

GENITORIALITÀ OMOSESSUALE E LACUNE NORMATIVE

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Pompilia ROSSI

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Massimo PROTO

CANDIDATO

Sara Tardi

Matricola 136933

Anno accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	4
---------------------	----------

CAPITOLO I

STATUS FILIATIONS E DIRITTI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI

1.1 Accenni alla procreazione medicalmente assistita	6
---	----------

1.2 La legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita e pronunce di legittimità della Corte Costituzionale	8
---	----------

1.3 Esclusione delle coppie omosessuali dalla procreazione medicalmente assistita e la sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2019	11
---	-----------

1.4 Sentenza della Consulta n. 162/2014	25
--	-----------

1.5 Lo status filiationis del nato a seguito di PMA adottate all'estero da coppie omosessuali	29
--	-----------

1.6 Le sentenze gemelle Menesson c. Francia e Labassee c. Francia della Corte Edu	40
--	-----------

CAPITOLO II

EVOLUZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI

2.1 I nuovi modelli familiari	46
--------------------------------------	-----------

2.2 La sentenza 138/2010	54
2.3 Lo stralcio della c.d. stepchild adoption dal ddl Cirinnà	68
2.4 La Corte di Cassazione approda alla stepchild adoption: in Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962	74

CAPITOLO III

ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI NELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO

3.1 La giurisprudenza in Italia sulle adozioni omoparentali e l'articolo 44 lettera d) della legge 184/1983	82
3.2 Il riconoscimento in Italia delle adozioni omoparentali costituite all'estero	91
3.3 Il nuovo concetto di ordine pubblico a tutela del <i>best interest</i> del minore	99

CONCLUSIONI	105
--------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	109
---------------------	------------

GIURISPRUDENZA	111
-----------------------	------------

RIFERIMENTI NORMATIVI	111
------------------------------	------------

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	112
--	------------

INTRODUZIONE

*Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole «diritto» e «amore»? O appartengono a logiche conflittuali, tanto che l'una e l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi?*¹ L'apertura di questa citazione dell'illustre Stefano Rodotà, rappresenta un quesito che da sempre interroga la nostra società, suggestionando scenari interessanti.

Il presente elaborato, si propone lo scopo di analizzare le svariate forme di amore, da intendersi come rapporti interpersonali che si sviluppano attraverso l'intreccio di affetto, cura e responsabilità. Qui, il termine amore, deve chiaramente essere interpretato in un'ottica funzionale alla nostra indagine: esistono strumenti di tutela predisposti dal nostro ordinamento, al fine di riconoscere giuridicamente le cosiddette *nuove* forme d'amore?

Se ci si sta chiedendo quali siano, allora la risposta può essere semplicemente riassunta in tal maniera: tutte quelle realtà che si sganciano dal paradigma eterosessuale di uomo e donna. Le famiglie omogenitoriali esistono², così come vengono ad esistere quei rapporti interpersonali, di cui sopra, tra genitori e figli e non sarà certo l'inerzia incolpevole del Legislatore ad ostacolare la crescita del fenomeno.

Alla luce di questa riflessione, si rende necessario l'intervento di una disciplina completa e concreta che possa, di fatto, colmare le lacune che l'assenza di una legge provoca. I profili che vengono in rilievo, data la mancanza di una coscienziosa attività normativa, sono quelli che verranno evidenziati nei tre capitoli successivi.

Il primo concerne la filiazione: l'abbandono del dogma eteronormativo mette in crisi quello che un tempo era un binomio ineludibile, creandosi, così, un'indipendenza della funzione di genitore dalla dimensione biologica. La scienza, negli ultimi ventenni, ha sicuramente dato il suo contributo: non si può non fare riferimento alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, il cui ricorso, in Italia, non è ammesso da parte degli omosessuali per generare artificialmente figli. Tuttavia, parlando di turismo procreativo, coppie di gay e lesbiche si recano all'estero, ove tale pratica è concessa, poi domandando il riconoscimento del certificato di nascita straniero ai giudici italiani.

Il secondo profilo, che il tema della genitorialità omosessuale ridisegna è forse quello più, sia permessa l'espressione, rivoluzionario. Fino a qualche tempo non era neanche minimamente pensabile che la figura genitoriale potesse essere rivestita da due persone dello stesso sesso. Nel

¹ Stefano Rodotà, *Diritto d'amore*, in Rivisteweb, fascicolo 3, 2014

² Alessandra D'Onofrio, Marina Liotta, *Riflessioni psicoanalitiche sull'omogenitorialità. Attraversare un cambiamento catastrofico per una trasformazione pensabile*, in www.rivisteweb.it

secondo capitolo del presente lavoro, infatti, si vuole porre all'attenzione di chi legge, che si è dinanzi ad un modello di famiglia completamente differente rispetto a quello ritenuto socialmente tipico o tradizionale, ma non per ciò, non meritevole di tutela.

Ulteriore passo che deve compiersi, nell'ambito di questo *iter* logico, è assicurare, suffragata da svariati studi psicologici e scientifici, una nuova prospettiva: la non necessaria relazione tra l'esercizio della funzione genitoriale e l'orientamento sessuale. A definire la genitorialità non è la propensione per un sesso piuttosto per un altro, quanto la funzione della cura e una serie di altre sotto-funzioni, rientranti nella sfera emotivo-affettiva³.

Il terzo e ultimo aspetto che viene in rilievo è quello delle adozioni omoparentali. Preliminarmente, preme chiarire che non esiste il diritto ad avere figli, ma semmai specularmente, quello del minore ad avere una famiglia in cui crescere ed essere amato, prescindendo dall'orientamento sessuale degli adulti dai quali è accudito ed educato.

Nel nostro ordinamento, non è ammesso alle coppie dello stesso, di poter ricorrere all'adozione piena, essendo a queste preclusa la possibilità di unirsi in matrimonio: tra i presupposti richiesti dalla L. 184/1983, in materia di adozione è il coniugio tra i due aspiranti genitori⁴. La recente giurisprudenza, però, dinanzi alle sempre più frequenti richieste di adozione da parte del partner omosessuale del figlio biologico dell'altro, essendo stato legittimamente pronunciato un provvedimento di adozione all'estero, ha ritenuto applicabile l'articolo 44 lett. d) della Legge sulle adozioni. La scelta dei giudici è evidente: merita accoglimento la domanda con cui si vuole preservare uno status preesistente sorto al di fuori dell'ordinamento in cui si chiede di riconoscerne gli effetti. Il *fil rouge* che tiene unite le pronunce con cui si ammette l'adozione del figlio del partner omosessuale è sempre il medesimo: il preminente interesse del minore.

Dinanzi a questi scenari, perché il diritto non può rendersi uno strumento attraverso cui disciplinare nuove fattispecie? Perché il diritto non può attribuire rilevanza giuridica a nuovi rapporti di filiazione e di coppia che, a tutti gli effetti, rientrerebbero in quella che comunemente definiamo "famiglia"?

³ Alessandro Turino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande*, in *Questione Giustizia* 2/2019

⁴ Art. 6 della L. 184/1983 sancisce che: "*L'adozione è permessa ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista separazione personale neppure di fatto e che siano idonei ad educare, istruire ed in grado di mantenere i minori che intendono adottare*"

CAPITOLO I

STATUS FILIATIONS E DIRITTI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI

1.1 Accenni alla procreazione medicalmente assistita

La legge 19 Febbraio 2004, n. 40 regola l'accesso e gli effetti delle pratiche della procreazione medicalmente assistita, ovvero trattamenti che includono la manipolazione in vitro di ovociti e spermatozoi o embrioni allo scopo di avviare una gravidanza, compresa la pratica di inseminazione assistita⁵. Tali tecniche vengono tradizionalmente suddivise tra quelle di tipo omologo, che avvengono tramite l'unione dei gameti maschile e femminile, appartenenti alla coppia, e quelle di tipo eterologo, nelle quali viene fatto ricorso anche a gameti estranei alla coppia.

In Italia, entrambe le tipologie erano ammesse. Le tecniche di fecondazione eterologa erano, infatti, considerate lecite fino all'entrata in vigore della legge n. 40/2004 ed erano praticate in 75 centri privati⁶. L'intervento normativo è stato sin da subito considerato restrittivo, nonché oggetto di critiche da parte della dottrina. Il nostro legislatore ha optato per un modello in grado di scoraggiare il ricorso a tali procedure, temendo lo spropositato utilizzo delle biotecnologie, dovendo fare i conti anche con la posizione contraria della Chiesa Cattolica⁷.

Ciò che preme analizzare in questo capitolo è l'approccio normativo che la giurisprudenza adotta nel qualificare il rapporto di filiazione tra il nato a seguito di PMA e l'altro genitore non biologico, desideroso di dar vita ad un progetto di famiglia con il proprio partner. In questa fattispecie la sfida del giurista è duplice: da un lato, deve configurare un rapporto di filiazione per così dire "in solito" rispetto a quello riconosciuto dal codice civile, essendo dinanzi ad una scissione tra rapporto biologico

⁵ Definizione fornita dall'Istituto Superiore di Sanità

⁶ (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e 816 della XII legislatura)

⁷ Per approfondimenti sulla posizione della Chiesa Cattolica in Lorenzo d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, Terza Edizione (Torino: Giappichelli, 2016), pp. 16-17

e rapporto giuridico. Dall'altro, nel fare ciò, deve assicurare al nato da procreazione medicalmente assistita determinate garanzie afferenti alla responsabilità genitoriale del genitore non biologico.

Sotto il primo profilo, il legislatore pone il nato da tecniche di procreazione assistita in condizione di poter acquisire le proprie informazioni biologiche. Le normative che regolamentano la PMA con donatori/donatrici prevedono che l'identità di questi sia conosciuta dall'equipe medica che detiene informazioni specifiche concernenti l'etnia, l'estrazione culturale, lo stato di salute e quanto altro di funzionale in appositi registri.

La ratio sottesa alla raccolta di tali dati si rende necessaria per garantire un controllo nella scelta dei gameti, evitare situazioni di rischio come le molteplici donazioni da parte della stessa persona, fornire indicazioni genetiche necessarie per ragioni di salute. Vero è che non esiste un obbligo in capo ai genitori del nato di rivelare la "verità biologica" circa le modalità con cui è stato concepito, ma esiste la possibilità che questi possa accedere alle informazioni sulle proprie origini personalmente in qualsiasi momento o, se minorenne, tramite rappresentante legale, spesso previa autorizzazione delle Autorità competenti.

Riguardo l'altro menzionato profilo, il Legislatore si preoccupa di creare un rapporto giuridico stabile, insuscettibile di subire modifiche a causa di ripensamenti dopo aver fatto ricorso a tecniche di procreazione assistita a tutela della dignità del nato. L'art. 9 della l. n. 40/2004 sancisce al comma 1 che *"Il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.* Il comma 2 del medesimo articolo allo stesso modo prevede che *"La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata".*

Un ulteriore aspetto che affronta la normativa in esame è quello concernente il rapporto giuridico tra il nato da PMA e il donatore di gameti: questi non *“acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”*⁸

Il nostro ordinamento riconosce così questo rapporto di filiazione “artificiale” come una filiazione civile a tutti gli effetti, superando così il rigido principio della famiglia “naturale”, intesa come nucleo fondato su un dato preminentemente biologico. A questa, oggi, si affianca un nuovo modello che si basa su una predeterminazione volontaristica-affettiva.

1.2 La legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita e pronunce di legittimità della Corte Costituzionale

Secondo la formulazione originaria, la finalità della legge n. 40/2004 era indicata nel primo articolo della stessa legge, la quale sanciva che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «è consentito al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», qualora non vi fossero altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità (art. 1, l. 19 febbraio 2004, n. 40).

Dalla norma emergeva che l'unica ed esclusiva finalità del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita era quella di superare i problemi riproduttivi derivanti da documentata sterilità od infertilità; non era invece contemplata la possibilità che a tali tecniche si facesse ricorso per una personale scelta della coppia, ad esempio per evitare il rischio di trasmettere al nascituro malattie genetiche e dunque ereditarie. Proprio con riferimento a questa ultima ipotesi, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2 e 4, comma 1, della legge in esame, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità

⁸ Legge 19 Febbraio 2004, n. 40 articolo 9 co. 3

di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture (C. cost. 5 giugno 2015, n. 96). È stato dichiarato costituzionalmente illegittimo anche l'art. 13, della medesima legge, nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche (C. Cost., 11 novembre 2015, n. 229).

A seguito degli interventi della Corte, ne consegue che ad oggi l'accesso alle tecniche di PMA è ammesso anche per le coppie fertili⁹, quando esse siano portatrici di malattie genetiche trasmissibili, nei casi in cui siano stati accertati processi patologici, relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6, comma 1, lett. b legge n. 194/1978¹⁰).

Senza dubbio, il divieto previsto dall'impianto normativo originario che interessa maggiormente la nostra analisi, era quello dettato dall'articolo 4 co. 3 legge n. 40/2004 che sanciva il divieto del ricorso alle pratiche di tipo eterologo.

Tale "limite" era parso sin da subito in contraddizione con le finalità che si proponeva la disciplina in esame, ossia quella di superare i problemi riproduttivi derivanti da infertilità o sterilità documentati. A tal proposito erano state avanzate domande d'illegittimità dagli organi di giustizia in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31, e 32 Cost. con differenti esiti¹¹. Con la sentenza 10 Giugno 2014, n. 162 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 co. 3 nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5 co. 1¹², il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

⁹ "Una coppia è considerata infertile quando non è stata in grado di concepire e di procreare un bambino dopo un anno o più di rapporti sessuali non protetti, mentre è sterile la coppia nella quale uno o entrambi i coniugi sono affetti da una condizione fisica permanente che non rende possibile la procreazione" (Linee Guida d.m. 1 Luglio 2015)

¹⁰ Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza

¹¹ La prima pronuncia di rigetto è del Trib. di Catania, ordinanza 3 Maggio 2004. Le successive sono state, invece, favorevoli a sollevare l'eccezione di incostituzionalità: es. Trib. Firenze, ordinanza 13 Maggio 2010.

¹² "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi", art. 5 della Legge n. 40/2004 in riferimento ai requisiti soggettivi.

I Tribunali e la Consulta si sono inseriti in quel filone di pensiero che ritiene fondamentale garantire il diritto alla vita privata, inteso come diritto a scelte personali, e quindi all'autodeterminazione della coppia che voglia avere figli. Si tratta di rivendicazioni che si giustificano inoltre attraverso un'interpretazione estensiva di alcuni diritti fondamentali: la libertà individuale, il principio di uguaglianza, il diritto alla salute, il diritto alla creazione di una famiglia e alla maternità/paternità¹³.

Si rivendica, inoltre, il menzionato diritto alla salute (ex art. 32 Cost.), dato che l'impossibilità di formare una famiglia con figli con il proprio partner, mediante il ricorso alla PMA eterologa, può incidere negativamente sulla salute della coppia e ritenere non dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo. Il divieto all'eterologa lo si ritiene discriminante e irragionevole in riferimento a coppie che presentano problematiche di procreazione in base al tipo di sterilità da cui sono affette¹⁴.

A seguito degli interventi della Consulta, dunque, il ricorso alle tecniche di PMA è consentito al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, quando non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuoverne le relative cause. Il ricorso alle tecniche di PMA è altresì consentito alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili accertati a specifiche strutture e rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), legge 22 maggio 1978, n. 194¹⁵.

In questa prospettiva, la Corte, pur negando l'esistenza di un nesso imprescindibile tra il diritto alla creazione di una famiglia e l'esercizio del diritto alla procreazione (essendo quest'ultimo soltanto un'opzione liberamente praticabile dalla coppia che costituisce il nucleo familiare) ha sottolineato come il progetto di formazione di una famiglia, caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dal legislatore, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra a fortiori la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. Per

¹³ Lorenzo d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, Terza Edizione (Torino: Giappichelli, 2016), p. 161

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Sentenza Corte Cost. n. 96 del 2015 in cui si afferma la legittimità del ricorso alle tecniche di PMA per evitare che il figlio nasca con gravi patologie ereditarie di cui i genitori sono portatori

tale ragione, non è ritenuto ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango¹⁶.

Al legittimo desiderio alla procreazione¹⁷ si contrappone l'interesse del nato, a cui vanno evitati gli effetti delle cosiddette "parentele anomale", dovute alla dissociazione tra la madre gestante e quella genetica o tra il padre sociale e quello genetico, configurando asimmetrie all'interno della coppia. Si deve, in poche parole, garantire al figlio il diritto di conoscere le proprie origini biologiche. Il bilanciamento di tali interessi in gioco spetta senza alcun dubbio al legislatore, ma è compito della Consulta intervenire ogni qualvolta non sia stato raggiunto un ragionevole punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze del caso concreto.

1.3 Esclusione delle coppie omosessuali dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la Sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2019

Negli ultimi trent'anni lo sviluppo delle nuove tecniche di procreazione assistita ha introdotto, rispetto alle famiglie cosiddette "tradizionali", nuovi attori sulla scena riproduttiva, mettendo in discussione il concetto tradizionale di famiglia, genitorialità e di riproduzione stessa.

Sebbene in Italia la Legge n. 40/2004 in tema di PMA vieti alle coppie dello stesso sesso il ricorso a tali tecniche (art. 5 l. n. 40/2004¹⁸), un crescente numero di donne lesbiche e di uomini gay diventa

¹⁶ Prof. Salvatore Aceto di Capriglia, "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", *Federalism.it*, n. 6 (2020): p. 28

¹⁷ "Se si vuole rintracciare nel nostro ordinamento un qualche riferimento alla libertà di procreare come diritto fondamentale, questa la troviamo annoverata tra i diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 Cost. l'integrità della sfera personale della stessa e il suo diritto a diventare genitore", in Lorenzo d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, Terza Edizione (Torino: Giappichelli, 2016), p. 162

¹⁸ "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"

genitore nel nostro Paese, aumentando il fenomeno della “migrazione riproduttiva” verso Paesi dove la PMA è accessibile.

La normativa italiana in materia è una delle più restrittive tra le altre adottate in Europa. Il legislatore effettua una scelta chiara in merito alla circoscrizione dei requisiti soggettivi, in forza dei quali è consentito l’accesso alle tecniche artificiali: *“fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”*.

È chiaro che il nostro Legislatore si sia espresso a favore di una bigenitorialità eterosessuale. Se da un lato ha ritenuto non restringere l’ambito familiare con figli solo alle coppie unite in matrimonio, estendendolo così anche a quelle conviventi, dall’altro, invece, opta per un modello di famiglia “tradizionale” che vede le due figure genitoriali di sesso opposto. A tal proposito, è necessario ricordare che lo scopo delle tecniche di procreazione assistita è quello di consentire a coppie infertili o sterili di avere figli e, dunque, quello di far fronte ad una grave e documentata patologia.

Diverso, invece, è il caso di coppie omosessuali in cui l’infertilità “fisiologica” non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata¹⁹.

La Sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2019 affronta, ancora una volta, il tema dei limiti dei requisiti soggettivi stabiliti dall’ art. 5 dalla L. n. 40/2004. Nelle precedenti pronunce, la Consulta con la sentenza n. 162 del 2014 ha ammesso, in specie, alla riproduzione artificiale le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo stabilito dall’art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004.

¹⁹Sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, sul punto si ritornerà in seguito nei prossimi paragrafi

La successiva sentenza n. 96 del 2015 ha dischiuso, a sua volta, l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro («accertate da apposite strutture pubbliche»). Si è eliminata, con ciò, l'altra «palese antinomia» già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 28 agosto 2012, Costa e Pavan contro Italia. *La legge n. 40 del 2004 vietava, infatti, alle coppie dianzi indicate di ricorrere alla PMA, con diagnosi preimpianto, quando invece «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194²⁰.*

Fatta questa premessa, riprendiamo la Sentenza oggetto di disamina in questa specifica sede. Il Tribunale ordinario di Pordenone²¹ con ordinanza di rimessione n. 129 del 2018 dubita della legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «coppie [...] di sesso diverso» e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche «a coppie [...] composte da soggetti dello stesso sesso». Secondo il giudice a quo le disposizioni censurate violerebbero l'articolo 2 della Costituzione, *non garantendo il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tra le quali rientra anche l'unione civile o la convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso.*

Le disposizioni si porrebbero poi in contrasto anche con l'articolo 3 della Costituzione, determinando una disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali, nonché una disparità di tipo

²⁰ Sentenza della Corte Cost. 221/2019

²¹ Nel caso di specie il Trib. di Pordenone era stato con ricorso proposto, ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile, da una coppia di donne, parti di una unione civile, inteso a superare, con provvedimento d'urgenza, il diniego opposto da un'Azienda sanitaria alla loro richiesta di accesso alla PMA.

economico, riconoscendo il diritto alla filiazione alle sole coppie omosessuali che siano in grado di sostenere i costi per accedere alla PMA presso uno degli Stati esteri che lo consentono.

Ulteriori violazioni, secondo il giudice ordinario, sarebbe poi quella di cui all'art. 31 co.2 Cost. che impone alla Repubblica di proteggere la maternità, nonché quella di cui all'art. 32 co.1 Cost. giacché l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio partner sarebbe in grado di nuocere alla salute psicofisica della coppia.

Le norme denunciate violerebbero, infine, l'articolo 117 co.1 Cost. ponendosi in contrasto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), attuando una interferenza nella vita familiare della coppia basata solo sull'orientamento sessuale dei suoi componenti e, dunque, discriminatoria.

Il giudice rimettente esclude la praticabilità di una interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, ritenendo che una simile operazione ermeneutica trovi un insormontabile ostacolo nell'univoco tenore letterale dell'enunciato normativo: il Legislatore espressamente nega l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie formate da persone dello stesso sesso all'articolo 5 della l. n. 40/2004, pertanto trattandosi di un vero e proprio incidente di costituzionalità.

Il giudice ordinario auspica così che venga eliminato, in via interpretativa ad opera della Consulta, il divieto soggettivo imposto per le coppie omosessuali di sole donne. Per le coppie omosessuali femminili la PMA si attua, infatti, mediante fecondazione eterologa, in vivo o in vitro, con gameti maschili di un donatore; pratica divenuta fruibile dalle coppie eterosessuali a seguito della sentenza n. 162 del 2014, in presenza di patologie che determinino una sterilità o una infertilità assolute e irreversibili. Con l'eventuale accoglimento della presente questione, la fecondazione eterologa sarebbe stata estesa anche alla *"infertilità sociale", o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti.*

Per le coppie omosessuali maschili, invece, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la maternità surrogata (o gestazione per altri), ossia l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà.

Tale pratica è vietata in assoluto e sanzionata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali. La disposizione ora citata non è inclusa tra quelle sottoposte a scrutinio dal Tribunale di Pordenone, né è presa affatto in considerazione dal giudice a quo nello svolgimento delle proprie censure.

Il giudice rimettente, nella esposizione dei fatti fa riferimento alla sentenza n. 138/2010 in cui la Consulta chiarisce la nozione di formazione sociale, di cui all' art. 2 Cost., come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico». Essa comprende, pertanto, anche l'unione civile tra persone dello stesso sesso: conclusione che trova conferma nell'art. 1, comma 1, della legge 20 maggio 2016, n. 76²², ove l'unione civile è espressamente qualificata come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione».

E, si legge nella sentenza n. 19599 del 2016 (della quale si farà nuovamente menzione a breve), se la volontà dei componenti della coppia di divenire genitori e formare una famiglia con prole costituisce espressione della generale libertà di autodeterminazione della persona, ricondotta dalla Corte costituzionale agli artt. 2, 3 e 31 Cost. (e non pure all'art. 29 Cost.), deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli. Ciò tenuto conto del fatto che non vi sono certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine a specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dal suo inserimento in una famiglia formata da una coppia omosessuale.

²² Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze

Secondo il giudice rimettente, dunque, in tal modo, *il legislatore italiano avrebbe superato l'impostazione tradizionale, in base alla quale la coppia familiare era necessariamente composta da soggetti di sesso diverso, rendendo omogenee le famiglie, sia omosessuali, sia eterosessuali;* ritenendo *logicamente contraddittoria* l'esclusione delle coppie omosessuali dalla categoria dei soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. E questo per due ordini di ragione.

La prima concerne una irragionevole discriminazione tra coppie etero e omosessuali, trovandosi, anche queste ultime, *in una situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile*²³, rendendo manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, sollevate dalle ricorrenti.

La seconda, invece, comporterebbe una ingiustificata differenziazione tra le coppie²⁴ sulla base della capacità economica delle stesse: la possibilità di realizzare il progetto condiviso di genitorialità sarebbe consentito, in tal modo, solo a quelle in grado di sostenere gli ingenti costi per sottoporsi a tali tecniche in uno dei numerosi Stati stranieri in cui è consentito il ricorso alla PMA.

Il giudice a quo richiama, inoltre, la sentenza della Corte di Cassazione n. 19599 del 2016: due donne di origine italiana, dopo aver contratto matrimonio in Spagna, hanno chiesto congiuntamente la trascrizione dell'atto di nascita in Italia, ma l'ufficiale dello stato civile di Torino ha opposto un rifiuto per ragioni di ordine pubblico; successivamente hanno divorziato consensualmente in Spagna, sulla

²³ Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599

²⁴ Profilo già rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014 - sia pure in riferimento al ricorso alla PMA di tipo eterologo da parte di una coppia eterosessuale secondo cui si realizzerebbe, in questo modo, «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie [...], in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale»: esito che rappresenterebbe «non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole».

base di un accordo, sottoscritto dalle parti in data 21 ottobre 2013, che prevede l'affidamento congiunto del minore ad entrambe con condivisione della responsabilità genitoriale.

