



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

OMOGENITORIALITÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO TRA SILENZI DEL LEGISLATORE E APERTURE DELLA GIURISPRUDENZA

Relatrice: CHIAR.MA PROF.SSA ELISA DE BELVIS

Laureanda: Anna Pascuttini

Matricola: 1147978

Anno Accademico 2021-2022

Sommario

Introduzione	5
Capitolo I: Evoluzione del concetto di famiglia e ultimi sviluppi in tema di genitorialità	8
1 Evoluzione del concetto di famiglia dal punto di vista sociologico.....	8
2 Evoluzione dell'istituto della famiglia nel diritto	10
2.1 Dal codice Pisanelli del 1865 al codice del 1942	10
2.2 La costituzione del 1948.....	13
2.3 Riforma del 1975.....	17
2.4 Legge n. 219 del 2012.....	19
2.5 Unioni civili, Legge n. 76 del 2016	21
3 Famiglie omosessuali nel diritto internazionale e sovranazionale	24
4 Accertamento della filiazione	28
4.1 Il principio mater semper certa est alla luce delle tecniche di PMA e della maternità surrogata.....	28
4.2 Riconoscimento della paternità come base del confronto tra favor minoris e favor veritatis	29
4.3 Genitori invisibili: i c.d. genitori sociali	31
5 Verso l'affermazione del diritto alla procreazione?	33
Capitolo II: Famiglie ricomposte: l'omosessualità del genitore nell'affidamento e nell'adozione del figlio del partner	38
1 Ruoli genitoriali: irrilevanza del genere e dell'orientamento sessuale del genitore	38
2 Nella giurisprudenza.....	42
2.1 Affidamento condiviso	42
2.1.1 Evoluzione storica dell'istituto	43
2.1.2 Contenuto, ratio e principi ispiratori	44

2.1.3	L'omosessualità del genitore non è condizione ostativa all'affido condiviso	48
2.2	Frequentazione dei figli con i nuovi partner	50
2.3	<i>Stepchild adoption</i>	51
2.3.1	Legge Cirinnà.....	51
2.3.2	Adozione in casi particolari.....	54
2.3.3	Singole ipotesi di adozione in casi particolari: come la <i>stepchild adoption</i> entra nell'ordinamento.....	57
2.3.4	Critiche della dottrina	60
2.3.5	È necessario un ripensamento del sistema?	62
Capitolo III: Famiglie “di prima costituzione”: l'omosessualità dei genitori come ostacolo al progetto procreativo comune		66
1	Adozione	66
1.1	Requisiti di accesso previsti dalla L. 184/1983.....	68
2	Affido familiare	73
2.1	Diritto alla continuità affettiva.....	75
3	Procreazione medicalmente assistita: fecondazione eterologa per le coppie omosessuali femminili	77
3.1	Evoluzione storica e problemi interpretativi della Legge 40/2004	78
3.1.1	Tutela del concepito.....	81
3.1.2	Natura e finalità delle tecniche di PMA.....	82
3.2	Le vicende che hanno interessato la fecondazione eterologa.....	84
3.2.1	Giurisprudenza Corte Edu e riflessi in Italia.....	85
3.2.2	Corte costituzionale, Sentenza n. 162/2014	87
3.3	Accesso alle tecniche.....	91
3.3.1.	Requisiti soggettivi, divieti e sanzioni previsti in materia di accesso dalla L. 40/2004	91
3.3.2.	Sentenza della Corte costituzionale n. 221/2019.....	94

4	Procreazione medicalmente assistita per coppie omosessuali maschili: maternità surrogata.....	100
4.1	Complessità etica e fenomenologica della maternità surrogata	101
4.2	Accordo di maternità surrogata e attribuzione della maternità	104
4.3	Divieto di maternità surrogata nella L. 40/2004.....	107
Capitolo IV: Turismo procreativo: le questioni giuridiche che l'ordinamento si trova ad affrontare		110
1	Formazione degli atti di nascita di bambini nati in Italia a seguito di fecondazione eterologa all'estero	110
1.1	Inadeguatezza dell'adozione in casi particolari.....	112
1.2	Copiosa giurisprudenza in materia	114
2	Trascrivibilità ed efficacia di provvedimenti (sentenze o atti di nascita) esteri che indicano come genitori di bambini nati attraverso ricorso a tecniche di PMA due persone dello stesso sesso	117
2.1	Trascrivibilità e riconoscimento provvedimento estero che accerta la genitorialità di due mamme: Cassazione n. 19599/2016	118
2.1.1	Nozione di ordine pubblico	119
2.1.2	Interesse del minore.....	120
2.2	Trascrivibilità e riconoscimento del provvedimento estero che accerta la genitorialità di due papà.....	123
2.2.1.	Cassazione, Sessioni Unite, sentenza n. 12193 del 2019: divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico.....	124
2.2.2.	Cassazione, ordinanza n. 8325 del 2020: viene sollevata la questione di legittimità.....	127
2.2.3.	Sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021: inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale.....	130
2.2.4.	Possibili evoluzioni future	132
3	Riconoscimento provvedimenti stranieri in tema di adozione.....	135
3.1	Adozioni internazionali	136
3.1.1	Caso giurisprudenziale di riferimento	138

3.2	Adozioni tipicamente estere	139
3.2.1	Caso giurisprudenziale di riferimento	140
	Conclusioni	144
	Bibliografia.....	148

Introduzione

L'omogenitorialità è un tema estremamente attuale nel panorama giuridico italiano, oggetto di recenti decisioni giurisprudenziali di rilevanza non trascurabile e quindi al centro del dibattito, che a volte assume i toni dello scontro, della dottrina. L'unico che sembra disinteressarsene è il legislatore che, nonostante numerosi moniti della giurisprudenza, ha spesso, se non sempre, preferito la legittima via del non intervento. Questa scelta, che, è bene ripeterlo, rientra pienamente nell'ambito della discrezionalità di cui il legislatore dispone, non sembra però adeguata ad una società complessa come quella moderna, dove le famiglie omogenitoriali esistono e continuano a nascere. A ben vedere, infatti, questa soluzione sembra non essere in grado di accontentare né coloro che fanno parte di queste famiglie né chi, al contrario, preferirebbe un atteggiamento restrittivo e limitante. Nel dettaglio, da un lato il riconoscimento giuridico di queste realtà non è assicurato da alcuna disposizione legislativa, dall'altro i giudici, chiamati a dare una risposta alle legittime richieste di tutela, hanno individuato delle soluzioni interpretative che, seppur non in modo pieno, riconoscono rilevanza giuridica a queste situazioni. Ecco che allora il minore che viene cresciuto da una famiglia omogenitoriale si trova in una situazione di incertezza giuridica che non è tollerabile e che deve essere affrontata e definita dall'ordinamento.

L'obiettivo di questo elaborato consiste proprio nel mettere in luce le diverse soluzioni che l'ordinamento giuridico italiano fornisce alle richieste di tutela avanzate dalle famiglie omogenitoriali. I diversi percorsi procreativi, o in altre parole le modalità attraverso le quali due persone dello stesso sesso possono diventare genitori, presentano delle caratteristiche eterogenee e peculiari che determinano reazioni e risposte anche molto diverse da parte del diritto, ancorché riferite alla comune istanza di riconoscimento giuridico. Da qui la scelta di esaminare separatamente le diverse esperienze, descrivendole dal punto di vista fenomenologico e analizzando la disciplina giuridica a cui sono sottoposte. In merito a quest'ultimo aspetto, è stata preferita un'indagine di tipo dinamico, volta a ripercorrere le tappe più rilevanti del singolo percorso evolutivo per meglio comprendere le prospettive di sviluppo futuro.

Di fronte ad una realtà sociale che si sta inesorabilmente modificando, arricchendosi di situazioni difficilmente pensabili in passato, gli operatori del diritto non possono "stare a guardare" ma devono prenderne atto, implementando l'ordinamento giuridico in modo

da renderlo capace di assicurare una risposta soddisfacente alle nuove esigenze che emergono. Fornire un riscontro chiaro ed adeguato, ancorché eventualmente negativo nel merito, è sinonimo di civiltà giuridica.

A tal proposito nel primo capitolo, dopo un breve *excursus* sulla definizione che la sociologia dà all'istituzione familiare, verrà descritto come l'ordinamento, ed in particolare il diritto di famiglia, si è modificato nel corso dell'ultimo secolo per meglio rispondere alle esigenze di una società in continuo cambiamento. Nel dettaglio, dopo uno schematico esame delle tappe fondamentali che hanno portato ad una interversione, per non dire uno stravolgimento, del rapporto famiglia-Stato¹, ci si soffermerà sull'analisi di un aspetto essenziale per il diritto di famiglia in generale e per l'omogenitorialità in particolare, ossia la disciplina che regola l'accertamento della filiazione. Il capitolo si chiude con una breve panoramica sul dibattito dottrinale in merito all'opportunità di riconoscere e istituzionalizzare il c.d. diritto alla genitorialità.

