà del proprio matrimonio rispetto al diritto del paese d'origine, con il nuovo terzo comma introdotto nel § 1309 BGB tale obbligo non viene richiesto nei confronti di quei soggetti stranieri omosessuali

³⁶⁰ BVerfG, decisione del Secondo Senato del 07. Maggio 2013- 2 BvR 909/06 -, Rn. 1-151 in cui venne sancita la contrarietà delle disposizioni di cui ai §§ 26, 26b, 32a par. 5 EStG sulla scissione coniugale con il principio generale di uguaglianza di cui all' art 3 Abs;

³⁶¹ BVerfG, 7 luglio 2009, 1 BvR 1164/07, in NJW, 2010, p. 1439 ss; BVerfG, 21 luglio 2010, 1 BvR 611/07, in NJW, 2010, p. 2783 ss; BVerfG, 19 giugno 2012, 2 BvR 1397/09, in NJW, 2012, p 2790 ss; A riguardo F. SAITTO, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in Ianus, 4, 2011, p. 109 ss;

il cui <<*Stato d'origine non preveda la conclusione di un matrimonio omosessuale*>>³⁶².

Quanto ai restanti articoli, con l'art.2 è stato stabilito che tutte le convivenze registrate precedentemente all'intervento del 2017 avrebbero potuto essere convertite in matrimoni mediante apposita dichiarazione congiunta rilasciata dalle parti innanzi all'ufficiale di stato civile, mentre con il terzo comma dell'art.3 si è definitivamente sancito che dall'entrata in vigore della legge non avrebbero più potuto essere costituite nuove convivenze secondo la disciplina prevista dalla Lebenspartnerschaftsgesetz. Attraverso la legge sul matrimonio egualitario il legislatore prende definitivamente atto del mutato contesto sociale e permette alla coppia omosessuale di godere della medesima tutela prevista per la coppia eterosessuale, ciò in piena attuazione del principio di eguaglianza sostanziale che richiede di trattare ciò che è uguale in maniera eguale e ciò che è differente in maniera differente.

5.2 Il riconoscimento della possibilità di adottare per le coppie omosessuali

Per quanto riguarda la disciplina dell'adozione all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco, essa risulta essere disciplinata: nei presupposti sostanziali dagli artt. 1741-1766 BGB; dall' Adoptionvermittlungsgesetz(ossia la legge sulla mediazione in materia di adozione) all'interno della quale risulta contenuta la disciplina procedurale del percorso di adozione, nonché dall' Adoptionswirkungsgesetz (la legge relativa agli effetti dell'adozione pronunciata secondo il diritto straniero) adottata dalla Germania a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 29 Maggio 1993 sulla cooperazione in materia di adozione internazionale e destinata a trovare applicazione in adozioni avvenute in Stati non partecipanti all'Aja nel 93.

Tra le disposizioni indicate fondamentale è il § 1741 BGB in base al quale <<*l'adozione è sempre finalizzata al benessere del minore ed è necessaria l'instaurazione di un rapporto familiare de facto tra adottante e adottato*>>³⁶³.

In merito all'evoluzione che ha avuto nell'ordinamento tedesco la disciplina dell'adozione è opportuno premettere che in origine l'ordinamento tedesco ha previsto sia l'istituto dell'adozione congiunta, sia quello dell'adozione individuale da parte del singolo individuo.

³⁶² § 1309 BGB, comma 3;

³⁶³ § 1741 BGB;

Mentre il primo degli istituti menzionati risultava essere prerogativa esclusiva delle sole coppie sposate, il secondo, non prevedendo particolari criteri legati all'orientamento sessuale dell'adottante³⁶⁴, rispetto a quanto accadeva in altri Stati europei come Italia e Francia, non appariva precluso al single che fosse omosessuale. Sulla base di tale considerazione, malgrado il Lebenspartnerschaftsgesetz non avesse riconosciuto alcuna delle modalità di adozione prima indicate, è stato breve il lasso di tempo trascorso prima che il legislatore riconoscesse al partner dell'unione registrata la possibilità di adottare il figlio biologico dell'altro mediante il consenso di questi³⁶⁵.

Nello specifico, tuttavia, al paragrafo 9.7 del testo di legge era stata prevista la possibilità di ricorrere alla stepchildadoption (o Stiefkindadoption) senza però porre alcuna distinzione tra adozione di figlio biologico e figlio adottivo, il che, unito alla mancanza di un riferimento al novellato legislativo all'interno del par 1742 BGB³⁶⁶, portava sia dottrina che giurisprudenza a ritenere che la stepchild adoption fosse da escludersi nei confronti di un figlio già adottato.

Ulteriore passo in avanti, consistente nella rimozione di tale divieto, è avvenuto invece ad opera della Bundesverfassungsgericht, la quale, nella sentenza del 19 febbraio 2013³⁶⁷, sancì che il divieto indicato nel par 1742 BGB fosse incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art 3 LF; ciò in quanto tale divieto non sussisteva né per le coppie sposate né nel caso di adozione del figlio naturale del partner e ciò produceva un trattamento discriminatorio dal momento che le responsabilità ed il tipo di rapporto instaurato con un'unione registrata avrebbero potuto essere facilmente equiparati a quanto accade con l'instaurazione di un'unione matrimoniale.

Inoltre, così come affermato nel precedente paragrafo relativamente all'art. 6 GG in materia di riconoscimento delle unioni civili in Germania, il particolare valore riconosciuto all'istituto matrimoniale da parte dello Stato tedesco non avrebbe potuto giustificare alcun tipo di trattamento differenziato tra matrimonio e altre forme di

³⁶⁴ Il requisito principalmente richiesto è che gli adottanti abbiano almeno 25 anni, o 21 nel caso di adozione coparentale;

³⁶⁵ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, del 15 dicembre 2004, in BGBl., 2004, I, p. 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005;

³⁶⁶ Tale disposizione poneva in essere il divieto di una seconda adozione di minore già adottato;

³⁶⁷ BVerfG, 19 febbraio 2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, in NJW, 2013, p. 847 ss. L'importanza di tale decisione è stata colta esattamente da F. AZZARRI, Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche, in Nuove leggi civ. comm., 2016, pp. 1105 ss, spec. 1116; in materia anche C. CARICATO, Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme, in *Famiglia*, 2016, p. 82; BRUNETTA D'USSEAU, F., Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, Parte seconda, 375 ss;

convivenza, né tantomeno obbligare il legislatore a riconoscere meno diritti nei confronti di esse³⁶⁸.

Malgrado la conquista concessa con la pronuncia in esame, il Bundesverfassungsgericht ha avuto premura di precisare che il riconoscimento del diritto all'adozione c.d. "successiva" al partner di coppia registrata, non avrebbe dovuto essere interpretato come un aggiramento del generale divieto di adozione congiunta in capo alle coppie omosessuali³⁶⁹. È stato pertanto necessario attendere la legge sul matrimonio egualitario del 2017 affinché potesse venir meno uno degli ultimi punti di differenziazione tra le garanzie offerte alle coppie coniugate e quelle omosessuali registrate, permettendosi alla sola coppia omosessuale coniugata di accedere all'istituto dell'adozione congiunta.

5.3 Modalità di riconoscimento degli atti stranieri riguardanti lo status filiationis

In merito al riconoscimento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis* di minori all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco è anzitutto necessario premettere che le modalità ed i limiti al riconoscimento sono dettati da fonte sovraordinate rispetto la disciplina interna, dunque eventuali fonti del diritto Ue oppure fonti internazionali, prima fra tutte la Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione nel campo dell'adozione internazionale elaborata a l'Aja nel 1993.

Fondamentali all'interno della Convenzione sono gli artt. 23-24 in base ai quali è stato stabilito rispettivamente che le decisioni in materia adottiva redatte all'estero sono valide all'interno di tutti gli stati contraenti se rese in maniera conforme alla Convenzione(art. 23 co1 della Convenzione citata), e <<*il riconoscimento delle adozioni può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se essa è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore*>>³⁷⁰.

Per quanto riguarda invece la disciplina interna dell'ordinamento tedesco in materia di riconoscimento di decisioni estere rilevano gli artt. 108³⁷¹ e 109³⁷² della legge sulla

³⁶⁸ In tal senso ancora C. CARICATO, Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme, in *Famiglia*, 2016, p. 82;

³⁶⁹ Cfr ROERIG MARIA THERESIA, in "Coppie omosessuali e status filiationis" a cura di PASSAGLIA P., pubblicato in *Corte costituzionale Servizio studi "Area di diritto comparato"*, dicembre 2020, p 65;

³⁷⁰ Art 24 Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione nel campo dell'adozione internazionale, 1993;

³⁷¹ § 108: "A prescindere dalle sentenze in materia matrimoniale, le decisioni straniere sono riconosciute, senza che occorra un particolare procedimento";

³⁷² § 109 "Il riconoscimento di una sentenza straniera è escluso: a) se i giudici dell'altro Stato non sono competenti secondo il diritto tedesco; b) [ingiustizia del processo] c) [conflitto con altra sentenza tedesca o, se precedente, straniera] d) se il riconoscimento della decisione porta ad un risultato che sia palesemente inconciliabile con i

procedura in materia di famiglia e giurisdizione volontaria(abbreviato FamFG) i quali, nel loro complesso, stabiliscono come in Germania sussista un generale principio di riconoscimento automatico delle decisioni estere a meno che non si frapponga quella serie di ostacoli indicati all'interno del primo comma dell'art. 109 FamFG.

Nello specifico, il concetto di decisione contenuto all'interno dell'articolo 109 FamFG farebbe riferimento esclusivamente a quella serie di atti, provenienti da autorità giudiziali ed amministrative estere, aventi natura sostanziale, svolte a seguito di un esame di merito e producenti un effetto costitutivo, non rilevando invece tutte quelle altre tipologie di atti che si discostino da tali caratteristiche³⁷³.

La disciplina stabilita dalle disposizioni della Convenzione del 93' sopra citate, permette che quanto stabilito dalla normativa interna, ossia dalla FamFG, venga rispettato, il che dunque garantisce un riconoscimento repentino delle decisioni estere, delle quali, eventualmente, potrebbero esserne valutati gli effetti ma non anche i presupposti sostanziali.

Tuttavia, quanto detto³⁷⁴ è un discorso che va ad applicarsi esclusivamente a quegli atti di adozione che vengano compiuti tra Stati contraenti la Convenzione, ciò in quanto per il riconoscimento degli atti di adozione prodotti al di fuori di tali ipotesi, entrerà in gioco la disciplina contenuta all'interno degli artt. 2 comma 3,3 e 4 AdWirkG e degli artt. 108-109 FamFG. Giunti al punto, riguardo al riconoscimento delle adozioni effettuate all'estero da parte delle coppie omosessuali, è giusto sottolineare come la giurisprudenza di merito tedesca abbia adottato un approccio immediatamente favorevole al riconoscimento di tali atti, ciò grazie all'assunzione di una concezione di ordine pubblico più ampia e liberale rispetto a quanto accadeva in paesi vicini, come l'Italia, la cui concezione di ordine pubblico risultava prettamente ancorata all'idea di salvaguardare le tradizionali concezioni politiche e morali dell'ordinamento interno³⁷⁵.

principi fondamentali del diritto tedesco, specialmente quando la decisione è inconciliabile con i diritti fondamentali.”;

³⁷³A riguardo ROERIG MARIA THERESIA, in “Coppie omosessuali e status filiationis” a cura di PASSAGLIA P., pubblicato in Corte costituzionale Servizio studi “Area di diritto comparato”, dicembre 2020, p 71;

³⁷⁴Cfr ROERIG MARIA THERESIA, “*Il riconoscimento in Germania dell'adozione dichiarata all'estero*”, in “Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero” a cura di P. Passaglia pubblicato in Corte Costituzionale Servizio studi “Area di diritto comparato”, gennaio 2016, pp 31, 36 ;

³⁷⁵Di fatti in Italia un'evoluzione definitiva del concetto di ordine pubblico verso la più moderna nozione di ordine pubblico internazionale si è avuta con la sentenza Cass 30.9.2016 n. 19599; a riguardo Stefanelli, Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale, in Fam. e dir., 2017, 83 ss.; Tonolo, L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore, in Riv. dir. intern., 2017, 1070 ss;

Il Bundesgerichtshof infatti (BGH o Corte suprema federale tedesca) nella sentenza 10 dicembre 2014 relativa alla trascrizione di un atto di nascita estero indicante quali genitori una coppia omosessuale, nel dichiarare che l'atto in questione³⁷⁶ non contrastava con "l'ordine pubblico" richiesto ai sensi dell'art.109 FamFG, ha stabilito che <<Per la domanda di riconoscimento di una sentenza straniera non ci si deve adeguare all'ordine pubblico nazionale ai sensi del paragrafo 6 delle preleggi (EGBGB), al quale devono attenersi i giudici tedeschi nell'applicazione del diritto straniero, ma al più liberale principio giuridico di riconoscimento dell'ordine pubblico internazionale. Una sentenza straniera non è incompatibile con esso se il giudice tedesco, se avesse deciso il processo, sarebbe giunto a un altro risultato sulla base di norme imperative del diritto tedesco (divieto di revisione del merito). Piuttosto, è determinante se il risultato della applicazione del diritto straniero nel caso concreto sia in una contraddizione talmente forte con i principi di fondo dell'ordinamento tedesco ed i presupposti di giustizia in esso contenuti, da apparire intollerabile secondo la concezione tedesca>>³⁷⁷.