Il ricorso avverso il diniego dell'ufficiale di stato civile è stato rigettato dal Tribunale di Torino che ha ritenuto infondata la domanda di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, perché contrastante con il principio di ordine pubblico in base al quale nell'ordinamento italiano madre è soltanto colei che ha partorito il bambino. La Corte d'appello di Torino, con decreto del 4 dicembre 2014, in accoglimento del reclamo, ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita.

La sentenza impugnata poc' anzi citata ha escluso la violazione del principio di ordine pubblico con riguardo ai diversi profili considerati: in ordine alla presunta incomparabilità con la nozione di "famiglia", intesa dal diritto italiano come unione di persone di sesso diverso, alle quali soltanto sarebbe data la possibilità di avere figli, la Corte di merito ha evidenziato *la rilevanza costituzionale delle unioni di persone dello stesso sesso (art. 2 Cost.), i cui componenti sono titolari del diritto alla "vita familiare" (e non solo alla vita privata) e, in definitiva, del diritto inviolabile - azionabile a prescindere dall'intervento del legislatore ordinario in materia - di vivere liberamente la propria condizione di coppia e di ricevere un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie eterosessuali.*

Ulteriore considerazione della Corte d'appello di Torino che in questa sede interessa è in ordine alla mancata derivazione del nato da un evento, come il parto, considerato dal nostro ordinamento come essenziale per il riconoscimento della filiazione materna (art. 269 c.c., comma 3), la Corte ha posto l'accento sul rilievo decrescente conferito dall'ordinamento all'aspetto biologico o genetico nella determinazione della maternità, come della paternità, e sul rilievo invece crescente attribuito ai profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale: indicazioni in tal senso ha tratto sia dalla legittimità delle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo, che

consentono di attribuire la maternità e la paternità a coloro che, indipendentemente dall'apporto genetico, abbiano voluto il figlio, accettando di sottoporsi alle regole deontologiche e giuridiche che disciplinano tali pratiche, sia dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha individuato nel concetto di responsabilità genitoriale il profilo caratterizzante il rapporto di filiazione.

Avverso il suddetto decreto hanno proposto ricorsi per cassazione il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino, imputando alla Corte di merito di avere erroneamente escluso la contrarietà all'ordine pubblico di un atto di nascita, quale quello di specie, nel quale risulta che due donne sono madri dello stesso figlio.

La Suprema Corte fa notare come inizialmente il concetto di ordine pubblico fosse collegato direttamente alla *salvaguardia di determinate concezioni di ordine morale e politico, particolarmente affermate nella società statale e assunte dal legislatore (ordinario) a criteri direttivi e informativi della sua opera*, limitando l'applicazione, nel territorio dello Stato, di qualsiasi disposizione del diritto straniero non conforme a quelle norme di diritto interno che dal giudice fossero ritenute rappresentative di uno stabile assetto normativo nazionale.

Secondo la SC si deve, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo²⁵.

²⁵ “Ciò significa che un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è

Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale.

Uno dei passaggi rilevanti della sentenza in esame è quello in cui la SC afferma che “La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato, è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale” con la conseguenza che *si tratterebbe di valutare se [...] integrino principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro ordinamento, oppure soltanto opzioni legislative in ambiti materiali nei quali - come in quelli disciplinati dalla legge n. 40 del 2004 o dall'art. 269 c.c., comma 3, - non esistano "rime costituzionali obbligate".*

Un limite potrebbe sussistere soltanto qualora la norma straniera (costituente fonte normativa dell'atto di cui si tratta) fosse contrastante con principi fondamentali della nostra Costituzione, da enuclearsi in armonia con quelli desumibili dalle principali fonti internazionali, poiché solo in tal caso potrebbe opporsi un principio di ordine pubblico, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, idoneo ad impedire all'atto straniero di produrre effetti in Italia.

Nel caso di specie²⁶, dunque, ciò che preme sottolineare non è tanto la moderna concezione del rapporto di filiazione, superando il dato biologico quale requisito fondamentale, quanto la nuova

costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario” (Sent. 19599/2016)

²⁶ La questione che si pone è se la difformità di disciplina renda incompatibile con l'ordine pubblico l'ingresso in Italia (non della legge straniera come nuova disciplina della materia ma) di un particolare e specifico atto giuridico riguardante il rapporto di filiazione tra determinati soggetti. Sul punto si tornerà in seguito nei paragrafi successivi

accezione di famiglia intesa come *comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori*²⁷.

Sembra, dunque, essere dinanzi ad una nuova *species* di famiglia, rientrante nell'ambito più ampio e generico di affetti e legami stabili all'interno di uno stesso "nucleo", propugnando quasi una visione dinamica, che travalica i tradizionali assetti normativi istituiti dal codice del '42. Se da un lato questa sentenza sembra aprire orizzonti prima sconosciuti e neanche solo pensabili per il tradizionale, seppure riformato negli anni, diritto di famiglia, la recente sentenza n. 221/2019 provoca per così dire una battuta d'arresto.

Nel caso di specie la questione viene affrontata con la consapevolezza di trattare un «tema eticamente sensibile», rispettando la competenza del legislatore a trovare un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, salvaguardando la dignità della persona. Il ragionamento della Corte costituzionale pertanto è volto ad individuare il risultato normativo del bilanciamento degli interessi coinvolti e a valutarne la ragionevolezza. Il fulcro della decisione è costituito dalla definizione dei confini del diritto a procreare o alla genitorialità, che la legge n. 40 riserva a coppie maggiorenni, in età fertile, in vita e di sesso diverso, nei soli casi di sterilità o infertilità accertata e certificata dal medico.

Come si è già detto sopra, se la *volontà* dei componenti della coppia di divenire genitori e formare una famiglia con prole costituisce espressione della generale libertà di autodeterminazione della persona, ricondotta dalla Corte costituzionale agli artt. 2, 3 e 31 Cost. (e non pure all'art. 29 Cost.), deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli.

²⁷ Sentenza n. 19599/2016

La Corte precisa che le precedenti declaratorie di illegittimità²⁸ dell'art. 5 della legge n. 40/2004 in merito ai requisiti soggettivi per l'accesso alla PMA non hanno inciso sull'impianto della suddetta legge, in quanto ne preservano la finalità terapeutica di ovviare alla infertilità e sterilità della coppia, conservando il riferimento ad un modello familiare caratterizzato dalla presenza di un padre e di una madre. Le incongruenze che hanno motivato le precedenti declaratorie di incostituzionalità non ricorrerebbero secondo la Corte nei presupposti in relazione ai quali si chiede un nuovo intervento correttivo: una coppia formata da due donne chiede di poter accedere alla PMA e di fronte al diniego della struttura sanitaria propone un procedimento d'urgenza per vedere riconosciuto il *diritto alla genitorialità*.

In questa ottica, la Corte rileva la differenza tra infertilità della coppia omosessuale ed eterosessuale facendo riferimento al concetto di infertilità «fisiologica», che si estende anche alle persone *single* e alle coppie in età avanzata, per concludere che l'esclusione della coppia formata da due donne dall'accesso alla PMA non è fonte di discriminazione. La fecondazione artificiale è volta, dunque, a consentire l'esercizio del diritto alla procreazione che secondo la Corte non può essere riconosciuto in assoluto e senza limiti ma deve essere disciplinato stabilendone i presupposti.

Nonostante l'evoluzione dei modelli familiari, il sistema normativo italiano è rimasto ancorato ad un concetto di bigenitorialità basato su due figure di diverso genere, attribuendo rilevanza ai modelli monoparentali o biparentali riconducibili a unioni tra persone dello stesso sesso, nei soli casi in cui la deroga trovi una giustificazione nel *best interest of child*.

Come ha fatto notare una parte della dottrina, la varietà dei modelli, pertanto, non deve indurre a confondere due piani distinti: il primo concerne il rapporto di filiazione già costituito, che viene riconosciuto in funzione della protezione dello stesso figlio, restando irrilevante la scelta del genitore

²⁸ Si allude alle note sentenze del 2014 e 2015 con le quali la Corte ha dichiarato illegittimo il divieto della fecondazione artificiale eterologa e ha ammesso l'accesso alle tecniche fecondative alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, eliminando il divieto di diagnosi preimpianto

in ordine al modello familiare nell'ambito del quale svolgere la sua personalità; il secondo riguarda il diritto alla procreazione, che viene ricondotto al diritto dell'individuo ad una vita familiare conforme ai propri interessi e alle proprie aspirazioni; tale diritto, tutelato dalla legge in ambito nazionale e sovranazionale, resta invece legato ad un modello tradizionale di genitorialità e non giustifica qualunque scelta dell'individuo, ma incontra limiti in funzione della tutela del nascituro.

La stessa dottrina evidenzia pertanto, che il percorso evolutivo della normativa in materia di genitorialità appare più lento di quello relativo ai modelli familiari, soprattutto con riferimento alla genesi del rapporto di filiazione, dove l'asimmetria si manifesta con la conservazione di un modello genitoriale tradizionale, caratterizzato dalla presenza di due figure genitoriali di sesso diverso. Tale asimmetria deriva dalla non più necessaria coincidenza tra procreazione e famiglia²⁹, posto che la filiazione è tutelata anche al di fuori del rapporto tra i genitori e a prescindere dal progetto di vita familiare degli stessi.

Il suddetto fenomeno si spiega poi alla luce di un background storico. Nell'ottica del legislatore del '42, infatti, il diritto alla procreazione si poteva esplicare all'interno della famiglia legittima, mentre la procreazione fuori del matrimonio riceveva un trattamento deteriore, e non venivano in considerazione esigenze della persona slegate da un rapporto di coppia tra uomo e donna. Con la riforma del diritto di famiglia si è affermato il principio della parità tra filiazione intra ed extramatrimoniale, anche se solo di recente è stato riconosciuto un unico *status* di figlio eliminando ogni residua discriminazione derivante dal rapporto (coniugale o «di fatto») tra i genitori. Alla pluralità dei modelli familiari si accompagna, con un processo inverso, l'unificazione dello stato di figlio non più declinabile in differenti *status* e condizioni.

²⁹Diletta Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *Corriere giuridico*, 2019, 1212, rileva che l'avvento della fecondazione eterologa agisce quale «acceleratore» della frammentazione della figura genitoriale e della diminuzione della centralità del legame di sangue

Il diritto di procreare si potrebbe così configurare come diritto della persona non più legato alla coppia dei genitori e al loro progetto familiare, ma come espressione della libertà dell'individuo e del suo diritto alla genitorialità, con la conseguenza che se ne dovrebbe ammettere la realizzazione anche con tecniche che prescindono da un rapporto tra individui (potenzialmente) fertili e capaci di procreare. Occorre peraltro distinguere la *libertà di procreare* dal *diritto di procreare*, postulando la prima una pretesa alla non ingerenza nelle decisioni personali e il secondo una pretesa nei confronti dello Stato a fornire i mezzi e le risorse per realizzare il suddetto diritto³⁰.

Il *limen* tra libertà e diritto è sottile, ma fondamentale in questo passaggio logico. Se si è nell'ambito della libertà di procreare, allora vuol dire che una persona single può decidere di procreare anche al di fuori di un rapporto familiare stabile, realizzando un progetto di vita monogenitoriale, ma allo stesso tempo, non può appellarsi, per fare ciò, ad un diritto di procreazione ricorrendo alle tecniche di PMA, essendo dalla disciplina stabiliti chiari requisiti soggettivi di accesso alla filiazione artificiale.

Tuttavia, pur avendo chiara la distinzione sopra menzionata, deve essere ben delineato il contenuto di un diritto alla procreazione e quindi alla genitorialità, ammesso che se ne possa dimostrare l'esistenza.

Premesso che nel nostro ordinamento non si faccia espressa menzione di un diritto a procreare a livello costituzionale, la Corte con la sentenza n. 162/2014 ricollega il desiderio di formare una famiglia con prole alla libertà di autodeterminarsi e allo sviluppo della personalità del singolo ex art. 2 Cost., nonché al diritto alla salute ex art. 32 Cost, quest'ultimo da intendersi non solo in un'accezione fisica, ma anche psichica. La Consulta, con la sentenza poc'anzi citata, sembra

³⁰ Gilda Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, (Padova: Cedam, 1999) pag. 311

affermare il principio per cui il diritto alla procreazione non debba essere tutelato in quanto tale, quindi, nella prospettiva di avere figli³¹.

Secondo tale ragionamento, la coppia si vede riconosciuto il diritto di tutelare la propria salute e il diritto si autodeterminarsi nella scelta intorno alla formazione di una famiglia anche con figli, senza che venga garantito il risultato della nascita di un figlio, non potendosi configurare una vera e propria pretesa nei confronti dell'ordinamento ad ottenere una gravidanza e quindi la nascita di figli³². Introducendo, però, un parametro di riferimento del diritto alla procreazione quale quello dell'autodeterminazione e della salute, non ci si deve sorprendere delle future questioni di legittimità per il mancato riconoscimento di questo stesso diritto, declinato nelle forme della monogenitorialità ed omogenitorialità, soprattutto considerando i diritti sottesi alle scelte procreative (ossia l'autodeterminazione e la salute).

Il diritto alla procreazione trova un limite in ragione degli interessi del «nuovo nato», e l'aspirazione alla genitorialità non può essere tutelata incondizionatamente neppure, stando alla sentenza n. 221/2019, alla luce del diritto alla salute, ma deve essere bilanciata con interessi della persona (futuro nato) costituzionalmente rilevanti posti alla base del punto di equilibrio espresso dalla scelta legislativa.

La caduta di gran parte dei divieti richiamati, per effetto delle note sentenze della Corte costituzionale, oltre a ridisegnare il quadro normativo ne ridefinisce il substrato etico. La possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa, la possibilità di creare embrioni sovranumerari se necessari per il successo della procedura, l'ammissibilità della crioconservazione, evidenziano il superamento della logica

³¹Benedetta Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, (Milano: Giuffrè, 2017)

³² Ibidem

sostanzialista e l'apertura verso una logica funzionalistica-attualistica, in cui l'uomo è valutato nelle funzioni che può svolgere e nelle qualità di cui è dotato e non nella sua essenza³³.

In assenza di un intervento legislativo, il compito di adeguare la legge seguendo il comune sentimento etico, salvaguardandone l'obiettivo latamente terapeutico, coniugando libertà e responsabilità nella procreazione ed evitando la riduzione dell'embrione a mero oggetto del desiderio egoistico, è stato assunto dalla Corte costituzionale con interventi al contempo innovativi e conservativi, generando spesso "ipocrisie" nel tessuto normativo.

È compito del legislatore, dunque, tradurre in norma le nuove istanze sociali, non potendo ignorare i fenomeni evolutivi della società, non rinunciando mai a quel bilanciamento di interessi contrapposti quando si fa valere la tutela di un proprio diritto.

1.4 La sentenza della Consulta n. 162/2014

Nel giudizio principale due coniugi hanno proposto reclamo ex art. 669-terdecies del codice di procedura civile chiedendo, in riforma dell'ordinanza pronunciata dal giudice di prima istanza, che sia ordinato in via d'urgenza ad un medico chirurgo al quale si erano rivolti, di eseguire in loro favore, secondo le metodiche della procreazione medicalmente assistita la fecondazione di tipo eterologo, mediante donazione di gamete maschile, a causa dell'infertilità assoluta, dovuta ad azoospermia completa, da cui risulta affetto il coniuge maschio.

Il rimettente deduce che, con ordinanza del 2 febbraio 2011, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, limitatamente alle parole "*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*", e 12, comma 1, di detta legge in riferimento a molteplici parametri costituzionali, quali l'art. 2, 3, 31 e 32. La Corte, con ordinanza n. 150 del 2012,

³³ Vittorio Possenti, *Concezione sostanziale e concezione funzionale della persona nella filosofia contemporanea*, in *Espirito*, LXII, 146, 2013, 375-394

ha ordinato la restituzione degli atti, per un rinnovato esame dei termini delle ordinanze con cui il Tribunale ordinario di Milano aveva sollevato le questioni di legittimità, in considerazione della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

Il giudice a quo svolge ampie argomentazioni per sostenere che quest'ultima sentenza permetterebbe di ritenere che il divieto in esame si pone in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU. A suo avviso, «devono, dunque, essere integralmente riproposti i principi illustrati e le argomentazioni dispiegate a sostegno della questione di legittimità costituzionale già sollevata», in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. ed in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

Il rimettente, nella esposizione dei fatti, argomenta che il divieto della fecondazione eterologa per coppie affette da gravi malattie di infertilità assoluta e irreversibile, comporterebbero una violazione dell'art. 2 della Carta costituzionale, in quanto verrebbe compromesso il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare ed il diritto di autodeterminazione delle coppie. Alla luce di tale premessa, il giudice chiarisce come i *concetti di famiglia e genitorialità dovrebbero essere, inoltre, identificati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento e del principio in virtù del quale «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» (sentenza n. 494 del 2002).*

Considerando che la finalità della legge n. 40/2004 è «quella di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità della coppia mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita», il divieto stabilito dal citato art. 4, comma 3, recherebbe vulnus a detti parametri, perché discriminatorio ed irragionevole, in quanto per esso sono «trattate in modo opposto coppie con limiti di procreazione, risultando differenziate solo in virtù del tipo di patologia che affligge l'uno o l'altro dei componenti della coppia».

Nonostante sussistano elementi di diversità tra fecondazione omologa ed eterologa, «l'esame comparato delle due situazioni evidenzia comunque nel confronto tra le condizioni delle due categorie di coppie infertili una loro sostanziale sovrapponibilità, pur in assenza di coincidenza di tutti gli elementi di fatto». In particolare, «all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata».

L'elemento non comune (costituito dalla specificità della patologia) non sarebbe sufficiente ad escludere l'eguaglianza delle situazioni, sotto il profilo giuridico, e sarebbe palese la «natura discriminatoria del divieto totale di fecondazione eterologa [...], [che non costituirebbe] l'unico mezzo, e nemmeno il più ragionevole, per rispondere alla tutela dei concorrenti diritti, potenzialmente confliggenti con il riconoscimento del diritto di accedere alle pratiche di PMA eterologa».

Secondo il giudice a quo, nel nostro ordinamento vi sono istituti che, ammettendo «la frattura tra genitorialità genetica e genitorialità legittima, quali l'adozione», conforterebbero la legittimità di rapporti parentali che prescindono da una relazione biologica genitoriale.

La Corte è ben consapevole che questa interpretazione comporti una valutazione di temi eticamente sensibili. È proprio tale sensibilità a determinare, spesso, lo spostamento dell'ago della bilancia verso un interesse piuttosto che verso un altro, ad esso contrapposto. Quello che in questo paragrafo si vuole sottolineare, attraverso il richiamo della sentenza in esame, è la consapevolezza della Consulta che, dinanzi ad una scelta chiara del legislatore, decide di ampliare i soggetti beneficiari delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, proprio in virtù di ciò che è eticamente sensibile: un sentire sociale che muta e che promuove nuove istanze che, emergendo ora, non potevano essere accolte da un legislatore ignaro di ciò.

Diventa evidente allora che chi gestisce la politica deve tenere presente gli affetti nel tentativo di proporre un modello che sia al tempo stesso sociale ed etico. Studiare *l'educazione ai sentimenti*

significa da una parte cogliere la volontà politica di intervenire nel privato a fini di indottrinamento e consenso, dall'altra delineare la morale, funzionale anche al progetto politico o alla costruzione di nuove identità. Nell'intersecarsi di questi due piani è possibile far emergere persistenze e rotture nel costume nazionale determinate dalla risposta (spesso mancata) della cultura politica alle trasformazioni della mentalità e del sentire comune³⁴.

Nella sentenza in esame, tuttavia, il giudice delle Leggi sembra non ritenere né fondata, né tantomeno ammissibile questa nuova etica che va delineandosi nel tessuto sociale, tanto da affermare, in conclusione, che non è illegittimo il divieto di procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali, il cui obiettivo è quello di realizzare un progetto di genitorialità condivisa.

La Corte, nel delineare le motivazioni in sentenza, ricorda la ratio della legge n. 40/2004 fondata su due idee di base. La prima attiene alla funzione delle tecniche considerate, intese come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile, escludendo chiaramente, con ciò, che la procreazione assistita possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale. La seconda direttrice attiene alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione. La legge prevede, infatti, una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla procreazione assistita, alla cui radice si colloca il chiaro intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre: in particolare, l'art. 5 stabilisce che possano accedere a queste tecniche solo le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

³⁴ Anna Tonelli, *Politica e amore: storia dell'educazione ai sentimenti nell'Italia contemporanea* (Il Mulino, 2003)

Questa ricorda, inoltre che, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore.

Ad ogni modo, si tenga presente che la ricerca in letteratura è estremamente chiara: non vi sono differenze tra bambini di coppie eterosessuali rispetto ai bambini comunque (in qualsivoglia modo) provenienti e allevati da persone gay e lesbiche. È evidente che ciò comporta una riprogrammazione culturale che non sarà né breve né facile³⁵.

Ad avviso della Corte, la linea di composizione tra i diversi interessi in gioco nella fattispecie in esame (interesse a procreare senza limiti e interesse del bambino) si colloca nell'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale (Corte cost. n. 84/2016), impregiudicata la sindacabilità delle scelte operate, al fine di verificare se con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole.

Spetta, dunque, al Legislatore fare delle scelte, traducendo il sentire sociale in termini normativi. Non può trascurarsi, in ogni caso, che ciò che la cultura rende possibile è di per sé destinato a diventare naturale³⁶.

1.5 Lo status filiationis del nato a seguito di PMA adottate all'estero da coppie omosessuali

Sebbene la legge n. 40/2004 vieti espressamente all'art. 5 alle coppie formate da persone dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, i dati comunicano oggi una

³⁵ Antonino Ferro, *Omogenitorialità: un pensiero in cerca di pensatore* (doi: 10.1421/83629)

³⁶ *Ibidem*, L'autore argomenta: "È talmente condivisibile quanto affermano Lingiardi e Carone – che è nello specifico dell'affettivo, dell'emotivo, del legame che affondano le radici della genitorialità – che userei questo esempio per aprire a nuove problematiche che ci aspettano dietro l'angolo: cosa faremo quando sarà possibile utilizzare trapianti di genoma per curare malattie, o per permettere lo sviluppo di particolari attitudini? Cosa faremo quando i cosiddetti e pervasivi DSA (Disturbi Specifici dell'Apprendimento) potranno esser risolti usando sequenze di DNA, poniamo, di delfino?"

realtà piuttosto divergente dal dato normativo³⁷. Le famiglie omogenitoriali esistono e sono molti i bambini cresciuti al loro interno: figli di genitori omosessuali nati da precedenti unioni eterosessuali oppure figli di coppie omosessuali che hanno pianificato la procreazione all'estero. L'esistenza di queste famiglie pone l'urgenza di interventi normativi che garantiscano ai bambini i loro diritti, per definizione indivisibili, e rimuovano ogni ostacolo per una effettiva parità. Si è dinanzi ad «Una realtà che esiste e non una opzione, di fronte alla quale l'unico atteggiamento possibile è attrezzare i nostri strumenti conoscitivi per integrarla nel contesto più ampio della società³⁸».

In Italia, tipico della condizione dei genitori dello stesso sesso e dei loro figli è l'esposizione al pregiudizio e alla discriminazione sociale in una situazione di mancanza di protezione giuridico-istituzionale. È da questa situazione che deriva la fragilità del genitore non biologico della coppia omosessuale ed è da questa situazione che deriva la possibilità che i bambini si trovino a fare i conti con situazioni di discriminazione.

Tale lacuna normativa è dovuta soprattutto alla assunzione di una determinata prospettiva per cui «se restiamo ancorati al modello tradizionale di madre, padre, figlio e vediamo tutto ciò che si discosta da questo modello come un deficit per il bambino, facciamo un danno a tutti quei genitori che, prescindere dal loro genere e orientamento sessuale, stanno allargando i confini della genitorialità, anche grazie alle tecniche di procreazione medicalmente assistita³⁹». Tale approccio metodologico è spiegabile se pensiamo al fatto che, quando sono state condotte le prime ricerche sulla genitorialità

³⁷Laura Fruggeri, *Variabili strutturali e variabili processuali nell'analisi delle famiglie con coppia omosessuale* (doi: 10.1421/83630) in cui si legge che da ormai più di un quarto di secolo la ricerca scientifica ha confermato quello che è stato trovato anche riguardo a figli cresciuti in famiglie diverse da quella nucleare tradizionale in generale; ovvero che ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano conviventi, separati, risposati, single, omosessuali (Walsh, 2012). Questo risultato è frutto di un percorso che, partendo da una riflessione stringente sulle metodologie adottate nello studio delle famiglie, è passata attraverso la confutazione del pregiudizio secondo cui il crescere in famiglie diverse da quelle tradizionali possa costituire un «fattore di rischio», per approdare allo studio delle specificità dei processi delle diverse forme di famiglie (Fruggeri, 2005). Si tratta di un percorso d'indagine che ha appurato che non è la struttura o la forma della famiglia a incidere sugli esiti dello sviluppo dei figli, ma la qualità dei processi di base del funzionamento familiare.