Dopodiché l'elaborato entrerà nel merito dell'analisi delle diverse modalità attraverso le quali l'omogenitorialità può realizzarsi. Nel secondo capitolo ci si concentrerà sull'esperienza delle c.d. famiglie ricomposte, ossia quei nuclei familiari composti da una coppia omosessuale e i figli di uno o entrambi *partner*, avuti da una precedente relazione eterosessuale. Si esaminerà, in primo luogo, l'istituto dell'affido condiviso, facendo una panoramica, per quanto più completa e dettagliata possibile, dell'evoluzione e dei principi ispiratori della disciplina, soffermandosi con attenzione sull'esclusione, pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza, dell'omosessualità di uno dei genitori dall'elenco delle c.d. cause ostative all'affido condiviso. Sicuramente più acceso e ancora aperto è, invece, il dibattito sulla c.d. *stepchild adoption*, secondo istituto esaminato all'interno del capitolo, che è stata di recente al centro dello scontro politico. Verrà messo in luce come, nonostante il legislatore ne abbia eliminato ogni riferimento esplicito dalla L. 76/2016, la giurisprudenza abbia individuato in via interpretativa un metodo per consentire l'adozione del figlio del *partner* per ragioni di giustizia sostanziale e, soprattutto, in ragione della protezione del superiore interesse del minore.

Nel terzo capitolo, invece, si prenderà in considerazione la disciplina dettata in materia di accesso ad istituti e tecniche che consentono ad una coppia omosessuale di realizzare il proprio progetto genitoriale comune. Così, partendo dall'analisi della L. 184/1983, si evidenzieranno i rigidi limiti soggettivi richiesti dalla stessa per accedere adozione,

¹ Il passaggio da "famiglia al servizio dello Stato" a "Stato a servizio e tutela della famiglia" a "Stato a servizio e tutela del minore nella famiglia".

requisiti soggettivi che, invece, non sono richiesti per l'affido familiare. Si passerà poi all'esame delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (o PMA), distinguendo tra fecondazione eterologa e maternità surrogata. Ripercorrendo gli interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno interessato la L. 40/2004, tenendo ben presente le questioni e i principi di cui la legge si fa portatrice, si riesce ad avere un quadro dell'evoluzione della disciplina che negli anni ha regolato la fecondazione eterologa, fino all'eliminazione² nel 2014 del suo divieto assoluto. Posta, quindi, la legittimità della pratica di fecondazione eterologa, la trattazione proseguirà indagando i requisiti soggettivi richiesti per l'accesso dalla L. 40/2004, con particolare riferimento alla questione di legittimità costituzionale, dichiarata infondata dalla Corte costituzionale³, sollevata in merito al divieto di accesso per le coppie omosessuali. Infine, come accennato, ci si occuperà della maternità surrogata, dando atto della complessità fenomenologica ed etica della pratica e analizzandone il divieto penalmente sanzionato, avendo particolare attenzione alle conseguenze penalistiche ma anche civilistiche della conclusione e realizzazione di un accordo di gestazione per altri.

Infine, il quarto ed ultimo capitolo si concentrerà sulle questioni giuridiche che il fenomeno del turismo riproduttivo porta con sé. Infatti, una volta che le coppie omosessuali tornano in Italia dopo aver avuto accesso alle tecniche di PMA o all'adozione all'estero, si pone per l'ordinamento italiano il problema di riconoscere ed assicurare una tutela alla genitorialità di intenzione. In altre parole, l'analisi si concentrerà sulla reazione dell'ordinamento alla richiesta di riconoscimento della filiazione da parte del genitore che non è biologicamente legato al figlio. Come vedremo, in questo ambito risulta estremamente rilevante e determinante il ruolo della giurisprudenza che di recente è intervenuta accertando l'insufficienza degli strumenti messi in capo dall'ordinamento e sollecitando il legislatore ad un ripensamento, resosi ormai indifferibile, del sistema in funzione della tutela del preminente interesse del minore.

² Attraverso la pronuncia di incostituzionalità n. 162/2014.

³ Sentenza della Corte costituzionale n. 221/2019.

Capitolo I: Evoluzione del concetto di famiglia e ultimi sviluppi in tema di genitorialità

1 Evoluzione del concetto di famiglia dal punto di vista sociologico

La famiglia è un fatto bio-sociale che non può che essere considerato all'interno dei mutamenti politici, economici e culturali della società. I sociologi parlano di “famiglie”, utilizzando, quindi, il termine al plurale per indicare i diversi tipi di esperienze familiari emerse nel corso della storia e che un uomo può sperimentare nel corso della sua vita⁴.

Nei classici della sociologia⁵ la famiglia contemporanea, che comunque assume forme diverse per i vari autori⁶, non è altro che l'ultima configurazione che la famiglia, come istituzione di rilevanza sociale prima che giuridica, ha assunto nel corso del suo percorso evolutivo. Da uno stadio primitivo di promiscuità, l'emergere di bisogni naturali – come la riproduzione – ma soprattutto sociali – come la protezione e l'organizzazione – ha spinto l'uomo a creare varie cerchie sociali che nel tempo hanno assunto forme diverse fino ad arrivare alla famiglia contemporanea. L'antropologo Lewis Henry Morgan (1818-1881), studiando l'atipicità della parentela presso gli indiani irochesi⁷, ha ipotizzato che questa fosse il riflesso nella trasposizione linguistica di uno degli stadi della famiglia, un momento di transizione da un'originaria situazione confusa alla famiglia monogamica⁸.

Da questo breve e necessariamente lacunoso esame risulta evidente che la famiglia non è un'entità stabile e definibile in termini assoluti ma piuttosto un fenomeno mutevole, le cui trasformazioni sono inevitabili in quanto riproducono quelle più generali in atto nella società. Per questa ragione si dovrebbe procedere con cautela nel formulare giudizi valoriali ed esprimere una preferenza nel confronto tra le diverse configurazioni della famiglia⁹. Tant'è che il sociologo Émile Durkheim nel 1888 scriveva: «Non esiste un

⁴ Luzi, Michela; «La famiglia nella prospettiva sociologica tra nuovi modelli, minacce e sfide.» Osservatorio sociale, fascicolo 2, 26 giugno 2015.

⁵ Salmieri, Luca; «La famiglia nei classici della sociologia: Tonnies, Durkheim, Simmel, Weber». [La famiglia nei classici della sociologia: Tonnies, Durkheim, Simmel, Weber \(uniro Stefania Flore Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale ma1.it\)](#)

⁶ Famiglia coniugale per Durkheim, famiglia come comunità domestica per Weber, famiglia borghese per Engels.

⁷ Un uomo irochese chiamava “figli” anche i figli dei fratelli e simmetricamente una donna irochese chiamava “figli” i figli delle sorelle. I figli, poi, chiamavano “padre” anche i fratelli del padre e “madre” le sorelle della madre.

⁸ Salmieri, Luca. «La famiglia nei classici della sociologia: Tonnies, Durkheim, Simmel, Weber». Cit.

⁹ Ronfani, Paola. «I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità.» *Sociologia del diritto, fascicolo 1*, 2020.

modo di essere e di vivere che sia il migliore di tutti. [...] La famiglia di oggi non è né più né meno perfetta di quella di una volta: è diversa, perché le circostanze sono diverse»¹⁰. Emerge, quindi, l'idea di una famiglia estremamente legata e interdipendente rispetto alla società, non solo per il suo ruolo di prima e fondamentale istituzione sociale ma anche come prodotto, e allo stesso tempo causa, dei mutamenti dello stesso contesto sociale¹¹.

La famiglia tradizionale, che per lungo tempo è stato il modello predominante nella società contemporanea, vede oggi un progressivo ridimensionamento della sua rilevanza e diffusione, pur continuando ad essere il paradigma di riferimento. La stessa interpretazione attuale del concetto di "famiglia tradizionale" è frutto di un'evoluzione della categoria che dalla famiglia nucleare coniugale – composta da madre, padre e figli – è finita per allargarsi e ricomprendere tutte le coppie eterosessuali, sposate o conviventi, con figli¹².

Accanto a questo modello di famiglia sono emerse e si stanno sempre più affermando una pluralità di configurazioni familiari diverse. Questa ulteriore evoluzione del concetto di famiglia si deve, da un lato, a ragioni per così dire esterne, a riprova dello stretto legame che c'è tra società e famiglia. Così le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), che hanno reso possibile la riproduzione senza sesso, e viceversa il diffondersi della contraccezione, che ha permesso il sesso senza procreazione, sono stati determinanti per la nascita di nuove forme di famiglia¹³.

Le ragioni di questo cambiamento sono da ricercare, d'altra parte, anche all'interno, tra i componenti del nucleo familiare. Le trasformazioni della relazione tra i coniugi e i mutamenti del ruolo assunto dal matrimonio, che è ora basato sulla libera scelta¹⁴ e non ha più quella centralità che gli veniva riconosciuta quando era l'«unica area all'interno della quale fosse possibile dare legittimità all'amore»¹⁵, hanno contribuito ad un ripensamento dei ruoli e delle gerarchie presenti nella famiglia¹⁶.