Concezione questa, successivamente ripresa dal BGH all'interno di ulteriori pronunce come l'ordinanza del 17 giugno 2015(XII ZB 730/12) relativa al riconoscimento di un atto di nascita di un minore adottato all'estero³⁷⁸ sempre da parte di coppia omosessuale e la recente decisione del 5 settembre 2018 nella causa XII ZB 224/17 con la quale si è affrontato, ancora una volta, il tema della contrarietà all'ordine pubblico dell'attività di gestazione per altri(nota come GPA o anche maternità surrogata).

³⁷⁶ È opportuno sottolineare che la questione che si poneva innanzi alla Corte riguardasse non tanto l'adozione in sé, quanto l'attività di maternità surrogata che risultava vietata in Germania. In merito alla condizione di accettazione della maternità surrogata al tempo K. TrimminGS/P. BeaumonT (ed.), *International Surrogacy Arrangements*, Oxford, Hart, 2013; L. BruneT eT aL., *European Parliament (ed.), A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013; F. monéGer, *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011; recently e.g: S. SucKer, "To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!", *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257- 270, 258;

³⁷⁷ BGH, 10 December 2014, Az. XII ZB 463/13 par 28;

³⁷⁸ Rispetto al caso precedentemente menzionato, in tal caso la questione della contrarietà all'ordine pubblico riguardava non il particolare tipo di tecnica procreativa utilizzato, bensì l'adozione effettuata;

6 L'evoluzione della disciplina della filiazione e della famiglia in Spagna

6.1 Il Riconoscimento delle coppie omosessuali nel diritto spagnolo

Tra i principi fondamentali della Costituzione Spagnola del 1978, quello relativo alla tutela della famiglia risulta espresso all'interno degli artt. 32 e 39 Cost³⁷⁹. Nel corso degli anni, affinché potesse garantirsi un'estensione di tale tutela ad unioni affettive differenti dal modello "tradizionale" si è sviluppato un copioso dibattito in dottrina, incentrato sul riconoscimento di un più ampio concetto costituzionale di famiglia. Tale possibilità, difatti, risultava essere ancorata alla sussistenza o meno di un collegamento univoco tra l'istituto della famiglia e l'istituto del matrimonio, essendo i due istituti disciplinati in capi differenti del medesimo titolo. Taluni autori ritenevano che l'art. 32 Cost dovesse essere letto in relazione all'art. 39 Cost dal momento che il matrimonio avrebbe avuto l'implicito ruolo di strumento di garanzia istituzionale del nucleo familiare³⁸⁰; altra parte della dottrina invece sottolineava fin da subito che l'assenza di un legame tra le disposizioni in esame dovesse riconoscersi già dalla scelta dei padri costituenti di disciplinare gli istituti in due capi e due articoli differenti. A ciò, inoltre, si aggiungeva che il legame funzionale tra matrimonio e famiglia non poteva considerarsi coerente con il dato letterale di cui all'art. 39 Cost, menzionandosi al suo interno anche i figli naturali e pertanto fuoriuscendo da quello schema tradizionale di famiglia matrimoniale predisposta allo svolgimento dell'attività procreativa³⁸¹.

Verso quest'ultimo orientamento, dunque verso una concezione ampia del concetto di "famiglia", si è espressa la giurisprudenza della Suprema corte spagnola nel momento in cui si è trovata ad affrontare la questione della tutela da riconoscere alle convivenze more uxorio. Nello specifico, prodromica è stata l'opinione dissenziente del giudice Gimeno Sendra rilasciata nel giudizio STC n. 184 del 3 dicembre 1990³⁸² nel quale era stata deliberata l'assenza di una possibile tutela costituzionale nei confronti delle coppie

³⁷⁹ Da ora la Costituzione Spagnola sarà indicata con l'abbreviazione "Cost";

³⁸⁰ Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La familia en la Constitución española", in *Revista española de Derecho constitucional*, n. 58, gennaio-aprile 2000, p. 22. Contro il matrimonio fra persone del medesimo sesso si veda anche R. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", in *Derecho privado y Constitución*, n. 17, gennaio-febbraio 2003, pp. 61-88; A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La legge 13/2005 sulla riforma del matrimonio in Spagna, 2005*, e S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Iustel, Madrid, 2007;

³⁸¹ A tal riguardo M. CARRILLO, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principî costituzionali*, in *Foro italiano*, 2005, V, cc. 264 e ss;

³⁸² In tale giudizio il giudice Sendra affermò che la famiglia che l'art 39 comma 1 Cost intende proteggere è la famiglia intesa quale realtà naturale piuttosto che come istituzione giuridica basata sul matrimonio;

di fatto. Tale opinione, incentrata sul fatto che la famiglia in Costituzione venisse tutelata non solo come istituto giuridico ma anche come realtà naturale³⁸³, è stata meglio argomentata nella successiva pronuncia STC n. 222 dell'11 dicembre 1992 in cui è stato dichiarato che << “La nostra Costituzione non ha identificato la famiglia che ordina di proteggere con quella che ha origine nel matrimonio(...) Il senso di queste norme costituzionali non si concilia con la costrizione del concetto di famiglia entro quella di origine matrimoniale, pur rilevante che questa modalità di vita familiare sia nella nostra cultura(...) esistono altre modalità insieme con essa, come è connaturato ad una società plurale, e ciò impedisce di interpretare negli anzidetti termini restrittivi una norma come quella contenuta nell'art.39, comma 1>>³⁸⁴. Quanto detto fa comprendere come, ancor prima della L. 13 del 1°luglio 2005, si sostenesse l'idea che la Costituzione spagnola non fosse d'impedimento verso il riconoscimento di unioni alternative a quella fondata sul matrimonio eterosessuale in risposta ai cambiamenti sociali affrontati dalla realtà familiare.

Prima della legge menzionata, le coppie omosessuali, al pari delle coppie eterosessuali di fatto, vedevano riconosciuti specifici diritti attraverso singole leggi sulle unioni di fatto elaborate da parte delle Comunità autonome e le modalità con cui potevano costituirsi o richiedevano il decorso di un periodo minimo di convivenza della coppia, oppure l'iscrizione della stessa in appositi registri. Infine, il riconoscimento del matrimonio egualitario è avvenuto con la L.13 del 1° luglio 2005³⁸⁵, presentata da parte del partito socialista di Luis Rodriguez Zapatero il quale, una volta vinte le elezioni, diede attuazione alla promessa fatta in campagna elettorale di garantire l'accesso al matrimonio anche alle coppie omosessuali.

Tale provvedimento modificò talune disposizioni del Codice civile spagnolo in maniera tale da non deformare il matrimonio civilistico indicato all'art. 44 codice civile. Per tale fine è stata fondamentale l'aggiunta di un secondo paragrafo all'art. 44, con il quale è stato affermato che << i l matrimonio avrà gli stessi requisiti e gli stessi effetti a

³⁸³ Cfr GUERRERO PICÒ C, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, a cura di Passaglia P, marzo 2010, p 83;

³⁸⁴ STC 222 11 dicembre 1992, fundamento jurídico FJ5; si tratta di una giurisprudenza che verrà riconfermata in materia di tecniche di procreazione assistita, a tal riguardo STC n.16 del 17 giugno 1999, FJ 13;

³⁸⁵ A riguardo in Italia, R.ROMBOLI, *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, ne *Il Foro Italiano*, 2005, p.259;

prescindere dal sesso dei contraenti>>>.³⁸⁶ A ciò si aggiunge poi tutta una serie di sostituzioni riguardanti le espressioni “marito e moglie” o “padre e madre”.

Come conseguenza di tale equiparazione tra coniugi eterosessuali e coniugi omosessuali, si è assistito ad una generale estensione a questi ultimi degli effetti che il matrimonio determina in tutti quei settori ad esso connessi, come ad esempio diritti di successione, adozione, diritti tributari, alimenti, divorzio ecc.

Pertanto, benché alcune comunità autonome avessero riconosciuto il diritto di adozione in capo alle coppie dello stesso prima dell’intervento legislativo in esame, con esso il diritto all’adozione congiunta viene riconosciuto su tutto il territorio nazionale, al pari del diritto all’adozione da parte del partner.

La rapida apertura dell’ordinamento spagnolo verso il matrimonio egualitario, nonostante avesse posto la Spagna al terzo posto tra gli Stati che al tempo avevano riconosciuto tale forma di garanzia verso le coppie omosessuali, in realtà non avvenne senza alcun tipo di contestazione.

La profonda tradizione cattolica che caratterizza la Spagna, ad esempio, aveva suscitato una forte opposizione da parte della chiesa cattolica presente sul territorio iberico, inoltre non mancarono opposizioni da parte dei partiti più conservatori, come il Partito Popolare, il quale, a seguito dell’approvazione della L.13/2005 presentò immediatamente ricorso presso il Tribunale costituzionale spagnolo che emanò la propria decisione ben sette anni più tardi con la pronuncia n.198 del 6 novembre 2012; Secondo l’opinione dei ricorrenti attraverso le modifiche apportate al Codice civile mediante la L.13/2005 sarebbe stata fatta venir meno la concezione secolare e costituzionale del matrimonio come sola unione di un uomo e di una donna. A supporto della loro tesi essi avevano richiamato il significato etimologico della parola matrimonio³⁸⁷, l’interpretazione di esso sviluppatasi sia all’interno che all’esterno dell’ordinamento spagnolo e la volontà emersa nei lavori della costituente di far riferimento nell’art. 32 Cost all’uomo e alla donna piuttosto che ad una formulazione neutrale.

La decisione del Tribunale si è incentrata principalmente sulla finalità riconosciuta alla categoria delle garanzie costituzionali sin dalla sentenza

³⁸⁶ Art 44 par 2 Código Civil;

³⁸⁷ Cfr CONTE L. “La sentenza del Tribunal Constitucional del 6 Novembre 2012 sul matrimonio omosessuale, tra “polisemia” e normalizzazione”, pubblicato in *forumcostituzionale*, 2 dicembre 2012, p 2;

STC 32/1981, ossia proteggere alcune istituzioni costituzionalmente riconosciute, da parte di interventi legislativi che potrebbero cercare di sopprimerle o snaturarle, conservando l'immagine che la coscienza sociale ha di una determinata istituzione in un determinato tempo e luogo³⁸⁸, in tal caso il matrimonio.

Quale conseguenza di tale impostazione, il legislatore godrebbe di un certo margine di discrezionalità nell'agire sulle istituzioni più importanti dell'ordinamento, tuttavia, al contempo, nel far ciò egli sarebbe tenuto ad evitare qualsiasi alterazione del "nucleo essenziale" delle stesse.

Tale impostazione viene ricollegata dal Tribunale costituzionale spagnolo alla necessità di interpretare la Costituzione secondo una tendenza evolutiva. Essendo essa un "albero vivo"³⁸⁹ richiede infatti di essere interpretata in maniera conforme ai mutamenti della società, della dottrina e della cultura giuridica, quest'ultima da intendersi come realtà giuridica rilevante nel diritto comparato occidentale³⁹⁰. Sulla base di ciò, la Corte ha ritenuto che quanto compiuto dal legislatore ordinario non avesse alterato il nucleo essenziale dell'istituto matrimoniale e di conseguenza, non avendo alterato l'immagine sociale del matrimonio esso aveva rispettato il profilo di garanzia costituzionale di tale diritto. Inoltre, la legge contestata risultava essere coerente con gli obblighi stabiliti dal legislatore ai sensi dell'art. 9.2 Cost, secondo cui è compito dello Stato, e dunque del legislatore, promuovere le condizioni per il perseguimento di condizioni di eguaglianza tra i cittadini e per il raggiungimento di una condizione di realizzazione della persona umana in generale. Ciò era avvenuto semplicemente modificando non la titolarità di esercizio del diritto al matrimonio, bensì la sua modalità di esercizio permettendo che lo stesso diritto potesse essere esercitato da due individui del medesimo sesso senza che ciò andasse a compromettere il diritto già concesso alle coppie eterosessuali.