³⁸ Alessandra D'Onofrio, Marina Liotta, *Riflessioni psicoanalitiche sull'omogenitorialità. Attraversare un cambiamento catastrofico per una trasformazione pensabile* (doi: 10.1421/83626)

³⁹ Vittorio Lingiardi, Nicola Carone, *Famiglie contemporanee: nuove concezioni, vecchi pregiudizi. Risposta ai commenti* (doi: 10.1421/83638), richiama un pensiero di Diane Ehrensaft

omosessuale negli anni Settanta, l'oggetto d'indagine era principalmente la famiglia omogenitoriale costituitasi in seguito alla separazione del partner omosessuale dall'altro partner con cui aveva avuto figli nella precedente relazione eterosessuale. Gli studi dovevano, quindi, in qualche modo decostruire gli stereotipi negativi che generalmente influenzavano le decisioni legali sulle famiglie con genitori gay e lesbiche⁴⁰.

Prospettive tradizionali da cui si osserva il fenomeno della omogenitorialità e convinzioni concernenti determinati modelli familiari ideali e, per questo, considerati quasi esclusivi, creano un vuoto normativo non indifferente a discapito del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita consentite nella maggior parte dei Paesi esteri. Si tratta, in questa sede, di stabilire quale sia lo status filiationis del nato in relazione alla figura del terzo in questo processo riproduttivo artificiale che, nel caso di coppie lesbiche, sarà il donatore di gameti; nel caso di coppie formate da due uomini sarà, invece, la cosiddetta gestante, ossia una donna che mette a disposizione il proprio corpo per portare in grembo il nascituro. Si tratta poi, principalmente, di comprendere quale sia il rapporto tra il nato di PMA e il genitore non biologico, detto anche "genitore sociale".

Come già sopra ricordato, entrambe le tecniche di PMA poc'anzi menzionate sono espressamente vietate dalla legge n. 40/2004. In seguito all'intervento del Giudice delle Leggi, la fecondazione assistita di tipo eterologo, prima vietata dall'articolo comma 3 della suddetta normativa, è oggi ammessa, ma solo per le coppie formate da persone di sesso opposto per cause di sterilità e infertilità assoluta e irreversibile, accertata e certificata da atto medico. Vietata è anche la surrogazione di maternità (in gergo nota come pratica dell'utero in affitto), sanzionata all'articolo 12 comma 6 secondo cui *chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza, o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.*

⁴⁰ Ibidem

In ogni caso, la normativa in materia di PMA chiarisce lo status giuridico del nato da coppie formate da persone di sesso diverso a seguito di tali tecniche secondo cui: “I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6”, non ponendo così alcuna distinzione tra figli nati “artificialmente” e “naturalmente”.

Nell'ottica di garantire una identità piena del nato circa le proprie origini, gli artt. 8 e 9, della legge n. 40/2004, prevedono che i figli nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di PMA hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime (art. 8, l. n. 40/2004); l'accertamento della paternità è dunque automatico, in virtù del consenso prestato all'applicazione delle tecniche, non solo per i figli nati all'interno del matrimonio ma anche per quelli delle coppie conviventi per i quali è normalmente richiesto un atto volontario di riconoscimento.

La norma successiva escludeva poi la possibilità, nonostante il divieto di tecniche di PMA di tipo eterologo, per il coniuge od il convivente che avesse espresso il consenso per il ricorso a tali pratiche, di esercitare l'azione di disconoscimento o di impugnare il riconoscimento (art. 9, comma 1, l. n. 40/2004). Tale previsione - che, a seguito della riforma adoperata con il d.lgs. n. 154/2013) deve essere riferita (nonostante il silenzio dello stesso decreto legislativo) all'azione di cui all'art. 243-bis c.c., e non più all'azione di cui all'art. 235, comma 1, nn. 1 e 2 c.c. - ricalca quello che era l'orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità (Cass. 16 marzo 1999, n. 2315) a tutela del nato dalle tecniche di PMA di tipo eterologo.

La Corte di legittimità ha peraltro affermato in proposito che, anche dopo il venir meno del divieto di fecondazione eterologa, permane, qualora la coppia abbia fatto ricorso a tale tecnica di PMA, il divieto di esercitare l'azione di riconoscimento di paternità così come il divieto di revocare il consenso prestato in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, revoca che non

apparirebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni, più volte affermata dalla Consulta (Cass. civ., 18 dicembre 2017, n. 30294).

La Corte costituzionale, nel giudicare illegittimo il divieto di procreazione eterologa, ha ritenuto che l'art. 9 valga comunque a disciplinare lo stato del figlio nato a seguito della tecnica ora legittima, senza necessità di ulteriori interventi del legislatore. Il legislatore, anche nella vigenza del divieto di eterologa, ha inteso in ogni caso tutelare la posizione del figlio nato dal punto di vista giuridico-istituzionale nei confronti di chi decide consapevolmente di ricorrere alla PMA, prestando consapevolmente il proprio consenso, ridimensionando le ipotesi di figli senza stato.

Diverso è invece il caso in cui la donna abbia fatto ricorso alle tecniche di PMA all'insaputa del marito, fattispecie che rappresenta una nuova azione di disconoscimento di paternità che può essere esercitata dal marito nell'arco temporale di un anno, dal momento della conoscenza certa dell'avvenuto ricorso da parte della moglie a tali tecniche procreative (Cass. civ. sez. I, 28 marzo 2017, n. 7965). L'art. 9, comma 2, l. n. 40/2004, prosegue disponendo che la madre del nato non può, a seguito di tecniche di PMA, dichiarare la volontà di non essere nominata. Infine, la normativa prevede che, in caso di ricorso alle tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato né può far valere alcun diritto od essere titolare di obblighi nei suoi confronti (art. 9, comma 3, l. n. 40/2004).

La legge 40 sembra quindi privilegiare come più ricorrente, l'ipotesi della donazione maschile di seme, dettando infatti un'apposita regolamentazione dell'azione di disconoscimento della paternità che rappresenta il punto critico della fecondazione eterologa; argomentando a contrario che ben

potrebbe residuare in capo agli altri soggetti di regola legittimati (madre e figlio ex art. 244 cod. civ.) la proposizione dell'azione di disconoscimento⁴¹.

Nel caso della fecondazione eterologa in linea femminile, intendendosi con questa il caso in cui la donna che intende partorire porta in grembo l'ovulo di una donatrice fecondato con seme del proprio partner, trova applicazione senza difficoltà l'art. 9, comma 3, che esclude qualsiasi rapporto giuridico tra donatore «di gameti» (senza distinguere tra maschili o femminili) e nato, nonché l'art. 12, comma 8, che stabilisce l'esclusione dalla punibilità dell'uomo e della donna che accedono alla tecnica vietata. A differenza che nella eterologa con donazione di seme maschile, la legge non detta alcuna disciplina da cui possa ricavarsi l'attribuzione dello status di maternità, per cui si può ritenere applicabile l'art. 269 cod. civ., secondo cui è madre colei che partorisce. Tale conclusione risulta rafforzata dal divieto della facoltà di non essere nominata, che ha la funzione di deterrente di simulazioni di fecondazioni eterologhe e di surrogazioni di maternità.

Il sintagma «maternità surrogata⁴²» comprende nel suo campo semantico almeno due diverse ipotesi:

a) *madre portante*: è il caso di una donna che porta a termine una gravidanza ottenuta con gameti a lei estranei, in genere appartenenti ai componenti della coppia committente (in ipotesi di incapacità della donna a portare avanti una gravidanza o di infertilità) o a uno solo di essi o ancora a estranei, con l'impegno di consegnare il nato ai committenti;

b) surrogazione in *sensu stretto*: la “madre surrogata” porta avanti una gravidanza ottenuta con l'apporto di propri ovociti e di seme in genere del partner della coppia committente o di un donatore.

⁴¹L'articolo 9 comma 3 della L. n. 40/2004 non precisa lo stato del nato da procreazione eterologa, ma si limita a precludere al partner maschile il disconoscimento e a negare qualsiasi rapporto giuridico tra nato e donatore di seme, non escludendo un'azione di contestazione dello stato a iniziativa dello stesso nato della madre.

⁴² Giacomo Capizzi, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA*, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 2/2014

La disciplina codicistica dettata per la procreazione naturale, in cui la procreazione consegue all'unione sessuale e in cui gli aspetti della maternità non sono dissociabili, fissa come criterio per l'attribuzione dello status di madre il parto (art. 269).

La maternità surrogata è il paradigma del sovvertimento del suddetto principio da sempre accolto nel nostro ordinamento secondo cui *mater semper certa est*, intervenendo in questa fattispecie tre diverse possibili figure, disgregandosi ai massimi livelli il rapporto tra dato genetico e genitoriale: madre gestante, madre genetica, madre sociale. La prima è colei che porta a termine la gravidanza impegnandosi a consegnare il bambino, la seconda è la donatrice di ovociti (ovvero la donna da cui provengono), la terza è colei che esprime la volontà di tenere con sé il nato.

Le tre figure materne, che nella procreazione naturale coincidono, possono combinarsi variamente:

- a) se madre gestante e madre sociale coincidono si ha una procreazione eterologa in linea femminile, già vista prima;
- b) se convergono nella stessa persona madre sociale e madre genetica si ha un c.d. "affitto d'utero";
- c) se coincidono madre genetica e madre gestante si ha una surrogazione di maternità in senso stretto;
- d) ancora, le tre figure materne possono fare capo a tre persone distinte⁴³.

La legge n. 40/2004 presenta un vuoto normativo che crea non pochi problemi, non prevedendo alcuna disciplina nel caso in cui sia violato il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, divieto che a sua volta non è nemmeno posto esplicitamente. Questo si può ricavare dall'art. 12, comma 6 che sanziona penalmente «chiunque realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità», desumendo al contempo che non ha acquistato alcun valore l'accordo tra le parti di avente ad oggetto la surrogazione di maternità, a prescindere a questo punto dalla non onerosità e dalle ragioni

⁴³ Ibidem

solidaristiche. Il problema principale della maternità surrogata è proprio quella dell'attribuzione dello status che, stavolta analogamente alla fecondazione eterologa, il divieto posto non può eludere come non può "cancellare" il soggetto che ne è senza colpa scaturito, né pregiudicarne i diritti.

Per tale ragione, come sopra accennato, questa lacuna normativa determina una mancata tutela nei confronti del nato da tecniche di PMA, che viene a trovarsi privo di ogni status, non essendovi una norma che lo preveda.

Non appare allo scopo pertinente il richiamo all'art. 9, comma 3 da cui non è ricavabile la conferma che la maternità è attribuita a colei che ha partorito, indipendentemente dall'origine dei gameti e dalla volontà espressa. Infatti la suddetta disposizione si riferisce esplicitamente alle «tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3» e a donazioni di gameti, trovando applicazione appunto nei casi di fecondazione eterologa (sia in linea maschile che femminile che bilaterale).

Nella surrogazione di maternità vi può certamente essere donazione di gameti, ma non sempre è necessaria affinché venga posta in essere la fattispecie in esame. Non si può certo considerare "donazione" l'utilizzo dei gameti della coppia committente o addirittura la consegna dell'embrione (concepito in vitro) per l'impianto nel corpo della gestante. *A fortiori* l'art. 9 non è riferibile alla surrogazione propriamente detta in cui la madre portante è anche madre genetica.

Una norma di portata di generale della l. 40 è l'articolo 9 comma 2, secondo cui la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, non distinguendo tra omologa ed eterologa. Il problema che si pone, però, è quello di determinare il soggetto a cui si riferisce⁴⁴ (madre gestante, genetica, sociale).

⁴⁴*Ibidem*, in cui si specifica che l'acuta osservazione è di V. Caredda, *Stato dei figli e violazione dei divieti*

Se la si interpreta nel senso di riferire il divieto alla partoriente, allora bisogna concludere che esce rafforzata la sopravvivenza del criterio del parto di cui all'art 269 cod. civ. La rigida soluzione della preferenza accordata alla donna partoriente consegue il risultato di fornire la medesima risposta a situazioni obiettivamente diverse come la surrogazione in senso stretto e la locazione di utero in cui il legame tra committente e nato si caratterizza per la discendenza genetica che invece manca nella prima.

La l. n. 40/2004 all'articolo 12 prevede espressamente che *chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro; non ponendo alcuna distinzione tra i vari soggetti che possono trovarsi coinvolti in questo processo, ossia la madre portante, la madre genetica e la madre sociale.*

Tuttavia, non sembra che la specifica incriminazione penale muti nella sostanza la soluzione della giurisprudenza che, accogliendo la *distinctio* tra questione della liceità della pratica e status del nato, conclude per la legittimità dell'adozione speciale a prescindere dall'illiceità della surrogazione.

In tal senso si è pronunciata la Cassazione civile sez. un., 08/05/2019, n.12193 secondo cui il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al

rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)⁴⁵.

Nel caso di specie la coppia di uomini è unita in matrimonio contratto in Canada nel 2008, produttivo di effetti nell'ordinamento italiano ai sensi della legge n. 76 del 2016. A seguito del rifiuto dell'ufficiale di stato civile italiano, che riteneva la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita dei figli nati mediante maternità surrogata contraria all'ordine pubblico, poiché mancante il requisito del diverso genere dei genitori richiesto dalla normativa vigente, la coppia depositava presso la Corte d'appello di Trento ricorso, *ex artt. 702-bis c.p.c. e 67 legge n. 218 del 1995*, al fine di ottenere nell'ordinamento interno il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario (Canada), con cui era stata accertata la genitorialità di uno di essi nei confronti di due minori.

Questi ultimi, infatti, erano stati generati mediante surrogazione di maternità eterologa, a seguito dell'intervento di una prima donna donatrice di ovociti e di una seconda disposta a portare a termine la gravidanza. La Corte di merito affermava che fosse escluso il contrasto con l'ordine pubblico, ritenendo che il giudice avrebbe dovuto rigettare l'atto, qualora fosse stato in contrasto con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. In secondo luogo, il migliore interesse del minore sarebbe tutelato solo qualora venisse riconosciuto il legame genitoriale con entrambi i ricorrenti.

Avverso tale ordinanza proponevano ricorso per Cassazione il Pubblico Ministero, il Ministero dell'Interno e il Sindaco di Trento, quest'ultimo in qualità di Ufficiale di Governo, sollevando questioni inerenti il difetto di giurisdizione dell'organo giudicante, la legittimazione delle parti in causa e la nozione di ordine pubblico, sulla base del quale esercitare il controllo sul provvedimento straniero.

⁴⁵ *Diritto di Famiglia e delle Persone (Il)* 2020, 2, I, 392

Con riferimento alla questione sostanziale, la Corte ha ritenuto che il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero, con cui si accertava il rapporto di filiazione, fosse in contrasto con l'ordine pubblico, riscontrando un ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità, ai sensi dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico a tutela dei valori, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. La Corte ha considerato tali valori prevalenti sull'interesse del minore sulla scorta di un bilanciamento operato dal Legislatore, cui la valutazione del giudice non può sostituirsi, potendo tuttavia dare rilevanza al rapporto genitoriale mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d) legge n. 184 del 1983.

La Corte di Cassazione nella sentenza in esame fa notare che la l. n. 40 del 2004, nel disciplinare la liceità o meno della pratica di surrogazione di maternità, non ha previsto alcun riferimento legislativo in ordine alla trascrivibilità di atti stranieri volti a riconoscere la liceità di fattispecie di surrogazione di maternità all'estero.

Come riscontrato nel caso in esame, tale tematica non ha un'incidenza solo sul piano interno, ossia nazionale, interessando soprattutto l'ambito di diritto internazionale privato, dato il rilievo delle diverse sfaccettature della genitorialità biologica, genetica e sociale.

Con l'avvento del c.d. “turismo procreativo” e della proliferazione di accordi transazionali, si è reso sempre più necessario e preminente un intervento sia legislativo che giurisprudenziale, teso a regolare in modo uniforme tra i vari Paesi il riconoscimento del rapporto di filiazione a seguito di surrogazione e questo perché *un'eventuale previsione legislativa volta a superare il contrasto con l'ordine pubblico e a bilanciarlo con l'interesse prevalente del minore, porterebbe al pieno soddisfacimento del diritto del bambino e alla certezza e continuità dello status di filiazione.*

Le S.U., chiamate a pronunciarsi sul caso in esame, hanno valutato la tecnica di surrogazione adoperata in contrasto con l'ordine pubblico e con il principio secondo cui il rapporto di filiazione

debba basarsi su un legame biologico; mentre diverso procedimento argomentativo, invece, è stato seguito nella pronuncia delle due madri⁴⁶, giustificando il ragionamento sulla base della diversa tecnica di procreazione adoperata, che in quel caso prevedeva un legame biologico con la madre gestante.

1.6 Le sentenze gemelle Menesson c. Francia e Labassee c. Francia della Corte Edu

Si vogliono, ora, analizzare le sentenze gemelle Menesson e Labassee contro Francia del 26 Giugno 2014, principalmente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché la legislazione francese, come quella italiana, impone il divieto di ricorrere alla gestazione per altri⁴⁷, dovendo i giudici decidere sul riconoscimento degli effetti giuridici degli atti di nascita redatti in un paese estero a seguito di accordi di maternità. Si pone un problema di bilanciamento tra interessi: da un lato il rispetto dell'ordine pubblico, dall'altro, invece, l'interesse del minore che ha diritto ad avere due figure genitoriali. Tali valori entrano in gioco ogni qualvolta il minore sia già nato a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita utilizzata da persone omosessuali, trattandosi, dunque, di una tutela ex post.

Il secondo profilo riguarda la scelta dell'applicazione del protocollo n. 16 della Cedu: trattasi di un ricorso consultivo dinanzi alla Corte di Strasburgo che può essere attivato su richiesta degli Stati che lo hanno ratificato. Si è dinanzi ad uno strumento che non solo consolida la Convenzione europea, ma consente anche un dialogo più intenso tra le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte⁴⁸ contraente e

⁴⁶ Cass. Civ., sez. I, sentenza 30 Settembre 2016, n. 19599

⁴⁷ In Francia, la loi n. 94-653 del 29 luglio 1994 ha introdotto nel Code civil l'art. 16-7 che prevede la nullità di qualsiasi accordo per la procreazione o la gestazione altrui per contrarietà all'ordine pubblico

⁴⁸ Articolo 1 del Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli.

la Corte europea. Nella fattispecie in esame, proprio in applicazione del protocollo n. 16 della Cedu, prendendo dunque le mosse dalla richiesta di riconoscimento dello status del figlio nato da una gestazione altrui con il genitore committente privo di legami genetici con lo stesso, è stato presentato il primo ricorso alla Corte di Strasburgo. La *Grande Chambre* si è così pronunciata il 10 aprile a seguito del rinvio trasmesso dalla *Cour de cassation* francese il 5 ottobre del 2018.

L'aspetto interessante del protocollo n. 16 è che il parere sia reso dalla Corte Edu e, quindi, da un giudice che non fa parte dell'ordinamento in cui sarà applicato il chiarimento interpretativo. Se da un lato è vero che il parere reso non è vincolante, dall'altro, però, si offre agli Stati firmatari uno strumento per prevenire future violazioni.

Detta trasformazione si registra, dal profilo procedurale, per la natura e le modalità di richiesta del parere e, da quello di merito, per le specifiche questioni sollevate che, in materia di maternità surrogata, mostrano una diffusa sensibilità giuridica anche per la mancanza di un orientamento omogeneo a livello europeo ed internazionale⁴⁹.

Nel caso Labasse, in particolare, i coniugi Labasse lamentavano, insieme alla piccola Juliette, cittadina degli USA e figlia della coppia (almeno per il diritto statunitense), nata tramite surrogazione a seguito della stipula del contratto con l'*International Fertility Center for Surrogacy* e con la madre surrogata, la violazione del loro diritto alla vita familiare, protetto dall'articolo 8 Cedu, essendo stata negata dalla Francia la trascrizione del certificato americano con cui i coniugi erano stati riconosciuti genitori della piccola Juliette. La figlia si ritrovava difatti in Francia in una situazione di evidente incertezza giuridica, che la privava della stessa cittadinanza francese e costringeva i genitori ad esibire l'atto di stato civile estero ogni volta che ciò si rendeva necessario, con il rischio di vedere negato l'effettivo godimento del diritto alla loro vita familiare.

⁴⁹ Osservatorio costituzionale, fasc. 5/2019

Rientrati in Francia, tutti i tentativi di far trascrivere l'atto di nascita sui registri dello stato civile francese risultavano vani. Le motivazioni delle autorità interne erano essenzialmente legate alla contrarietà di un'eventuale trascrizione con l'ordine pubblico francese; non essendo possibile, a detta dei giudici, riconoscere il legame di filiazione perché l'ordinamento francese non ammette alcun effetto a un contratto di gestazione per altri, come quello concluso dai ricorrenti negli USA, essendo contrario al principio di indisponibilità del corpo umano.

Per la Cassazione francese né l'interesse del minore né il rispetto della Convenzione europea sui diritti umani potevano essere invocati per superare quanto imponeva un'interpretazione sistematica delle norme sottoposte al vaglio della *Court*⁵⁰. Infatti, l'ordinamento francese non privava la minore del legame stabilito dallo Stato del Minnesota e, soprattutto, non le impediva di vivere con i coniugi Labasse in Francia. Tuttavia, nel rapporto del gruppo di lavoro "*Filiation, origines, parentalité*", commissionato dal Ministro francese delegato alla famiglia e pubblicato nel 2014, sottolineava come esibire al bisogno l'atto estero può destare sospetti o, nel caso peggiore, essere contestato dalle autorità in occasioni di eventi della vita importanti, come l'iscrizione a scuola o la richiesta di prestazioni sociali.

Ancor più rilevante è il mancato riconoscimento della cittadinanza francese con gli effetti che ciò comporta anche in relazione alla libertà di movimento della famiglia in Europa come in qualsiasi altra parte del mondo. Ne derivava, ad avviso degli esperti, la necessità di cambiare le regole per tutelare l'interesse superiore del minore attraverso il pieno riconoscimento dei suoi legami giuridici con i genitori, identificati già come tali nel Paese in cui la surrogazione è stata portata a termine⁵¹.

⁵⁰ Articoli 16-7 e 16-9 del Codice civile francese.

⁵¹ Carmelo Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in www.articolo29.it

I giudici di Strasburgo, dopo essere stati investiti della richiesta del parere consultivo, si soffermano principalmente su due punti: la presunta violazione del diritto alla vita familiare, come lamentata dai ricorrenti, e la negazione della trascrizione dell'atto di stato civile estero produce sul godimento del diritto alla vita privata da parte di Juliette.

In relazione al primo profilo, la Corte Edu si chiede se il rifiuto francese si renda realmente necessario. Gli Stati membri della Cedu godono, in linea generale, di un'ampia discrezionalità nel ritenere un'azione necessaria o meno. A tal proposito, Considerando che il *consensus* tra gli Stati parte non esiste in relazione alla surrogazione come questione per sé ma nemmeno rispetto al problema del riconoscimento degli effetti della gestazione per altri conclusa all'estero, la Corte ritiene di dover concedere in materia una significativa discrezionalità alla Francia, ma deve essere ugualmente vagliata dal giudice essendo in gioco diritti della identità di un individuo.

La stessa Corte fa notare che anche se la Francia vuole legittimamente scoraggiare il ricorso a procedimenti di procreazione come la surrogazione, poiché è appunto vietata nel suo ordinamento, ciò non può comportare una compressione così ampia sull'identità di Juliette a causa del rifiuto di riconoscere giuridicamente il legame di filiazione già stabilito all'estero. Inoltre, *se lo Stato vuole in qualche modo svantaggiare chi, come i genitori, ha compiuto una scelta consapevole decidendo di metterla al mondo tramite la gestazione per altri in un altro Stato, non può evitare di considerare le conseguenze che una tale ingerenza comporta sulla figlia (inconsapevole). Si tratta di una situazione che non può essere tollerata come compatibile con il rispetto del principio del superiore interesse del minore. Pertanto, sotto il profilo della vita privata della minore, la Francia è responsabile di una violazione della Cedu*⁵².

⁵² Ibidem

La Corte Edu, in definitiva, accerta una violazione della Convenzione in caso di rifiuto di riconoscere giuridicamente il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite surrogazione. Tuttavia, quello che preme sottolineare di questa sentenza, è il contraddittorio iter argomentativo.

La Corte si focalizza quasi esclusivamente sull'interesse superiore del minore, facendo coincidere tale interesse con la necessità di tutelare il diritto all'identità ma, nel momento stesso in cui tale associazione viene operata, la pronuncia perde gran parte della sua (potenziale) portata e questo perché il diritto alla identità riguarda più generalmente la persona e non solo il minore. Perché separare il diritto del minore a stabilire la sua identità dal suo diritto alla vita familiare?⁵³

Così facendo la Corte Edu sembra rimarcare la distanza tra identità e famiglia etichettando quest'ultima come una componente separata e autonoma che non ha ripercussioni sulla prima.

Un ulteriore aspetto che desta particolare perplessità e che ancora una volta tende a separare il diritto all'identità personale dal diritto ad una famiglia, è il fatto che questa Corte abbia sottolineato il rapporto che intercorre tra Janette e il signor Labasse, suo padre biologico. Se ciò serve a rafforzare il carattere di incompatibilità tra il rifiuto francese e il diritto all'identità della minore, sembra anche ricordare che il legame fondamentale è quello biologico trascurando del tutto i rapporti con la madre sociale. Potrebbe allora considerarsi sufficiente la "garanzia" biologica a soddisfare le esigenze di identità personale del minore nato tramite surrogazione? Se così fosse, a nulla varrebbe il ruolo del genitore sociale (in questo caso la madre che ha accolto Janette nella propria vita) in tutti quei casi in cui l'unico legame riconosciuto è con il genitore biologico; non potendosi lamentare una violazione della Convenzione se il genitore non biologico, di qualunque sesso sia, non possa stabilire alcun legame con il proprio figlio.