Ecco allora che nel panorama dei modelli familiari oggi rilevanti troviamo, accanto alla famiglia tradizionale, anche le c.d. famiglie allargate o ricomposte, genitori single, famiglie affidatarie e adottive e, infine, quelle che sono l'oggetto di questo elaborato,

¹⁰ Luzi, Michela; «La famiglia nella prospettiva sociologica tra nuovi modelli, minacce e sfide.» Cit.

¹¹ Luzi, Michela; «La famiglia nella prospettiva sociologica tra nuovi modelli, minacce e sfide.» Cit.

¹² Ronfani, Paola. «I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità.» Cit.

¹³ Ronfani, Paola. «I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità.» Cit.

¹⁴ Non è più un matrimonio combinato, fondato su accordi tra i parenti dei coniugi.

¹⁵ Rodotà, Stefano. «Diritto d'amore.» *Politica del diritto, fascicolo 3* (Il Mulino), settembre 2014: 335-358.

¹⁶ Ronfani, Paola. «I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità.» Cit

ossia coppie omosessuali con o senza figli. Tutte queste nuove forme familiari portano con sé una serie di questioni rilevanti¹⁷ anche dal punto di vista giuridico, prima tra tutte l'esigenza di una istituzionalizzazione, in alcuni casi anche un mero riconoscimento, da parte dell'ordinamento. Si chiede, quindi, al diritto di prendere atto dei cambiamenti che hanno interessato l'istituzione familiare e di adeguare le previsioni dell'ordinamento giuridico alla realtà di fatto che ormai è presente e radicata nella società¹⁸.

Nell'indagare questa capacità del diritto di famiglia di aggiornarsi alla luce dei cambiamenti, ormai innegabili, subiti dall'istituto della famiglia, la prospettiva delle famiglie omogenitoriali rappresenta una sorta di «cartina tornasole privilegiata nella quale poter leggere più chiaramente le trasformazioni che stanno investendo tutti i tipi di forme familiari¹⁹». Essendo, infatti, espressione della più profonda diversità rispetto ai tratti tradizionalmente considerati fondamentali, permettono di poter meglio comprendere com'è cambiata e come cambierà la famiglia²⁰.

2 Evoluzione dell'istituto della famiglia nel diritto

È necessario, però, partire da una prospettiva più ampia e fare una breve ricognizione dell'evoluzione del diritto di famiglia nell'ordinamento italiano per mettere in luce e valutarne la capacità di istituzionalizzare e tutelare un fenomeno così fondamentale come la famiglia. Il Novecento deve essere al centro di questo studio, essendo il secolo che, almeno per ora, ha visto le maggiori e più profonde trasformazioni, anche in ambito familiare²¹.

2.1 Dal codice Pisanelli del 1865 al codice del 1942

I decenni successivi all'entrata in vigore del primo codice del Regno d'Italia (c.d. codice Pisanelli) del 1865 sono caratterizzati dalla sterilità legislativa in materia di famiglia²². In realtà i progetti, sia parlamentari che governativi, non mancano e sono spesso attivamente sostenuti dal Parlamento e dall'opinione pubblica, ma la grande

¹⁷ Luzi, Michela; «La famiglia nella prospettiva sociologica tra nuovi modelli, minacce e sfide.» Cit.

¹⁸ Sul tema si veda anche Passaniti, Paolo. *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale in Italia"*. Milano: Giuffrè, 2011.

¹⁹ Rifielti, Rossana. «Le tendenze al riconoscimento delle famiglie same-sex: una breccia nel modello familista?» *Rossana Rifielti. Le tendenze al riconoscimento delle f Cambio (Firenze)*, vol. 5, no. 9 (Firenze University Press), 2015: 9-11.

²⁰ Bertone, Chiara. «Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali: dilemmi e responsabilità della ricerca.» *Cambio (Firenze)*, vol. 5, no. 9 (Firenze University Press), 2015.

²¹ Migliucci, Debora. «Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una "società naturale".» [tesi di dottorato]. Milano: Università degli studi di Milano, 2013.

²² Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. A cura di Francesca Sofia. Il mulino, 2002.

maggioranza non arriva nemmeno alla discussione e al voto in aula²³. Questo cinquantennio, compreso tra il 1865 e l'inizio della Prima guerra mondiale, può essere definito, utilizzando le parole di Paolo Ungari (1933-1999), come «un mezzo secolo ricco, in definitiva, di buoni propositi e di inattuati progetti»²⁴.

La Grande Guerra rappresenta un momento di discontinuità, di sconvolgimento anche per la famiglia, sia sotto il profilo della rottura dei legami familiari sia su quello del rapporto tra i sessi²⁵. Con gli uomini al fronte, le donne assumono un ruolo completamente inedito nell'ambiente lavorativo e familiare. Il diritto riesce a dare una chiara immagine istantanea di questa piccola rivoluzione, in particolare in quella che viene definita legislazione di guerra, nella quale emergono in modo quasi incidentale²⁶ alcuni nuovi principi. Particolarmente interessante è l'equiparazione, anche se limitata a certi effetti²⁷, della «compagna» alla moglie, che indirettamente dà rilievo, quantomeno riconoscendone l'esistenza, alla convivenza *more uxorio*²⁸.

Questi cambiamenti sociali, che in un certo senso riescono ad emergere anche in ambito giuridicamente rilevante, falliscono però nel condurre l'ordinamento ad una riforma organica: la legge del 17 luglio 1919, n.1176²⁹ è l'unica riforma dell'Italia liberale che interessa l'istituto della famiglia³⁰. Questa legge, oltre ad essere l'unico progetto ad arrivare a compimento, ha anche il merito di introdurre importanti novità, come l'abolizione dell'autorizzazione maritale e l'apertura alle donne dell'accesso alle libere professioni. Se per molte professioni quest'ultima previsione si è limitata a riconoscere una situazione che di fatto si era già andata creando nella realtà, assume, invece, conseguenze pratiche davvero rilevanti per l'avvocatura e il notariato, professioni dalle quali la donna era prima di fatto esclusa³¹.

²³ A questo proposito emblematico è il caso, riportato da Ungari, del progetto di Morelli intitolato Abolizione della Schiavitù domestica con la reintegrazione giuridica della donna, accordando alla donna i diritti civili e politici del giugno 1867 che non viene nemmeno ammesso alla lettura in aula.

²⁴ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

²⁵ Migliucci, Debora. «Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una "società naturale".»

²⁶ Possono essere ricavati da alcune previsioni contenute in leggi secondarie e da statuti delle società operaie.

²⁷ Ad esempio, per il riconoscimento di indennità familiari in caso di morte dell'uomo.

²⁸ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

²⁹ L. 17 luglio 1919, n. 1176, GU n. 172 del 19 luglio 1919.

³⁰ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

³¹ Sul tema si veda per un maggiore approfondimento Guida, Erberto. «La capacità giuridica della donna dopo la legge 17 luglio 1919 n. 1176.» *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie* (Vita e Pensiero- Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore) Vol. 85, Fasc. 332 (agosto 1920): 260-275.

Non mancano, anche in questo periodo, tentativi di riforma più radicale che puntano ad introdurre nell'ordinamento italiano l'istituto del divorzio. L'ultimo progetto prima del ventennio fascista, che chiuderà poi definitivamente il dibattito sul tema, è la proposta Marangoni-Lazzari. Il divorzio viene visto dai due autori come mezzo necessario per adeguare l'ordinamento alla tragica realtà sociale dell'Italia post-bellica, dove vedove di guerra, famiglie non più ricongiungibili o ricomponibili e famiglie illegittime hanno un ruolo predominante³². In questo contesto, il divorzio avrebbe permesso all'istituto legale della famiglia di riconquistare una certa stabilità, oltre che rilevanza, nonostante la previsione della sua dissolubilità³³. Il progetto di legge, che pur ottiene il favore del governo e, in un primo momento anche buoni riscontri a Montecitorio, fallisce però a causa della chiusura anticipata della sezione parlamentare nell'aprile 1921³⁴.

Con l'avvento del fascismo la società è in un certo senso costretta a cambiare. La politica sociale e demografica ma soprattutto il diritto permettono al regime di piegare l'istituzione familiare e forgiarla in relazione agli ideali di patriarcato e virilismo, pilastri della costruzione dello stato fascista³⁵. Così la difesa della razza, l'anti individualismo marcato, la finalità procreativa del matrimonio e il ruolo centrale per la società di una famiglia unita e salda dal punto di vista morale ed economico passano anche attraverso la legislazione fiscale³⁶, l'indissolubilità del matrimonio, la repressione penale dell'adulterio femminile³⁷, il divieto di matrimonio «del cittadino italiano di razza ariana con persona appartenente ad altra razza³⁸» e l'elenco potrebbe continuare.