In definitiva, dunque la Corte ha potuto concludere che l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso si sia rivelata una semplice questione di opportunità politica colta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, attraverso la quale non è

³⁸⁸ STC 32/1981 FJ 3;

³⁸⁹ Espressione utilizzata nella sentenza Privy Council, *Edwards c. Attorney General per il Canada* del 1930; a riguardo cfr DE FELICE R., ROTELLI A. "Corte costituzionale della Spagna, Plenum, Pres. SALA SANCHEZ, Rel. PEREZ TREMPS, sentenza 6 novembre 2012. Opinione Concorrente: ARAGON REYES. Opinioni Dissenzienti: RODRIGUEZ ARRIBAS, OLLERO TASSARA, GONZALEZ RIVAS" pubblicato in forumcostituzionale.it, 6 novembre 2012, p 1;

³⁹⁰ Numerosi sono stati infatti gli Stati riconoscenti o in procinto di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si pensi a Belgio, Paesi Bassi prima dello Stato spagnolo e ai successivi Stati come Norvegia, Svezia, Portogallo, Islanda ecc...;

risultato in alcun modo alterato quel diritto costituzionale al matrimonio previsto all'art. 32 Cost.

6.2 Il diritto all'adozione per le coppie dello stesso sesso

Prima dell'approvazione della Legge 13/2005 in Spagna, l'adozione da parte delle coppie omosessuali era un tema controverso e complesso, poiché il contesto legale e sociale non riconosceva né regolamentava adeguatamente i diritti delle coppie dello stesso sesso. Per comprendere appieno la situazione dell'adozione da parte delle coppie omosessuali in Spagna prima dell'intervento citato, è essenziale esaminare il contesto giuridico, sociale e politico del passato.

Per comprendere l'evoluzione dell'istituto è quantomai opportuno partire dall'iniziale disciplina dell'adozione stabilita nell'originario testo del codice civile del 1889. Per il codice del 1889 l'adozione congiunta risultava limitata alle sole coppie coniugate³⁹¹, non prevedendosi alcun tipo di riconoscimento né per le coppie di fatto eterosessuali né tanto meno per coppie di fatto omosessuali, ciò anche in materia di adozione del figlio del partner.

Tale situazione comportava una condizione di profonda discriminazione tra le coppie coniugate e le coppie conviventi alla quale il legislatore decise di porre rimedio solo nel 1987³⁹². Nello specifico, quest'intervento modificò talune disposizioni del Codice civile e della legge processuale in materia di adozione, stabilendo non soltanto il principio cardine per cui ogni atto in materia di minori dovesse protendere verso il soddisfacimento del preminente interesse del minore, ma anche che l'adozione avrebbe potuto essere richiesta da un uomo e da una donna uniti da una stabile relazione affettiva. In sostanza, da tale riforma emerse esclusivamente il riconoscimento della possibilità di adozione congiunta in capo alla coppia eterosessuale, escludendosi sia qualsiasi riferimento alle coppie omosessuali sia all'istituto della stepchild adoption. Quest'ultimo in realtà, inizialmente omesso dal legislatore, è stato poi riconosciuto circa

³⁹¹ L'art 175 co4 Codice civil stabiliva che nessuno potesse essere adottato da più di una persona al di fuori dei casi di adozione da parte di entrambi i membri di una coppia unita in matrimonio.

³⁹² Art 3 L. n.21 11 Novembre 1987;

un decennio più tardi in via giurisprudenziale, nell'ottica del perseguimento di una miglior tutela dell'adottando.³⁹³

Ebbene, dal momento che in tale assetto giuridico non risultava esserci alcun tipo di tutela nei confronti delle coppie di fatto dello stesso sesso, l'unica alternativa possibile affinché potesse crearsi "per vie traverse" un nucleo familiare avente alla base una coppia omosessuale, era far sì che un soggetto omosessuale ricorresse all'adozione di un minore in veste di single, ripartendosi solo in un secondo momento i diritti e gli obblighi nei confronti dello stesso con il proprio partner³⁹⁴.

Giunti agli anni 2000, la Spagna presentava pertanto una legislazione familiare tradizionalista, tesa cioè a riconoscere solo il matrimonio tra una donna e un uomo; di conseguenza, dal momento che le coppie omosessuali non potevano legalmente contrarre matrimonio, ciò impediva loro di accedere all'istituto dell'adozione congiunta di minore. Tuttavia, anticipando il legislatore statale del 2005, alcune delle comunità autonome spagnole, in primis la Navarra³⁹⁵, iniziarono già a riconoscere la possibilità di adottare in capo agli omosessuali sia congiuntamente sia con il sistema della stepchild adoption, ciò in virtù di talune disposizioni³⁹⁶ che permettevano loro di esercitare la propria competenza nello sviluppo dei diritti civili o tradizionali dei cittadini.

Ad esempio la legge foral della Navarra n.6/2000 del 3 luglio, nell'ottica di una miglior attuazione del principio di tutela della famiglia stabilito all'art. 39 co1 Cost, nonché di eliminazione delle differenze intercorrenti nella legislazione statale relativa alla famiglia, ha provveduto a fornire una propria definizione di coppia stabile, considerandola << *l'unione libera e pubblica, in una relazione di affettività analoga a quella coniugale, indipendentemente dal loro orientamento sessuale* >>³⁹⁷, ponendo così sullo stesso piano concettuale la coppia eterosessuale e la coppia omosessuale e

³⁹³ A tal riguardo si veda: Ordinanza della prima sezione dell'Udienza provinciale di Valladolid del 12 giugno 2000 (ric. n. 86/2000); Ordinanza della diciottesima sezione dell'Udienza provinciale di Barcellona del 30 dicembre 2002 (ric. n. 427/2002);

³⁹⁴ Un'ulteriore alternativa era quella di nominare il proprio partner quale tutore in caso di decesso o incapacità sopravvenuta dell'adottante. A riguardo P. PASSAGLIA (a cura di), *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, in *Relazione Servizio Studi della Corte Costituzionale, Area di diritto comparato*, gennaio 2016, pp. 70 e ss;

³⁹⁵ Altre comunità autonome sarebbero state: i Paesi Baschi con la L.2/2003 7 maggio, l'Aragona con la riforma n. 2/2004 del 23 maggio della L.n.6/1999 del 26 marzo; la Catalogna con la L.3/2005 dell'8 Aprile e la Cantabria con la L.1/2005 del 16 maggio ecc...

³⁹⁶ L'art. 149, comma 1, paragrafo 8, Cost. sancisce la competenza esclusiva dello Stato in tema di legislazione civile, senza pregiudizio del mantenimento, della modifica e dello sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, locali, tradizionali, o speciali, là dove esistano;

³⁹⁷ Art 2 Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables;

permettendo a quest'ultima di accedere all'istituto dell'adozione congiunta³⁹⁸. Come poc'anzi accennato in merito all'attività del legislatore statale, anche in tal caso la mancata disposizione del legislatore navarro in materia di adozione del figlio del partner dello stesso sesso è stata poi risolta in via giurisprudenziale, ossia attraverso l'ordinanza del 22 gennaio 2004 del Juzgado de primera instancia número tres (Familia) di Pamplona³⁹⁹.

In tale occasione si videro esposte motivazioni che sarebbero state poi riprese più tardi dal Tribunale costituzionale nel rigettare il ricorso presentato avverso la L.13/2005 da parte del gruppo parlamentare del Partito popolare, ossia che l'elemento fondamentale per poter decidere sulla legittimità di un'adozione consiste esclusivamente nell'interesse superiore del minore, il cui soddisfacimento emergerebbe dal rispetto di tutta una serie di criteri già analiticamente esposti dalla Convenzione di Strasburgo del 1967 sull'adozione dei minori⁴⁰⁰, indipendentemente dal tipo di orientamento sessuale dei soggetti adottanti⁴⁰¹.

Infine, a seguito dell'approvazione della L. n. 13/2005 del 1°luglio e la conseguente aggiunta di un secondo comma all'art. 44 del Codice civile con cui si è statuito che << *il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso differente* >>⁴⁰², si è definitivamente concesso alle coppie dello stesso sesso di poter adottare congiuntamente. Così come avvenuto in relazione all'apertura verso il matrimonio egualitario, anche nei confronti dell'adozione congiunta non erano mancate ferventi opposizioni quali quella del Consiglio di Stato⁴⁰³, del Consiglio del potere giudiziario⁴⁰⁴ e da parte del Partito popolare il quale, all'interno di uno dei motivi del ricorso avverso la L.13/2005, sottolineò come il riconoscimento dell'adozione congiunta attraverso la modifica del comma quarto dell'art.175 c.c

³⁹⁸ Difatti all'art 8 co1 2 Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables è stato stabilito che <<I membri della coppia stabile possono adottare congiuntamente con gli stessi diritti e doveri delle coppie unite per matrimonio>>;

³⁹⁹Per reperire il testo http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1003392;

⁴⁰⁰ Art 9 co2 Convenzione di Strasburgo sull'adozione dei minori, 24 Aprile 1967;

⁴⁰¹ A riguardo anche STC 198/2012, del 6 novembre, FJ 12;

⁴⁰² Art 44 co2 Codice Civil;

⁴⁰³ Nel parere del 16 dicembre 2004 sulla bozza del progetto di legge, il Consiglio di Stato sosteneva che per arrivare all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso non era necessaria una modificazione dell'istituto matrimoniale come quella che era stata progettata, ma una disciplina specifica e ponderata della questione;

⁴⁰⁴ Nel parere del 18 gennaio 2004, il Consiglio generale del Potere giudiziario sconsigliava la riforma, in sintesi, perché sosteneva che per aversi un adeguato sviluppo del minore fosse necessaria la presenza di una figura maschile e di una femminile; inoltre riteneva che le coppie omosessuali fossero inadeguate nel garantire un corretto ambiente di crescita per i minori e che non esistesse alcun urgenza sociale nel delineare nuove modalità di adozione;

determinasse una violazione dell'obbligo di protezione dei figli di cui all'art. 39 co2 Cost.

In maniera alquanto tranchant, il Tribunale costituzionale risolve tale censura sottolineando come l'interesse del minore, tutelato dall'art. 39 co2 Cost, godesse di una tutela concreta per la semplice sussistenza di un esame specifico cui venivano sottoposti tutti gli adottanti, indipendentemente dal loro orientamento sessuale il quale, in nessun modo può considerarsi un elemento che a priori lasci sottintendere un'inadeguatezza nell'assunzione dei doveri genitoriali⁴⁰⁵.

Nel contestare la censura mossa dai ricorrenti il Tribunale richiama l'argomentazione effettuata dalla Corte di Strasburgo nel caso Frettè c. Francia del 26 Febbraio 2002, nel quale pur riconoscendosi un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati circa la possibilità di apertura verso le adozioni da parte di soggetti omosessuali, resta il principio cardine per cui l'obiettivo principale dell'adozione consiste nel dare una famiglia ad un bambino e non un bambino ad una famiglia⁴⁰⁶. Di conseguenza ciò che conta per realizzare concretamente l'interesse superiore del minore ad un ambiente familiare stabile è verificare l'effettiva idoneità dei soggetti adottanti ad essere buoni genitori.

6.3 Riconoscimento degli atti stranieri in materia di status filiationis

Per quanto riguarda la disciplina relativa alla trascrizione degli atti stranieri concernenti lo *status filiationis* di minore da parte di coppia omosessuale, la disciplina stabilita in materia di Registro civile e la legge processuale civile richiedono il rispetto di una serie di requisiti affinché l'atto straniero possa essere considerato idoneo ad esplicitare i suoi effetti all'interno dell'ordinamento spagnolo. Fondamentale è inoltre la disciplina in materia di adozione internazionale stabilita all'interno della Ley 54/2007 del 28 dicembre la quale delinea i requisiti richiesti per gli adottanti che si offrano verso tale

⁴⁰⁵ Nel contestare la censura mossa dai ricorrenti il Tribunale richiama l'argomentazione effettuata dalla Corte di Strasburgo nel caso Frettè c. Francia del 26 Febbraio 2002, nel quale pur riconoscendosi un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati circa la possibilità di apertura verso le adozioni da parte di soggetti omosessuali, resta il principio cardine per cui l'obiettivo principale dell'adozione consiste nel dare una famiglia ad un bambino e non un bambino ad una famiglia. Di conseguenza ciò che conta per realizzare concretamente l'interesse superiore del minore ad un ambiente familiare stabile è verificare l'effettiva idoneità dei soggetti adottanti ad essere buoni genitori.

⁴⁰⁶ Cfr § 42 Corte di Strasburgo caso Frette c. Francia, del 26 febbraio 2002; Cfr IBRIDO R., ROMANO A., SCHILLACI A., "Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato", Sezione II La Spagna e l'America Latina, pubblicato in associazione italiana dei costituzionalisti, maggio 2013, p. 5-6;

tipologia di adozione, nonché il meccanismo degli effetti che l'adozione riconosciuta produce nel territorio.