⁵³ Ibidem

Questa pronuncia è, forse consapevolmente, stata tramutata in una mancata occasione per poter acquisire una portata straordinaria. Si pensi ad esempio, alle coppie dello stesso sesso che ricorrono alla surrogazione per esprimere un aspetto – altrettanto essenziale, si potrebbe dire – della loro identità. Seguendo il ragionamento fatto proprio nel caso *Labasse*, esse non possono vantare alcun diritto in materia di surrogazione derivante dell'articolo 8 Cedu. Piuttosto, sarà il loro bambino, nel caso di rifiuto di riconoscimento del legame di filiazione (con il genitore biologico), a poter lamentare una violazione della Convenzione e ciò non tanto perché il godimento del suo diritto alla vita familiare risulta ostacolato quanto per l'impossibilità di stabilire con certezza la sua identità personale

CAPITOLO II

EVOLUZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI

2.1 I nuovi modelli familiari

L'aggettivo "nuovo" continua ad essere utilizzato tuttora per qualificare le famiglie formate da coppie dello stesso sesso. Tale designazione indica implicitamente l'esistenza di un modello cosiddetto tradizionale, assunto come standard e a questo contrapposto. Il termine "nuovo", secondo la lingua italiana, sta ad indicare un qualcosa di inaspettato, originale, diverso dal solito. Ma diverso da cosa? Qual è il parametro che si adotta come punto di riferimento o, ancora, come assioma da cui partire per giungere poi ad una dimostrazione? Qual è l'oggetto della comparazione?⁵⁴

Intendendol'aggettivo "nuovo" nell'accezione sopra indicata, si finisce inevitabilmente per assurgere come schema, quasi fosse una opzione di default, una dicotomia tra vecchio, inteso come tradizione, e nuovo, sovvertimento della prima. Nel primo profilo si collocherebbe la famiglia eterosessuale; nel secondo, invece, la famiglia omogenitoriale⁵⁵.

Si dubita che questo possa ancora essere l'approccio per l'analisi delle famiglie e delle varie componenti, prima tra tutte la genitorialità, se si volge lo sguardo al pluralismo di modelli familiari innegabilmente esistenti nella nostra società. Nel nostro Paese si calcola che siano centomila i minori con almeno un genitore gay, nati da matrimoni eterosessuali sfociati in un divorzio o vissuti sin dall'inizio con due madri o due padri. I dati si riferiscono alla ricerca ModiDi, condotta nel 2005 da Arcigay con il patrocinio dell'Istituto Superiore di Sanità, secondo la quale il 17,7 per cento degli

⁵⁴ Alessandro Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?* in *Questione Giustizia* 2/2019

⁵⁵ *Ibidem*, pag. 144

uomini e il 20,5 per cento delle donne omosessuali con più di 40 anni ha dei figli. Se si considerano tutte le fasce d'età sono genitori un omosessuale su 20⁵⁶.

Anche il panorama della ricerca è notevolmente mutato: le famiglie omogenitoriali sono divenute un oggetto di studio non soltanto pienamente legittimo, ma particolarmente attrattivo. Nel corso degli anni si sono moltiplicate le pubblicazioni su questo tema, orientate alla comunità scientifica, a educatori ed operatori dei servizi, e ad un pubblico più vasto (per citarne alcuni, Cadoret 2008; Lalli 2009; Beppato, Scarano 2010; Schuster 2011; Gigli 2012; Ronfani, Bosisio 2013), che hanno importato nel dibattito italiano i consolidati risultati della ricerca internazionale e cominciato a tracciare, con originali ricerche, i tratti specifici di queste esperienze in Italia⁵⁷.

I dati, dunque, ci dicono che le famiglie omogenitoriali esistono, che siano di prima costituzione, quando il progetto di genitorialità nasce dalla coppia omosessuale (e viene pianificato attraverso l'inseminazione artificiale, l'adozione, la gestazione di sostegno, nei paesi dove questo è consentito), oppure ricostituite quando i figli provengono da una precedente relazione eterosessuale. La loro invisibilità istituzionale, legata alla mancanza di riconoscimento giuridico, non vuol dire inesistenza⁵⁸.

Le famiglie omogenitoriali sono riconosciute come portatrici di una radicale diversità che mette in crisi tratti fondamentali degli attuali modelli familiari. Costituiscono, dunque, un oggetto di studio privilegiato per capire come sta cambiando, e come cambierà, la famiglia.

Quello che in questa sede preme sottolineare è chiedersi cosa significhi “famiglia” e, soprattutto, se sia possibile ricomprendervi l'omogenitorialità, ossia nuclei familiari composti da persone dello stesso sesso e con figli nati da precedenti unioni eterosessuali o tramite il ricorso a tecniche di

⁵⁶ C'era una volta la famiglia arcobaleno; Affetti e letture in Corriere della Sera, Maggio 2011

⁵⁷ Chiara Bertone, *[Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali] Dilemmi e responsabilità della ricerca*, in *Cambio, Rivista sulle trasformazioni sociali*, Anno V, Numero 9/Giugno 2015 (DOI: 10.1400/234055)

⁵⁸ Anna Maria Speranza, *I ragazzi stanno bene, nonostante le controversie ideologiche*, *Giornale italiano di psicologia*, Fascicolo 1-2, marzo-maggio 2016 (DOI: 10.1421/83636)

procreazione medicalmente assistita in Paesi che lo consentono. Il successivo passaggio, constatata l'ampiezza della nozione di famiglia, sarà poi quello di affrontare la relazione tra genitorialità e omosessualità. Se è vero che l'omogenitorialità è solo uno dei vari modi in cui può declinarsi il concetto di famiglia, ne consegue la necessità di dover considerare se questo nucleo possa o meno completarsi con la presenza di figli. Procediamo per gradi.

L'articolo 29 della Costituzione italiana, e più precisamente al suo primo comma recita così: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Nei codici civili del 1865 e del 1942 non si trovava alcuna disposizione che si riferisse esclusivamente alla famiglia intesa come fenomeno unitario e che ne desse una definizione sintetica. I codici, infatti, avevano disciplinato singoli istituti e singole specie di rapporti familiari, senza mai definire o disciplinare il gruppo considerato nel suo insieme. I nodi concettuali che toccano la questione dell'omogenitorialità all'interno della norma considerata sono i seguenti: cosa sia la «famiglia come società naturale» e, non meno importante, se il matrimonio sia l'unico possibile fondamento per ogni formazione sociale che possa dirsi a pieno titolo familiare⁵⁹.

L'espressione *società naturale* è il risultato di un compromesso raggiunto dai componenti dell'Assemblea costituente, frutto di idee politiche che contrapponevano, da un lato, la democrazia cristiana, e dall'altro, il partito comunista. L'articolo 29 della Carta costituzionale è uno degli argomenti maggiormente utilizzati quando si parla di famiglia e di omogenitorialità. Tuttavia, non sempre si tiene conto del background storico che si cela dietro questa norma, vale a dire il fatto che essa non derivi dalla lunghissima riflessione e dalle estenuanti discussioni dei costituenti in merito alla famiglia, ma dalle sole due questioni politiche allora rilevanti:

- Bisogna introdurre il divieto di divorzio nella Costituzione?

⁵⁹ Michele Saporiti, *Omogenitorialità, famiglia e mero pregiudizio*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Fascicolo 1, giugno 2014 (DOI: 10.1415/76463)

- I comunisti possono legittimamente rappresentare anche l'elettorato cattolico?⁶⁰

L'Assemblea non intendeva veramente esprimersi sull'articolo 29 così come lo leggiamo oggi. Si trattava infatti solo di votare in favore o contro una parte di esso, o meglio, solo rispetto alla parola: «indissolubilità» del matrimonio, non comparando in origine nella stessa proposizione matrimonio e famiglia.

Constatata la relatività di questo articolo, si rende opportuno evidenziare le varie teorie accolte dalla dottrina in merito all'espressione "società naturale". Da un lato si colloca chi sostiene che vi sia un chiaro rimando al diritto naturale, dimostrazione della preesistenza della famiglia rispetto all'ordinamento positivo dello Stato e della difficoltà di penetrazione delle norme di legge nello svolgimento delle relazioni familiari.

E da questa visione risultano modelli concettuali che tendono in primo luogo a presentare l'ordinamento familiare come ambito di direttive trascendenti, e comunque astratte da qualsiasi reale evoluzione storica dei rapporti⁶¹. Dall'altro lato, invece, c'è chi sostiene la necessità di agganciare al tema famiglia i caratteri di relatività e di storicità, che trovano conferma anche in altri indici positivi della Costituzione, ai quali è opportuno richiamarsi per illuminare il contenuto dell'art. 29. *Tra questi, l'art. 2 nel quale si esprime la garanzia per le formazioni sociali all'interno delle quali si svolge la personalità dell'individuo e nel cui catalogo si ritiene che possa essere inserita anche la famiglia: in esso sarebbe contenuta l'autentica norma di principio dell'intero ordinamento giuridico della famiglia*⁶².

La terza e ulteriore interpretazione opta per una soluzione che si colloca a metà strada tra le prime due indicate: l'espressione indica in modo più elementare l'indicazione di una priorità della famiglia

⁶⁰Vittorio Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente* in *Storicamente*, 6 (2010) (DOI: 10.1473/stor70)

⁶¹ Michele Saporiti, *Omogenitorialità, famiglia e mero pregiudizio*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Fascicolo 1, giugno 2014 (DOI: 10.1415/76463)

⁶² *Ibidem*

rispetto all'organizzazione della società nello Stato ed è volta a rispettarne l'autonomia e l'ordine interno contro le tentazioni autoritarie d'interventi esterni. La formula, inoltre, non può giustificare il rinvio a valutazioni estranee al nostro diritto positivo, ma contestualmente non esclude in assoluto una rimessione della disciplina ad ordinamenti esterni allo Stato, radicati nella religione o nel costume o nelle particolari tradizioni di gruppi o di luoghi.

L'idea di società naturale compare nell'opera *Du contrat social* di Rousseau con cui apre il secondo capitolo del primo libro con la seguente affermazione: «*La plus ancienne de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille*». Quello del filosofo francese si impone come paradigma eteronormativo che continua ad avere un'eco ancora ai nostri giorni, ponendosi a fondamento di norme morali, sociali e giuridiche che hanno ad oggetto la famiglia, il quale postula l'esistenza di un solo orientamento sessuale corretto (quello eterosessuale), nonché la coincidenza tra sesso biologico e genere.

Ancorare questa espressione alla filosofia del diritto naturale è, però, in un certo senso pericoloso, poiché si rischia di cristallizzare un concetto che di per sé è in continua evoluzione ed è esposto ai cambiamenti della società. Significativo in questo senso è il percorso argomentativo seguito dall'esponente democristiano Aldo Moro durante l'adunanza plenaria della Commissione dei 75 tenutasi il 15 gennaio 1947 in cui prende le mosse dalla precisazione che l'aggettivo «naturale» riferito a famiglia non ha valenza biologica in senso stretto: la famiglia naturale è costruita nell'ambito di una *vincolatività di ordine razionale ed etico*⁶³.

⁶³ Il leader della DC in quella circostanza si è espresso in questi termini: «*La famiglia è una società naturale. Che cosa significa questa espressione? Escluso che qui "naturale" abbia un significato zoologico o animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto, non si vuole dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma appunto un ordinamento giuridico e quindi qui "naturale" sta per "razionale". Quando si afferma che la famiglia è una società naturale si intende qualcosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare. Vi è naturalmente un potere legiferante dello Stato che opera anche in materia familiare; ma questo potere ha un limite precisamente in questa natura sociale e naturale della famiglia.*

In ogni caso, a prescindere dalle considerazioni storico-filosofiche, sembra chiaro che l'articolo 29 della Costituzione non intenda equiparare la famiglia naturale al concetto di complementarietà biologica, né lascia spazio alla conclusione azzardata, spesso utilizzata nei dibattiti politici, secondo cui sarebbe “contro natura” tutto ciò che non è suscumbibile nel parametro del *naturalmente* eterosessuale.

Più che di natura/naturalità, ossia l'insieme di dati immediati, fisici, sensibili, appartenenti a istanze ritenute scontate e ovvie, sarebbe corretto parlare di naturalizzazione, ossia la *trascrizione socio-culturale dei dati immediati, fisici e sensibili stessi entro un ambito di attribuzione di significati prodotti da una determinata cultura o ideologia*⁶⁴. Paradossalmente *non vi è nulla di meno naturale della famiglia*, essendo la società a dettare, in base al momento storico e al contesto culturale, determinati canoni e le norme a legittimarli⁶⁵.

Quando si parla di famiglia, o più correttamente di modelli familiari, bisogna abbandonare la pretesa di inquadrare l'istituto giuridico in griglie prestabilite che si caricano di significati etici e valoriali. Non può non tenersi conto dell'aspetto dinamico della nozione in sé da collocarsi su uno scenario variegato come quello della società. La tendenza ad inglobare il concetto di famiglia in quel vulnus, quasi rassicurante, di eterosessualità, limita inevitabilmente la visione del giurista, che è chiamato a confrontarsi ed interagire con i casi di specie offerti dalla realtà.

Per constatare quanto sia scorretta qualsiasi prospettiva esclusivista che si vuole far discendere dall'articolo 29 della Costituzione, secondo cui l'aggettivo naturale assumerebbe una valenza esclusivamente di complementarietà biologica, è sufficiente esaminare alcune norme che dimostrano quanto questa visione non corrisponda al vero.

⁶⁴ Alessandro Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?* in *Questione Giustizia* 2/2019

⁶⁵ Chiara Saraceno, *Coppie e Famiglie. Non è una questione di natura*. (Milano: Feltrinelli, 2016)

Si pensi, a titolo esemplificativo, che nel codice civile la parola «famiglia» si riferisce per lo più alla famiglia nucleare, formata da una coppia di coniugi con eventuali figli: così in alcuni articoli che menzionano «l'interesse» e «i bisogni della famiglia» (art. 143, 186, lett. C) c.c.), «la vita familiare» e «la residenza della famiglia» (art. 144 c.c.), «le esigenze dell'unità e della vita della famiglia» (art. 145). Ma già l'art. 230 bis, III co., c.c., attribuisce la qualifica di «familiare» ad una cerchia più allargata di soggetti: coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo; o ancora, l'art. 1023 c.c., che, nel regolare i diritti di uso e di abitazione, comprende nella famiglia anche i figli naturali, ed anche «le persone che convivono con il titolare del diritto per prestare a lui o alla sua famiglia i loro servizi». Ancora, nel 2004 la legge istitutiva dell'amministratore di sostegno (n. 6 del 9 gennaio 2004) ha modificato nel suo art. 5 una disposizione del codice civile (art. 417), inserendo tra i soggetti che possono proporre l'istanza di inabilitazione e interdizione e, da ultimo, il ricorso per l'istituzione dell'amministratore di sostegno, «la persona stabilmente convivente⁶⁶».

La famiglia, o meglio, le famiglie sono innanzitutto formazioni sociali da collocare nell'ambito di quell'ordinamento ad impronta personalista nato con la Costituzione del 1948, il cui articolo 2 così recita: *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”* e la famiglia è senza dubbio una *species* del più ampio *genus* delle formazioni sociali. È alla luce di questo parametro, o per così dire coefficiente (formazione sociale), che deve essere misurata la famiglia, considerandone le variabili che si possono avere.

Giunti alla conclusione, o almeno così appare opportuno concludere, che famiglia sia sinonimo di costruito complesso, prima di chiedersi, come accennato all'inizio di questo paragrafo, se questo nucleo possa o meno completarsi con la presenza di figli, bisogna effettuare un passaggio intermedio:

⁶⁶ Ibidem

il matrimonio è l'unico possibile fondamento per ogni formazione sociale che possa dirsi a pieno titolo familiare⁶⁷?

Chi scrive non ha intenzione di trattare in questo elaborato i matrimoni di persone dello stesso sesso, non ammessi in Italia neppure dalla Legge Cirinnà, ma porsi questa domanda significa ricollegarsi al tema della omogenitorialità: l'articolo 29 rimanda alla famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio e riconosce a questa formazione privilegi non invece ammessi per legami stabili, non consacrati dal vincolo del matrimonio.

Tale scelta del legislatore rientra nella facoltà della sua piena discrezionalità e, pertanto, incontestabile a prima vista, ma se da questa norma si deve far discendere l'assunto per cui la famiglia coniugale sia la sede esclusiva in cui poter crescere figli, perché l'unica ad essere stata tipizzata dai nostri costituenti, allora si cade in errore: le riforme del diritto di famiglia, e in particolar modo quella sulla filiazione, lo dimostrano. Figli nati fuori e nel matrimonio sono meritevoli del medesimo trattamento economico e sociale, così come il convivente more uxorio è molto spesso equiparato al coniuge nelle norme del codice civile.

La suddetta chiarificazione si rende necessaria alla luce dell'evoluzione del contesto sociale che, da un lato vede mutare i "classici" modelli familiari, dall'altro, però, continuano ad essere ancorati alla "tradizione" e allo stereotipo dell'eteronormatività. In tal senso è significativa la sentenza n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale, che si intende analizzare nell'immediato.

⁶⁷ Ibidem

2.2 La sentenza 138/2010

Il matrimonio è l'unico possibile fondamento per ogni formazione sociale che possa dirsi a pieno titolo familiare? Questo è l'interrogativo che ci si è posti nel paragrafo precedente, quale passaggio intermedio nell'iter logico sopra designato, passando poi all'analisi di famiglie omosessuali con figli.

La prospettiva da cui ci muoviamo è proprio quella della sentenza 138 del 2010 con cui la Corte Costituzionale ha affrontato e deciso la questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina del matrimonio con riguardo alla esclusione dallo stesso delle coppie omosessuali. Ciò che preme sottolineare in questa sede, con riferimento alla suddetta sentenza della Consulta, è, per richiamare un concetto di derivazione civilistica, se esistano degli elementi "costitutivi" della famiglia e quali realtà sociali possono esservi ricomprese⁶⁸.

La Corte costituzionale ha riconosciuto la rilevanza costituzionale delle unioni omosessuali, poiché si è di fonte ad una delle «formazioni sociali»⁶⁹ di cui parla l'articolo 2 della Costituzione. Da questa constatazione la Corte trae una conclusione importante: alle persone dello stesso sesso unite da una convivenza stabile «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

Tuttavia, a giudizio della Corte, il loro riconoscimento come formazioni sociali e il relativo connesso obbligo di una tutela giuridica non rende "costituzionalmente obbligata" la scelta di equiparare tali unioni al matrimonio. In altre parole, la tutela imposta dal principio personalistico non deve necessariamente realizzarsi estendendo la disciplina civilistica alle unioni suddette, ben potendo esplicarsi anche sotto altre forme, la cui definizione è rimessa alla valutazione discrezionale del

⁶⁸ Daria Perrone, *Corte Costituzionale, ordinanza 220/2010* in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁶⁹ La Corte ha precisato: "Nell'ambito di tale nozione (formazione sociale), rientra anche l'unione omosessuale, intesa quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, specificando che per "formazione sociale" ex art. 2 Cost. deve intendersi "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico".

legislatore. Spetta al parlamento individuare le forme di tutela e di riconoscimento più appropriate all'interno del proprio ordinamento, "nei tempi, nei modi e nei limiti" che riterrà più opportuni, nell'esercizio della sua piena discrezionalità.

Nel caso di specie, la questione era stata previamente affrontata dal giudice a quo del Tribunale di Venezia, chiamato a pronunciare in un giudizio promosso dai signori G. M. ed S. G., entrambi di sesso maschile, in opposizione, ai sensi dell'art. 98 di detto codice, avverso l'atto del 3 luglio 2008, col quale l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta. Il funzionario, infatti, aveva ritenuto illegittima la pubblicazione, perché in contrasto con la normativa vigente, costituzionale e ordinaria, in quanto l'istituto del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano sarebbe inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi.

Il rimettente prosegue osservando che, sulla base di alcune argomentazioni, in particolare quella secondo cui nel nostro ordinamento non esisterebbe una nozione di matrimonio, né un divieto espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso, gli istanti hanno chiesto al Tribunale, in via principale, di ordinare all'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia di procedere alla pubblicazione del matrimonio; in via subordinata, di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ., in riferimento agli artt. 2, 3, 10, secondo comma, 13 e 29 Cost.

Due sono le principali motivazioni sostenute dal giudice a quo. Da un lato, si argomenta che «pur non esistendo una norma definitoria espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso. Se è vero che il codice civile non indica espressamente la differenza di sesso tra i requisiti per contrarre matrimonio, diverse sue norme, fra cui quelle menzionate nel ricorso e sospettate d'incostituzionalità, si riferiscono al marito e alla moglie come "attori" della celebrazione (artt. 107 e 108), protagonisti del rapporto coniugale (artt. 143 e ss.) e autori della generazione (artt. 231 e ss.)».

Dunque, operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), «a fronte di una consolidata nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna».

Dall'altro, però, prosegue il rimettente, «non si può ignorare il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale e al contestuale sorgere spontaneo di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali».

Le argomentazioni del giudice a quo sono sicuramente lungimiranti se si considera che il primo parametro, alla luce del quale è considerata la questione, è proprio l'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, non soltanto nella sua sfera individuale ma anche, e forse soprattutto, nella sua sfera sociale, cioè «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», delle quali la famiglia deve essere considerata la prima e fondamentale espressione. Il corollario di questa tesi è chiaro: la libertà di sposarsi o di non sposarsi, e di scegliere il coniuge autonomamente, riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità, sicché si risolve in una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, se non sussistono interessi prevalenti incompatibili, nella fattispecie non ravvisabili.

I parametri costituzionali a cui fa riferimento il rimettente sono principalmente due, vale a dire l'articolo 3, l'articolo 29 e l'articolo 117, primo comma, della Costituzione. In relazione al primo, poiché il diritto di contrarre matrimonio è un momento essenziale di espressione della dignità umana, esso deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali, come l'orientamento sessuale, con conseguente obbligo per lo Stato d'intervenire in caso d'impedimenti al relativo esercizio. Per quanto concerne il secondo profilo, egli osserva che il

significato della norma non è quello di riconoscere il fondamento della famiglia in una sorta di “diritto naturale”, bensì quello di affermare la preesistenza e l’autonomia della famiglia rispetto allo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale, come emerge dagli atti relativi al dibattito svolto in seno all’Assemblea costituente, nel ricordo degli abusi in precedenza compiuti a difesa di una certa tipologia di famiglia.

Infine, il rimettente richiama l’art. 117, primo comma, Cost., che impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Richiama al riguardo, quali norme interposte, gli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In particolare, con riferimento all’art. 8, la Corte europea dei diritti dell’uomo avrebbe accolto una nozione di “vita privata” e di tutela dell’identità personale non limitata alla sfera individuale bensì estesa alla vita di relazione, arrivando a configurare un dovere di positivo intervento degli Stati per rimediare alle lacune suscettibili d’impedire la piena realizzazione personale.

In conclusione, sarebbero prive di fondamento, quindi, le tesi che giustificano l’implicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso ricorrendo ad argomenti correlati alla capacità procreativa della coppia ed alla tutela della procreazione. Al riguardo, sarebbe sufficiente sottolineare che la Costituzione e il diritto civile non prevedono la capacità di avere figli come condizione per contrarre matrimonio, ovvero l’assenza di tale capacità come condizione d’invalidità o causa di scioglimento del matrimonio, sicché quest’ultimo e la filiazione sarebbero istituti nettamente distinti.

La decisione della Corte ha diviso il dispositivo in una dichiarazione di infondatezza, rispetto agli artt. 3 e 29 Cost. ed in una di inammissibilità, in riferimento agli artt. 2 e 117, 1° co., Cost.

In particolare, per quel che concerne l’articolo 2, la Corte ha dichiarato l’inammissibilità della questione, in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva “non costituzionalmente obbligata”.

La tutela imposta dal principio personalistico non deve necessariamente realizzarsi estendendo la disciplina civilistica alle unioni suddette, ben potendo esplicitarsi anche sotto altre forme, la cui

definizione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore, restando ferma per la Corte la possibilità d'intervenire episodicamente attraverso il controllo di ragionevolezza, allorquando, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale.

In secondo luogo, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione, in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva "non costituzionalmente obbligata" anche con riferimento all'art. 117, 1° co., Cost., quale norma interposta rispetto a numerosi principi comunitari tra cui l'art 12 della Cedu secondo cui *"uomini e donne in età matrimoniale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto"*. Si osserva, dunque, che anche dall'analisi della normativa CEDU, trova conferma la soluzione per cui la concessione dello status matrimoniale alle unioni omosessuali non sia né impedita, né d'altra parte obbligata.

Per quel che concerne gli artt. 3 e 29 Cost., la Corte ha dichiarato l'infondatezza nel merito della questione. Gli orientamenti presenti in dottrina, in relazione alla nozione di "famiglia" sono principalmente due.

Secondo il primo, sostenuto anche dai giudici rimettenti, si dovrebbe preferire un'interpretazione di tipo storicistico dell'art. 29 Cost, non potendo non considerare la flessibilità del concetto in esame alla luce dei cambiamenti sociali ed evolutivi con riferimento alle abitudini e ai costumi.