Nell'esaminare la posizione fascista in merito alla famiglia e del ruolo di quest'ultima nella società e per lo Stato, risulta paradigmatico il pensiero di Alfredo Rocco (1875-1935), giurista che ha legato per sempre il suo nome alla legislazione del regime³⁹. Rocco osteggia l'idea di famiglia quale istituzione naturale ed extrastatale: «il matrimonio conserva tutta la sua importanza di istituto sociale e politico, giacché la famiglia legale, prima cellula della Nazione, rimane pur sempre regolata dalle leggi dello stato»⁴⁰. Leggi

³² Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

³³ Valeria Iaconis. Questo, io penso, e per questo sono contro il divorzio». Il dibattito sul divorzio nella rivista femminile «La Chiosa» (1919-1927), *Altrelettere* (2020), pp. 24-49.

³⁴ Valeria Iaconis. Questo, io penso, e per questo sono contro il divorzio». Il dibattito sul divorzio nella rivista femminile «La Chiosa» (1919-1927). Cit.

³⁵ Debora Migliucci. Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una "società naturale". Cit.

³⁶ Ad esempio, la tassa sui celibi istituita con il R.D. 19 dicembre 1926, n. 2132 (G.U. 16/01/1928, n. 12) o le esenzioni d'imposta e privilegi di carriera per padri di prole numerosa.

³⁷ Si veda il testo originale dell'art.559 del Codice penale.

³⁸ Art.1 del R.D. 19 novembre 1938, n.1728 *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*. (G.U. 27/02/1939, n.48).

³⁹ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

⁴⁰ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit. pag. 210.

dello Stato che per il giurista devono perseguire l'unità familiare e le ragioni della politica demografica dettata dal regime, anche a discapito degli interessi dei singoli. Di estrema rilevanza, infine, anche il ruolo qualitativamente diverso che i membri della famiglia devono assumere, determinato dalla funzione assegnata dalla natura e che deve essere riconosciuto e rispettato dalla società, dagli individui e dallo Stato⁴¹.

Questo è quindi il panorama politico e giuridico in cui vede la nascita il nuovo Codice civile del 1942⁴², che non può che esserne condizionato. Nel testo del codice Ungari ritrova influenze della tradizione della pandettistica tedesca, un affinamento tecnico di molti istituti ma soprattutto «la consapevolezza di una società di grandi masse e di forti gruppi di comando, la società gerarchica di Alfredo Rocco»⁴³. La famiglia che viene riconosciuta e istituzionalizzata dal codice è spiccatamente patriarcale. Il testo originale dell'art.144 sulla potestà maritale è solo uno degli esempi che possono essere riportati del ruolo subordinato della donna rispetto al marito che è considerato il vero «capo della famiglia»⁴⁴.

2.2 La costituzione del 1948

Come la Grande guerra, anche la Seconda guerra mondiale comporta importanti sconvolgimenti che si riflettono all'interno della famiglia, in primo luogo in riferimento al ruolo della donna. Nel secondo dopoguerra il legislatore sembra più attento a questi cambiamenti avvenuti nel tessuto sociale, tanto che si fa strada un nuovo orientamento teso al riconoscimento della uguaglianza giuridica della donna. Il dibattito sulla parificazione, partendo dal riconoscimento dei pieni diritti politici⁴⁵, si allarga poi anche ai diritti civili e sociali, a partire proprio dall'ambito della famiglia⁴⁶.

L'Assemblea costituente, nell'individuare una definizione di famiglia da inserire in Costituzione, si discosta dalla famiglia patriarcale propria del ventennio fascista non solo per segnare una discontinuità rispetto al regime ma anche in ragione di una congruenza con la realtà sociale e culturale che nei fatti si trova davanti. La famiglia viene dunque

⁴¹ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

⁴² R.D. 16 marzo 1942, n.262 Approvazione del testo del Codice civile. G.U. 04/04/1942, n.79.

⁴³ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

⁴⁴ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. A cura di Franco Anelli e Carlo Granelli. Milano: Giuffrè, 22. ed, 2015.

⁴⁵ Prima l'estensione del diritto di voto (D.I.I. 28 settembre 1944, n.247 Estensione alle donne del diritto di voto. G.U. del 20-02-1945 n.22.) e poi quella del diritto ad essere elette in Parlamento (D.I.I. 10 marzo 1946, n.74 Norme per l'elezione dei deputati all'Assemblea costituente. G.U.12/03/1946, n.60.)

⁴⁶ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

definita come una società naturale basata sul matrimonio, che a sua volta si fonda sul principio di uguaglianza tra i coniugi⁴⁷.

Per procedere ad un esame più completo della disciplina costituzionale della famiglia è necessario soffermarsi sull'art. 29 della Costituzione, che al primo comma dispone: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

La Costituzione afferma, in primo luogo, l'autonomia delle famiglie che lo Stato si impegna a rispettare, salvo l'intervento a tutela dei figli in caso di incapacità dei genitori (art.30, comma 2, Cost.). La famiglia non perde il suo ruolo centrale nella società e nell'attenzione dello Stato ma è caratterizzata da una maggiore libertà, che si fonda sul rispetto della volontà dei suoi componenti, in confronto alla famiglia rigidamente istituzionalizzata del periodo fascista.

Il primo comma dell'art.29 Cost., poi, definisce la famiglia come una «società naturale fondata sul matrimonio». Con questa formulazione, che dimostra un riemergere dei valori giusnaturalistici⁴⁸, l'Assemblea costituente riconosce alla famiglia un ruolo fondamentale nella crescita morale e spirituale dell'individuo in quanto nucleo primario in cui crescere, in età evolutiva, e sviluppare appieno la propria personalità, in età adulta⁴⁹.

Il dibattito su quale definizione dell'istituto familiare accogliere in Costituzione è stato piuttosto acceso e partecipato durante le sessioni dell'Assemblea costituente. La soluzione, che come molte altre nella carta fondamentale del 1948 è di compromesso tra le anche molto diverse istanze ideologiche di cui erano portatori i costituenti, non viene, ovviamente, accolta da tutti con particolare favore. Piuttosto critica la posizione di Piero Calamandrei (1889-1956) che, durante la sessione del 23 aprile 1947, a proposito della formula del primo comma dell'art.29 dice: «dal punto di vista logico ritengo che sia un gravissimo errore, che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità, quello di congiungere l'idea di società naturale - che richiama al diritto naturale - colla frase successiva «fondata sul matrimonio», che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è, per me, una contraddizione in termini»⁵⁰.

⁴⁷ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

⁴⁸ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

⁴⁹ One Legale. «Commento all'art.29 Costituzione.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.

⁵⁰ «Verbale Assemblea costituente, IV, 3283.» s.d.

Antonio Ruggeri, invece, propone una diversa lettura della formula dell'art.29, legando il concetto di naturalità al riconoscimento consuetudinario diffuso⁵¹. Il modello di famiglia che si è affermato nella nostra tradizione, tanto da diventare costitutivo del «cuore della nostra cultura», è quello che vede come elementi essenziali, da un lato, l'unione tra due soggetti di sesso diverso e, all'altro, il matrimonio. La Costituzione, quindi, si limiterebbe ad accertare quello che si è affermato di fatto nella realtà sociale e culturale. Attraverso questo ragionamento, Ruggeri attribuisce al matrimonio eterosessuale un valore enorme, forse eccessivo, tanto da elevarlo ad una sorta di principio fondamentale, non solo della Costituzione ma anche della società stessa, che, in quanto tale, non può essere modificato, nemmeno attraverso una legge di riforma costituzionale⁵².

Tornando all'esame della formulazione del primo comma dell'art.29, ne emerge una chiara preferenza nei confronti della famiglia «fondata sul matrimonio». Alla famiglia legittima viene affidato un ruolo da protagonista in ragione delle garanzie di certezza e stabilità che il rapporto, legalmente riconosciuto e istituzionalizzato attraverso il matrimonio, comporta⁵³. Gli altri modelli familiari, come le coppie stabilmente conviventi o le coppie omosessuali, rientrano nella tutela non dell'art. 29 ma dell'art. 2 della Costituzione⁵⁴. Quest'ultimo prevede che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...] nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Ecco, quindi, che l'unione eterosessuale basata sul matrimonio è per la Costituzione una «famiglia», mentre le altre forme sarebbero delle mere «formazioni sociali»⁵⁵.

Secondo alcuni autori⁵⁶, questa preferenza nei confronti della famiglia legittima non sarebbe un illegittimo trattamento disparitario, dovuto ad una certa indifferenza nei confronti delle richieste di tutela e riconoscimento avanzate degli altri modelli familiari; si tratterebbe, bensì, del mero riconoscimento di una specialità propria della famiglia basata sul matrimonio⁵⁷. Questa sarebbe, infatti, destinataria di una disciplina, come per esempio la possibilità di adottare, non interamente adattabile alle altre forme di unione.

⁵¹ Ruggeri, Antonio. «Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione.» *Quaderni costituzionali*, 2007.