In primis, per poter procedere con il percorso di adozione internazionale la legge in questione, nell'ottica del perseguimento del miglior interesse del minore, richiede che i soggetti richiedenti siano sottoposti ad una valutazione di idoneità. Tale verifica concerne in una valutazione psicosociale con cui si ha modo di verificare <<la capacità, l'attitudine e la motivazione adeguata a esercitare la responsabilità genitoriale>>⁴⁰⁷ sulla base degli stessi criteri previsti per l'adozione nazionale⁴⁰⁸. Una volta ottenuta la dichiarazione di idoneità essa conserva una propria valenza per tre anni.

Fermo restando che tale idoneità ha valenza esclusivamente all'interno del territorio spagnolo, nulla osta a che le norme dello Stato di residenza del minore possano richiedere dei requisiti ulteriori eventualmente non previsti dalla normativa spagnola. Una volta fatto ciò, a seguito di una serie di comunicazioni svolte da enti autorizzati spagnoli e autorità estere⁴⁰⁹ viene elaborato l'atto di adozione dal paese di origine del minore. Per trascrivere l'atto straniero in Spagna, è poi necessario rispettare una serie di requisiti formali: anzitutto è necessario ottenere una certificazione del documento dall'ufficiale dello stato civile del paese in cui è stato emesso l'atto di adozione con il quale si attesta che l'atto è conforme alla legge dello stato straniero (c.d. legalizzazione dell'atto)⁴¹⁰; dopodiché il documento straniero dovrà essere munito di postille e tradotto in spagnolo da un traduttore ufficiale al fine di garantire che tutti i dettagli relativi allo status filiationis siano chiari e completi.

Una volta in possesso di tutto il necessario, il soggetto adottante presenterà la documentazione al consolato spagnolo per richiedere l'iscrizione dell'adozione nel registro civile consolare o il visto per poter portare con sé il minore.

Mentre nella prima ipotesi è compito del funzionario del registro stesso provvedere all'iscrizione dell'adozione nel registro civile, nella seconda, una volta ottenuto il visto da Console, gli adottanti dovranno recarsi presso il registro civile del comune di residenza per provvedere all'iscrizione dell'adozione e farla riconoscere⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Art 10 co1 Ley 54/2007 del 28 dicembre;

⁴⁰⁸ Vedi Art 10 co2 Ley 54/2007 del 28 dicembre;

⁴⁰⁹ <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm> per verificare le fasi di tale percorso;

⁴¹⁰ Art 26 co5 Ley 54/2007 del 28 dicembre;

⁴¹¹ PICÓ GUERRERO CARMEN, "L'adozione internazionale" in "Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero" a cura di PASSAGLIA P., pubblicato in Corte costituzionale, Servizio studi "area di diritto

Infine, per quanto riguarda gli effetti che possono essere prodotti dall'adozione straniera all'interno dell'ordinamento spagnolo, il capitolo III della Ley 54/2007, prevedendo nell'ultimo periodo dell'art. 25 la prevalenza delle disposizioni sovranazionali rispetto alla legislazione interna, stabilisce che debba darsi primaria applicazione alle disposizioni dei trattati e delle convenzioni internazionali e ad altre norme di origine internazionale in vigore per la Spagna, in particolare, la Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993, relativa alla protezione dei bambini e alla cooperazione in materia di adozione internazionali⁴¹².

Qualora non sia possibile usufruire di tali norme internazionali, affinché possa procedersi con il riconoscimento dell'adozione straniera il legislatore richiede il rispetto di due requisiti, ossia che l'adozione sia stata costituita da un'autorità competente e che l'adozione stessa non si ponga in contrasto con l'ordine pubblico⁴¹³; eventualità questa che sussisterebbe nel caso in cui i procedimenti adottivi dello Stato di origine del minore non prevedendo l'acquisizione dei consensi e dei pareri necessari, oppure non determinando l'estinzione irrevocabile dei legami giuridici sostanziali tra l'adottando e la sua famiglia precedente, si pongono in contrasto con l'interesse superiore del minore⁴¹⁴.

comparato", gennaio 2016, p 67-68; la medesima impostazione è rimasta invariata come riporta PICÓ GUERRERO C. in "Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo status filiationis" pubblicato in "Coppie omosessuali e status filiationis", a cura di PASSAGLIA P, pubblicato in Corte costituzionale, Servizio studi "area di diritto comparato", dicembre 2020 p 112;

⁴¹² Art 25 Ley 54/2007 28 dicembre;

⁴¹³ Art 26 punto 1 Ley 54/2007 28 dicembre;

⁴¹⁴ Art 26 co 1 punto 2 e co2 Ley 54/2007 28 dicembre;

CONCLUSIONI

Dalla ricerca condotta è emerso come negli ultimi vent'anni la società contemporanea ha assunto una maggiore sensibilità verso le istanze promosse dalla minoranza lgbtiq. Il dialogo fra Corti, nello specifico quello fra le alte corti europee e le corti costituzionali dei singoli stati, è stato cruciale per poter portare all'attenzione dei vari legislatori nazionali la mancanza di tutela sofferta da una non trascurabile fetta di popolazione. Si potrebbe ritenere che un costante intervento della magistratura possa essere dettato da una crisi di rappresentanza politica, oppure che l'intervento della magistratura risulti maggiormente necessario in tematiche eticamente sensibili in quanto la figura del giudice si porrebbe come garanzia di una migliore attività di bilanciamento tra gli interessi in gioco rispetto a quanto il legislatore riuscirebbe a fare in via generale sul piano legislativo.

Al di là di tale dubbio, alla figura del legislatore appare certamente riconducibile il preoccupante fenomeno dello sviluppo di governi a tendenza cattolico-conservatrice il quale, negli ultimi anni, pare abbia rallentato considerevolmente il percorso di tutela dei diritti omosessuali, soprattutto all'interno dei paesi dell'Est, così come in alcuni Stati europei come l'Italia. Nel corso dell'elaborato si è potuto verificare come nella maggioranza degli Stati europei l'unica costante che ha impedito lo sviluppo di una visione laica intorno ad istituti cardine di una società moderna, quali il matrimonio e l'adozione, sono stati i pregiudizi culturali attorno alla natura omosessuale e la secolare influenza esercitata dalla Chiesa cattolica su tali tematiche. Pertanto, pare chiaro che fino a quando avranno eco mediatica tutte quelle manifestazioni di pensiero prettamente discriminatorie all'interno degli Stati più conservatori, sarà difficile raggiungere un adeguato livello di consenso all'interno delle singole società nazionali ed un eguale livello di tutela nello spazio giuridico Europeo. In tale contesto, il ruolo della Corte

Europea dei Diritti dell'Uomo continuerà certamente ad essere fondamentale. Fermo restando che il legislatore nazionale gode di una certa discrezionalità nel disciplinare le tematiche trattate, ossia l'adozione, l'istituto del matrimonio e la filiazione, è vero anche che le scelte politiche da lui compiute debbono adeguarsi allo sviluppo della disciplina sovranazionale nonché al mutato sentire sociale a tutela dei quali la Costituzione si pone quale strumento di garanzia.

Nel momento in cui la disciplina prevista dal legislatore non è stata in grado di garantire un'adeguata protezione a situazioni oggettivamente sensibili, quale l'adozione di un minore, e nel momento in cui le Corti costituzionali in un'ottica di *self restraint* hanno evitato di elaborare pronunce che avrebbero condotto ad effetti che in primis i legislatori nazionali avrebbero dovuto produrre, ecco che le famiglie omogenitoriali si sono rivolte al giudice europeo per potersi avvalere della tutela giuridica offerta dal diritto comunitario ed internazionale bypassando eventuali immobilismi dei legislatori nazionali. La magistratura italiana, dal canto suo, si è dimostrata attenta ai numerosi moniti provenienti da Strasburgo ed indirizzati verso il legislatore italiano, ed in tal senso ha cercato di garantire una minima forma di adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano alle risposte date dai paesi vicini quali Francia, Germania, Spagna alle tematiche dei diritti delle coppie same sex e del soddisfacimento del best interest of the child. In particolare, è proprio il principio del superiore interesse del minore l'elemento fondamentale intorno al quale gravita l'intera disciplina relativa all'adozione e alla filiazione ed in virtù del quale i giudici, sia nazionali che sovranazionali, hanno potuto sviluppare una interpretazione estensiva delle stesse ricomprendendo anche le coppie dello stesso sesso all'interno della categoria dei soggetti legittimati all'adozione di minore. Si parla di "soggetti legittimati" dal momento che, capovolgendo un'impostazione arcaica in base alla quale il minore era considerato oggetto di diritti, la giurisprudenza, sia nazionale che internazionale, ha fatto sì che fosse il minore stesso ad essere considerato soggetto titolare di diritti in tutte quelle situazioni in cui esplica la propria personalità, a discapito dunque delle volontà e dei desideri degli adottanti. Sicché, dovendo rispettare il superiore interesse del minore a vivere in un ambiente familiare stabile ed in grado di assicurargli la dovuta istruzione e mantenimento, i giudici vengono automaticamente guidati verso il riconoscimento di relazioni affettive già solidamente instaurate dal minore ed idonee agli scopi citati. Ciò, ad esempio, è stato analizzato nel caso di adozione del figlio del partner da parte del genitore c.d sociale e

nel caso di adozione di minore, avuto a seguito di PMA, da parte del genitore non biologico o da parte di partner dello stesso sesso totalmente estranei al minore; situazioni di fatto cui i giudici hanno dato rimedio garantendo la circolazione dello stato giuridico del figlio avuto all'estero da parte di tali coppie.

Tale possibilità è stata garantita alla luce di nuovi parametri su cui ad oggi viene a fondarsi la genitorialità. Difatti, a seguito dei progressi scientifici e alla conseguente possibilità di ricorrere a tecniche di procreazione assistita, è stato possibile affermare che la genitorialità non è univocamente legata al solo legame di tipo genetico; anzi, essa può essere basata generalmente anche su un legame di tipo giuridico attraverso cui è possibile dar rilievo a tutti quei rapporti familiari affettivi che il minore va a costituire con tutti coloro i quali abbiano assunto un adeguato ruolo genitoriale nei suoi confronti sia dal punto di vista morale e materiale.

Nella seconda parte dell'elaborato, attraverso un approccio di tipo comparatistico con l'ordinamento Spagnolo e l'ordinamento tedesco è stato possibile verificare come due ordinamenti aventi caratteristiche e tradizioni culturali alquanto differenti le une dalle altre abbiano dato risposta ad una tematica che risulta essere fortemente universale nella sua semplicità, ossia il riconoscimento di legami affettivi, sia che si tratti del rapporto tra due individui, sia che si tratti di un rapporto tra di essi ed un terzo soggetto con il quale si intende costituire un nucleo familiare completo. Nello specifico la Spagna ha risposto con grande sensibilità alla tematiche delle unioni fra persone dello stesso, prevedendo già nel lontano 2005 un'equiparazione netta tra coppie eterosessuali ed omosessuali, mentre la Germania, pur avendo tentato nel 2001 una riduzione del divario tra tali tipologie di coppie con la legge sulle unioni registrate, ha posto definitivamente fine alle discriminazioni tra coppie coniugate e coppie registrate con il riconoscimento del matrimonio egualitario nel 2017. Da tale panorama si comprende che il differente approccio adottato da tali Stati è emblematico di un duplice percorso che potrebbe essere adottato da quegli ordinamenti ancora titubanti sulla totale equiparazione tra coppie eterosessuali ed omosessuali ed in cui a causa dell'ancoraggio a valori prettamente religiosi e tradizionalisti, le questioni attinenti ai diritti degli omosessuali rimangono ancora soggette ad un perentorio rifiuto.

Se si pensa al fatto che quasi più della metà dei Paesi europei⁴¹⁵ riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso nonché la possibilità di adottare⁴¹⁶, è possibile sostenere, in un ottica positiva e progressista, che forse, col tempo, l'intero spazio giuridico europeo sarà in grado accettare e riconoscere i diritti oggetto del nostro studio, complice l'intervento delle istituzioni europee le quali premono affinché venga garantito all'unanimità un omogeneo rispetto dei diritti umani fondamentali affermatasi nella comunità europea sia a livello giurisprudenziale sia a livello convenzionale.

Ad oggi ciascuno Stato membro gode di una esclusiva competenza nel legiferare in materia di famiglia, filiazione e status giuridico delle persone, così come statuito nei trattati e così come è stato verificato nell'analizzare il percorso evolutivo della legislazione nello Stato tedesco, spagnolo ed italiano in cui è stata sempre sottolineata la sussistenza di un relativo margine di discrezionalità in capo al legislatore nazionale. Fermo restando ciò, la proposta di regolamento dell'Unione non intende raggiungere un ideale armonizzazione delle norme di diritto sostanziale degli Stati membri, bensì intende espandere i diritti derivanti al minore dall'accertamento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere andando al di là di quanto già garantito dall'Unione con la direttiva 38/2004 in materia di diritto alla libertà di circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari. Conseguenza di tale impostazione sarebbe la ristretta applicazione della normativa europea a quei soli casi in cui è necessario che uno Stato membro provveda al riconoscimento della filiazione già accertata all'interno di altro Stato membro affinché possano essere esercitati i diritti nazionali e dell'Unione connessi alla qualifica di figlio/familiare. Pertanto, non verrebbero incluse tutte quelle ipotesi di accertamento della filiazione che si svolgono all'interno dei singoli ordinamenti e si andrebbero ad inserire nel contesto giuridico sovranazionale delle norme comuni che possano permettere di individuare a chi spetti la competenza e quale sia la legge applicabile nelle situazioni transfrontaliere di accertamento della filiazione, il tutto nel pieno rispetto del principio di proporzionalità e sussidiarietà.