Secondo un altro orientamento, invece, l'interpretazione dell'art. 29 Cost. non potrebbe comunque intaccare il cd. *nucleo duro* indisponibile della norma, costitutivo del modello costituzionale di famiglia. In altre parole, pur riconoscendo gli indubbi vantaggi di un'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale e concordando sul fatto che l'istituto familiare non possa essere cristallizzato unicamente intorno al modello tradizionale monogamico, eterosessuale e potenzialmente aperto alla procreazione, esisterebbero comunque dei limiti insormontabili non superabili in via ermeneutica,

oltre i quali non sarebbe nemmeno possibile parlare di una semplice “rilettura” evolutiva, quanto piuttosto di una vera e propria “interpretazione creatrice”⁷⁰.

La Corte costituzionale ha aderito proprio a questo secondo indirizzo, specificando che il nucleo duro della norma, ossia i cd. elementi costitutivi del concetto di famiglia, sono definibili attraverso il ricorso alla tradizione, al radicamento nel tessuto sociale, nonché al richiamo alla volontà storica dei costituenti. Questi ultimi, stando a quanto osservato dalla Consulta, avrebbero attribuito all’eterosessualità il requisito necessario ed imprescindibile affinché potesse parlarsi di famiglia ai sensi dell’art. 29 Cost., e, quindi, non superabile in via interpretativa perché finirebbe con l’attribuire al principio costituzionale un significato nemmeno preso in considerazione al momento della sua formulazione.

La sentenza in esame ha avuto una portata significativa all’interno del nostro ordinamento, che pur essendo a conoscenza di quelle istanze sociali che hanno poi assunto la veste dei *nuovi diritti*, mai si era trovato nella condizione così “schacciante” di non potere, forse ancora una volta, declinare l’invito.

Ecco, allora, che i giudici costituzionali hanno interpretato la questione sollevata, approfittando, come molti hanno fatto notare, per “crearne” una nuova: la Corte, dopo aver dato la definizione di formazione sociale, inserisce in quest’ultima anche le unioni omosessuali, dando per evidente l’inclusione.

Il nodo concettuale che preme maggiormente sottolineare in questa sentenza, ai fini della nostra analisi, è come la Corte si pone dinanzi alle nozioni di famiglia e, di riflesso, al matrimonio. Nel procedere nelle proprie argomentazioni, la Consulta afferma dapprima che le stesse non possono ritenersi “cristallizzate” con riferimento al momento dell’approvazione della Carta costituzionale, in quanto dotate “della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretate tenendo

⁷⁰ Ibidem

conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi", salvo poi precisare che esiste un nucleo della norma (e delle nozioni) che non può essere inciso, cosa che avverrebbe qualora si intendesse includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo nel momento in cui la Costituzione fu emanata⁷¹.

La duttilità dei concetti costituzionali non può giungere, a detta della Corte, sino a negarne il nucleo, dato da ciò che i costituenti avevano in mente quando li discussero e scrissero: con riferimento all'art. 29 Cost, il nucleo è dato dal matrimonio tra uomo e donna.

La Corte cost. impiega il suddetto argomento *originalista*, per limitare le possibilità creative degli interpreti della costituzione: una lettura dell'art. 29 impositiva del riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali è giustamente preclusa ai giudici costituzionali, così come a qualsiasi altro giudice ordinario del nostro ordinamento. Tuttavia, dimostrato che i costituenti pensarono e vollero disciplinare esclusivamente il matrimonio eterosessuale, non ne discende, insomma, che al legislatore resti preclusa la possibilità di estendere tale disciplina al matrimonio omosessuale.

Il punto della sentenza maggiormente critico e che si vuole sottolineare è proprio il seguente. Motivata la non illegittimità costituzionale della disciplina codicistica sotto il profilo della sua conformità all'art. 29 Cost, la Corte passa ad analizzarne la compatibilità con l'art. 3, con riguardo alla ragionevolezza della differenza di regime che essa implicitamente traccia tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali quanto alla possibilità di unirsi in matrimonio. È a questo punto che la Corte dichiara che «la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». L'affermazione resta così: sospesa, da nulla sorretta⁷².

⁷¹ Roberto Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, rivista AIC n. 3/2011

⁷² Ibidem

Resta da chiarire se l'affermazione priva di motivazione sia stata dalla Corte pronunciata al solo fine di sostenere che è ragionevole il trattamento differenziato posto in essere dal legislatore del 1942, senza con ciò nulla precludere al legislatore futuro (e dunque «non possono» ha valenza descrittiva); oppure se sia stata pronunciata anche e soprattutto al fine di porre un vincolo negativo al legislatore di domani, al quale, «nei tempi, nei modi e nei limiti» con cui vorrà dare un riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali, sarà comunque impedita, la possibilità di spingersi sino a riconoscere loro il diritto di sposarsi (e dunque «non possono» ha valenza normativa), perché costituzionalmente illegittima⁷³.

Da un lato, la Corte sembra non escludere la possibilità di una equiparazione affermando, a proposito dell'articolo 9 della Carta di Nizza, che l'interpretazione del dettato normativo non impone, ma neanche preclude l'estensione della disciplina matrimoniale alle coppie omosessuali, essendo una scelta operata a discrezione del Parlamento⁷⁴.

Ma cosa deve leggersi, allora, tra le righe della Consulta? Alcuni studiosi⁷⁵ hanno fatto notare che la Corte, anche se non osa affermarlo espressamente, considera il paradigma eterosessuale del matrimonio un dato sociale, un dato storico, una istituzione, diritto non scritto, un dato normativo oggettivo, con cui sia l'interprete che il legislatore devono confrontarsi.

Da alcuni, forse, potrebbe essere considerata una conclusione piuttosto drastica, ma se si guarda all'interpretazione che viene data dell'articolo 29, non si può negare che questa sia fondata su argomenti di tipo ideologico, religioso, costumi, tradizioni, usanze: certo tramandati nel tempo. Per avallare la tesi del paradigma eterosessuale che l'articolo suddetto incorpora, la Corte afferma che

⁷³ Ibidem

⁷⁴ Nella sentenza 138/2010, a tal proposito la Corte osserva, a proposito dell'articolo 9 della Carta di Nizza che: *“L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Pertanto, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento”*.

⁷⁵ Ilenia Massa Pinto, Chiara Tripodina, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010* in www.rivisteweb.it

nel senso sopra descritto si orienterebbe anche il secondo comma dell'articolo 29, volendosi attribuire alla donna la stessa dignità dell'uomo, anche in un rapporto coniugale⁷⁶.

Ora, vero è che i padri costituenti all'epoca non avevano in mente il matrimonio omosessuale durante la stesura dell'articolo in esame così come risulta dai lavori preparatori⁷⁷, essendo impegnati maggiormente ad attribuire ad esso un significato politico che non compromettesse i voti di quelle elezioni che contrapponevano due partiti storici del nostro Paese.

D'altro canto, vero è anche che il secondo comma parla di "coniugi". Ciò rende possibile e legittimo, leggerlo nel senso che, nella coppia unita in matrimonio, la Costituzione vuole i coniugi sullo stesso piano. E questa disposizione ha valenza giuridica in sé: quale che sia il sesso o la preferenza sessuale delle due persone che si vincolano in coniugio. Vale dunque, senza alcun dubbio, anche nel caso della coppia dello stesso sesso: all'interno della quale vi possono essere, così come in quella eterosessuale, ruoli e posizioni diverse⁷⁸. Dunque, la domanda sorge spontanea: perché mai ritenere che il comma 2 implichi necessariamente il paradigma eterosessuale?

La Corte stessa, infatti, appropriandosi dell'asserzione del Tribunale veneziano che si è fatto promotore della questione afferma che la disciplina del matrimonio postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di *una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio*.

Ancora una volta, quello che emerge, a conferma del paradigma eteronormativo che la nostra società professa, è l'attaccamento alla tradizione consolidata nei millenni della storia del nostro Paese, ai pilastri del "*naturalmente naturale*". E gli argomenti che la Consulta adopera per avvalorare la propria tesi sono differenti, ma tutti con un denominatore comune: il dato sociale.

⁷⁶ La Corte nella sentenza in esame afferma che: "*In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale*"

⁷⁷ Argomento approfondito nel paragrafo 2.3

⁷⁸ Carlo Fusaro, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale* in R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio* (Torino: Giappichelli), 2010

La Corte, ad esempio, sostiene che tale *consolidata e ultramillenaria* nozione di matrimonio è suffragata dalle ricostruzioni dogmatiche della dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l'identità di sesso sia causa d'inesistenza del matrimonio. Ancora, la Corte disattende l'impostazione personalistica intorno alla quale ruotano le argomentazioni dei giudici a *quibus*: la Corte ragiona delle coppie omosessuali in termini di formazioni sociali, e non di diritto individuale al matrimonio. Ricorre persino all'argomento comparatistico osservando che anche molte delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni omosessuali hanno distinto le due fattispecie.

E, poi, l'argomento decisivo a proposito dell'asserzione secondo la quale «*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*», in cui l'unico elemento discriminatorio riconosciuto esplicitamente dalla Corte per distinguere le due fattispecie, peraltro in forma di puro accenno, è il riferimento che il giudice delle leggi fa alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio, quasi come per dire che da tempo immemorabile è riconosciuto come un bene il fatto che i figli crescano con due genitori di sesso diverso, ed è dunque un bene che così sia anche per il futuro⁷⁹.

In queste ultime parole che, è necessario sottolinearlo, la Corte non pronuncia, ma a cui sembra implicitamente pervenire, non c'è solo il legame con la tradizione, ma molto di più. Proprio questa argomentazione sembra legittimare un unico tipo di famiglia (intesa quella con figli), quella eterosessuale e, ulteriore discriminante tra eterosessuali e omosessuali, è che solo i primi hanno diritto a scegliere se sposarsi meno. Un'ulteriore domanda, alla luce di queste considerazioni, sorge spontanea: può un dato sociale essere interpretato come immutabile? Può il classico paradigma dell'eteronormatività continuare ad essere considerato tale in nome di un innegabile sentimento per ciò che è socialmente stereotipato?

⁷⁹ Sul rapporto tra disciplina del matrimonio e disciplina della filiazione si veda M. Manetti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. (Torino: Giappichelli), 2010

Giunti a questo punto, possiamo ora analizzare il terzo passaggio del nostro iter logico: il legame tra genitorialità e omosessualità. La Corte sembra essersi espressa nel senso di preferire che i figli crescano con genitori di sesso diverso, e questo sulla base del fatto che, ormai da tempo sia considerato un *bene*. Ma un bene sulla base di quale argomentazione? Non vi è, avendo analiticamente passato in rassegna la sentenza n. 138/2010, alcuna tesi a fondamento di questo dato, espressione evidentemente della comune esperienza e dello stereotipo eterosessuale.

Chiedersi se gay e lesbiche possano esercitare la genitorialità in modo valido e competente vuol dire, in realtà, domandarsi se le persone omosessuali possano svolgere tale funzione al pari degli/delle eterosessuali. Si collude, in tal modo, con l'idea che la genitorialità sia un costrutto strettamente connesso all'eterosessualità.

Non ci si chiede mai, infatti, se gli/le eterosessuali possano essere o meno dei buoni genitori, o meglio, se l'orientamento eterosessuale possa esercitare in qualche modo un'influenza negativa sulle competenze genitoriali. L'implicito è che, in termini interpretativi, debba essere esplorato il nesso tra genitorialità e omosessualità. Ma qual è la relazione tra l'esercizio della funzione genitoriale e l'orientamento omosessuale? Esiste tale relazione? E, se esiste, può essere in grado di spiegare la reciproca influenza di tali costrutti?⁸⁰.

È necessario, per rispondere a questi quesiti, adottare paradigmi di valutazione che non sfocino in *bias* di tipo pregiudizievole e che consentano di decostruire alcune strutture, date per certe ed imprescindibile.

In primis bisognerebbe partire dal presupposto che le immagini socialmente condivise dell'oggetto "famiglia" sono parte dell'insieme di riferimenti in base ai quali le persone sviluppano relazioni, fanno fronte ai problemi, strutturano ruoli e costruiscono identità personali e sociali e di fronte al

⁸⁰ Alessandro Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?* in *Questione Giustizia* 2/2019

cambiamento di questa immagine si determina inevitabilmente un impatto sul corpus tradizionale di conoscenze condivise sulla famiglia⁸¹.

In altre parole, le configurazioni dei modelli familiari sono dimensioni socialmente costruite, esiti di dispositivi culturali. Il valore attribuito alla famiglia sembra coniugarsi con la variabilità delle forme che essa può assumere. I sentimenti reciproci, le relazioni affettive, la cura dell'altro, il progetto di vita, la funzione sociale della famiglia, ma anche il suo riconoscimento istituzionale non appaiono dunque esclusivamente legati ad una specifica struttura. Tutti questi elementi possono comporsi all'interno di strutture differenti⁸².

E proprio la differenza tra forme familiari/genitoriali non deve presupporre logiche di contrapposizione con conseguente esclusione, ma possibili dinamiche di integrazione e attuabile convivenza, propugnando una *cultura delle differenze che guardi alla pluralità come valore, e non come minaccia, disordine o crisi*⁸³. In questo contesto variegato e complesso la famiglia e la genitorialità omosessuale rappresentano, rispettivamente, *una delle possibili composizioni del sistema familiare e una delle possibili espressioni della genitorialità, al pari di tutte le altre, inclusa quella basata sulla consequenzialità tra coniugalità, eterosessualità dei partner, matrimonio, generatività*⁸⁴.

Alla luce di queste considerazioni, sembra evidente che, rispondendo al primo quesito che ci si è posti poc'anzi, non esiste alcuna relazione tra la genitorialità e l'omosessualità, dal momento che l'orientamento sessuale non incide in alcun modo sulle capacità di fare il genitore.

⁸¹ Laura Fruggeri, Tiziana Mancini, Dipartimento di Psicologia - Università di Parma, *"Vecchie" e "Nuove" famiglie. Rappresentazioni e processi sociali* in www.terapiafamiliare.org

⁸² Ibidem

⁸³ Alessandro Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?* in *Questione Giustizia* 2/2019

⁸⁴ Ibidem

Entrando nel merito di tale analisi, è possibile rilevare che a definire la genitorialità, oltre alla funzione della cura, è tutto un sistema di competenze costituito da diverse sotto-funzioni. Alcuni studi⁸⁵ hanno evidenziato alcune tra le principali sotto-funzioni, tra cui:

- a) garantire le funzioni di base (nutrimento, accudimento, protezione dai pericoli), assicurando in itinere presenza, sostegno emotivo-affettivo, educazione e supporto nei processi di sviluppo;
- b) entrare in risonanza e sintonizzazione affettiva con l'altro/a, garantendo la regolazione delle emozioni;
- c) dare dei limiti, una struttura di riferimento, attraverso norme, regole e routine strutturanti;
- d) consentire al figlio/a l'interiorizzazione di positivi modelli operativi interni di sé, dell'altro e delle relazioni;
- e) garantire una funzione transgenerazionale, ossia la capacità di far sentire l'altro/a ancorato a una radice relazionale fatta di storie e narrazioni condivise e da condividere.

Secondo quali presupposti gli unici ad essere in grado di esercitare queste funzioni sarebbero i soli genitori eterosessuali? Quali sono gli elementi che riescono a dimostrare l'incapacità ad esercitare le suddette funzioni da parte di padri gay o madri lesbiche? In realtà non ci sono variabili in grado di chiarire, in modo inequivocabile, che un soggetto eterosessuale è per definizione o, perché *naturalmente* programmato, competente rispetto a tale funzione.

Se poi, ragionando per assurdo, si volesse ammettere che l'orientamento sessuale incida sul sistema psicologico individuale che sottende l'esercizio della funzione genitoriale, rimarrebbe tuttavia da dimostrare in che modo esista la correlazione tra eterosessualità e funzionalità, così come tra omosessualità e disfunzionalità, prescindendo da posizioni cariche di pregiudizio che tendono a

⁸⁵ G. Fava Vizziello, *Manuale di psicopatologia dello sviluppo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

considerare l'omosessualità stessa non come uno degli orientamenti sessuali possibili, ma come una condizione fine a se stessa, senza alcuna possibilità di prospettiva⁸⁶.

Opporsi al concetto di genitorialità omosessuale non è altro che un chiaro sintomo di “paura” e, più in generale, di rifiuto, verso tutto quello che non rientra nel paradigma eteronormativo, sulla base di una innegabile e ingiustificata propensione per quell'insieme di credenze sociali e stereotipi culturali che vedono nella diversità di sesso dei genitori l'unica possibilità di schema sociale.

L'orientamento sessuale non è, dunque, una variabile da considerare nel momento in cui si pone la questione della valutazione delle competenze genitoriali (sia eterosessuali sia omosessuali).

Se quello che preme tutelare è l'interesse del minore⁸⁷ a crescere in un ambiente e contesto idoneo, preoccupazione espressa più volte nei dibattiti politici e da chi si oppone all'ipotesi di contemplare l'esistenza di modelli familiari omogenitoriali, non si vede perché, alla luce delle precedenti considerazioni, non possano le famiglie same sex essere equiparate a quelle composte da genitori di sesso diverso.

In conclusione, lungi da chi scrive, giova ribadirlo, entrare nel merito dell'argomento (matrimonio omosessuale) poiché non è questa la sede appropriata per affrontarlo, né tantomeno lo scopo del presente elaborato. Tuttavia, l'esigenza di approfondire la sentenza 138/2010 deriva dalla necessità di comprendere come, partendo dalla suddetta pronuncia significativa in materia di nuovi diritti (riconoscimento delle unioni omosessuali), si sia giunti ad oggi, nonostante una disciplina esista (Legge sulle unioni civili), a constatare le ulteriori lacune che il nostro Legislatore non pare colmare. E quando la norma giuridica non è in grado di accogliere propriamente le istanze sociali, si rischia di

⁸⁶ Alessandro Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?* in *Questione Giustizia* 2/2019

⁸⁷ Si tratterà questo tema nel capitolo III

comprimere alcuni diritti, primo tra tutti il diritto ad essere posti nella condizione tale per cui sia possibile sviluppare la propria personalità, ma aggiungerei più nello specifico, la propria *persona*.

E questo non perché, semplicisticamente parlando, sia stato negato, almeno per ora, il matrimonio alle coppie omosessuali, ma per il fatto che, sebbene il Legislatore nel 2016 abbia deciso di esprimersi sul punto, assicurando un riconoscimento giuridico alle coppie same sex in altre forme (e ha cercato di farlo attraverso la legge 76/2016), le *vexatae questiones* sono ancora un punto debole del tema nel nostro ordinamento.

2.3 Lo stralcio della c.d. stepchild adoption dal ddl Cirinnà

Uno dei temi maggiormente dibattuti, prima dell'approvazione della L. 76/2016, è stato quello della cosiddetta *stepchild adoption*, vale a dire l'adozione del figlio del genitore naturale da parte del partner (unito civilmente o sposato). Si tratta di un istituto previsto dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983, che, tra le varie fattispecie da esso contemplate, permette anche l'adozione del figlio del coniuge, purché vi sia il consenso del genitore biologico e che l'adozione corrisponda all'interesse del figlio. Il procedimento di adozione non è automatico e si propone avanti il Tribunale per i minorenni che effettua un'indagine sulla *idoneità affettiva, la capacità educativa, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare dell'adottante*⁸⁸.

L'articolo 44 della norma poc'anzi citata, prevede quattro casi particolari in presenza dei quali i minori possono essere adottati:

- a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
- b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;

⁸⁸ Art. 57 L. 184/1983

c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;

d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Con la stepchild adoption si proponeva, nel momento in cui veniva estesa alle unioni civili buona parte della normativa matrimoniale, di estendere a queste ultime anche l'ipotesi di cui alla suindicata lettera b), non tuttavia con un mero richiamo che rendesse applicabili norme esistenti, ma con una disciplina specifica, espressamente descritta.

Le coppie etero, in quanto sposate, potevano già accedere all'istituto in questione; ma per le coppie omosessuali questa si presentava come un orizzonte nuovo che guardava alla famiglia. Si prospettava, così, la possibilità, seppure solo ed esclusivamente in casi espressamente previsti dalla legge, di adottare un figlio e riprodurre un nucleo familiare a tutti gli effetti giuridicamente riconosciuto dall'ordinamento.

L'intenzione del disegno di legge⁸⁹ era piuttosto evidente: introdurre una disciplina che legittimasse le coppie omosessuali di poter vivere la propria genitorialità, qualora vi fossero stati i presupposti, rispondendo soprattutto all'esigenza di riconoscere al genitore sociale non solo un ruolo di fatto, ma anche propriamente di diritto. Le coppie etero ricorrevano a questo istituto in caso di premorienza o mancato riconoscimento del figlio da parte dell'altro genitore biologico, per le altre la norma avrebbe potuto costituire definitivamente un modo per pervenire ad un rapporto di filiazione di coppia in caso di fecondazione assistita effettuata all'estero in violazione dei divieti italiani. Si noti oltre tutto che, in queste ipotesi, non vi sarebbe stato alcun altro genitore cui richiedere l'assenso⁹⁰.

⁸⁹ Ddl Cirinnà nella sua versione originaria, prima di essere poi emendato e divenuto L. 76/2016

⁹⁰ Per l'adozione, oltre al consenso dell'adottante e dell'adottando, si richiede l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. La norma distingue tra le ipotesi in cui i genitori dell'adottando esercitano la potestà (ora responsabilità) ed il coniuge sia convivente ed i casi in cui non vi sia esercizio della potestà o convivenza oppure coloro che dovrebbero esprimere l'assenso siano incapaci o irreperibili. Solo nella seconda situazione la mancanza di assenso è superabile con un provvedimento del tribunale. Il rifiuto di genitori esercenti la responsabilità e coniuge convivente non è pertanto rimuovibile. Alcune pronunce giurisprudenziali hanno però affermato che la mancanza di esercizio della potestà non

Trattasi di un'adozione particolare proprio perché costituisce un'eccezione rispetto alle altre forme di adozione dei minori e, pertanto, le relative norme non possono essere applicate al di fuori dei casi espressamente previsti. I minori adottati con tale tipo di adozione non devono interrompere i rapporti con la famiglia d'origine e continuano ad avere, in relazione alla stessa, diritti e doveri. In particolar modo, si deve specificare che per l'adozione del minore, ex art. 44, non è richiesta la sussistenza di uno stato di abbandono: il fanciullo può essere adottato anche in assenza di una dichiarazione di adottabilità ed in mancanza dei presupposti che la giustificano. Se l'adozione in casi particolari non richiede la sussistenza di uno stato di completo abbandono, essa tuttavia si fonda sul presupposto che il minore si trovi in una condizione che renda opportuna l'adozione stessa, nelle varie, e diverse tra loro, ipotesi regolate dalle lettere a, b, c, d, di cui al primo comma dell'art. 44.

L'adozione in esame presenta delle differenze rispetto a quella ordinaria: in primis, essa è revocabile; inoltre, ha effetti limitati, non essendo il rapporto esteso anche ai parenti dell'adottante.

Il testo originario della legge sulle unioni civili, oltre a prevedere, per il contraente civile, la possibilità di adottare, nelle forme dell'adozione in casi particolari, i figli del partner, stabiliva altresì, con il comma 4 dell'art. 3, che alle unioni civili non si applicasse il titolo II della legge 4 maggio 1983, n. 184 (l'esclusione, pertanto, non riguardava né il titolo III, Adozione internazionale, né il titolo IV, Adozione in casi particolari), escludendo così la sola adozione "piena".

Dopo lo stralcio della stepchild adoption, l'esclusione di cui al comma 20 è divenuta più ampia, senza alcuna esclusione. Si legge infatti quanto segue: "Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", da leggersi in relazione all'adozione che non avvenga in favore di coppie, ma di singoli⁹¹.

corrisponda necessariamente ad una situazione giuridica, vale a dire ad un pregresso provvedimento ex art. 330 cod. civ., ma possa consistere in una situazione di fatto.

⁹¹ Non manca, peraltro, chi ritiene che l'inciso stia a significare che l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), legge n. 184 del 1983 è oggi applicabile anche in favore dei componenti di un'unione civile. Si veda in A. Scaletta, *Stepchild adoption: arriva anche il sì della Cassazione*, su Ilquotidianogiuridico.it (23 giugno 2016)

Il riferimento è pertanto all'art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184, non al suo comma b) (oggetto di discussione per stepchild adoption), ma ai commi a), c) e d) e all'adozione di maggiorenni, regolata dagli articoli 291 e seguenti del codice civile. Trattandosi di adozioni possibili per i singoli, non vi è dubbio che possano essere attuate anche da componenti delle unioni civili, in quanto i contraenti di esse certamente non perdono, per effetto dell'unione, i diritti che competono in qualità di cittadini.

Il problema si pone per il caso in cui entrambi i componenti della coppia chiedano di adottare la stessa persona e che, quindi, tale adozione rientri nel più ampio progetto genitoriale. Il legislatore esclude chiaramente la possibilità per le coppie omosessuali di procedere all'adozione, avendo la premura di specificarlo al comma 20 dell'articolo 1 della L. 76/2016⁹².

Nel caso previsto dalla lettera b) dell'articolo 44, ossia la fattispecie che interessa in questa sede, il minore ha un solo genitore, che può essere anche adottivo. La norma diviene applicabile ove il genitore superstite abbia contratto matrimonio con una terza persona, la quale desideri adottare il minore. Presupposto dell'adozione resta la realizzazione dell'interesse dell'adottando, da valutare in concreto.