⁵² In merito a quest'ultimo punto per l'opinione opposta si veda Spadaro, Antonio. «Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa- o serve una legge di revisione costituzionale?» www.forumcostituzionale.it, 9 settembre 2013.

⁵³ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁵⁴ Spadaro, Antonio. «Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa- o serve una legge di revisione costituzionale?» Cit.

⁵⁵ Questa differenza permane, come si vedrà in seguito, anche dopo l'introduzione delle unioni civili.

⁵⁶ Si veda sul punto *One Legale*. «*Commento all'art.29 Costituzione*.» Cit.

⁵⁷ Di questo avviso anche la Corte costituzionale nella sentenza del 26 maggio 1989, n.310. G.U. 1a Serie Speciale - Corte Costituzionale 35/05/1989 n.22.

Ecco che, allora, si giustifica l'attribuzione di maggiore dignità alla famiglia legittima attraverso la necessità di coerenza rispetto alle norme primarie che compongono l'ordinamento giuridico. Ragionamento che sembra fallace dovendosi, in primo luogo, sempre preferire una conformità alla Costituzione, ed in particolare a quelli che sono i principi fondamentali della Carta, come l'uguaglianza e pari dignità sociale prevista dall'art.3 Costituzione. Un altro argomento che farebbe propendere per una vera e propria preferenza della famiglia legittima, piuttosto che un mero riconoscimento di una specialità, si trova all'art.30 della Costituzione. Al terzo comma si assicura ai figli nati fuori dal matrimonio piena dignità sociale e giuridica ma, allo stesso tempo, si prevede che questa tutela trovi un limite nel rispetto dei diritti dei componenti della famiglia legittima⁵⁸. Attraverso questa disposizione veniva giustificata una disparità di trattamento tra figli legittimi e figli c.d. naturali, disparità che è venuta meno definitivamente, come si vedrà più avanti, solo nel 2012.

Tronano alla norma costituzionale, il secondo comma dell'art.29 afferma il principio di parità tra i coniugi, diretto corollario del principio di uguaglianza previsto all'art.3 Costituzione⁵⁹. L'affermazione della pari dignità sociale di ogni cittadino, e il conseguente divieto di discriminazione, non può non avere un riverbero anche nella dimensione familiare, andando a colpire al cuore la famiglia fascista spiccatamente patriarcale. Pure nel secondo comma abbiamo testimonianza della natura compromissoria della Carta costituzionale: l'uguaglianza tra i coniugi trova un limite nella garanzia dell'unità familiare.⁶⁰ Anche questo concetto, essendo una sintesi di posizioni culturali e politiche molto diverse, non è di facile definizione. Si tende ad escludere si riferisca all'indissolubilità del matrimonio, principio scientemente escluso dall'art. 29 dai costituenti dopo un intenso e piuttosto lungo dibattito⁶¹. Di questo avviso è anche la Corte costituzionale che esclude che la regolamentazione del divorzio sia in contrasto con il valore dell'unità familiare⁶². Il riferimento alla unità familiare, come gli altri limiti che abbiamo visto presenti nella disposizione costituzionale, sembra in realtà giustificarsi sulla base di due ordini di ragioni. In primo luogo, quella di rendere meno aspro il contrasto tra la norma costituzionale e il complesso delle norme codicistiche sulla famiglia, ancora legate agli ideali fascisti di patriarcato e disparità. La seconda ragione può essere individuata in una sorta di resistenza rispetto ai nuovi principi costituzionali,

⁵⁸ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Torino: G. Giappichelli, 2000

⁵⁹ *One Legale*. «*Commento all'art.29 Costituzione*.» Cit.

⁶⁰ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Cit.

⁶¹ Per un maggiore approfondimento si veda *One Legale*. «*Commento all'art.29 Costituzione*.» Cit.

⁶² Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 1976, n.181.

il cui scopo è proprio quello di rompere la continuità rispetto ai valori e ai principi per lungo tempo dominanti nella società⁶³. Ungari riconosce, sottolineandone il paradosso, che nella Costituzione della Repubblica ci sono gradi resti di quella che viene definita come «costituzione materiale» del ventennio fascista⁶⁴.

In questo ambito, un ruolo fondamentale lo assume la Corte costituzionale che rilegge le disposizioni del codice del 1942 – le quali sono rimaste come volute dal regime fascista – alla luce dei nuovi principi costituzionali e, dove un'interpretazione costituzionalmente orientata non è possibile, ne dichiara l'incostituzionalità.

2.3 Riforma del 1975

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, è la giurisprudenza, di merito e costituzionale⁶⁵, a svolgere l'essenziale compito di adeguare le previsioni dell'ordinamento ai nuovi principi codificati nella Carta costituzionale. Il legislatore, comunque, non rimane del tutto silente ed interviene in diversi settori che riguardano i diritti, segnando un'evoluzione legislativa che va verso la centralità dei diritti dell'uomo⁶⁶.

Il primo intervento legislativo estremamente rilevante, non solo dal punto di vista giuridico ma anche da quello sociale, si ha nel 1970 con l'introduzione del divorzio⁶⁷, attraverso la legge 1° dicembre 1970, n.898 *Disciplina di casi di scioglimento del matrimonio*⁶⁸. L'istituto viene poi confermato dal fallimento del referendum abrogativo del 1974, dal quale emerge un chiaro favore degli italiani nei confronti del divorzio⁶⁹. La L. 898/1970 apre la strada ad una stagione di interventi legislativi, dalla portata più o meno ampia, di cui la riforma del 1975 è solo uno degli esempi, forse il più rilevante in merito al diritto di famiglia ma non di certo il più radicale. A questo proposito, ad esempio, la legge 22 maggio 1978, n.194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*⁷⁰ riconosce il valore sociale della maternità, prevedendo, però, la legittimità dell'aborto⁷¹.

⁶³ *One Legale*. «Commento all'art.29 Costituzione.» Cit.

⁶⁴ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

⁶⁵ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Cit.

⁶⁶ Come esempio possono essere riportati gli interventi in materia di cittadinanza. Per un maggior approfondimento si veda Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

⁶⁷ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁶⁸ L. 1° dicembre 1970, n. 898 *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*. G.U. 03/12/1970, n.306.

⁶⁹ 33.023.179 elettori si recarono alle urne, 19.138.300 elettori (59,26%) votarono contro l'abrogazione della legge. I voti favorevoli furono 13.157.558 (40,74%). Dati presi da: https://www.camera.it/leg17/537?shadow_mostra=23937

⁷⁰ L. 22 maggio 1978, n. 194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*. G.U. 22/05/1978 n.140.

⁷¹ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975. Cit.

Bisogna comunque rilevare che la legge 19 maggio 1975, n.151 *riforma del diritto di famiglia*⁷² ha un ruolo fondamentale ed estremamente rilevante per la configurazione attuale del diritto di famiglia⁷³, nel cui ambito rappresenta la prima riforma organica e sostanziale dopo il codice del 1942, il quale si era comunque posto in linea di continuità con il precedente⁷⁴. La Costituzione aveva posto le basi di una modifica dell'idea patriarcale della famiglia ma l'intervento della Corte costituzionale, volto a rileggere le norme codicistiche alla luce dei nuovi valori, non si è dimostrato sufficiente ad attuare i nuovi principi. È Risultato, quindi, necessario un intervento del legislatore diretto a ridisegnare in maniera organica i rapporti familiari⁷⁵.

Ecco allora che tra i principi fondanti la riforma del 1975 vi sono quelli costituzionali dell'uguaglianza tra i coniugi e della tutela dei figli nati fuori dal matrimonio⁷⁶. Pare ispirata al principio di uguaglianza tra i coniugi la scelta della comunione legale come regime patrimoniale della famiglia, salvo il caso in cui i coniugi non preferiscano espressamente la divisione dei beni. La comunione dei beni rappresenta, in un sistema economico arretrato e ancora fortemente squilibrato a favore dell'uomo, la scelta migliore per realizzare l'uguaglianza materiale che lo Stato è chiamato a perseguire⁷⁷. Se questo è effettivamente lo stato delle cose nel 1975, forse è il caso di mettere in discussione l'opportunità di mantenere oggi lo stesso sistema e di domandarsi se gli squilibri siano ancora tali da non giustificare il cambiamento della preferenza, scegliendo come regime legale la divisione dei beni, che sembra essere più orientata ad una parità tra i coniugi.

Un altro principio ispiratore della riforma è la responsabilità. Il legislatore del 1975, infatti, non è chiamato solo a modificare il sistema alla luce dei principi costituzionali ma deve anche adeguare il diritto ai nuovi rapporti familiari che esistono nella realtà di fatto. Si fa strada una nuova idea di famiglia, basata, appunto, sul concetto di responsabilità nelle scelte familiari, sia in merito alla filiazione che al matrimonio. È di quest'ultimo punto che si fa espressione l'elevazione a 18 anni del limite d'età per contrarre matrimonio⁷⁸. Questa evoluzione del diritto, ispirata al principio di responsabilità, arriverà a compimento solo con la legge 10 dicembre 2012, n.219 *Disposizioni in materia di*

⁷² L. 19 maggio 1975, n. 151 *Riforma del diritto di famiglia*. G.U. 23/05/1975 n.135.