Tuttavia, pur non incidendo direttamente sul diritto sostanziale dei singoli Stati in materia di famiglia, adozione e riconoscimento dei matrimoni registrati all'estero, non

⁴¹⁵ Matrimonio tra persone dello stesso sesso in: Austria, Belgio, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Islanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna, Svezia, ed Estonia;

⁴¹⁶ Adozione per le coppie dello stesso sesso: Austria, Belgio, Croazia, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Islanda, Israele, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna, Estonia;

poche lamentale sono emerse nei confronti di tale proposta. Ad esempio, la Commissione affari europei del Senato italiano ha già espresso un parere negativo nei confronti della proposta della Commissione in quanto ritiene che l'eventuale futura approvazione della stessa comporterebbe il venir meno ad una serie di scelte normative già adottate in relazione a determinate tematiche, come le preclusioni previste in merito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita e i divieti sanciti verso la pratica della maternità surrogata. Tematiche su cui lo Stato italiano diverge rispetto ai vicini Stati di Spagna e Germania all'interno dei quali le coppie omogenitoriali ed i figli a carico già possono godere di un adeguato livello di tutela e grazie all'analisi dei quali è auspicabile che il nostro Stato ne segua le orme; in particolar modo il percorso tedesco, molto più simile a quello italiano, nel quale solo a seguito di numerosi anni dall'approvazione delle leggi sulle unioni registrate si è giunti ad un definitivo riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali nonché di tutti i diritti che ne conseguono.

Resta il fatto che sulla base della valutazione di impatto che ha accompagnato la redazione del progetto di regolamento, emerge che l'opzione strategica prevista dalla Commissione, la quale prevede anche la sussistenza di un certificato europeo di filiazione che potrebbe essere utilizzato negli spostamenti tra uno Stato e l'altro dell'Unione del nucleo familiare, determinerebbe una serie di potenziali vantaggi a livello giuridico, sociale, psicologico ed economico per circa due milioni di minori che si trovano in situazioni transfrontaliere. A livello giuridico si permetterebbe ai minori di godere pienamente dei propri diritti fondamentali ed anche e soprattutto dei diritti che vengono riconosciuti dal diritto nazionale del singolo Stato membro in cui egli viene a trovarsi, come ad esempio il diritto all'istruzione, i diritti di successione, i diritti patrimoniali nei confronti dei genitori ecc...; ciò avrebbe conseguentemente effetto sia a livello sociale, dal momento che il minore non verrebbe posto in una condizione discriminatoria rispetto ai minori del posto in cui si trova, e sia a livello psicologico dal momento che verrebbe meno quell'alone di discriminazione che sussisterebbe in caso di mancato riconoscimento della filiazione.

Peraltro, dal momento che ad oggi molte delle famiglie interessate dal provvedimento sono costrette ad affrontare battaglie legali per ottenere il riconoscimento della filiazione da uno Stato membro all'altro, con conseguente dispendio di tempo e denaro, attraverso l'adozione di norme comuni e di un certificato europeo di filiazione è stato stimato che

tali costi diminuirebbero di circa il 70-90% ed inoltre gli stessi Stati membri ne beneficerebbero poiché abbatterebbero di circa il 54%⁴¹⁷ i costi tutt'ora sostenuti per le controversie in materia di riconoscimento dello status filiationis. Ciò detto, rimane alquanto complicato prevedere i possibili esiti di tale proposta dal momento che la procedura prevista per l'approvazione ai sensi dell'art 81.3 TFUE richiede l'ottenimento dell'unanimità; requisito che, all'interno di un Consiglio spaccato a metà su certe tematiche sociali, risulta difficilmente raggiungibile. Sicché, un'eventuale opzione potrebbe essere l'utilizzo di forme di cooperazione rafforzata le quali richiedono l'adesione di almeno nove paesi membri per la loro attuazione, e la cui ratio istitutiva risulta essere proprio quella di incentivare il processo di integrazione all'interno dell'Unione europea tra le aree più progredite in certi ambiti e quelle decisamente più antitetiche rispetto ad essi.

⁴¹⁷ DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE SINTESI DELLA RELAZIONE SULLA VALUTAZIONE D'IMPATTO – SWD(2022)392, p 3

BIBLIOGRAFIA

- Agbayewa, “*Fathers in the newer family forms: Male or female?*” *Canadian Journal of Psychiatry*, 29, 402–406, 1984.
- Alberico G., “*La stepchild adoption: cenni introduttivi*”, in *Diritti fondamentali*, 1, 2016, p. 2.
- Alpa G., “*Il «diritto costituzionale» sotto la lente del giusprivatista*”, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 22.
- Amorth A., “*La Costituzione italiana Commento sistematico*”, Milano, 1948, 71.
- Amorth A., *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 71.
- Andrea Pugiotto, “*Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*”, in www.forumcostituzionale.it.
- Anrò Ilaria, “*La Corte di Strasburgo condanna l’Italia per il mancato riconoscimento delle Unioni civili*”, ISSN 2384-9169, pubblicato in eurojus.it, il 24 luglio 2015.
- Auletta T. “*Diritto di famiglia*” Sesta edizione, Giappichelli, 2022, p 8.
- Auletta T., “*Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*”, in *Nuove leggi civili comm.*, 3, 2016, p. 373 ss.
- Autorino G., *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 12, 2016, p 1675.
- Azzariti G., *La nuova costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, 86; ID., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 106.
- Azzarri F., “*Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*”, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 1105 ss, spec. 1116.
- Baiocco Roberto, Santamaria Federica, Ioverno Salvatore, Petracca Chiara, Biondi Paola, Laghi Fiorenzo, Mazzoni Silvia, “*Families of lesbian and gay parents and families of heterosexual parents: child well-being, couple commitment and dyadic satisfaction*”, pubblicato in rivista *Infanzia e adolescenza*, vol.12, n. 2, 2013.
- Baiocco, R., Carone, N., Ioverno, S., Lingiardi, V. (2018). “*Same-sex and different-sex parent families in Italy: Is parents' sexual orientation associated with child health outcomes and parental dimensions?*” In *Journal of Developmental and Behavioral Pediatrics*, 39,7, 555-563.
- Balestra ., “*La famiglia di fatto*”, 2008, p. 1060 ss.
- Balestra, “*Le obbligazioni naturali*”, Milano, 2004, p. 233.
- Balestra, “*Rapporti di convivenza*”, in *Aa. Vv.*, “*Codice della famiglia*”, a cura di SESTA, 3^a ed., p. 2648.
- Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam e dir.*, 2016, p 919 ss.
- Ballarani G., “*La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. una prima lettura critica, in Diritto delle successioni e della famiglia*”, 2016, 3, p. 637.
- Ballarani, G., Sirena, P., “*Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3, pp. 543-544.
- Barba V., “*Variazioni critiche sull’art. 300 c.c.*”, *Fam. pers. succ.*, 2008, n. 6, p. 489.
- Bassetti R., “*Contratti di convivenza e di unione civile*”, Giappichelli, Torino, 2014, p. 180 ss.

- Battaglia Francesco, *“La definizione di “coniuge” ai sensi della direttiva 38/2004: Il caso Coman e Hamilton”*, pubblicato in *Ordine internazionale e diritti umani* ISSN 2284-3531(2018) pp 301-321.
- Baviera, *“L’adozione speciale”*, Milano, 1968, 13-17.
- Benvenuti, Benvenuti P., *“Il diritto internazionale privato, in Manuale di diritto privato europeo”*, a cura di Castronovo C. - Mazzamuto S., I, Milano, Giuffrè, 2007, p 166-167.
- Bercovitz R. Roríguez-Cano, *“La competencia para legislar sobre parejas de hecho”*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 17, gennaio-febbraio 2003, pp. 61-88;
- Bergonzini C., *“Art. 30”*, in S. Bartole-R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 311.
- Berretta, *Introduzione*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, in M. BIANCA (a cura di), Milano, 2014, p.17.
- Bessone Mario, *“Rapporti etico sociali, art. 29-30”*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 94.
- Biagi Guerini R., *“Famiglia e Costituzione”*, Milano, 1989, 19.
- Bianca C.M., *“La filiazione: bilanci e prospettive a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia”*, in *Dir. famiglia*, 2006, 207 ss., spec. p. 91 e ss.
- Bianca C.M., *“La famiglia”*, Milano, 2005, p.27; ed anche FERRANDO, *“Il matrimonio”*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2002, p.206 ss.
- Bianca C.M., *“La legge italiana conosce solo figli”*, in *Riv. diritto civile*, 2013, 1 e ss.
- Bianca C.M., *“Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini”*, in *La riforma del diritto di famiglia (Atti del I Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione “Giorgio Cini”, nei giorni 30 aprile-1 maggio 1967)*, Padova, 1967, 183 ss.
- Bianca C.M., *Diritto civile, La famiglia e le successioni*, 2, Milano, 1989, p 289.
- Bianchi D’espinoza L., *“La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio”*, in *Jus*, 1974, 481.
- Bilotti E., *“L’adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito”*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 1003-1025 (ISSN: 1591-7703).
- Bilotti Emanuele, *“La Corte costituzionale e la doppia maternità”* in *Le nuove leggi civili commentate*, Anno 2021, Volume: 44, Fascicolo: 3.
- Bömelburg R., *“Die eigetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut?”*, in *NJW*, 2012, 2753 ss.
- Bonato Giovanni , *« La libertà di circolazione e soggiorno nell’Unione europea e la tutela dell’ordine pubblico »*, *Italies*, 14 | 2010, 233-248.
- Bonilini G., *“Lo status o gli status di filiazione?”*, pubblicato in periodico *“Famiglia, persone e successioni”*, 2006, volume 2 fascicolo 8/9, p 686.
- Bos HMW, van Balen F. (2008), *“Children in planned lesbian families Stigmatization, psychological adjustment and protective factors. In Culture, Health & Sexuality”*, 10, 3, 221-236.
- Bos HMW, van Balen F. (2010), *“Children of the new reproductive technologies: Social and genetic parenthood. In Patient Education and Counseling”*, 81, 3, 429-435.
- Breccia U., e altri, *Diritto privato*, II ediz., tomo terzo, Utet, Milano, 2013, p. 1170 ss.
- Brunet L. e Tal., *European Parliament (ed.), “A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States”*, 2013.
- Busnelli D., Prefazione, in D.Amram- A.Angelo (a cura di), *“La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione europea”*, Cedam, Padova, 2011, p.12.
- Busnelli, *“La famiglia e l’arcipelago familiare”*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509, spec. 520 ss.

- Büttner H., *“Unterhaltsrecht der eingetragene Lebenspartnerschaft”*, in FamRZ, 2001, 1105 ss.
- C.J. Patterson, *“Children of lesbian and gay parents (psychology, law, and policy)”*, Am Psychol., Nov. 2009 Nov; 64(8): 728.
- Campagna L., *“Famiglia legittima e famiglia adottiva”*, Milano, 1966, 47 ss.
- Campagna, *“Famiglia legittima e famiglia adottiva”*, Milano, 1966, p 40-86-88.
- Campiglio C., *“Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da maternità surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)”*, in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 12, 2014, p. 1136.
- Canameres Arribas S., *“El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado, Iustel”*, Madrid, 2007.
- Capesciotti M., *“La legge sulle unioni civili in Italia: Il dibattito politico tra mito e realtà”*, 16 maggio 2016, in eticaeconomia.it.
- Caricato C., *“Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme”*, in Famiglia, 2016, p. 82.
- Carrillo M., *“La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali”*, in Foro italiano, 2005, V, cc. 264 e ss.
- Carugati e Selleri, *“Lavoro di cura, famiglie e futuro: riflessioni per uno strumento di ricerca”*, in Ricerche di pedagogia e didattica, n.2/2007.
- Cassano Giuseppe, *“Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali”*, vol. IV, La filiazione e l’adozione, in Trattati, a cura di Paolo Cendon, Milano, 2006, p. 193 e ss.
- Castellaneta M., *“Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l’adozione a coppie omosessuali”*, in Guida al dir., 2012, XIV, 39 ss.
- Cattabeni, *“La grande lezione di John Bowlby”*, in Prospettive assistenziali, n. 92, ottobre-dicembre 1990.
- Cerri A., *“La Costituzione ed il diritto privato”*, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, XXI, Torino, 1987, 54.
- Chiappetta G., *“La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione”*, in La cittadinanza europea, 1/2021, p. 244;
- Chiovini F., *“Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l’instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo”*, in Nuova giur. civ. comm., 2012, 959.
- Cobelli Ebene, *“Le adozioni. Prospettive di una riforma ed esperienze giuridiche europee”*, Padova, 1981, 8, nota (4).
- Cocco Ortu A. M., *“L’ omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri”*, in GENius, I, 2, 2014, p.102.
- Cocuccio M., *“Convivenza e famiglia di fatto: Problematiche e prospettive”* in Dir. Famiglia, fasc.2, 2009, pag 908.
- Collura G., *“ L’adozione in casi particolari”*, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. Zatti, II, Filiazione a cura di G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI, 2° ed., Milano 2012, p. 951 ss.
- Concas A, *“Stepchild adoption, finalità, ambiti e situazione in Italia”*, pubblicato in Diritto.it, il 6 Giugno 2023, p 2.
- Crivelli E., *« Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali»*, in M. CARTABIA (a cura di), Dieci casi sui diritti in Europa, Mulino, 2011, p. 59 e ss.
- Crivelli E., *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull’adozione da parte di coppie omosessuali*, in Quad. cost., 2012, 3, 674.