Dunque, analizzando la norma, ci si trova dinanzi ad un problema interpretativo, da cui, ancora una volta, scaturiscono lacune che saranno poi rimesse alla giurisprudenza. Dalla lettera b) si deduce chiaramente che, presupposto per ricorrere all'adozione particolare, sia il matrimonio: uno dei due coniugi può adottare il figlio dell'altro, qualora vi sia il suo consenso. È noto, però, che il legislatore abbia esplicitamente escluso, almeno fino ad oggi, l'equiparazione tra matrimonio e unioni civili, precludendo così la stepchild adoption alle coppie omosessuali unite civilmente. Questa conclusione svuota di significato l'ultimo inciso del comma 20, in quanto, come detto, esso sarebbe del tutto

⁹² «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 l. 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti »

pleonastico se volesse affermare che i componenti dell'unione civile possono, in quanto singoli, adottare nei casi in cui i singoli possono farlo⁹³.

In tale prospettiva, ci si è chiesti perché la Corte di Cassazione nella sentenza, che analizzeremo a breve, con cui è approdata alla stepchild adoption non abbia sollevato una questione di legittimità dell'articolo 44 lettera b) in relazione all'articolo 3 della Costituzione, escludendo la possibilità per il partner della coppia omosessuale, ma non per il coniuge, di adottare il figlio dell'altro. I giudici di legittimità, come si dirà in seguito, hanno invece preferito soffermarsi sul *limen* del significato dell'espressione "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" di cui all'articolo 44 lettera d).

La stepchild adoption è senza dubbio uno dei temi maggiormente esplicativi di come si atteggi il *genus* diritto rispetto alla *species* biodiritto⁹⁴. Nel volume *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, alla voce *biodiritto* si legge che essa è «è identificabile nella ricerca orientata alla elaborazione e giustificazione di regole per disciplinare i comportamenti umani a livello sociale, nel contesto dell'avanzamento inarrestabile delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche, in biologia e medicina⁹⁵».

Il biodiritto si colloca, ad oggi, in quella che Paolo Grossi nella sua opera *Ritorno al diritto* definiva come "complessità del diritto" in cui «la fonte autoritaria della legge è solo uno dei molti canali di produzione giuridica» e che testimonia come siano «definitivamente crollate le muraglie impenetrabili erette tra il mondo dei fatti e quello del diritto», con la conseguenza che «la linearità del vecchio paesaggio giuridico diventa confusa, complicata, se vogliamo anche disordinata⁹⁶».

⁹³Roberto Baiocco e altri, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, (Milano: Cedam), 2018

⁹⁴Attilio Pisanò, *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma bio-giuridico nel percorso verso la legge Cirinnà/Oliari*, Il Mulino-Rivisteweb, Aprile 2017

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Ibidem

Il mondo dei fatti e quello del diritto, per citare l'espressione di Grossi, è un binomio attraverso cui si articola il dialogo tra il Legislatore, da un lato, e la giurisprudenza, dall'altro. Il primo cerca di inserire in una cornice normativa quello che gli individui manifestano a titolo di esigenza, assicurandone, così, un riconoscimento giuridico. Tuttavia, come spesso accade, la pretesa di disciplinare in toto un fenomeno sociale, non sempre riesce ad essere esauriente e, direi, soddisfacente.

Spesso, è proprio la norma che, quasi paradossalmente, tende a soffocare, invece che dar voce, a determinati bisogni, alcuni dei quali oggi vengono inseriti nel novero dei "nuovi" diritti. Fermo restando che *nuovo* presuppone un *solito, tradizionale* e che, quindi, l'espressione apparirebbe poco corretta, perché di per sé già stereotipata, bisognerebbe maturare la consapevolezza di non poter racchiudere in una legge una determinata realtà.

Si assiste così ad una *orizzontalità del diritto*, citando le parole di Tommaso Greco, inteso come spostamento dall'elemento della validità formale a quello della fattualità, recupero delle altre fonti del diritto, ma soprattutto consiste «nello spazio teorico e pratico guadagnato dalla interpretazione e dagli interpreti», il quale disegna un nuovo panorama che «richiede attività che non sono meramente esegetiche, ma autenticamente interpretative⁹⁷»

Lungi da chi scrive sminuire il ruolo del Legislatore, né tantomeno la "sacralità" della norma stessa; anzi, proprio nell'intento di valorizzarla, si vuole sottolinearne l'essenza: la legge è il prodotto di un dialogo che si rende necessario tra Corti e Parlamento e, quindi, tra istanze sociali e norme⁹⁸. La legge è strumento imprescindibile per regolare i fenomeni, ma non autosufficiente, dovendo essa interagire con le "dinamiche umane".

Alla luce di questa riflessione, è forse opportuno auspicare un intervento normativo che incida sull'articolo 44 lettera b), affinché possa essere concessa anche alle coppie omosessuali, attraverso

⁹⁷ Riferimento a T. Greco, Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale, in Riv. fil. dir., 1, 2016, pp. 47-58 in Op. citata

⁹⁸ Ibidem

l'equiparazione alle coppie coniugate, la possibilità di vivere un progetto genitoriale con l'adozione del figlio del partner, che ad oggi è *inesistente* e privo di qualsiasi riconoscimento giuridico.

2.4 La Corte di Cassazione approda alla stepchild adoption: in Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962

M.C., legata da una lunga relazione sentimentale e di convivenza con O.O., proponeva dinanzi al Tribunale dei minorenni di Roma, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, domanda di adozione della figlia minore, nata in Spagna con la procedura di procreazione medicalmente assistita. La nascita di A. è stata il frutto di un progetto genitoriale maturato e realizzato con la propria compagna di vita. Il Tribunale di Roma, con sentenza 30 luglio 2014, n. 299, disponeva farsi luogo all'adozione con conseguente aggiunta del cognome di quest'ultima a quello della minore. A seguito dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero minorile av verso tale sentenza, la Corte di Appello di Roma, sezione minorenni, confermava la pronuncia del tribunale.

Avverso tale sentenza, il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Roma ha proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi di censura. Con il primo, ravvisando un conflitto di interessi in *re ipsa* tra la madre biologica e la minore, ha criticato la sentenza impugnata per l'omessa nomina del curatore speciale del minore ex art. 78 c.p.c.⁹⁹ Con il secondo motivo di censura ha rilevato un errore nell'applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. n. 184/1983, sostenendo che la constatata impossibilità di affidamento preadottivo presuppone sempre la preesistenza di una situazione di abbandono.

⁹⁹ Il co. 2 dell'articolo 78 c.p.c. così recita: "Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante"

In riferimento al primo motivo, il Procuratore sostiene che la situazione di conflitto d'interessi si manifesta nello stesso ricorso introduttivo, laddove è esplicitato che la nascita di A. è stata il frutto di un progetto portato avanti dalla coppia costituita dalla madre biologica e dalla ricorrente¹⁰⁰.

Relativamente al secondo motivo censurato come "Errore nella applicazione della legge L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d"), il ricorrente argomenta che la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come è comprovato dalla stessa scelta del participio passato "constatata", che rimanda ad un'attività materiale al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale. Il mancato presupposto dello stato di abbandono determinerebbe un aggiramento del limite contenuto nella lettera b) dello stesso art. 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio.

La Corte di Cassazione rigetta entrambi i motivi censurati dal Procuratore Generale. Il giudice di legittimità, in riferimento alla questione sollevata del conflitto di interessi, argomenta che l'articolo 78 co. 2 del codice di rito debba essere integrato, con specifico riferimento al minore, con gli artt. 3 e 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva dalla L. 27 maggio 1991, n. 176, nonché con gli artt. 4 e 9 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo. Tali disposizioni dimostrano l'autonomia dei diritti e degli interessi del minore anche nei procedimenti giurisdizionali. Significativo in questo senso è l'articolo 3 par. 1 della suddetta Convenzione nell'art. che afferma il fondamentale principio, secondo cui "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del

¹⁰⁰ Il Procuratore, sostiene, infatti: *"Dal che è agevole ravvisare l'aspirazione di entrambe, e quindi anche della madre della minore, a vivere la bigenitorialità nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso"*.

fanciullo deve essere una considerazione preminente”); da coordinarsi con l'art. 12, par. 2, stabilendo che “[..] Si darà al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in modo compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”.

Queste argomentazioni consentono di far affermare alla Corte che il fanciullo, nello svolgimento dei processi relativi a questioni sulla responsabilità genitoriale, riveste un ruolo principale, in quanto il principio generale affermato dalle fonti internazionali, pone al centro della dinamica il *best interest* del minore.

Inoltre, come fa osservare la Suprema Corte, la scelta operata dal legislatore italiano è fondata sulla predeterminazione normativa di alcune peculiari fattispecie nelle quali è ipotizzabile in astratto, senza dover distinguere caso per caso, il conflitto d'interessi, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale a pena di nullità del procedimento per violazione dei principi costituzionali del giusto processo.

Il giudice di merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato. Nella fattispecie deve escludersi che possa trarsi in via ermeneutica, in carenza d'indici normativi specifici, un'incompatibilità d'interessi ravvisabile in generale quale conseguenza dell'applicazione della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), dovendo essere accertata caso per caso.

Lo snodo della sentenza su cui preme focalizzarsi maggiormente in questa sede concerne la motivazione della Suprema Corte in merito al secondo motivo censurato dal Procuratore Generale. L'argomentazione della Corte si basa principalmente sulla esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'ipotesi normativa di adozione in casi particolari disciplinata nella L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d). In particolare, l'indagine ermeneutica si concentra sul contenuto da attribuire alla disposizione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", condizione in cui deve trovarsi il minore adottando, indispensabile per l'applicazione di tale fattispecie di adozione.

La SC sostiene che la disposizione in esame debba essere necessariamente inserita in un contesto più ampio, non potendo ignorare la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte costituzionale e di questa Corte. A tal proposito diventa essenziale tenere presente dell'articolo 44 prima della modifica¹⁰¹ operata dall'art. 25 della L. 28 marzo 2001, n. 149, sostituendolo interamente.

Dopo l'intervento della menzionata legge si è aggiunta una nuova ipotesi di adozioni in casi particolari all'art. 44, ossia quella relativa al minore disabile, contrassegnata dalla lettera c). Per effetto di questa interpolazione, l'adozione "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo" risulta attualmente contrassegnata dalla lettera d)¹⁰². Le successive modifiche hanno riguardato la soppressione dell'attributo "legittimi" dopo "figli"¹⁰³, nonché l'inserimento¹⁰⁴ dopo le parole "stabile e duraturo", relative al rapporto del minore orfano di padre e di madre con parenti fino al sesto grado, delle parole "anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento".

¹⁰¹ Prima della modifica della L. 149/2001 l'articolo 44 così recitava: *"I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7: a) da persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo comma 1. L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi comma 2. Nei casi di cui alle lettere a) e c) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi terzo comma. In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare comma 4"*.

¹⁰² Il testo vigente della L. n. 184 del 1983, art. 44 risulta, pertanto, il seguente: *"I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3, comma 1, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo". Continua poi sancendo che "L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lett. a), e), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare"*.

¹⁰³ Ad opera del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 100, comma 1, lett. t), nel comma 2 dello stesso art. 44

¹⁰⁴ Ad opera della L. 19 ottobre 2015, n. 173, art. 4, comma 1, (Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare) -, nell'art. 44, comma 1, lett. a)

Non si può, dunque, non tener conto delle modifiche apportate all'istituto, al fine di comprendere se la ratio ad esso sotteso sia ancora quella originaria o sia cambiata nel tempo alla luce del nuovo quadro normativo.

La SC, continuando ad argomentare i motivi del rigetto delle censure del ricorrente, chiarisce innanzitutto che il rapporto di filiazione esistente tra la minore e la madre biologica e legale, al pari del rapporto che lega la bambina alla richiedente l'adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), citato, non è riconducibile ad alcune delle forme di cosiddetta «surrogazione di maternità» realizzate mediante l'affidamento della gestazione a terzi: la minore, infatti, è stata riconosciuta dalla donna che l'ha partorita, in applicazione dell'art. 269 comma 3 c.c.

Questa Corte, poi, sottolinea che l'art. 44, al comma 1, stabilisce che l'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8, comma 1) non costituisce, diversamente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dallo stesso art. 44, lett. a), b), c) e d). Infatti, tale norma dispone che "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7". Tale articolo, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone a sua volta l'accertamento della situazione di abbandono così come prescritto nel successivo art. 8, comma 1.

La Corte perviene così ad ammettere la *stepchild adoption*, sostenendo che, per integrare la condizione della constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo, non debba sempre sussistere la situazione di abbandono. Se si ragionasse in questi termini, oltreché contrastare con l'art. 44, comma 1 nella parte in cui ne esclude la necessità per tutte le ipotesi descritte dalla norma, a differenza di quanto si riscontra nel terzo comma dell'art. citato¹⁰⁵, si profilerebbe sempre una esclusione dell'applicazione della lettera d). La conseguenza è quella di precludere l'adozione nel caso di una

¹⁰⁵ Relativamente agli altri requisiti concernenti l'età o l'insussistenza dello status coniugale

relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono così come descritta nella L. n. 184 del 1983, art. 8 cit., comma 1.

Dunque, a detta del giudice di legittimità, vi sarebbero due modelli di adozione. Il primo, legittimante, richiede l'accertamento di una preesistente condizione di abbandono. Il secondo, non legittimante, che si fonda su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione. E la ratio sottesa a quest'ultima è quella di consentire una adozione che privilegi il legame affettivo, *stabile e duraturo*, che si sia instaurato con il minore, realizzando il cosiddetto *best interest* proprio nella prospettiva di assicurare un riconoscimento giuridico ad una comunione di affetti sviluppatasi nel tempo.

In conclusione, rigettando il ricorso e confermando la sentenza della Corte d'appello, la SC si pronuncia in definitiva per una interpretazione estensiva della lettera d) dell'articolo 44, in cui per la "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella di fatto, derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono.

La sentenza appena esaminata si colloca in un contesto normativo piuttosto complesso. In primis, bisogna considerare che l'art. 1, comma 20, l. 20 maggio 2016, n. 76 esclude espressamente l'estensione alla parte dell'unione civile delle previsioni relative al coniuge, contemplate in disposizioni normative diverse dal codice civile, e quindi l'applicazione delle disposizioni di cui alla L. n. 184/1983: l'adozione "piena" non è mai stata consentita alle coppie omosessuali, essendo riservata solo ai coniugi.

La sentenza 12962/2016 ha sicuramente una portata storica, dal momento che per la prima volta nel nostro ordinamento, essa approda alla nomofiliachia. Ancora una volta è evidente, così come analizzato nel precedente capitolo in relazione all'evoluzione del concetto di famiglia, che nel nostro

ordinamento vi siano numerose lacune. Nel silenzio della norma e nell'inerzia, o più frequentemente assenza, del Legislatore, la giurisprudenza svolge un ruolo indispensabile, per accogliere le istanze sociali, con la funzione di stimolare interventi definitivi volti a regolare le carenze del sistema.

Nella fattispecie, l'attività interpretativa dei giudici di legittimità ha avuto chiaramente lo scopo di voler dare copertura giuridica ad una serie di casi in cui il minore, avendo instaurato forti legami affettivi con il nucleo familiare al quale era stato affidato, non potrebbe essere dato in affidamento preadottivo. Alcuni hanno fatto notare che *rappresenta una forzatura il concepire l'impossibilità giuridica di un affidamento preadottivo in presenza di un genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale*¹⁰⁶, non essendo apparsa abbastanza convincente l'interpretazione fatta proprio dalla Corte. Ci si chiede, in sostanza, in che cosa consista la *impossibilità di affidamento preadottivo*, in assenza di uno stato di abbandono, data la situazione del caso concreto: la madre biologica e legale assiste la minore, assicurandole un'adeguata protezione *ed allora sembra che, mentre il minore della cui adozione si discute rimanga completamente sullo sfondo, la principale preoccupazione sia stata quella di tutelare l'unione omosessuale*¹⁰⁷.

De iure condendo, è opportuno segnalare che è pendente in Senato l'esame di un disegno di legge concernente l'adozione coparentale, ad iniziativa del Senatore Manconi, assegnato alla seconda Commissione di giustizia nel Maggio 2016, ma non ancora iniziato. Il ddl poc'anzi citato muove dall'esigenza che *chi intrattenga con il minore un legame importante, in virtù della convivenza con l'altro genitore, non può insomma essergli considerato – al pari di chiunque altro – estraneo, solo perché omosessuale*¹⁰⁸, auspicando così l'applicazione dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. b), anche in favore del partner di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

¹⁰⁶ Andrea Penta, *Stepchild adoption: alla ricerca di un punto di equilibrio tra valori costituzionalmente confliggenti* in www.biblioteca.corteconti.it

¹⁰⁷ Ibidem

¹⁰⁸ ddS. 2301 d'iniziativa del Senatore Manconi, XVII legislatura

In ogni caso, sebbene non impostata in questi termini, il tema affrontato dalla Corte che si colloca sullo sfondo è il seguente: poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto («la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo»), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto, neanche indirettamente, dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner.

In questa prospettiva si è resa significativa la sentenza con la quale la Corte di Strasburgo nel caso X e altri contro Austria (sentenza del 19 febbraio 2013 nel ricorso n. 19010 del 2007) si è pronunciata a maggioranza sulla violazione dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in ragione della differenza di trattamento subita dai ricorrenti rispetto a una coppia eterosessuale non sposata di cui uno dei componenti vorrebbe adottare il figlio dell'altro. Nella fattispecie, le ricorrenti, che vivono una relazione omosessuale, impugnano le decisioni dei tribunali austriaci che negano la possibilità di adottare il figlio naturale dell'altra, configurandosi un'adozione co-parentale nelle coppie same sex. A tal proposito la Corte adita si pronuncia nel senso che l'Austria non aveva fornito «motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale»

Giova ribadirlo, la Suprema Corte nella sentenza 12962/2016 non ha costruito le argomentazioni così come ha fatto la Corte di Strasburgo, ma per l'ennesima volta siamo forse dinanzi a quell'insormontabile ostacolo che il nostro ordinamento non riesce a superare: l'esigenza di tutela della *famiglia tradizionale*.

CAPITOLO III

ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI NELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO

3.1 La giurisprudenza in Italia sulle adozioni omoparentali e l'articolo 44 lettera d) della legge 184/1983

Il tema delle adozioni omoparentali in Italia è stato oggetto di un dibattito politico particolarmente acceso, soprattutto prima dell'emanazione della L. 76/2016. Ai fini della trattazione dell'argomento oggetto di analisi in questo paragrafo, si rende necessaria una premessa che funga da cornice in cui collocare gli sviluppi della normativa e della giurisprudenza.

L'adozione del figlio da parte del partner omosessuale non è prevista, almeno non esplicitamente, stando alla lettera dell'articolo 44 della legge 184/1983. La norma in questione, alla lettera b), elenca uno dei casi in cui è possibile procedere all'adozione pur non ricorrendo lo stato di abbandono di cui all'articolo 7 co.1 della disciplina, da parte del *coniuge* nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge. È evidente, dunque, che il requisito richiesto dal legislatore per potersi configurare la adozione in casi speciali è quello del matrimonio, essendo esplicitamente richiamato lo status di *coniuge*.

Il dibattito parlamentare, prima della promulgazione della legge sulle unioni civili, si era concentrato soprattutto sulla possibilità o meno di concedere il diritto alle adozioni co-parentali nelle coppie omosessuali. L'art. 5 del d.d.l. S-2018, d'iniziativa dei Sen. Cirinnà e altri, proponeva la riforma dell'articolo 44 lett. b), aggiungendo dopo la parola "coniuge" le seguenti parole: "o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" e dopo le parole "e dell'altro coniuge" sono aggiunte le seguenti: "o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso".

Stando all'attuale disciplina, è noto che tale d.d.l. non fu approvato in questi termini e il risultato ottenuto alla conclusione del co. 20 articolo 1 della L. 76/2016 non si distingue certo per la sua chiarezza, sancendo che *resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*. Qui il legislatore ha cercato di approcciarsi in maniera piuttosto neutrale il tema delle adozioni omoparentali nel nostro ordinamento.

Vero è che, non si può considerare quale divieto assoluto per le coppie same sex quello di procedere all'adozione cosiddetta mite, considerando che in un altro d.d.l. n. S. 2084, proposto dai senatori Caliendo e altri, all'articolo 8 si prevedeva una espressa preclusione per l'adozione da parte delle coppie omosessuali, disponendo che "all'unione civile non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 6 e 44, comma 1 lettera b) e d), della legge 4 Maggio 1983, n. 184 e successive modificazioni¹⁰⁹".

La conseguenza di non aver modificato la lettera b) equiparando lo status di coniuge all'unito civile e, allo stesso tempo, il non aver esplicitamente dettato alcuna preclusione che impedisse *in toto* alle coppie omosessuali di fare ricorso all'adozione mite, come invece si era tentato di fare con il d.d.l. sopra menzionato, è stata quella di innescare una serie di pronunce della giurisprudenza che hanno aperto nuove "orizzonti" verso l'adozione mite per le coppie same sex. Si è cercato così di procedere ad una rilettura della lettera d) dell'articolo 44 e, più precisamente, della espressione "quando vi sia stata la constatata impossibilità di affidamento preadottivo"

Per discorrere dell'attività interpretativa dei giudici di merito, si può iniziare ad analizzare la sentenza n. 626 del 2007 pronunciata dal Tribunale dei minorenni di Milano a seguito del ricorso depositato il 19.4.2006 dal signor M. G., il quale chiedeva che fosse disposta l'adozione della minore D. C. da parte sua ai sensi dell'art. 44 lettera D l. 184/83. In particolare il ricorrente esponeva di essere celibe e senza figli e di convivere dal 1999 con la madre della minore, quest'ultima orfana di padre, deceduto

¹⁰⁹ Berta Speranza e altri, in *Diritto delle successioni e della famiglia - Quaderni* 11

quando la figlia aveva due anni, assumendo una particolare connotazione nella vicenda esistenziale della minore, affetta dalla nascita da una importante patologia che incide sulle sue capacità visive.

In diritto, il ricorrente osserva che l'espressione "constatata impossibilità di disporre l'affidamento preadottivo" viene da tempo intesa dalla giurisprudenza anche come impossibilità giuridica di far luogo a tale affidamento dovuta alla mancanza e alla impossibilità di una dichiarazione di adottabilità per l'inesistenza di una situazione di abbandono.

Nel caso di specie, la presenza della madre che da sempre si occupa della figlia esclude la configurabilità dello stato di abbandono e dunque la giuridica impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo consente di ritenere integrato uno dei casi particolari, quello di cui alla lettera d), che consente di far luogo alla adozione e che è clausola residuale. Inoltre, si consideri che il ricorrente è per la minore una imprescindibile figura di riferimento e l'adozione non farebbe che dare un riconoscimento giuridico ad uno stato di fatto che negli anni si è consolidato: vi è un rapporto significativo e duraturo tra il ricorrente e l'adottanda, vi è un legame affettivo stabile tra lo stesso e la madre della minore che, anche per la sua minorazione sensoriale, necessita di particolari cure e attenzioni.

Il tribunale adito, nel corso delle argomentazioni osserva che l'evoluzione delle diverse forme dei legami affettivi significativi ha ampliato la portata della norma di carattere residuale in esame, ossia la lettera d) dell'art. 44. L'unico principio guida è dato dal preminente interesse del minore nel caso concreto: sarebbe paradossale consentire l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro coniuge pur dopo la separazione legale o il decesso del coniuge stesso come affermato in dottrina e in giurisprudenza¹¹⁰ e non consentirla al convivente che mantenga stabile rapporto di convivenza con il genitore del minore.

¹¹⁰ cfr. Tribunale per i Minorenni di Torino 11.11.1985 in Giur. It. 1986, I, 2 645 ss. e Tribunale per i Minorenni di Torino 3.8.1993 in dir. Fam. 1994, 655; Tribunale per i Minorenni di Milano decreto 2.2.2007

Il Tribunale di Milano accoglie così il ricorso del Signor G., concludendo che la impossibilità di affidamento preadottivo non possa e non debba riferirsi solo ad una ipotesi di fatto, ovvero la particolare situazione di un minore il quale, pur trovandosi in stato di abbandono, non riesca ad essere affidato ad una famiglia adottiva, con adozione legittimante, con la conseguenza che, valorizzando i legami affettivi di fatto creatisi, possa addivenirsi ad una adozione ex lettera d) anche da parte di singoli o persone anziane etc, in alternativa al collocamento in istituti, ma che possa riferirsi anche ad una situazione di diritto, ovvero alla giuridica impossibilità di un affidamento preadottivo perché, ad esempio, manchi lo stato di abbandono.

Il caso poc' anzi esposto aiuta a comprendere in che modo e con quali tempistiche siano avvenute le prime aperture nei confronti di una lettura estensiva della lettera d) art. 44 l. ad., privilegiando l'importanza del rapporto stabile e duraturo, nonché del forte legame affettivo che si crea tra l'adottante e l'adottato che, qualora si ammettesse la necessaria esistenza di uno stato di abbandono per disporre farsi luogo all'adozione, resterebbe privo di alcun riconoscimento giuridico.