⁷³ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁷⁴ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

⁷⁵ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Cit.

⁷⁶ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁷⁷ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Cit.

⁷⁸ Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

*riconoscimento dei figli naturali*⁷⁹ dove, tra l'altro, la nozione di potestà dei genitori viene sostituita con quella di responsabilità genitoriale⁸⁰.

Infine, l'ultimo principio che permea questa nuova regolamentazione è la libertà dei componenti nelle scelte che riguardano la famiglia. In quest'ottica il ruolo del giudice non è quello di arbitro⁸¹ che ha il compito di risolvere un eventuale conflitto – anche sostituendosi ai coniugi nelle decisioni –, bensì quello di intervenire per promuovere e consentire una soluzione di accordo tra le parti e, qualora questo non sia possibile, decidere sulla base del principio cardine del superiore interesse del minore⁸².

Pietro Rescigno⁸³ registra un diffuso favore dei giuristi nei confronti della riforma del 1975, che non solo è coerente con i principi costituzionali ma ha anche il merito di avere in un certo senso risolto i dubbi e le ambiguità che la Carta costituzionale portava con sé. Ricostruendo il sistema sulla base dei principi appena esposti, il legislatore ordinario è riuscito anche a smorzare i limiti che sono stati inseriti all'art. 29 Costituzione.

2.4 Legge n. 219 del 2012

La riforma del 1975 lascia però incompiuto il pieno riconoscimento dell'uguaglianza tra figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori. Si mantiene, infatti, lo *status* di figli legittimi per i figli concepiti nel matrimonio, mentre per i figli concepiti da genitori non sposati si parla di figli naturali (non più di illegittimi come invece prevedeva il codice prima della riforma)⁸⁴. Questa differenza non rileva solo su un piano meramente nominalistico ma ha anche dei riflessi giuridici concreti. Una delle conseguenze più emblematiche si manifesta sul piano successorio in ragione della relazione di parentela che per i figli legittimi riguarda tutti i parenti dei genitori, mentre per quelli naturali insiste solo nel rapporto con il genitore che ha compiuto il riconoscimento⁸⁵.

Il perdurare di queste differenze tra figli illegittimi e figli naturali viene eroso da diverse pronunce della Corte costituzionale, che dichiara incostituzionali diverse disposizioni considerate discriminatorie⁸⁶. Di nuovo, però, il ruolo della Corte non è sufficiente a realizzare una piena equiparazione del regime giuridico dei figli, anche perché, come

⁷⁹ L. 10 dicembre 2012, n. 219 *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*. G.U. 17/12/2012 n.293.

⁸⁰ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁸¹ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Cit.

⁸² Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. Cit.

⁸³ Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Cit.

⁸⁴ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁸⁵ Per un maggiore approfondimento si veda Torrente, Andrea, e Piero Schesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁸⁶ Si veda, a titolo di esempio, Corte costituzionale sentenza del 12.4.1990, n. 184. G. U. 18/04/1990 n. 16, sulla parziale illegittimità dell'art.565 del c.c.

accennato in precedenza, la stessa Costituzione pone il limite del rispetto dei diritti della famiglia legittima. Ecco che, ancora una volta, si rende necessario un intervento del legislatore ordinario⁸⁷.

Intervento che avviene attraverso la L. 219/2012⁸⁸, la quale pone come obiettivo primario l'unificazione degli *status* di figlio, eliminando le persistenti differenze, in modo da evitare discriminazioni fondate sul fatto stesso della filiazione⁸⁹. Questa regolamentazione risulta rilevante sotto tre punti di vista.

In primo luogo, raggiunge una piena equiparazione tra figli naturali e legittimi, affermando l'unicità del loro regime giuridico, attraverso una completa riformulazione dell'art. 315 c.c. che ora dispone «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.». L'unicità dello *status* di figlio, che si eleva a principio generale del diritto⁹⁰, porta con sé diversi corollari, come, ad esempio, l'inutilità sopravvenuta dell'istituto della legittimazione, che infatti viene abrogato dalla stessa L. 219/2012. C'è da registrare che la formulazione dell'art. 315 c.c. viene criticata da una parte della dottrina che ritiene non si possa parlare di unicità di *status* quando la realtà ci consegna diverse forme di filiazione⁹¹. Il diritto, secondo questa tesi, non può che prenderne atto, tanto che, nonostante l'art. 315 c.c., permangono nell'ordinamento differenze tra figli naturali e figli legittimi, ad esempio, in materia di costituzione del rapporto giuridico con il genitore, che per i figli naturali avviene necessariamente con un atto di riconoscimento⁹².

In secondo luogo, la legge 219/2012 riformula l'art. 74 c.c., modificando il concetto di parentela che si espande, rispetto alla formulazione precedente, fino a coinvolgere i figli naturali e adottivi. In merito a questi ultimi, è sempre stato pacificamente riconosciuto che la nozione di parentela si applicasse all'adozione c.d. piena di minori e che fosse, invece, esclusa per l'adozione di persone maggiori d'età, esclusione prevista dallo stesso art. 74 c.c. In dottrina, invece, si è aperto un dibattito⁹³ sulla configurabilità della costituzione del vincolo di parentela per i casi di adozione "in casi particolari" ex art. 44,

⁸⁷ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁸⁸ Nonché attraverso il D.Lgs. 28 dicembre 2013, n.154 *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*. G.U. 08/01/2014 n.5.

⁸⁹ Lupo, Maria. «Commento online al Codice Civile commentato di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.

⁹⁰ Secondo Roberto Amagliani aspira ad essere un «vero e proprio statuto della filiazione». Amagliani, Roberto. «La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia).» *Giustizia Civile*, fasc. 4, 1° aprile 2018: 1023.

⁹¹ Per un maggiore approfondimento di veda Amagliani, Roberto. «La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia).» Cit.

⁹² Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁹³ Per un maggiore approfondimento si veda Lupo, Maria. «Commento online al Codice Civile commentato di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

legge 4 maggio 1983, n. 184 *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*⁹⁴. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, L. 184/1983, nella parte in cui, mediante il rinvio all' art. 300, 2° comma c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari non inducesse alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante⁹⁵.

Infine, l'ultimo elemento della riforma che questo elaborato prende in considerazione riguarda il principio di superiore interesse del minore, di cui la legge 219/2012 ne ribadisce la centralità. Il concetto di superiore interesse del minore, che acquista rilevanza grazie alla giurisprudenza sovranazionale⁹⁶ ma che sembra entrato a pieno diritto tra i principi dell'ordinamento interno italiano, è ancora estremamente generale⁹⁷, tanto che si discute non solo sul suo contenuto ma anche sulla sua natura.

La L. 219/2012, pur potendo essere esposta a ragionevoli critiche, ha il merito di portare a compimento la riforma, iniziata nel 1948 dalla Costituzione, che ripensa il diritto di famiglia in chiave più ugualitaria e rispettosa dei diritti e delle volontà dei componenti della famiglia.

2.5 Unioni civili, Legge n. 76 del 2016

L'ultima tappa legislativa fondamentale di questo processo di modifica e di adeguamento del diritto alla realtà è costituita dalla legge 20 maggio 2016, n.76 *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*⁹⁸ (c.d. "legge Cirinnà"). Questa legge dà veste legale a due nuovi modelli familiari alternativi, dal punto di vista fattuale, a quello basato sul matrimonio⁹⁹.

Il complesso ed incidentato *iter* parlamentare che porta all'approvazione della legge, conclusosi con un maxi emendamento sul quale viene posta la questione di fiducia che modifica il testo del disegno di legge e lo colloca all'interno di un unico articolo¹⁰⁰, è una delle ragioni della difficile intellegibilità di alcune disposizioni di questo atto legislativo. L'unico articolo della legge, composto da 69 commi, contiene sia la disciplina delle unioni

⁹⁴ L. 4 maggio 1983, n. 184 *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. [Ora: *Diritto del minore ad una famiglia*] G.U. 17/05/1983.

⁹⁵ Corte costituzionale, sentenza del 28 marzo 2022, n.79. G.U. 30/03/2022 n. 13.

⁹⁶ È stato invocato per la prima volta nel 1959 nella *Dichiarazione per i diritti del fanciullo* ed è poi confluito nell'art. 3 della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989.

⁹⁷ Secondo alcuni, tra cui Roberto Amagliani, sconfinerebbe nell'indeterminatezza

⁹⁸ L. 20 maggio 2016, n. 76 *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. G.U. 21/05/2016 n.118.

⁹⁹ Cian, Giorgio, e Alberto Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*. CEDAM, Edizione XIV, settembre 2020.