Curatolo P, *“Il minore e il diritto alla genitorialità: profili di neuropsichiatria infantile”* pubblicato il 13 Dicembre 2016, in cortedicassazione.it, p 8-9;

D’aloia A., Romano A., *“I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione, (art. 30 Cost.)”*, in G. F. BASINI - G. BONILINI - P. CENDON - M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Utet, Torino, 2011, p 14.

D’Usseaux Brunetta, F., *“Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell’equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania”*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, Parte seconda, 375 ss.

Dal Canto, *“Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana”*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.

Danisi Carmelo, *“-Kozac c. Polonia-: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale”*, pubblicato in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 Marzo 2010, p.2-3.

Danisi Carmelo, *“La strategia dell’Unione per il contrasto dell’omofobia e delle discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e l’identità di genere”*, in articolo29.it, 5 Febbraio 2014.

Davì, voce Adozione, V) Diritto comparato e straniero, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988.

De Cristofaro G., *Le “unioni civili” fra persone del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell’art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2017, p. 103-112 ss.

De Felice R., Rotelli A. *“Corte costituzionale della Spagna, Plenum, Pres. Sala Sanchez, Rel. Perez Tremps, sentenza 6 novembre 2012. Opinione Concorrente: Aragon Reyes. Opinioni Dissenzienti: Rodriguez Arribas, Ollero Tassara, Gonzalez Rivas”* pubblicato in forumcostituzionale.it, 6 novembre 2012, p 1.

De Vido Sara, *“Il riconoscimento giuridico delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico “rafforzato” dell’Unione europea”*, ISSN 2384-9169, Fascicolo n.1 -2023.

Del Giudice V., *Sulla riforma degli istituti familiari*, in *Jus*, 1950, 293; C. GRASSETTI, *I principii costituzionali*, cit., 304;

Dell’Anna Misurale F., *“Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge”*, in giustiziacivile.com, 27 giugno 2016, p 12.

Dellacasa M., *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. FERRANDO, volume terzo - Filiazione e adozione, Bologna, 2010, p 455.

Di Bari Michele, *“Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della corte di cassazione: la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della corte costituzionale”* rivista n° 1/2012, pubblicata il 28 Marzo 2012, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, p.9-10.

Di Gregorio, *“Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre”*, Milano, 2003, p. 186 ss.

Di Maio, *“I registri delle unioni civili”*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, p 59 ss.

Dogliotti M., *«Che cose è il superiore interesse del minore?»*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 1093 e ss.

Dogliotti, *“Ideologie dell’adozione e assistenza ai minori”*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, an. 38 (1984), fasc. 3, p.852-855.

Dogliotti, Massimo *“Le sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri”*, in *Famiglia e diritto*, anno 2019, fascicolo 7.

Dogliotti., *“Adozione di maggiorenni e minori”*, 15 giugno 2002, Giuffrè, p. 33-35.

Dosi G., *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 49.

Dosi Gianfranco, *“Convivenze di fatto. La rilevanza, la definizione e la prova della convivenza di fatto(commi 36 e 37)”* in lessicodidirittofamilia.com.

Dossetti M., *“La disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato”*, in Fam. Pers. Succ., 5/2006, 418 ss.

E. Lamarque, *“Art. 30”*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Commentario alla Costituzione, I, Torino, 2006, p. 632.

Esposito C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in La Costituzione Italiana (Saggi), Padova, 1954, p. 138;

Falletti E., *“La lunga strada dell’equiparazione tra filiazione legittima e naturale”*, in Vita notarile, 2007, 364 ss.

Favilli Chiara, *“Il lungo cammino verso un unico status filiationis”*, pubblicato in Rivista AIAF- Associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e i minori, ISSN 2240-7243/EISSN 2704-6508, Fascicolo 1/2019, par. 2.

Ferrando G., *“Filiazione naturale”*, in Riv. dir. civ., 1983 Parte Seconda, 748.

Ferrando G., *“Il problema dell’adozione del figlio del partner, commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016”*, in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 9, 2016, p. 1218.

Ferrando G., *“Interesse del minore e status di figlio”*, in Giur. It., 1999, p. 1110.

Ferrando G., *“Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis”*, in Corr. Giur., 2, 2017, p. 196.

Ferrando G., *Diritto di famiglia*, II ediz., Zanichelli, Bologna, 2015, p. 304-318.

Ferrando G., *Diritto di famiglia, Unioni civili e convivenze Aggiornamento 2016*, settembre 2016, Torino, p. 2 ss.

Ferrando G., *Introduzione*, in Il nuovo diritto di famiglia, trattato diretto da G. FERRANDO, III, Filiazione e adozione, Bologna, 2007, 3 ss.

Ferrando G., *“La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali”*, pubblicato in Giappichelli Jus Civile EISSN 2281-3918 / 2421-2563, Fascicolo 2-2013, p. 527.

Ferraro Luigi, *“Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell’Italia da parte della Corte EDU”*. Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online, 2 ottobre 2019, p.3.

Finger P., *“Die registrierte Lebenspartnerschaft – Überblick über die Neuregelung und kritische Bestandsaufnahme”*, in MDR, 2001, 199 ss.

Finocchiaro M., *“Superate le ultime discriminazioni esistenti ma la tecnica legislativa suscita perplessità”*, in Guida al diritto, 5/2013, p. 58.

Fioravanti C., *“La protezione internazionale dei minori in Europa”*, pubblicato in “Comunicazioni e Studi” dell’istituto di diritto internazionale e straniero dell’Università di Milano, 1997, pagg. 384 e ss.

Fiore, voce *Adozione*, in Digesto italiano, vol. II, parte I, Torino, 1984, p. 166.

Fortino M., *“Piccoli passi e cautele interpretative delle corti sui diritti delle unioni omosessuali”*, in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 1, 2016 p.132-133.

Fossà Carlotta, *“Filiazione- Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno”*, in Giurisprudenza Italiana, n.10, 1°ottobre 2017:2075.

Franco, *“Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico, coppie omosessuali tra affidamento e adozione”*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 2013, II, 506.

Franzoni M., *“Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio”*, in Il diritto di famiglia, vol. II, Il regime patrimoniale della famiglia, diretto da Bonlini G. – Cattaneo G., Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 352.

Frulli Micaela, *“Corte Europea dei diritti umani e tutela dell’orientamento sessuale”*, in centrostudieuropei.it, maggio 2016, p 9.

Furguele, *“Libertà e famiglia”*, Milano, 1979, p. 282 ss.

Gabrielli A., *“L’adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma”*, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 697 ss.

Gartrell N., Deck A., Rodas C., Peyser H., Banks A. (2005), *The national lesbian family study: 4. Interviews with the 10-years old children*, In *American Journal of Orthopschiatry*, 75, 518-524.

Gartrell N.K., Bos H.M.W. (2010), *“The US National Longitudinal Lesbian Family Study: psychological adjustment of 17-year-old adolescents”*, In *Psichiatria*, 126, 1-9.

Gartrell N.K., Bos H.M.W. (2018), *“The US National Longitudinal Lesbian Family Study – Mental Health of Adult Offspring”*, In *N Engl J. Med*, 379, 297-299.

Gatt, *“Autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale”*, in AA. VV., *“Le unioni civili e le convivenze”*, a cura di C.M. BIANCA, 2017 Giappichelli, Torino, p. 616 ss.

Gatti A. *“Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza”*, pubblicato in rivistaaic.it il 14 luglio 2016, rivista n°3/2016, p 5.

Germano, Tauber, Sansa e Vitro, *“L’adozione speciale nei suoi aspetti psico-sociali e giuridici”*, Torino, 1971, 245-248.

Giacobbe Giovanni, *“La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca”*, 13 giugno 2016, Lumsa Fac di giur. Materiale didattico, p. 158 e ss.

Giorgi G., *“Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l’interesse concreto del minore”*, *Corr. giur.*, 2018, n. 11.

Gorgoni, *“Le convivenze “di fatto” meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità”*, in Aa. Vv., *Unioni civili e convivenze di fatto*, L 20 maggio 2016, n 76, a cura di GORGONI, Santarcangelo di Romagna, 2016, p 204 ss

Grassetti e Cattaneo, voce *Affiliazione*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, 365.

Grasso Giorgio, *“<<Dico” si, “Dico” no>>: Prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi ”*; in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007.

Guaglione L., *“La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze”*, Roma, 2016, p. 66;

G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 49;

Guerrero Picò C, *“Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei”*, a cura di Passaglia P, marzo 2010, p 83.

Henrich D., *“Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft”*, in *FamRZ*, 2002, 137.

Ibrido R., Romano A., Schillaci A., *“Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato”*, Sezione II La Spagna e l’America Latina, pubblicato in *associazione italiana dei costituzionalisti*, maggio 2013, p. 5-6.

Iorio G., *“Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso”*, in *Nuove leggi civili comm.*, 5, 2015, p. 1019.

Irti C., *“Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico”*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 3, 2016, p.484.

Irti N., *“Introduzione allo studio del diritto privato”*, Padova, 1990, 2.

Jacob D., *“Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Europarecht”*, in *FamRZ*, 2002, 801 ss.

K. Mascia, *“L’adozione di minori stranieri e quella in casi particolari”*, in *Famiglia e dir.*, 2018, pp. 1132 ss.

Kaiser D., *“Das Lebenspartnerschaftsgesetz”*, in *JZ*, 2001, 617 ss.

Kreb H., *“Lebenspartnerschaftsgesetz: Rechtspolitischer Fortschreibungs- und Reformbedarf”*, in *Zeitschrift zur Rechtspolitik (ZRP)*, 2012, 234 ss.

La Rosa E., *“Maternità surrogata”*, *Diritto online* 2017, in *treccani.it*.

Lamarque E., *“Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i Paesi del Consiglio d’Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?”*, in *Quad. cost.*, 2008, 907.

Le Bitoux Jean, *“Sulla questione gay”*, Il Saggiatore, Milano, 2009.

Lecis Cocco-Ortu Anna Maria, *“La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio”*, pubblicato in *forumcostituzionale.it*, il 15 Marzo 2013, p1-2.

Lena B., *“Il nuovo diritto di famiglia”*, diretto da G. FERRANDO, volume terzo-Filiazione e adozione, Bologna, 2010, 329 e ss.

Lenti L., *“Note critiche in tema di interesse del minore”*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016, p. 87ss.

Lenti, Introduzione. *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II: Filiazione, Milano, 2002, p 580.

Leo Luana, *“Il concetto di famiglia nella costituzione: La mancanza di una disciplina adeguata per i nuovi modelli di famiglia”* in *Rivista di informazione giuridica “Cammino e diritto”*, IUS/08 Diritto costituzionale, estratto dal n.4/2021- ISSN 2532-9871, p 3;

Liberali Benedetta, *“L’adozione dei single e delle coppie omosessuali”*, in *www.gruppodipisa.it*, 7 giugno 2013, p. 16, 25.

Lojacono, *“Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione”*, Milano, 1966, p 209-214.

Long J., *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte all’adozione degli omosessuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 8, 2008, p. 672-676.

Lotti P., Lotti P., *“L’ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell’ordinamento italiano”*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 12, 42 ss.

M. Winkler, *“Il piombo e l’oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia”*, in *GenIUS*, n. 2/2016, p. 46 ss.; ALICINO F., *Le coppie dello stesso sesso. L’arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, su *www.forumcostituzionale.it*, agosto 2015.

Majello U., *“Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale”*, Napoli, 1965, 27 ss.

Manetti M., *“Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali, in “Scritti in onore di Alessandro Pace”*, Editoriale scientifica, 2012, p 5.