Ulteriore esempio di interpretazione estensiva dell'articolo 44 lettera d) l. ad., è rappresentato dalla sentenza n. 1274 del 4 Ottobre 2012 della Corte d'appello di Firenze Sezioni minorenni. Il Signor G., avendo proposto impugnazione avverso la sentenza del Tribunale per minorenni di Firenze che rigettava la richiesta di adozione della figlia della convivente *more uxorio*, poiché il caso era piuttosto riconducibile allo schema astratto delineato dall'articolo 44 lett. b della l. ad.: accogliere il ricorso ai sensi della lettera d) del suddetto articolo, avrebbe significato eludere il presupposto dirimente rappresentato dal vincolo coniugale, non equiparabile evidentemente alla convivenza *more uxorio*.

Il motivo principale fatto valere dal ricorrente in appello è il seguente: egli è legato alla bambina sotto ogni aspetto, morale e materiale, come fosse suo padre. La sola assenza del vincolo matrimoniale impedirebbe il riconoscimento giuridico del rapporto con la minore, in forza di principi astratti che non sono in grado di tutelare l'interesse del caso concreto, osservando che *il favor per la famiglia*

legittima non può finire col pregiudicare lo status del minore nella famiglia di fatto, equiparato dalla legge a quello dei figli legittimi”.

La Corte di appello di Firenze riforma la sentenza del Tribunale, disponendo il farsi luogo all'adozione, poiché se da un lato la lettera b dell'articolo 44 autorizza l'adozione fuori dalle condizioni di cui all'articolo 7 da parte del coniuge del genitore, dall'altro la lettera d costituisce un'ipotesi dalla portata più generale che non esclude l'adozione da parte del convivente del genitore, qualora sia impossibile l'affidamento preadottivo (non trovandosi il minore in uno stato di abbandono). L'idoneità del convivente andrà poi verificata caso per caso dal giudice, il quale dovrà accertare che sia soddisfatto il preminente interesse del minore.

La scelta di analizzare queste pronunce è dettata principalmente dalla considerazione che si è voluto cercare di rendere quanto più ampia possibile l'analisi interpretativa della locuzione *constatata impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo*, valutandola anche in riferimento ad altre fattispecie connotate dall'assenza del vincolo matrimoniale, quali le convivenze more uxorio. Sembra opportuno, ora, menzionare altre pronunce di merito che pongano la questione dell'interpretazione estensiva della lettera d) dell'articolo in esame.

Si deve al Tribunale di Roma la prima decisione che ha aperto alla adozione particolare nelle famiglie omogenitoriali. Nel caso di specie, la ricorrente chiedeva di adottare la figlia biologica della propria compagna, con la quale aveva una relazione da molti anni, illustrando che avevano concordemente deciso che una di loro facesse ricorso alla fecondazione eterologa e che la bambina, sin dalla sua nascita, viveva con entrambe.

La domanda, proposta ex articolo 44 lettera d) l. 184/1983, è accolta dal Tribunale, motivando che per “impossibilità di affidamento preadottivo” deve ritenersi non solo una impossibilità di fatto, ma anche di tipo giuridico¹¹¹.

In questa pronuncia, il giudice attribuisce particolare importanza al concetto del *best interest*, argomentando che nell'art. 57 n. 2 della l. ad., si impone al tribunale di verificare se l'adozione ex art. 44 L. 184/83 “realizza il preminente interesse del minore”. Dunque, vero è che l'intera disciplina sulle adozioni è improntata alla realizzazione di tale interesse, ma l'esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione proprio nel prospettato rilievo che la norma chiede requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante, con un procedimento più rapido e semplificato. Pertanto il legislatore con l'art. 44 della richiamata legge 184/83, oltre ad individuare casi tassativi per limitare la portata dell'istituto, lo circonda di ulteriori cautele, precisando che in ogni caso sarà necessaria un'ulteriore valutazione: l'adozione deve realizzare il "preminente interesse del fanciullo"¹¹².

L'orientamento suddetto è stato successivamente ribadito sia dal medesimo Tribunale di Roma con la sentenza n. 4580 del 22 Ottobre 2015 e poi anche dalla Corte d'appello di Roma il 23 Dicembre dello stesso anno.

Il diritto delle adozioni in casi particolari è stato poi “riscritto” dalla sentenza pronunciata dal Tribunale per i minorenni di Roma il 30 Dicembre 2015 in cui, per la prima volta, si ammette la cosiddetta stepchild adoption incrociata, potendo essere disposta a favore di ciascuno dei componenti della coppia omogenitoriale l'adozione del figlio del rispettivo partner, in base all'art. 44, comma 1, lett. d) l. n. 184/1983, se con ciò si realizza il preminente interesse dei minori.

¹¹¹Più precisamente il Collegio osserva che “L'adozione c.d. "in casi particolari", disciplinata dal citato articolo, risponde all'intenzione del Legislatore di voler favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi. Viene data in tal modo rilevanza giuridica a tutte quelle situazioni in cui, pur essendo preminente la finalità di proteggere il minore, mancano le condizioni che consentono l'adozione con effetti legittimanti di un soggetto minore di età”.

¹¹² Sentenza n. 299 del 30 Luglio 2014, Tribunale dei minorenni di Roma

Nella fattispecie Tizia e Caia avevano intrapreso, sin dal Novembre 2005, una relazione sentimentale e, nel successivo mese di Febbraio 2006, erano andate a convivere. Nel 2008, Caia, la più giovane delle due, aveva dato alla luce una bambina, concepita mediante inseminazione eterologa. Più tardi, nel 2011, anche Tizia, dopo aver fatto ricorso alla medesima tecnica procreativa di Caia, aveva partorito una bambina. Con distinti ricorsi presentati nell'ottobre del 2014, Tizia e Caia hanno rispettivamente chiesto al Tribunale per i Minorenni di Roma l'adozione della figlia della propria compagna.

Ognuna delle ricorrenti sottolinea come il fatto che la rispettiva compagna, pur essendo madre sociale della propria figlia, non abbia alcun riconoscimento giuridico pregiudichi notevolmente le bambine in quanto solo la madre può accompagnarle a scuola e/o dal pediatra, mentre nella vita di ogni giorno, essendo i ruoli interscambiabili, va da sé che indifferentemente ognuna delle due “mamme” dovrebbe poter provvedere all’accompagnamento o al prelevamento di entrambe le bambine che potrebbero frequentare, tra l’altro, la stessa scuola.

E cosa accadrebbe se sorgesse un problema non legato alla quotidianità? La conseguenza è inevitabile: la madre sociale verrebbe esclusa perché giuridicamente non può vantare alcun diritto sulla bambina che sente sua figlia, pur non essendo stata generata da lei, e dovrebbe darsi inizio a giudizi atti a provare il legame di attaccamento perché venisse riconosciuta quella continuità affettiva, che sola potrebbe legittimare il mantenimento del rapporto.

Conseguentemente le ricorrenti insistono per l'accoglimento del ricorso ritenendo e ben argomentando che la fattispecie concreta ben può essere inquadrata nell'ipotesi di cui all'art. 44 lettera d) della l. n. 184/1983, potendosi ritenere che l'espressione «impossibilità di affidamento preadottivo» debba intendersi come affidamento preadottivo di diritto e non di fatto. Solo in questo modo può realizzarsi l'interesse superiore di un bambino ad una famiglia con la quale ha creato dei legami affettivi inscindibili con una determinata figura di riferimento.

Il Collegio accoglie il ricorso delle due mamme, argomentando che, valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, un'interpretazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184/83 che esclude l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), fra cui la Corte Costituzionale¹¹³ annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia¹¹⁴.

Il giudice fa poi osservare che, qualora si escludesse la possibilità per le coppie di fatto omosessuali di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari a causa dell'orientamento sessuale, si porrebbe in essere una lettura dell'articolo 44 lettera d) in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Pertanto, nel rispetto dei principi costituzionali, spetta al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" delle norme nazionali. Qualora questa via non fosse percorribile questi dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte per contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione. Pertanto nel caso di specie il Collegio ritiene che, in diritto, la legge italiana consente al convivente del genitore di un minore di adottare quest'ultimo a prescindere dall'orientamento sessuale dei conviventi. Una diversa interpretazione della norma sarebbe non solo contraria al dato letterale, alla ratio legis e ai principi costituzionali, ma anche ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU.

È evidente come, prima dell'approvazione della L. 76/2016, il problema che si poneva per disporre l'adozione da parte del partner omosessuale del figlio biologico dell'altro, concerneva l'inapplicabilità della ipotesi prevista dalla lettera b), dovendo ricorrere il requisito del vincolo matrimoniale.

¹¹³ Sul punto si veda la Sentenza n. 138/2010 della Consulta di cui si è ampiamente trattato nel capitolo II del presente elaborato

¹¹⁴ Tribunale per i minorenni di Roma 30 dicembre 2015, ord. - Pres. Cavallo

Tale limite normativo era un ostacolo anche per le coppie di fatto eterosessuali. Tuttavia, i giudici di merito, ricorrendo ad una intensa attività interpretativa, sono stati in grado di attribuire un riconoscimento giuridico a tutte quelle realtà fattuali a cui l'ordinamento non assegnava alcuna connotazione, pregiudicando l'interesse del minore a mantenere un rapporto stabile e duraturo sin dall'inizio instaurato con il genitore sociale.

Anche dopo la legge sulle unioni civili, però, come si è già sottolineato all'inizio di questo paragrafo, il legislatore, pur non sancendo un divieto per le coppie omosessuali di fare ricorso all'adozione, all'articolo 1 co. 20¹¹⁵ della suddetta normativa, neanche lo prevede espressamente, lasciando la possibilità di aprire nuove "frontiere", poiché *resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*.

Proprio questa clausola di chiusura sembra essere diventata una vera e propria "valvola" su cui la giurisprudenza fa leva per estendere, in rari casi anche limitare¹¹⁶, la possibilità dell'adozione co-parentale nelle coppie same sex. Ad oggi, anche dopo il dettato poco chiaro in cui si presenta il co. 20 poc'anzi menzionato, l'attività dei giudici di merito si è mostrata particolarmente favorevole all'adozione del minore da parte del genitore sociale.

Il tenore della suddetta disposizione è, da un lato, la testimonianza della piena consapevolezza, da parte del legislatore mentre redigeva la nuova disciplina per il riconoscimento delle unioni omosessuali, degli orientamenti giurisprudenziali che si erano fino ad allora susseguiti; dall'altro, l'intenzione di non ostacolarne lo sviluppo¹¹⁷. La conferma è arrivata proprio pochi giorni dopo

¹¹⁵ L'art. 1 co. 2 L 76/2016 così recita: "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"

¹¹⁶ Si veda, per le pronunce in senso contrario alla stepchild adoption per le coppie omosessuali, Cass. 27 Settembre 2013, n. 22292 e Trib. min. Torino 11 Settembre 2015.

¹¹⁷ Nicola Cipriani, *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia*, in *Diritto delle successioni e della famiglia* - Quaderni 11, p. 274

l'entrata in vigore della l. 76/2016, poiché la Corte di Cassazione¹¹⁸, giudicando sul ricorso avverso il provvedimento della Corte d'appello di Roma del dicembre 2015, lo ha confermato, avallando l'interpretazione dell'articolo 44 lettera d) della legge 184/1983.

Alcuni¹¹⁹ hanno fatto notare come il Legislatore abbia perso l'occasione di garantire un'uniformità degli status attraverso la parità di trattamento, valore supremo che orienta, *rectius* dovrebbe orientare, l'architettura di qualsiasi disciplina di un ordinamento. E avrebbe potuto ottenere questo risultato proprio con la legge n. 76 del 2016, che ormai tutti attendevano da tempo. In questa prospettiva, non si può neanche trascurare un'ulteriore problematica che si sta delineando negli ultimi anni: il riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione.

Molte di queste decisioni hanno delibato sentenze straniere di adozione piena in famiglie omogenitoriali, introducendo status che, neanche secondo la giurisprudenza più favorevole in Italia, sarebbero ammissibili, poiché preclusi nel nostro ordinamento. Non può non ricavarsi, dalle considerazioni poc'anzi esposte, una riflessione piuttosto amara: un legislatore "sordo" ai richiami delle istanze sociali e "cieco" dinanzi ai mutamenti del contesto storico-normativo, provoca inevitabilmente una situazione di caos in cui, e questo sembra ormai evidente, si dilaga la "piaga" della disparità di trattamento, anche tra le stesse realtà omogenitoriali.

3.2 Il riconoscimento in Italia delle adozioni omoparentali costituite all'estero

Come accennato nel paragrafo precedente, un problema da affrontare, quale chiara conseguenza della mancata accoglienza delle nuove istanze sociali, è quello riguardante il riconoscimento di un provvedimento straniero di adozione di minore da parte di due persone dello stesso sesso in Italia. Il

¹¹⁸ Sentenza 12962 del 2016 con cui la Suprema Corte ammette la stepchild adoption del figlio biologico del partner omosessuale a favore dell'altro. Sul punto si è ampiamente discusso nel paragrafo 2.4 del capitolo II del presente elaborato

¹¹⁹ Nicola Cipriani in *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia* in *Diritto delle successioni e della famiglia*-Quaderni, 11

risultato è, ancora una volta, la produzione di una fervida attività giurisprudenziale che tenta di supplire il legislatore, colpevolmente inerte.

Uno dei primi provvedimenti che si colloca nel suddetto contesto è l'ordinanza pronunciata dal Tribunale per i minorenni di Bologna il 10 Novembre 2014. Il giudice viene investito della seguente questione: la ricorrente chiede il riconoscimento della sentenza statunitense del 22 gennaio 2004 che ha disposto l'adozione piena della minore, figlia biologica della sua partner. La donna che agisce ha doppia cittadinanza, italiana e statunitense, mentre la bambina è cittadina degli U.S.A. e per quell'ordinamento è, dunque, legalmente figlia di entrambe le madri da oltre dieci anni.

I provvedimenti stranieri in materia di adozione, argomenta il giudice di primo grado, sono riconoscibili ai sensi dell'art. 41¹²⁰ della legge 31 maggio 1995 n. 218. La disposizione normativa richiama gli artt. 64, 65 e 66 e, al suo 2° comma, fa salve le disposizioni speciali in materia di adozione di minori, di cui agli artt. 35, 36 della legge 4 maggio 1983 n. 184. In particolare, l'art. 36 comma 4¹²¹ della legge adozioni prevede, per l'adozione pronunciata ad istanza di cittadini italiani in un paese straniero, un procedimento di riconoscimento semplificato con competenza del tribunale per i minorenni.

Quanto al primo profilo normativo richiamato, il Tribunale ritiene che nel caso di specie siano soddisfatte tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale in genere, tenuto conto dello svolgimento del procedimento giurisdizionale perfezionatosi in America: competenza del giudice adito, rispetto dei diritti essenziali di difesa, passaggio in giudicato del provvedimento stesso nel Paese in cui è stato pronunciato.

¹²⁰ "1. I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66. 2. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori"

¹²¹ "L'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione"

Quanto al secondo aspetto menzionato, quindi in relazione alla sussistenza dei requisiti della normativa interna¹²² perché un provvedimento pronunciato all'estero (nel caso in esame Stato dell'Oregon, USA) possa produrre i propri effetti in Italia su intervento dell'Autorità giudiziaria, si pone allora il problema di verificare se l'adozione da parte di genitore omosessuale possa ritenersi soddisfacente delle richieste della Legge interna, in conformità all'ordine pubblico.

Alla luce di questa prospettiva, si impone al Tribunale una lettura dell'articolo 41 della L. 218/1995 in combinato disposto con l'art. 44 della L. ad., dovendosi pertanto escludere che un minore possa essere adottato da persona che sia coniuge del genitore nell'ambito di un matrimonio same-sex contratto all'estero¹²³: mancherebbe il requisito previsto dalla lettera b) dell'articolo 44, vale a dire il rapporto di coniugio tra le due donne. Nel nostro ordinamento, infatti, non è ammesso il matrimonio tra omosessuali e la nuova disciplina sulle unioni civili, introdotta dal Legislatore solo nel 2016, esclude che i due istituti possano essere equiparati. Pertanto, nel caso di specie, l'unico motivo che osterebbe al riconoscimento del provvedimento straniero pronunciato negli USA, sarebbe proprio l'insussistenza del vincolo matrimoniale nella coppia, essendo loro totalmente precluso.

Proprio la necessaria diversità dei sessi, presupposto implicito per ammettere l'adozione di cui alla lettera b), è un principio così cogente che deve essere collocato nell'ambito del concetto di "Ordine pubblico interno". In conclusione, l'atto di cui si richiede il riconoscimento in Italia (provvedimento di adozione piena pronunciata nello Stato dell'Oregon), non può produrre, a detta del TM alcun tipo di effetto in Italia, poiché ha adottato una persona che coniuge¹²⁴ non può ritenersi ai fini della Legge italiana e poiché comunque si tratta di adozione fuori dall'ambito di una famiglia matrimoniale.

¹²² Ci si riferisce, chiaramente, agli artt. 35 e 36 co. 4 della L. ad.

¹²³ Nell'ordinanza in esame si legge quanto segue: *“Si afferma che «l'adozione in casi particolari prevista dalla lett. b) dell'art. 44 l. adoz. non è certamente applicabile agli omosessuali per difetto del requisito del rapporto di coniugio tra genitore naturale e adottante» (“naturale”, leggasi: biologico). Si richiama il criterio della imitatio naturae. In altri termini, per semplificare nel caso di specie, la donna non potrebbe adottare la figlia di sua moglie. Queste conclusioni traggono linfa dalla necessaria diversità dei sessi che costituirebbe il presupposto implicito – e inderogabile – della disciplina adottiva; principio così cogente da dovere essere collocato nell'ambito di quelli che si connotano per partecipazione all'area semantica dell'Ordine pubblico interno”*

¹²⁴ *“È opportuno precisare che qui non viene in considerazione il differente caso della trascrizione del matrimonio omosessuale in Italia: lo sguardo dell'interprete, in questa ipotesi, non è rivolto al rapporto di coniugio e all'interesse*

Il fatto che la coppia soddisfi il requisito della convivenza da almeno due anni sul territorio italiano, come richiesto dalla 36 co. 4 dalla L. ad, non comporta alcuna deroga al principio generale enunciato nell'art. 35, terzo comma, della legge cit.: la trascrizione del provvedimento di adozione di un minore pronunciata all'estero nei registri dello stato civile può essere ordinata solo qualora il tribunale accerti che l'adozione stessa non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore. Tra i principi inderogabili rientranti nell'area semantica dell'Ordine pubblico interno rientra quello secondo cui l'adozione è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio"¹²⁵.

Il Tribunale di Bologna, offre un'argomentazione che mostra la piena consapevolezza, da parte della stessa giurisprudenza, del mutato contesto sociale ed europeo, che non può più essere ignorato quando ci si confronta con l'interpretazione del dettato normativo. Ad opinione del giudice a quo, l'adozione di minori stranieri a istanza di cittadini italiani residenti all'estero, disciplinata dall'art. 36 comma 4°, non può aver luogo in Italia nel caso in cui risulti contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, richiamati dall'art. 35 comma 3, fra i quali rientra quello secondo cui l'adozione è permessa solo ai coniugi uniti in un matrimonio tradizionale, essendo il matrimonio fra persone dello stesso sesso improduttivo di effetti giuridici nel nostro ordinamento.

A detta del giudice, il matrimonio tra nubendi di sesso diverso celebrato all'estero, non può essere ancora considerato come contrario all'ordine pubblico¹²⁶, sostenendo, poi, che lo stesso non sia inesistente, ma improduttivo di effetti giuridici nell'ordinamento italiano per l'assenza di una

dei partners, ma è diretto esclusivamente al rapporto genitoriale e all'interesse preminente del minore. Nemmeno viene in rilievo la «creazione ab interno» di un legame familiare tra un minore e una coppia omogenitoriale: si tratta di valutare se, a determinate condizioni, possa essere valutata come riconoscibile quella che "ab externo" si è già formata, per il limitato caso in cui uno dei genitori sia già, senza alcun dubbio, genitore del minore (il coniuge dell'adottante)»

¹²⁵ Art. 6 della legge n. 184 del 1983

¹²⁶ A tal proposito si legge nell'ordinanza del Tribunale di Bologna quanto segue: "A ben vedere, si "sgretola" allora uno dei principali motivi che ostava al riconoscimento, in Italia, di un legame familiare tra un minore e due genitori omosessuali: che il rapporto tra i medesimi urtasse contro l'ordine pubblico interno. Così più non è e certo non potrà più essere. Il matrimonio same-sex è semplicemente inefficace in Italia ma non inesistente"

specifica legge, richiamando sia alcune sentenze italiane che si sono espresse in tal senso¹²⁷, ma anche la giurisprudenza internazionale¹²⁸.

Il Tribunale di Bologna, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 36 della legge 184/1983 nella parte in cui, come interpretati secondo Diritto vivente, non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse (da considerarsi sempre preminente in virtù della Convenzione sui diritti del fanciullo) del minore adottato all'estero, il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio della coppia omosessuale abbia prodotto effetti in Italia.

Le disposizioni impugnate sono sospette di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 30¹²⁹ e 117 e, quanto a quest'ultimo, si tratterebbe di una violazione dell'art. 8 Cedu¹³⁰ come norma interposta, perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza avere previamente potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa Cedu.

La Corte Costituzionale si pronuncia due anni dopo, con la sentenza n. 76 del 7 Aprile 2016, che rigetta la questione sollevata dal Tribunale per inammissibilità, avendo ricondotto erroneamente la fattispecie in esame alla tipologia di riconoscimento di cui al 2° comma dell'art. 41 della legge n. 218/1995 invece che a quella di cui al 1° comma della medesima disposizione. Si tratta, infatti, di un'adozione "interna a uno Stato straniero" e non di una "adozione internazionale".

A detta della Consulta, infatti, il Tribunale per i minorenni affronta in modo contraddittorio la questione relativa all'esistenza della propria *potestas iudicandi* sulla fattispecie sottoposta a giudizio,

¹²⁷ Cass. Civ., sez. I, sentenza 15 marzo 2012 n. 4184, Pres. Luccioli, rel. Di Palma

¹²⁸ CEDU, Schalk & Kopf v. Austria; più di recente, v. Corte EDU 19 febbraio 2013, X e altri c/ Austria, c. 19010/07)

¹²⁹ Le disposizioni censurate determinerebbero un'irragionevole compressione del diritto fondamentale del minore alla conservazione del nucleo familiare in cui è stabilmente inserito.

¹³⁰ Nella parte in cui tale articolo impedisce ad un'autorità pubblica di interferire nella vita familiare e, in particolare, di ostacolare la vita familiare di un nucleo che si è già formato.

operando un immediato ma indistinto riferimento all'articolo 41 della Legge 218/1995: il giudice non distingue il primo procedimento "automatico" di cui agli artt. 64, 65, 66, dal secondo, che richiede un vaglio da parte del Tribunale dei minorenni, richiamando espressamente la normativa nazionale sull'adozione di cui agli artt. 35 e 36 della L. 184/1983¹³¹.

In secondo luogo, il giudice ordinario avrebbe erroneamente ricondotto la fattispecie in esame all'articolo 36 co. 4 della L. 184/1983 che estende il controllo giudiziale del Tribunale per i minorenni ad una particolare ipotesi di adozione di minori stranieri in stato di abbandono da parte di cittadini italiani. La Corte Costituzionale evidenzia, inoltre, che la circostanza della doppia cittadinanza statunitense e italiana dell'adottante al momento della richiesta di riconoscimento non determina l'applicazione dell'art. 36, comma 4 della legge 184/1983. Ad opinione della Consulta, infatti, ai fini della qualificazione della fattispecie, non rileva il momento della richiesta di riconoscimento, bensì il momento della pronuncia dell'adozione che nel caso concreto interessava una minore di nazionalità statunitense e un'adottante che all'epoca aveva la sola cittadinanza statunitense: la ratio della disposizione citata consiste nello scoraggiare i cittadini italiani che intendono aggirare la rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione.

La decisione in commento, non solo rappresenta il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione coparentale per le coppie same sex, ma ha anche il merito di tracciare i confini fra le due diverse tipologie di riconoscimento contemplate al 1° e al 2° comma dell'art. 41 della l. n. 218/1995. Tuttavia, essa lascia irrisolta la questione della compatibilità delle stepchild adoptions con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano.

¹³¹ *“La contraddittorietà di tale percorso argomentativo risulta evidente, poiché l'applicazione della legislazione speciale in materia di riconoscimento della sentenza di adozione internazionale di minori - che richiede un previo vaglio giudiziale, ad opera del Tribunale per i minorenni - non può che escludere il contemporaneo rinvio alle disposizioni ordinarie sul riconoscimento “automatico” dei provvedimenti stranieri”* in sentenza 76/2016 della Corte Costituzionale.

Una svolta significativa in tema di status familiari costituiti all'estero, è stata data dalla pronuncia della Corte di Appello di Milano del 16 Ottobre 2015, avendo dichiarato ammissibile la trascrizione di un provvedimento straniero, con il quale viene riconosciuta, per la prima volta in Italia, l'adozione piena della minore da parte della sua mamma sociale. Come sottolineato nel paragrafo precedente, infatti, fino a questo momento l'unica adozione ammessa per le coppie omosessuali era quella fatta sussunta nella lettera d) dell'articolo 44 della l. ad., essendo preclusa del tutto alle coppie same sex la possibilità di rientrare nell'ipotesi di cui alla lettera b) della legge cit. per l'assenza dell'istituto del matrimonio gay in Italia.