¹⁰⁰ Parisi, Stefania. «Famiglia di diritto: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili.» *Quaderni costituzionali*, fascicolo 3, settembre 2016.

civili che quella delle convivenze di fatto. Questa scelta del legislatore – ossia collocare in un unico testo di legge, addirittura in un unico articolo, queste due formazioni sociali così diverse – oltre ad essere un *unicum* nel panorama comparatistico, è criticata da una buona parte della dottrina¹⁰¹ essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, la necessità di una disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso era sentita con più urgenza rispetto a quella delle convivenze, non solo all'interno della società civile ma anche tra gli operatori del diritto, in particolar modo dopo l'intervento della Corte costituzionale, prima, e della Corte europea dei diritti dell'uomo (da qui Corte Edu), poi, le quali hanno sottolineato il dovere dell'Italia, e quindi del parlamento, di intervenire per l'individuazione di forme di garanzia e riconoscimento di tali unioni¹⁰². In secondo luogo, questo accorpamento di discipline comporta il rischio di assimilazione delle stesse. Assimilazione che sarebbe, ovviamente, fallace essendo le due situazioni prese in considerazione molto diverse: da un lato abbiamo una coppia eterosessuale che decide di non sposarsi, mentre dell'altro abbiamo una coppia omosessuale a cui, invece, è impedito sposarsi¹⁰³.

Per ragioni di sintesi e coerenza con l'oggetto dello studio, questo elaborato si concentrerà brevemente sull'esame della disciplina delle unioni civili, non soffermandosi, invece, su quella delle convivenze. Pare solo il caso di riportare che anche quest'ultima si presenta piuttosto farraginoso e poco chiara, dando luogo a diversi dubbi interpretativi¹⁰⁴.

I commi da 1 a 35 dell'art. 1 della L. 76/2016 istituiscono le unioni civili tra persone dello stesso sesso, andando a creare una figura giuridica nuova. Già da questa prima indicazione emerge una profonda differenza sul piano teologico tra queste e la famiglia fondata sul matrimonio che invece viene «riconosciuta» dalla Costituzione¹⁰⁵. Ecco che spicca una chiara diversità di linguaggio tra i costituenti e il legislatore del 2016, riflesso, appunto, di un diverso modo di concepire le due formulazioni sociali. Partendo da questo presupposto, si è fatta strada in dottrina la tesi secondo la quale nella Costituzione la tutela assicurata alla famiglia riguarderebbe tanto i diritti dei singoli quanto l'istituzione in

¹⁰¹ Cian, Giorgio, e Alberto Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*. Cit.

¹⁰² Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010 n.138 (G.U. 21/04/2010 n. 16) e sentenza 11 giugno 2014 n. 170 (G.U. 18/06/2014 n. 26). Sentenza Corte EDU, 21 luglio 2015, n. 18766, caso Oliari c. Italia.

¹⁰³ Per questo motivo Marco Gattuso parla di «situazioni incommensurabili». Gattuso, Marco. «La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali.» *Il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, fascicolo 3/2007: 452-463.

¹⁰⁴ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

¹⁰⁵ Sesta, Michele. «La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare.» *Famiglia e Diritto*, n. 10, 1° ottobre 2016: p. 881.

sé, mentre l'unione civile sarebbe stata pensata e istituita dal legislatore a tutela dei diritti inviolabili delle persone omosessuali ma non della stessa istituzione¹⁰⁶. Ed infatti, le unioni civili tra persone dello stesso sesso non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 29 che rimane riferibile alla sola famiglia coniugale¹⁰⁷. Questa esclusione è espressamente prevista dalla legge Cirinnà che al primo comma dell'art. 1 qualifica l'unione civile come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». Il richiamo all'art. 29 è stato volutamente omissivo, il che fa trasparire l'adesione del legislatore alla dottrina del c.d. *separate but equal*¹⁰⁸. Sarà proprio in riferimento alla congruenza all'articolo 3 della Costituzione che verrà valutata, in futuro, la ragionevolezza e la legittimità costituzionale del perdurare di questa distinzione¹⁰⁹. Non vi è, comunque, un'opinione univoca in dottrina in merito alla legittimità di prevedere un matrimonio egualitario per le coppie dello stesso sesso con legge ordinaria, proprio in ragione della formulazione dell'art. 29 Costituzione¹¹⁰.

Allontanandoci brevemente dal tema centrale, pare interessante notare come il legislatore non estenda espressamente la qualifica di formazioni sociali ex art. 2 Costituzione alle convivenze, anche se ormai è un approdo pacificamente accettato dalla giurisprudenza¹¹¹.

La L. 76/2016, a parte il riferimento all'art. 2 Costituzione, non dà una definizione dell'unione civile, si limita a disciplinarne le modalità di costituzione e gli effetti. La disciplina risulta in larga parte mutata dalle regole dettate per il matrimonio – ad esempio in materia di regime patrimoniale legale – anche se ci sono delle differenze¹¹². Se alcune di queste, come la mancata previsione dell'obbligo di fedeltà, hanno rilevanza pratica relativa, altre, come l'esclusione dell'applicazione della legge sulle adozioni¹¹³, hanno delle conseguenze concrete decisamente rilevanti.

Emblematico della ambiguità della legge Cirinnà è il comma 20 nel quale è inserita una disposizione, piuttosto rilevante sul piano sistematico, che non risulta di facile e

¹⁰⁶ Sesta, Michele. «La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare.» Cit.

¹⁰⁷ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

¹⁰⁸ Gattuso, Marco. «Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida.» *Articolo29.it*, 2016.

¹⁰⁹ Cian, Giorgio, e Alberto Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*. Cit.

¹¹⁰ Per un maggior approfondimento si veda Cian, Giorgio, e Alberto Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*. Cit.

¹¹¹ Sesta, Michele. «La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare.» Cit.

¹¹² Per una breve ma completa disamina dei punti più rilevanti si veda Gattuso, Marco. «Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida.» Cit.

¹¹³ Anche se non tutta la dottrina è concorde con questa esclusione, soprattutto in riferimento alla lettera d) dell'art. 44 della legge n. 184/1983. Per un maggiore approfondimento si rinvia al capitolo successivo.

immediata comprensione¹¹⁴. Si prevede l'estensione automatica alla parte dell'unione civile delle disposizioni riferite al coniuge e contenute in qualsiasi atto normativo diverso dal Codice civile – mentre per le disposizioni codicistiche è necessario che questo ampliamento sia espressamente previsto¹¹⁵ – e dalla legge n. 184/1983. L'ambiguità emerge, anche e soprattutto, nella previsione che l'equiparazione avvenga «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile». Inserita nel testo di legge dalla parte del Parlamento che osteggiava un avvicinamento eccessivo dell'unione civile al matrimonio, potrebbe «assolvere a una rilevante funzione antidiscriminatoria, nelle prassi interpretative»¹¹⁶.

In conclusione, è da rilevare che alla L. 76/2016 possono essere mosse numerose critiche sia sulla formulazione testuale della legge – che risulta non chiara, per non dire oscura, in molti punti – sia sulle scelte politiche compiute, o non compiute, dal legislatore che sembra non essere riuscito a capire e dare una risposta adeguata alle esigenze di tutela di cui si è fatta portavoce anche la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. Tuttavia, è comunque necessario riconoscere a questa legge il merito di avere spezzato l'indifferenza verso queste realtà di fatto che prima caratterizzava l'ordinamento. In questo senso la legge Cirinnà non può certamente essere considerata un approdo ma, piuttosto, una tappa fondamentale del cammino verso un pieno riconoscimento delle famiglie omosessuali¹¹⁷.

Abbiamo così concluso questo breve esame sull'evoluzione del diritto di famiglia. Ne è emerso che non sempre l'ordinamento si è mostrato coerente con la realtà di fatto presente nella società e, alle volte, anche i tentativi del legislatore di aggiornarlo e modificarlo non sono stati del tutto adeguati.

3 Famiglie omosessuali nel diritto internazionale e sovranazionale

L'evoluzione dell'ordinamento italiano in materia di rapporti familiari è stata alimentata, come sopra accennato, anche da una spinta internazionale e sovranazionale. Risulta

¹¹⁴ Per un maggiore approfondimento si veda anche il secondo capitolo, paragrafo § 2.3.1.

¹¹⁵ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

¹¹⁶ Parisi, Stefania. «Famiglia di diritto: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili.» Cit.

¹¹⁷ Parisi, Stefania. «Famiglia di diritto: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili.» Cit.

quindi utile esaminare brevemente la disciplina prevista in materia di tutela delle famiglie omosessuali a livello internazionale.