Mantovani, M.: *“La filiazione legittima e naturale”*, in AA.VV.: *Filiazione* (a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 10-11.

Marsico Giuseppe Maria, *“Sull’adozione in casi particolari ex art 44 e ss. della L. n. 184/1983: un nuovo perimetro applicativo tra ratio protettiva degli interessi del minore e stabilità dei rapporti affettivi e best interest”*, in *Il diritto amministrativo Rivista giuridica*, ISSN 2039-6937, Anno. XV- n.07- Luglio 2023, pr 2.

Martínez J.L. López-Muniz, *“La familia en la Constitución española”*, in *Revista española de Derecho constitucional*, n. 58, gennaio-aprile 2000, p. 22.

Marzocchi Ottavio, *“Libera circolazione delle persone”*, pubblicato in *Note sintetiche sull’Unione europea*, Maggio 2022, p.4.

Massa Pinto Ilenia , *“Fiat matrimonio!” L’unione omosessuale all’incrocio del dialogo tra corte costituzionale, corte europea dei diritti dell’uomo e corte di cassazione: può una sentenza della corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?”*, rivista n° 2/2012, pubblicata il 4 Aprile 2012, p. 4.

Massa Pinto Ilenia e Tripodina Chiara, *“«Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010”*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini" 1-2/2010, pp. 471-494.

Mazzaferro Francesco , *“Cittadinanza europea e nuovi diritti dei cittadini dell’Unione”*, pubblicato in rivista Il Federalista, Anno XXXV, 1993, Numero 2, Pagina 65.

Mazzariol, *“Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza”*, 2018, Jovene, p 188 ss.

Mazzotta V., *“Adozione per la coppia omogenitoriale: Cassazione dice si - Cass. 12962/2016”* pubblicato in personaedanno.it, 23 giugno 2016.

Melani Andrea, *“Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta”*, 2010, in www.forumcostituzionale.it.

Mengoni L., *“La tutela dei figli nati fuori del matrimonio”*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, 176.

Meniconi Alberto, *“La nozione di “coniuge” nei matrimoni same-sex: il caso Coman”*, pubblicato in iusinitinere.it, il 16 giugno 2020.

Migliucci, Debora <<*Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una “società naturale”*>>. Milano: Università degli studi di Milano, 2013, p.12 ss

Mirto Caterina, *“Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo”*, in rivista AIAF, anno 2021, fascicolo 3, par 5 Dalla ordinanza della Corte di Cassazione civ., Sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, alla decisione della Corte cost. n. 33/2021.

Mirzia Bianca, *“L’uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n.219 del 2012”*, in *Giustizia civile*, 5-6, 2013, p. 205 e ss. e in *Le nuove leggi civili commentate*, maggio-giugno 2013, n. 3, p. 507 e ss.

Monéger F., *“Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood”*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011.

Moscato F., *«Genitorialità sociale e orientamento sessuale»*, in A. SCHUSTER (a cura di) *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, p. 77.

Mosconi F.-Campiglio C., *“Diritto internaz. privato e processuale”*, II, 3 ediz., 2011, utet, p. 229.

Murgo, *“Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell’affidatario: l’interesse del minore come criterio esclusivo”*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2013, I, 432.

Nardocci C., *“Dai moniti del giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia”*, su www.forumcostituzionale.it, settembre 2015.

Nardocci Costanza, *“ Per la Corte europea l’impossibilità di adottare la figlia della propria partner omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell’art. 14 della convenzione. Osservazioni a margine di Gas & Dubois c. Francia”*, Rivista n°3/2012 in Associazione italiana dei costituzionalisti, pubblicata il 25 Settembre 2012, p. 5.

Nocco A., *“L’adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell’art. 44, lett. d), l. n. 184/1983”*, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 210.

Nocco A., *“L’adozione del figlio di convivente”* in Nuova giur. civ. comm., 2016, n.2, p. 209.

Oberto *“La modifica del regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza”*, in www.giacomooberto.com, 2018, p 1 ss.

Oberto *“Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia, in, “Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari”*, a cura di LANDINI e PALAZZO, 2018, Milano, 2018, p. 52 ss.

Oberto G. *“La famiglia di fatto. Introduzione alla riforma Cirinnà”*, in Diritto di Famiglia e delle persone (III), fasc.2, 1° giugno 2019, pag. 24-719 ss.

Oberto G., *“I contratti di convivenza, Commento all’art 1, commi 50-63, Legge 20 Maggio 2016 n.76”*, in Aa. Vv., Codice dell’unione civile e delle convivenze, a cura di SESTA, Milano, 2017, p 1341 ss.

Oberto G., *“I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto”*, in Aa. Vv., La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, L 20 maggio 2016, n 76, Torino, 2016, p 60 ss.

Oberto, *“ I contratti di convivenza nei progetti di legge(ovvero sul’imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)”*, in Fam. E dir. 2015, p. 165ss.

Oberto, *“Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio”*, Padova, 2003 p 1-65 ss.

Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Torino, 1991., p. 83-127 ss.

Oberto., *“ I diritti dei conviventi. Realtà e prospettiva tra Italia ed Europa,1 Settembre 2012,CEDAM, p 33 ss.*

Olivero L., *“Unioni civili e presunta licenza di infedeltà”*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2017, fasc 1, p.213; R. Pacia, *“Unioni civili e convivenze”*, in Juscivile, 2016, 198.

Osman, *“My stepfather is a she. Family Process”*, 11, 209–218, 1972.

Palladino R., *“Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo”*, pubblicato in FEDERALISMI.IT. Vol. 3-Focus Human Rights ISSN:1826-3534, p. 9, 20.

Palladino, *“L’adozione speciale. Note di commento alla legge 5 giugno 1967, n. 431 (In appendice stralcio dei lavori parlamentari)”*, Milano, 1968, 50-84-85.

Pane, R.: *“Le adozioni tra innovazioni e dogmi”*, ESI, Napoli, 2003, p. 162.

Papa Anna, <<Il “mosaico della famiglia” tra dettato costituzionale giurisprudenza e realtà sociale>>, pubblicata in rivista AIC in data 01 Maggio 2015, rivista n°2/2015,p 9.

Paparo, Nota a Cass., 11.1.2013, n. 601, in NGCC Civ.

Parisi M., *“Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia”*, su www.statoechiese.it, febbraio 2016.

Parisi Marco, *“Verso una tutela nazione sovranazionale delle unioni(matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*”*, pubblicato in www.statochiese.it, Rivista telematica n°5/2016, ISSN 1971-8543, p 28.

Pascarelli Andrea, *“Omogenitorialità e adozione da parte di single e coppie eterosessuali. Brevi note a margine della sentenza Corte d’Appello di Roma, sez. Minori, 23 Dicembre 2015”*, pubblicato in Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 2/2016, il 9 Maggio 2016, pg 8.

- Passaglia (a cura di), *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, in Relazione Servizio Studi della Corte Costituzionale, Area di diritto comparato, gennaio 2016, pp. 70 e ss.
- Pastore (2008), *"I modelli di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso nel diritto europeo"*, in BILOTTA (a cura di), in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, pp 134.
- Paterniti Francesco, *"Lo status costituzionale dei figli"* in rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa", ISSN: 2039-8026, 7-8 giugno 2013, p 6.
- Patti S., *"Le unioni civili in Germania"*, in *Fam. Dir.*, 10, 2015.
- Penasa Simone, *"Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: Osservazioni a "Cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di Giustizia"*, pubblicato in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, Fascicolo n°3/2018, p.8.
- Pezzini Barbara, *"Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale"*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.0, 2 luglio 2010.
- Pezzini Barbara, *"Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012"*, pubblicato in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2012, p. 7.
- Picó Guerrero C., in *"Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo status filiationis"* pubblicato in *"Coppie omosessuali e status filiationis"*, a cura di PASSAGLIA P, pubblicato in *Corte costituzionale, Servizio studi "area di diritto comparato"*, dicembre 2020 p 112.
- Picó Guerrero Carmen, *"L'adozione internazionale"* in *"Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero"* a cura di PASSAGLIA P., pubblicato in *Corte costituzionale, Servizio studi "area di diritto comparato"*, gennaio 2016, p 67-68.
- Poggi F., *"La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa"*, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, ISSN 1122-0392, Vol. 29, N° 3, 2021, pagine 655-669.
- Polacco, relazione al Senato per la conversione in legge del r.d.l. n. 1357/1919, *Delle riforme da apportare all'istituto dell'adozione*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 211.
- Poli L., *"Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore"*, in *Giur. It.*, 8-9, 2013, p. 1764 e 1768.
- Poli Marco, *"La maternità nei casi di PMA eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore"*, in *"MINORIGIUSTIZIA"* 3/2020, pp 194-198.
- Poliseno B. *"La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore"*, in *Questione Giustizia-* ISSN: 2420-952X, 2019, pr 4.
- Porcelli M., *"La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo"*, in *Dir. fam. pers.*, 4/2012, 1754.
- Putaturo Donati Maria Giulia, *"Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno"* pubblicato in *Europeanrights.eu*, 16 luglio 2015, pg 2.
- Quadri, *"Famiglia e ordinamento civile"*, Torino, 1997, p. 40.

- Quadri E, *“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”*, in Giustizia civile riv. Trim., numero 2-2016, p 5 ss.
- R.H. Farr, S. L. Forssell, C. J. Patterson, *“Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?”*, in Applied Developmental Science, 14, pp. 164-178.
- Ragni C., *«La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk & Kopf»*, in Diritti umani diritto internazionale, 2010, p. 639 e ss.
- Raimondi G., *“Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”*, in Questione Giustizia, 1, 2017, p. 162.
- Remotti F., *“Contro natura. Una lettera al Papa”*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- Renda A., *“La costituzione del matrimonio, delle unioni civili e della convivenza”*, in SALANITRO U. (a cura di), Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme, Atti del Convegno di Catania, 27-29 settembre 2018, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 171 ss.
- Repetto G., *“Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo”*, in A. Schillaci (a cura di), Omosessualità, eguaglianza, diritti, Carocci, 2014, cit., p. 11.
- Repetto G., *«Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione ‘virtuosa’ di un diritto»*, pubblicato in www.associazionedeicostituzionalisti.it, rivista n.00, 2 luglio 2010, p 4-5.
- Repetto Giorgio, *“La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale”*, in sezione “Diritti, Costituzione e CEDU – Matrimonio e famiglia ” Università di Perugia, pubblicato il 27 Settembre 2010, p.5.
- Rodríguez Luno A., *“La legge 13/2005 sulla riforma del matrimonio in Spagna”*, 2005.
- Roerig Maria Theresia, *“Il riconoscimento in Germania dell’adozione dichiarata all’estero”*, in “Il riconoscimento dell’adozione omoparentale avvenuta all’estero” a cura di P. Passaglia pubblicato in Corte Costituzionale Servizio studi “Area di diritto comparato”, gennaio 2016, pp 31, 36.
- Roerig Maria Theresia, in *“Coppie omosessuali e status filiationis”* a cura di PASSAGLIA P., pubblicato in Corte costituzionale Servizio studi “Area di diritto comparato”, dicembre 2020, p 65-71.
- Romboli R., *“La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia”*, ne Il Foro Italiano, 2005, p.259.
- Romboli, *“Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio”*, in Foro.it, 2010, I, 1367.
- Romeo F., *“Le relazioni affettive non matrimoniali”*, 2014, Milano, CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA., p.239.
- Ronfani, Paola. *“I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità”* in "SOCIOLOGIA DEL DIRITTO " 1/2020, introduzione.
- Rosina Alessandro, *“Famiglia e generazioni: mutamenti della famiglia”*, Conferenza Nazionale della Famiglia di Firenze, 24-26 maggio 2007.
- Rossi S., *“La legge Cirinnà tra love rights e politica del diritto”*, in Studium Iuris, 9, 2016, p. 987.
- Rossolillo Giulia, *“Spunti in tema di riconoscimento di adozioni monoparentali nell’ordinamento italiano”*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, No 2, pp. 245-254, ISSN 1989-4570- www.uc3m.es/cdt.
- Ruggeri, *“Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”*, in Quad. cost., 2007, 758.
- Ruperto, voce Affiliazione, in Enciclopedia del diritto, I, Milano, 1958, 824.

Ruscello, *“Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio. A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale”*, in *Famiglia e diritto* 2013, 570.

Saitto F., *“Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco”*, in *Ianus*, 4, 2011, p. 109 ss.

Salmè Giuseppe, *“Evoluzione del diritto di famiglia e ruolo del giudice. Dalla disciplina dei codici alle norme della Costituzione”*, Saggio pubblicato in *ambienteditto.it*.

Salvi, *“L'affiliazione”*, Milano, 1946, p 9 e 26.

Sandulli A.M., *“Art. 30”*, in G. Cian–G. Oppo–A. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, Padova, 1992, 4.