Nel caso di specie la ricorrente, sposatasi con un'altra donna in Spagna, ma già divorziata dalla stessa al momento della domanda dinanzi al Tribunale di Milano, chiede la trascrizione dell'adozione piena ottenuta in Spagna della minore, figlia biologica della ex moglie, nata a seguito del ricorso alla fecondazione assistita, perché desiderata da entrambe le madri e parte di un progetto genitoriale.

La sentenza dei giudici di merito assume una portata storica in questo percorso verso l'affermazione del diritto ad avere una famiglia per il minore, conservando la continuità degli affetti instaurati all'interno del nucleo familiare sin dall'inizio della sua costituzione, non rappresentando minimamente un limite a tale affermazione l'assenza della diversità di sesso dei genitori.

Significativa è l'argomentazione del giudice di secondo grado in relazione alla valutazione se la trascrizione dell'adozione piena nel caso di specie, sia contraria all'ordine pubblico: dopo aver accertato la sussistenza degli altri requisiti previsti dagli artt. 64, 65 e 66 della L. 218/1995¹³², occorre allora valutare se l'adozione con effetti legittimanti da parte di persona, ritenuta non coniugata per lo

¹³² Gli artt. 65 e 66 della legge in materia di diritto internazionale privato, prevedono che i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione hanno effetto nell'ordinamento italiano e sono quindi riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, quando producono effetti nell'ordinamento dello stato in cui sono stati pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti della difesa

Stato Italiano, della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, sia conforme all'interesse della minore.

Questa Corte sostiene che, richiamando la nozione di ordine pubblico internazionale fatta propria dalla Corte di Cassazione¹³³, non possa ritenersi contraria all'ordine pubblico una situazione giuridica in cui, come nel caso di specie, l'adozione "piena" da parte della mamma sociale di una minore che ha un unico genitore biologico che l'ha riconosciuta e che non si trova in uno stato di abbandono, comporterebbe il riconoscimento in capo all'adottante di tutti i doveri e i diritti che derivano dalla filiazione naturale. Tale situazione giuridica appare idonea ad attribuire alla minore un insieme di diritti molto più ampio e vantaggioso di quello garantito dall'adozione disciplinata dagli artt. 44 e segg. della L. 184/1983.

Per tale ragione la Corte, allora, ordina che il provvedimento spagnolo con cui è stata disposta l'adozione da parte della ricorrente non sia contrario all'ordine pubblico e come tale debba essere riconosciuto nell'ordinamento italiano e trascritto nei registri dello Stato Civile del Comune presso cui è stato formato l'atto di nascita della minore in base al disposto di cui all'articolo 28 del d.p.r. 396/2000.

Tre sono la considerazione da fare in ordine alla pronuncia dei giudici milanesi. La prima concerne la novità che caratterizza la pronuncia stessa, essendo stata riconosciuta per la prima volta in Italia l'adozione piena di figli minori di genitori omosessuali: siamo dinanzi ad un grande passo avanti in tema di omogenitorialità. La seconda riflessione si riferisce, ancora una volta, al richiamo del superiore interesse del minore¹³⁴, che deve essere sempre valutato caso per caso dal giudice, e non

¹³³ Cass. 26 Aprile 2013, n. 10070 in cui si legge *che il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.*

¹³⁴ Pur rammentando che la legge italiana in materia di adozione prevede all'art. 6 che essa è consentita ai coniugi uniti in matrimonio, i giudici milanesi rammentano come la stessa legge sulle adozioni «*all'art. 25 prevede che l'adozione possa essere disposta, nell'esclusivo interesse del minore, nei confronti anche del solo coniuge che, per libera scelta, come consentito nel nostro ordinamento, nel corso di un affidamento preadottivo alla coppia, abbia deciso di porre fine*

potendo essere escluso *a priori* a causa dell'orientamento sessuale dei genitori. La terza ed ultima, invece, è in merito al concetto, per così dire mutevole, di ordine pubblico¹³⁵ a cui fa riferimento la Corte stessa, richiamandosi anche ad orientamenti giurisprudenziali precedenti della Suprema Corte¹³⁶.

3.3 Il nuovo concetto di ordine pubblico a tutela del *best interest* del minore

Il *leitmotiv* che ricorre nelle recenti pronunce della giurisprudenza, molte delle quali sono state analizzate nel paragrafo precedente, è quello del concetto di ordine pubblico, tema più volte ricorrente nell'iter argomentativo dei giudici di merito e di legittimità.

Prima di effettuare un'analisi dettagliata dell'accezione che esso assume, alla luce di un mutato contesto storico e sociale, è necessario fare una breve premessa sulla evoluzione che nel tempo questo termine ha subito.

In un primo momento, il concetto di ordine pubblico, ha rappresentato un limite invalicabile per l'accesso al nostro ordinamento giuridico di alcuni provvedimenti stranieri in materia di mantenimento di status familiari acquisiti all'estero: il solo fatto di appellarsi all'*ordine pubblico*, sembrava non comportare la necessità di suffragare, con adeguate motivazioni, le decisioni della giurisprudenza. Si pensi, a titolo di esempio, alla ordinanza del 26 Settembre 2006 emessa dal

alla convivenza coniugale con il coniuge e di separarsi» e come, dunque, «anche alla stregua di tale previsione normativa deve quindi concludersi che non possa ritenersi contraria all'ordine pubblico interno un'adozione da parte di una persona singola», Articolo 29, 10 Dicembre 2015

¹³⁵ «Non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione».

¹³⁶ Il riferimento è alla sent. Cass. n. 601/2013 nella quale la Suprema Corte ha affermato come costituisca *mero pregiudizio* ritenere che “sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale”

Tribunale per Minorenni di Brescia in cui viene adoperata la suddetta argomentazione¹³⁷, come sola e unica, per giustificare il rigetto dell'istanza con cui si chiedeva di rendere efficace in Italia un provvedimento di adozione, emesso anni prima da una corte statunitense nei confronti di una coppia di uomini.

L'ordine pubblico era, così, paragonabile ad un "guscio vuoto", quasi privo di contenuto perché connotato esclusivamente da connotati fortemente ideologici¹³⁸. Una tale visione, pertanto, non consentiva di bilanciare gli interessi in gioco, né tantomeno permetteva di valutare la meritevolezza dell'interesse stesso nel singolo caso di specie.

Successivamente, dall'attività giurisprudenziale, particolarmente in materia di diritto di famiglia, si è avvertita la necessità di ampliare il concetto di ordine pubblico, rendendolo più ampio, ma soprattutto più dinamico. Esso inizia così ad assumere la configurazione di un "guscio pieno", quale insieme di principi comuni a diversi ordinamenti giuridici che mirano alla tutela dei diritti fondamentali¹³⁹. Secondo questa nuova prospettiva, ci si trova dinanzi ad un nuovo parametro di valutazione che non ostacola, anzi promuove, la stabilità del legame affettivo o giuridico già formatosi all'estero, favorendo la continuità degli status familiari e degli affetti, valutata sempre alla luce del superiore interesse del minore.

Le pronunce giurisprudenziali sulle quali vuole porsi l'attenzione sono quelle dei giudici di merito della Corte d'appello di Milano e la Corte d'appello di Napoli, rispettivamente, quindi, l'ordinanza del 16 Ottobre 2015 e la sentenza del 30 Marzo 2016.

¹³⁷ In questa pronuncia l'ordine pubblico è stato definito come *quell'insieme di principi fondamentali ed indefettibili del nostro ordinamento che non possono essere derogati senza grave turbamento dell'ordine sociale e senza urtare contro le basi etiche della nostra convivenza civile nazionale.*

¹³⁸ Anna Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, Costituzionalismo.it. Fascicolo 2, 2018

¹³⁹ Cass., 22.8.2013, n. 19405 in cui si legge che l'ordine pubblico è quell'insieme di *"principi di carattere universale, comuni a molti ordinamenti giuridici, volti alla tutela e all'implementazione di diritti fondamentali della persona umana, spesso sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali"*.

Nella prima la questione di diritto è la seguente: occorre valutare se l'adozione piena formatasi legittimamente all'estero, della figlia biologica da parte della mamma sociale, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico, inteso quest'ultimo come ordine pubblico internazionale, richiamando l'insegnamento della Cassazione¹⁴⁰. Il problema si pone nella misura in cui si chiede di dare effetti giuridici ad una adozione piena preesistente in una famiglia fuori dal matrimonio, principio cogente nel nostro ordinamento per l'adozione legittimante.

I giudici di merito, nel caso di specie, muovono da una interpretazione piuttosto dinamica di ordine pubblico, inteso non solo come assetto ordinamentale interno, ma molto di più: si tratta di un insieme di principi e regole volti a tutelare i diritti fondamentali della persona, la cui lesione si tradurrebbe in una lesione dell'assetto strutturale dei valori su cui quell'ordinamento stesso si fonda.

Questa Corte, poi, citando un orientamento precedente della Corte Suprema, si riferisce al concetto di ordine pubblico dal punto di vista "internazionalprivatistico"¹⁴¹: si riconosce, cioè, il necessario dialogo tra Corti nazionali ed internazionali, la cui sinergia crea una combinazione complessa tra i due differenti livelli e varia a seconda del rapporto che si instaura tra l'ordinamento stesso e la fonte sovranazionale¹⁴². Proprio questa interazione si riflette sulle dinamiche del piano interno di uno Stato, declinandosi, così, la *vocazione internazionalista* della nostra Carta Costituzionale.

A fortiori, non può escludersi, senza alcun accertamento o valutazione del caso concreto, l'incidenza di fonti aventi ad oggetto la tutela dei diritti umani, posto che vi sono una serie innumerevoli di valori

¹⁴⁰ Cass. 19405/2013 in cui la nozione di ordine pubblico - in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato - non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale

¹⁴¹ Cass., 26 aprile 2013, n. 10070

¹⁴² "Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del modus operandi del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente"

universalmente condivisi in molti ordinamenti giuridici e considerato che, la maggior parte delle fonti sovranazionali, sono parte di questi sistemi.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte d'appello di Milano ritiene che non possa considerarsi contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento dell'adozione piena, in virtù del fatto che, con la dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero anche in Italia, la minore interessata si veda riconosciuto il diritto ad avere una famiglia con entrambe le proprie figure genitoriali, essendo stata da queste cresciuta e accudita, nonché un maggior sostegno economico.

A detta dei giudici di merito, inoltre, il riconoscimento dello status di filiazione costituitosi all'estero non è neppure contrario all'ordine interno, dal momento che, a seguito del divorzio delle due madri avvenuto in Spagna, la bambina conserverebbe significativi e regolari rapporti con entrambe le figure genitoriali, trattandosi di un affido congiunto.

Anche nella pronuncia della Corte d'appello di Napoli, sopra citata, la questione di diritto di cui il giudice di secondo grado viene investito, concerne la valutazione della contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un provvedimento di adozione piena pronunciata legittimamente in Francia, e se questo possa, quindi, dispiegare i propri effetti anche nell'ordinamento italiano, mancando anche in questo caso il vincolo coniugale delle due madri. Si tratterebbe, come nel primo caso di specie analizzato, ammettere l'adozione legittimante nei confronti del genitore sociale, coniugato all'estero con una persona dello stesso sesso.

Questa Corte, appellandosi al concetto di ordine pubblico internazionale quale complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ammette non solo la trascrizione dell'adozione piena, ma anche quella del matrimonio delle due donne celebratosi legittimamente dinanzi all'Autorità competente francese.

Quello che emerge dal suddetto quadro giurisprudenziale è la nuova dimensione interpretativa che assume la nozione di ordine pubblico alla luce delle dinamiche familiari e, particolarmente, agganciandosi al *best interest* del minore. Se è vero che per ordine pubblico si intende una clausola generale e, in quanto tale, non può essere interpretata prescindendo da connotati ideologici del sistema in cui si inserisce, è altresì vero che essa ha bisogno di certi criteri per la concretizzazione: si tratterebbe, in caso contrario, di un'affermazione rilevante solo da un punto di vista puramente semantico, ma perfettamente inapplicabile perché svuotata di significato¹⁴³.

La *quaestio* che si pone è allora quella che segue: quali sono gli strumenti attraverso i quali tale concretizzazione avviene?

Sicuramente uno di questi è la ragionevolezza, tenendo conto cioè, nel rispetto del principio della legalità, delle circostanze del caso concreto e dei diversi interessi in gioco: in questa cornice si muove il giudice, precludendo così qualsiasi forma di diritto arbitrario ed evitando una errata sovrapposizione tra ordine pubblico e buon costume, potendo solo questo agire da ponte immediato tra il mondo giuridico e quello etico¹⁴⁴.

Alla luce di queste considerazioni sul concetto mutevole di ordine pubblico, non più visto come limite all'accesso di preesistenti status nell'ordinamento, ma come strumento per garantirne la continuità a tutela dell'interesse del minore a proseguire i rapporti con le proprie figure genitoriali, sembra potersi affermare il fondamentale ruolo delle Corti in materia di adozioni, e più in generale, dei diritti delle "nuove" famiglie.

In questa cornice si è, però, sicuramente anche dinanzi ad un punto debole, essendovi un dialogo tra Corti, ma non una regola generale per i casi di conflitto: trattasi di una situazione non definitiva, ma in cui *ad essere importante è come il diritto sceglierà di accompagnare questi processi di*

¹⁴³ Giovanni Perlingieri, Giovanni Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2018.

¹⁴⁴ *Ibidem*

*trasformazione, di elaborarli e di qualificarli, e cioè l'argomento che sarà scelto per narrare queste trasformazioni*¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Cit. di Alessandro Giuliani ne *“Il labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo”* di Stefania Ninatti, Lorenza Violini – *Studi in onore di Aldo Loiodice*, VolII. Cacucci Editore. Bari, 2012

CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si giunge, e chi scrive è ciò che auspica, ad una maggiore consapevolezza di fattispecie che, se esistono per la dimensione reale, lo stesso non può dirsi per quella giuridica. La conseguenza di questa, forse, conscia “cecità” del Legislatore, è una fervida attività giurisprudenziale delle Corti, che, tentando di colmare dei vuoti normativi, finisce per creare delle disparità dei trattamenti nei singoli casi di specie.

Per quanto concerne il primo tema evidenziato nel presente elaborato, si è partiti dalla constatazione che la famiglia omogenitoriale mette in crisi il binomio della procreazione-filiazione, non essendo più richiesta la diversità dei sessi, a seguito di significativi progressi scientifici: molte sono infatti le coppie omosessuali che ricorrono alla tecnica di procreazione medicalmente assistita¹⁴⁶ nei Paesi in cui è concessa. La prospettiva della filiazione è del tutto nuova: il dato *voluntaristico*, prevale nettamente su quello genetico.

La legge italiana sulla PMA vieta espressamente¹⁴⁷ il ricorso a tali tecniche da parte di coppie omosessuali, con la conseguenza che queste migrano in Paesi in cui esse sono concesse e, ritornate in Italia, chiedono ai giudici che venga trascritto l’atto di nascita straniero del figlio nato all’estero. E la giurisprudenza, come abbiamo analizzato nel presente elaborato, tende ad accogliere¹⁴⁸, dopo aver valutato il caso concreto, tale richiesta ai fini tutelare l’interesse preminente del minore ad avere una famiglia.

Ma qual è il risultato? È una vera e propria discriminazione che si determina all’interno delle stesse coppie omosessuali: solo le più abbienti, dopo aver fatto ricorso alle costosissime pratiche mediche in Paese esteri, si vedono riconosciuto lo status di genitore del figlio nato a seguito di PMA,

¹⁴⁶ L. 40/2004

¹⁴⁷ Art. 9 della L. cit sancisce che “*Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*”

¹⁴⁸ Cass. Civ., sez. I, sentenza 30 Settembre 2016, n. 19599

successivamente alla trascrizione dell'atto di nascita. Del resto, il giudice non può non valutare secondo il *best interest* del bambino.

Dunque, prescindendo da qualsiasi interferenza nel merito della questione se sia legittimo o meno vietare alle coppie omosessuali di ricorrere a tali tecniche, si deve constatare un grave difetto di funzionamento di un sistema in cui non si consente di poter realizzare lo stesso diritto, pur essendo due situazioni perfettamente uguali.

Nel secondo capitolo, si è fatto riferimento all'esistenza di una prospettiva genitoriale: due mamme e due papà. Ancora una volta, siamo dinanzi ad una realtà che di fatto esiste, ma che il Legislatore ha deciso di non contemplare nella disciplina delle unioni civili. La L. 76/2016 avrebbe potuto rappresentare una svolta significativa in tema di diritti di famiglia, consentendo l'adozione del figlio del partner anche nel caso di coppie omosessuali.

Ma laddove il Parlamento sembrava aver posto un veto, è intervenuta la giurisprudenza: la richiesta di adozione da parte del partner omosessuale del figlio minore dell'altro viene sussunta nella norma prevista dall'articolo 44 della L. 184/1983. Tuttavia, non può si può certo affermare di aver raggiunto un risultato soddisfacente, e questo perché, trattandosi di uno di quei casi rientranti nell'adozione particolare, vengono a prodursi effetti più "miti": il rapporto giuridico sorge solo tra l'adottato e l'adottante, e non anche con la famiglia di quest'ultimo. Inoltre, l'adottato continua ad avere rapporti significativi con la famiglia d'origine.

Sicuramente la recente giurisprudenza si è mostrata particolarmente flessibile e aperta a considerare nuove forme e modelli familiari, ma vero è anche che, nell'ottica del principio di ragionevolezza, si tratterebbe di una "ingiustizia" non consentire al minore il diritto ad avere una figura genitoriale "piena". E tale discriminazione si basa esclusivamente sull'orientamento sessuale degli aspiranti genitori: non si spiega, altrimenti, perché mai, alla luce del contesto sociale mutato, una coppia di persone dello stesso non possa ricoprire la figura genitoriale.

Si rende evidente, allora, che anche in questo caso, come per la filiazione “artificiale”, l’assenza di una disciplina legislativa ed un’inerzia ingiustificata del legislatore stesso, determinano situazioni di disparità, non esistendo un *dictat* che preveda espressamente gli effetti di determinate fattispecie.

E lo stesso può dirsi per le adozioni omoparentali. La recente giurisprudenza ha segnato un cambio di rotta importante nel nostro ordinamento, ammettendo per la prima volta il riconoscimento di un provvedimento straniero di adozione piena¹⁴⁹, legittimamente pronunciato all’estero. I giudici ritengono opportuno far prevalere l’interesse del minore a conservare il proprio status legittimamente acquisito all’estero, allargando inevitabilmente il concetto di ordine pubblico che assume un’accezione internazionalprivatistica, quale insieme di principi a carattere universale che sono comuni a più ordinamenti¹⁵⁰.

Si è persino arrivati a “flettere” quello che prima era un concetto statico: il solo richiamo alla clausola generale dell’ordine pubblico, garantiva una sorta di scudo, non essendo necessario, per i giudici, dare ulteriori motivazioni per il solo fatto di aver invocato tale principio.

Siamo dinanzi a segnali che non si possono ignorare: una fervida attività della giurisprudenza è, sì, fondamentale per consentire di assicurare tutela a rapporti giuridici che, altrimenti, resterebbero “invisibili” agli occhi del nostro ordinamento; ma, allo stesso tempo, bisogna essere consapevoli che non può certo risolversi in un dialogo tra le Corti, sia nazionali che sovranazionali, l’assenza di una disciplina organica in tema di famiglia.

Alla domanda che ci si è posti all’inizio di questo elaborato, e dunque se esista o meno una compatibilità tra “diritto” e “amore”, la risposta la si può trovare sempre in quello stesso autore,

¹⁴⁹ App. Milano sez. min., 16 Ottobre 2015, in www.articolo29.it

¹⁵⁰ Cass. 19405/2013 *in cui la nozione di ordine pubblico - in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato - non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale*

secondo il quale occorre delimitare tali straordinari scenari in una *cornice sociale costruita, però, senza nostalgie o ritorni a un passato costrittivo, chiedendo di nuovo al diritto rassicurazioni che, inevitabilmente, potrebbero portare a strumenti e regole attraverso le quali qualcun altro tornebbe ad impadronirsi dei nostri affetti, dunque della nostra vita*¹⁵¹.

¹⁵¹ Stefano Rodotà, *Diritto d'amore*, in Rivisteweb, fascicolo 3, 2014

BIBLIOGRAFIA

ACETO DI CAPRIGLIA, S., *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, in Federalism.it, p. 28

BAIOCCO, Roberto, e al., *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, Milano, 2018

BERTONE, C., *Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali. Dilemmi e responsabilità della ricerca*, in Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali (DOI: 10.1400/234055)

CAPIZZI, G., *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA*, in rivista.biodiritto.org

CAPORRELLA, V., *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in storicamente.org (DOI: 10.1473/stor70)

CIPRIANI, N., *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia*, in Diritto delle successioni e della famiglia – Quaderni 11, p. 274 e ss.

DANISI, C., *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare, o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in www.articolo29.it

D'AVACK, L., *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica*, Torino, 2016

D'ONOFRIO, A.; LIOTTA, M., *Riflessioni psicoanalitiche sull'omogenitorialità. Attraversare un cambiamento catastrofico per una trasformazione pensabile*, in www.rivisteweb.it

FAVA VIZZIELLO, G., *Manuale di psicopatologia dello sviluppo*, Bologna, 2003

FERRANDO, G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 311

FERRO, A., *Omogenitorialità: un pensiero in cerca di pensatore*, in www.rivisteweb.it (DOI: 10.1421/83629)

FRUGGERI, L., *Variabili strutturali e variabili processuali nell'analisi delle famiglie con coppia omosessuale*, in www.rivisteweb.it (DOI: 10.1421/83630)

FRUGGERI, L.; MANCINI, T., *“Vecchie” e “Nuove” famiglie. Rappresentazioni e processi sociali*, in www.terapiafamiliare.org

FUSARO, C., *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Torino, 2010

GIUNCHEDI, D., *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in Corriere giuridico, 1212, 2019

- LIBERALI, B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017
- LINGIARDI, V.; CARONE, N., *Famiglie contemporanee: nuove generazioni, vecchi pregiudizi. Risposte ai commenti*, in www.rivisteweb.it (DOI: 10.1421/83638)
- LORENZETTI, A., *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuova prospettiva di politica legislativa*, in www.costituzionalismo.it
- MASSA PINTO, I.; TRIPODINA, C., *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte Costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in www.rivisteweb.it
- MANETTI, M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La società "naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010
- NINETTI, S.; VIOLINI, L., *Il labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione, eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2020
- PENTA, A., *Stepchild adoption: alla ricerca di un punto di equilibrio tra valori costituzionalmente confliggenti*, in www.bibliotecacorteconti.it
- PERLINGIERI, G.; ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2018
- PERRONE, D., *Corte Costituzionale, ordinanza 220/2010*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- PISANO' A., *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma bio-giuridico nel percorso verso la legge Cirinnà/Oliari*, in www.rivisteweb.it
- POSSENTI, V., *Concezione sostanziale e concezione funzionale della persona nella filosofia contemporanea*, in www.espiritu.org, p. 375 e ss.
- RODOTÀ, S. *Diritto d'amore*, in *Rivisteweb*,
- ROMBOLI, R., *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in www.rivistaaic.it
- SAPORITI, M., *Omogenitorialità, famiglia e mero pregiudizio*, in www.rivisteweb.it
- SARACENO, C., *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano, 2016
- SPERANZA, A.M., *I ragazzi stanno bene, nonostante le controversie ideologiche*, in *Giornale italiano di psicologia* (DOI: 1421/83636)

SPERANZA, B.; e al., Contributo in Diritto delle successioni e delle famiglie – Quaderni 11 di Rosanna Pane
TAURINO, A., *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?*
in www.questionegiustizia.it

GIURISPRUDENZA

Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Famiglia e diritto* 6/2016
Trib. min., Roma, 30 Luglio 2014, n.299, in www.articolo29.it
Trib. min. Milano, 28 Marzo 2007, n. 626, in www.articolo29.it
Trib. min. Bologna, 10 Novembre 2014, n. 4701 in www.articolo29.it
App. Firenze sez. min., 4 Ottobre 2012, n. 1274 in www.aiaf-avvocati.it
App. Milano sez. min., 16 Ottobre 2015, in www.articolo29.it
App. Napoli sez. min., 30 Marzo 2016, in www.articolo29.it
Cass. 30 Settembre 2016, n. 19599, in www.articolo29.it
Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in www.articolo29.it
Cass. Civ. Sez. Un. 8 Maggio 2019, n. 12193 in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 2020, 2, I, 392
Corte Cost. 23 Ottobre 2019, n. 221, in www.costituzionalismo.it
Corte Cost. 10 Giugno 2014, n. 162, in www.articolo29.it
Corte Cost. 5 Giugno 2015, n. 96, in www.altalex.com
Corte. Cost. 14 Aprile 2010, n. 138 in rivistaaic.it
Corte Cost. 7 Aprile 2016, n. 76 in www.articolo29.it

RIFERIMENTI NORMATIVI

L. 19 Febbraio 2004, n. 40
L. 20 Maggio 2016, n. 76
L. 4 Maggio 1983, n. 184
L. 31 Maggio 1995, n. 218

L. 19 ottobre 2015, n. 173

D.Lgs. 28 Dicembre 2013, n. 154

D.P.R. 3 Novembre 2000, n. 396

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte eur. dir. uomo, *Labasse c. Francia e Menesson c. Francia*, ric. 65941/11, 26 Giugno 2014, in www.articolo29.it

Corte eur. dir. uomo, *X e altri contro Austria*, ricorso n. 19010/07, 19 febbraio 2013