Santersiere Vittorio, *“Le nuove norme sui figli nati fuori del matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori”*, in *Giurispr. Merito*, 3, 2013, p. 522.

Sarti Raffaella, *“Dopo un iter di quasi nove anni, arrivava in porto la riforma dell'assoluta parità tra i coniugi, come intitolava «La Stampa», commentando l'approvazione”*, pubblicato il 17 maggio 2019, in *rivistailmulino.it*;

Scalera A., *“Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma”*, in *Famiglia e dir.*, 2016, n.6, p. 584.

Scarpati Marco, *“ Il bambino e la sua famiglia: adulti che rispondano ai suoi bisogni”*, anno 2015, par 5, *Jura Gentium*, *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, ISSN 1826-8269.

Scherillo, *“Affiliazione e adozione”*, in *Foro it.*, 1939, IV, 259.

Schlesinger, *“La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze”*, in *Fam e dir.*, 2016, p. 846.

Schwab D, *“Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick”*, in *FamRZ*, 2001, 385 ss.

Sesta M., *“I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza all'unicità dello status”*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 10, p. 963.

Sesta M., *La disciplina dell'unione civile fra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 885 ss.

Sesta M., *Manuale del diritto di famiglia*, 2005,2007, p 3.

Siegel, B.S., Perrin E.C., *“Promoting the Well- Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian, in Pediatrics”*, 2013, 827 ss.

Spadafora, in, Aa. Vv., *“I contratti di convivenza”* a cura di MOSCATI e ZOPPINI, Torino, marzo 2002, p. 157 ss.

Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, (2007/c 303/02), pubblicato il 12-12-2007, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*.

Stanzione M.G., *«Rapporti di filiazione e 'terzo genitore': le esperienze francese ed italiana»*, in *Famiglia e diritto*, 2012, fasc. 2, p. 208.

Stefanelli, *“Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale”*, in *Fam. e dir.*, 2017, 83 ss.

Sucker S., *“To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”*, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257- 270, 258.

Taccini S., *“L'adottato tra origini biologiche e accoglienza. Famiglia, verità, identità”*, 2012, p 11, in *etd.adm.unipi.it*.

Tamponi M., *“Del convivere, La società postfamiliare”*, La nave di Teseo, Milano, 2019, p. 65-67.

Taurino A., *“Famiglia e destrutturazione dei tradizionali ruoli di genere. La genitorialità omosessuale all'interno di una lettura decostruttiva in chiave ecologico-*

sistemica”, in P. Bastianoni e A. Taurino, *Famiglie e genitorialità oggi. Nuovi significati e prospettive*, Milano, 2007, pp. 89-116;

Terranova, “*Convivenza e rilevanza delle unioni cc.dd. di fatto*” in Aa.Vv., *Trattato di famiglia*, diretto da ZATTI, I, ‘*Famiglia e matrimonio*’,1, Milano, 2002, p.806 ss.

Tonolo, “*L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*”, in Riv. dir. intern., 2017, 1070 ss.

Trimblings K./ P. Beaumont (ed.), *International Surrogacy Arrangements*, Oxford, Hart, 2013.

Troisi C, “*Diritti e doveri nelle unioni civili*”, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, p 3;

Tumminello Fabio, “*CEDU e matrimoni omosessuali: love is(not)love*”, pubblicato. Il 27/10/2021 in iusinitinere.it.

Ungari, Paolo. “*Storia del diritto di famiglia in Italia*”, 1796-1975, A cura di Francesca Sofia, Il mulino, 2002;

Vannoni G., 2018 “*L’interesse del minore: riflessioni a margine di un’indagine pilota sui giudici in servizio presso i tribunali per i minorenni*”, *Sociologia del diritto*, 2: 61-69.

Vercellone Paolo, “*Potestà dei genitori*”, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, Vol.II, *Filiazione*, a cura di Giorgio Collura, Leonardo Lenti, Manuela Mantovani, Milano, 2002, p. 937 e ss.

Violo M.L., “*Dall’obbligazione naturale al contratto di convivenza: l’eccezione che conferma la regola*”, in *Civile*, pubblicato il 30 maggio 2022, in salvisjuribus.it.

Wagner R., “*Das neue internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*”, in *IPrax*, 2001, 281 ss.

Wasmuth J., “*La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l’orientamento della Corte costituzionale tedesca*”, in *Famiglia*, 2003, 503 ss.

Weeks, Derdeyn, & Langman, “*Two cases of children of homosexuals. Child Psychiatry and Human Development*”, 6, 26–32., 1975.

Winkler, “*La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*”, pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, anno 2013, fascicolo 5.

Zaccaro G., “*Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*” pubblicato in *questionegiustizia.it*, 4 Settembre 2014.

Zago G., “*A victory for Italian same-sex couples, a victory for European ho- mosexuals? A commentary on Oliari v Italy*”, su www.articolo29.it, agosto 2015.

GIURISPRUDENZA

Corte EDU, “*Marckx c. Belgio*”, 13 giugno 1979.

Corte EDU, “*Dudgeon c. Regno Unito*”, sentenza del 22 Ottobre 1981.

Corte EDU, “*Rees c. Regno Unito*”, 17 Ottobre 1986.

Corte EDU, “*Johnston e altri c. Irlanda*” ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986.

Corte EDU, “*Norris c. Irlanda*”, sentenza del 26 Ottobre 1988.

Corte EDU, “*Cossey c. Regno Unito*”, 27 settembre 1990.

Corte EDU “*Kroon e altri c. Paesi Bassi*” ricorso n. 18535/91, sentenza del 27 ottobre 1994

Corte EDU “*Keegan c. Irlanda*”, ricorso n.16969/90 sentenza del 26 maggio 1994.

Corte EDU, “*Karlheinz Schmidt v. Germania*”, sentenza del 18 luglio 1994.

Corte EDU, “*X, Y e Z c. Regno Unito*”, ricorso n. 21830/93 sentenza del 22 aprile 1995.

Corte EDU, “*Van Raalte c. Paesi Bassi*”, sentenza del 28 gennaio 1997.

Corte EDU, 30 luglio 1998, “*Sheffield e Horsham*”.

Corte EDU, “*Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*”, [Quarta Sezione], no. 33290/2996, decisione del 21 marzo 2000.

Corte EDU, Grande Camera, “*Christine Goodwin c Regno Unito*”, decisione del 11 luglio 2001.

Corte EDU, “*sentenza Frette c Francia*”, 26 febbraio 2002.

Corte EDU, sentenza “*Karner c Austria*” 24 luglio 2003.

Corte EDU, “*sentenza E.B. c Francia*”, 22 Gennaio 2008.

Corte EDU, sentenza “*Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*”, caso C-267/06, 1° aprile 2008.

Corte EDU sentenza 13102/02 (02/03/2010).

Corte EDU, sentenza “*Kozac c Polonia*” pubblicata il 2 Marzo 2010.

Corte EDU, sentenza “*Schalk e Kopf c Austria*”, pronunciata in data 24/06/2010.

Corte EDU, “*Genovese c. Malta*”, 11 ottobre 2011.

Corte EDU, sentenza “*Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*”, caso C-147/08, 10 Maggio 2011.

Corte EDU, quinta sezione, “*Gas e Dubois c Francia*”, decisione del 15 Marzo 2012.

Corte EDU, “*sentenza X e altri c Austria*”, 19 Febbraio 2013.

Corte EDU, sentenza “*Valliantos e a c. Grecia*”, 7 Novembre 2013.

Corte EDU, 26 giugno 2014, ” *Menesson c. Francia* ”.

Corte EDU “*Labassee c. Francia*”; 21 luglio 2016”

Corte EDU “*Foulon e Bouvet c. Francia*”; 19 gennaio 2017.

Corte EDU “*Laborie c. Francia*”, 19 gennaio 2017

Corte EDU, sentenza “*Orlandi e altri c. Italia*” 14 Dicembre 2017.

CGUE, 14 maggio del 1974, *causa J. Nold, Kohlen – und Baustoffgrobhaundlung contro Commissione europea*, causa n.4-73.

CGUE, sentenza del 4 dicembre 1974, “*Van Duyn*”, causa 41/74.

CGUE, sentenza del 28 ottobre 1975, “*Rutili*”, causa 36/75.

CGUE, sentenza del 3 giugno 1986, *Kempf*, causa 139/85.

CGUE, sentenza “*Singh*”, C-370/90, 7 luglio 1992, punti 21 e 23.

CGUE, sentenza del 19 gennaio 1999, “*Calfa*”, causa 348/96.

CGUE, sentenza del 13 settembre 2016, “*Rendón Marín*”, C-165/14.

CGUE, sentenza del 14 novembre 2017, “*Lounes*”, C-165/16, EU:C:2017:862.

CGUE(Grande Sezione), sentenza 5 Giugno 2018, “*Coman*”, causa C-673-16.
CGUE, sentenza del 2 ottobre 2019, “*Bajratari*”.

CGUE., 14 dicembre 2021, causa C-490/20, “*V.M.A. c. Stolicna obshtina, rayon Pancharevo*”.

Trib. min. Bologna 6 luglio 2017, in *Corriere giur.*

Trib. min. Bologna, 31 agosto 2017 in *ilcaso.it*.

Trib.min Roma, sentenza n.299 30 luglio 2014.

Trib. min Milano, sentenza n 626/2007.

Trib. Palermo, sezione I, decreto 6 Aprile 2015.

Trib. Reggio Emilia, Ordinanza 13 Febbraio 2012.

Trib. Grosseto, Decreto 3 Aprile 2014.

App. Bari, Sez. Famiglia., Sent. 13 febbraio 2009.

Corte di Appello Firenze, sentenza n. 1274 del 20 Marzo 2012.

Corte d’appello, sez. Persone, Minori, Famiglia, Milano, sentenza 16 Ottobre 2015.

Corte d’Appello di Roma, sez. Minori, sentenza 23 Dicembre 2015.

Corte appello Torino, 27 maggio 2016, n. 27.

Corte appello Milano, 9 febbraio 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017.

App. Trento, Sez. I, Ord. 23 febbraio 2017.

Corte appello Napoli, 15 giugno 2018 n.145, in *biodiritto.org*.

Corte Cost., sent. n. 118/1974, 8 maggio 1974.

Corte Cost, sentenza 13 Luglio 1970, n. 133.

Corte Cost., sentenza 16 dicembre 1970, n. 188.

Corte Cost., sentenza 27 giugno 1973, n. 91.

Corte Cost., sent. n. 118/1974, 8 maggio 1974.

Corte Cost., sentenza 26 giugno 1974, n. 187.

Corte Cost., 4 luglio 1979, n. 55.

Corte Cost, sentenza n. 198 del 1° luglio 1986.

Corte Cost, 7 Aprile 1988, n.404.

Corte cost, sentenza n. 557 19 maggio 1988.

Corte Costituzionale, sentenza 12 aprile 1990 n.184.

Corte Cost., 7 novembre 1994, n. 377.

Corte Cost., sentenza n°138/2010 pubblicata il 21 Aprile 2010.

Corte Cost, sentenza 10 giugno 2014 n.162.

Corte Cost. sentenza n.170 dell'11 giugno 2014.

Cass., 15 Gennaio 1969., n 60.

Cass., 20 Gennaio 1989, n. 285.

Cass.civ. Sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801.

Cass. IV Sez Pen, sentenza n.109/2006 pubblicata il 5 Gennaio 2006.

Cass. civ. Sez. 1, 11 agosto 2011, n. 17195.

Cass., Civ., Sez. I, Sent. 19 ottobre 2011 n. 21651.

Cass. civ. Sez. 1, 12 marzo 2012, n. 3923.

Cass. Sez. Prima civile, Sentenza N. 4184 del 15.03.2012.

Cass., sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

Cass. civ. Sez. I, 18 novembre 2013, n. 25845.

Cass., sentenza n. 12962/2016, 22 giugno 2016.

Cass. Civ., Sez. I, Sent. 30 settembre 2016 n. 19599.

Cass. civ. SS. UU., Sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193.

BVerfG, 17 luglio 2002, in NJW, 2002, 2543.

BVerfG, 7 luglio 2009, 1 BvR 1164/07.

BVerfG, 21 luglio 2010, 1 BvR 611/07.

BVerfG, 19 giugno 2012, 2 BvR 1397/09.

BVerfG, 19 febbraio 2013, 1 BvL 1/11.

BVerfG, decisione del Secondo Senato del 07. Maggio 2013- 2 BvR 909/06 -, Rn. 1-151.

BGH, 10 December 2014, Az. XII ZB 463/13.

STC 32/1981.

STC 222 11 dicembre 1992.

STC n.16 del 17 giugno 1999.

STC 198/2012, del 6 novembre.

Ordinanza della prima sezione dell'Udienza provinciale di Valladolid del 12 giugno 2000 (ric. n. 86/2000).

Ordinanza della diciottesima sezione dell'Udienza provinciale di Barcellona del 30 dicembre 2002 (ric. n. 427/2002).