In primo luogo, ad essere interessante è la nozione di famiglia che l'ordinamento internazionale ci consegna. Nelle Carte che si occupano di protezione dei diritti umani nel sistema ONU è presente solo un'indicazione sommaria, che attribuisce alla famiglia il ruolo di «nucleo naturale e fondamentale della società»¹¹⁸. Questa affermazione estremamente generica viene resa più chiara dai comitati che si occupano di verificare l'applicazione di questi trattati ONU, in modo particolare dal Comitato dei diritti umani¹¹⁹. Quest'ultimo, che per primo e più frequentemente si è espresso sul tema, considera la famiglia come un'entità non definibile in modo assoluto in ragione della sua dipendenza rispetto al contesto giuridico, sociale e culturale di riferimento. Ecco che, allora, la nozione è tanto ampia da ricomprendere tutte quelle formazioni ed esperienze sociali che la società, oltre che il diritto, di uno Stato riconoscono come famiglia¹²⁰. Rientrano sicuramente, oltre alla famiglia coniugale, anche i componenti del nucleo familiare d'origine – come genitori, sorelle e fratelli, i nonni –, nonché i conviventi di fatto¹²¹. Non sembrano esservi delle ragioni ostative all'inclusione, in questa definizione di famiglia, delle famiglie omosessuali, come confermato dalla prassi dello stesso Comitato dei diritti umani¹²².

Se volgiamo lo sguardo all'ordinamento europeo, invece, bisogna innanzitutto premettere che l'Unione non ha una diretta competenza in materia familiare, la quale risulta ancora essere, per ovvie ragioni, appannaggio esclusivo della legislazione interna dei singoli Stati membri¹²³. Nonostante questo, il ruolo dell'Europa nel progresso del diritto di famiglia è stato importante e in alcuni casi addirittura determinante. In questo

¹¹⁸ *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 (art. 16), il *Patto sui diritti civili e politici* del 1966 (art. 23), il *Patto sui diritti economici, sociali e culturali* del 1966 (art. 10)

¹¹⁹ Paladini, Luca. «Standard internazionale e tutela delle rainbow families nell'UE: nozioni di famiglia e best interest del minore nel sistema ONU di protezione dei diritti dell'uomo. Rights On The Move.» A cura di Carlo Casonato e Alexander Schuster. *Rainbow Families in Europe: Proceedings of the Conference*. Trento: Università di Trento, 16-17 ottobre 2014. 201-214.

¹²⁰ Comitato dei diritti umani [HRC]. «General Comment No. 16 del 1988.»

¹²¹ Per un maggiore approfondimento si veda Paladini, Luca «Standard internazionale e tutela delle rainbow families nell'UE: nozioni di famiglia e best interest del minore nel sistema ONU di protezione dei diritti dell'uomo. Rights On The Move.» Cit.

¹²² *Joslin v New Zealand*, No. 902/1999 HRC, 30 luglio 2002. In questo caso nemmeno la Nuova Zelanda, convenuta in giudizio dalle ricorrenti, mette in dubbio il loro essere famiglia.

¹²³ Rita Rolli. *Il diritto privato nella società 4.0*. CEDAM, gennaio 2022, pp. 59-79

senso sono rilevanti la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹²⁴ e la Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (o Carta di Nizza)¹²⁵.

La CEDU, firmata a Roma nel 1950, ha rappresentato per molto tempo la codificazione dei valori e dell'identità condivisa dai Paesi europei, distinguendoli dal resto del mondo¹²⁶. All'interno di questo sistema di valori, quelli che interessano ai fini di questo studio, sono contenuti agli artt. 8 e 12.

L'art. 8, rubricato *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, tutela l'individuo dalla curiosità e dalla attenzione non richiesta rivolta nei suoi confronti da parte degli altri individui ma anche, e soprattutto, dalla ingerenza arbitraria nella sua sfera privata e familiare da parte dei pubblici poteri¹²⁷. Il divieto di ingerenza non si traduce solo in un obbligo negativo ma presuppone che lo Stato sia attivamente impegnato a garantire che il rispetto della vita privata e familiare sia efficace¹²⁸, anche alla luce dell'art. 14 CEDU¹²⁹. Il riferimento testuale alla vita privata e familiare ha permesso di ricomprendere nell'ambito di applicazione della tutela, prima, la famiglia di fatto e poi, in tempi più recenti, quella formata da persone dello stesso sesso. Il riconoscimento di nuovi modelli familiari – e dei diritti di cui questi possono godere – è da sempre subordinato al *consensus* diffuso tra gli Stati¹³⁰. In altre parole, in questa materia, il margine di apprezzamento degli Stati è sempre stato rispettato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in ragione della delicatezza delle questioni affrontate. Così nel 2010¹³¹ la Corte Edu estende espressamente la nozione di "vita familiare" alle coppie omosessuali¹³² ma, allo stesso tempo, esclude che la Convenzione¹³³ preveda l'obbligo in capo agli Stati membri di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso proprio in ragione di dell'assenza di un ampio consenso sul tema. Solo cinque anni dopo, con la sentenza n. 18766¹³⁴, la Corte Edu, registrando l'emersione di un consenso diffuso tra gli Stati in

¹²⁴ Roma, 4 novembre 1950, resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848. G.U. 24 settembre, n. 221.

¹²⁵ Nizza, 7 dicembre 2000 che ha assunto lo stesso rango giuridico dei Trattati con il Trattato di Lisbona, 1° gennaio 2009.

¹²⁶ Debora Migliucci. *Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una "società naturale"*. Cit.

¹²⁷ Questa è l'interpretazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che ha contribuito a rendere questo articolo una sorta di clausola generale nella tutela dell'autonomia privata.

¹²⁸ Sesta, Michela. *Codice della famiglia*. Vol. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2007.

¹²⁹ Articolo che prevede il divieto di discriminazione.

¹³⁰ Tomasi, Laura. «La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu.» *Questione giustizia*, Fascicolo 2/2019: 39-52.

¹³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria.

¹³² De Stefani, Paolo. «Matrimonio, vita familiare e coppie omosessuali: una sentenza della Corte europea dei diritti umani orienta il dibattito (Schalk e Kopf c. Austria, giugno 2010).» *Dossier del Centro Diritti Umani*. Università degli Studi di Padova, Centro di Ateneo per i Diritti Umani, 8 dicembre 2010.

¹³³ In particolare, all'art. 12 in combinato disposto con l'art. 14, come si avrà modo di approfondire a breve.

¹³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo 21 luglio 2015, n. 18766, Oliari e altri c. Italia.

merito alle unioni civili tra persone dello stesso sesso¹³⁵, condanna l'Italia per violazione dell'art. 8, mancando nell'ordinamento italiano un riconoscimento giuridico a tali unioni. Anche in quest'ultima decisione emerge il ruolo riconosciuto al margine di apprezzamento statale, seppur piuttosto limitato rispetto al 2010, avendo la Corte lasciato allo Stato la scelta del mezzo di riconoscimento, non imponendo, in altre parole, il matrimonio egualitario.

Altra importante disposizione è l'art. 12, rubricato *Diritto al matrimonio*, che afferma il diritto dell'uomo e della donna a contrarre matrimonio e fondare una famiglia. La formulazione letterale dell'articolo, che si riferisce all'uomo e alla donna, ha sempre impedito un riconoscimento, a livello di CEDU, del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Rilevante in questo senso è la già richiamata decisione del caso Schalk e Kopf c. Austria del giugno 2010, dove la Corte esclude che un'interpretazione estensiva possa superare il dato testuale¹³⁶. Non viene definitivamente esclusa l'applicazione dell'art. 12 in riferimento alle coppie omosessuali, è però il legislatore ad avere la scelta di istituzionalizzare o meno il matrimonio egualitario.

Occupandoci ora, brevemente, della Carta di Nizza, diventata vincolante come un Trattato in seguito al Trattato di Lisbona del 1° gennaio 2019, basta in questa sede rilevare come questa Carta si ponga in «netta discontinuità¹³⁷» con la Convenzione dei diritti dell'uomo. Se è vero che dal punto di vista strutturale ci sono dei punti di contatto¹³⁸, il contenuto delle previsioni, invece, è determinante nel segnare la differenza tra le due Carte fondamentali, che sono evidentemente influenzate dalle diverse epoche in cui sono state create. Così le novità più importanti, per quanto qui rileva, le abbiamo all'art. 21 che estende espressamente il divieto di discriminazione anche alle tendenze sessuali, ma soprattutto, all'art. 9 *Diritto si sposarsi e costruire una famiglia* che non ripropone il riferimento a «uomini e donne» dell'art. 12 CEDU. In questo modo la Carta di Nizza slega ogni tipo di unione, anche quella matrimoniale, dalla eterogeneità dei sessi nella coppia¹³⁹, superando, così, anche i più recenti orientamenti della Corte Edu.

¹³⁵ Rolli, Rita. *Il diritto privato nella società 4.0*. CEDAM, gennaio 2022.

¹³⁶ De Stefani, Paolo. «Matrimonio, vita familiare e coppie omosessuali: una sentenza della Corte europea dei diritti umani orienta il dibattito (Schalk e Kopf c. Austria, giugno 2010).»

¹³⁷ Utilizzando le parole di Rodotà, Stefano. «Diritto d'amore.» Cit.

¹³⁸ Dal punto di vista dell'ambito nel quale insistono l'art. 7 Carta di Nizza corrisponde all'art. 8 della CEDU, l'art. 9 all'art.12 CEDU e l'art.21 all'art. 14 CEDU:

¹³⁹ Rodotà, Stefano. «Diritto d'amore.» Cit.

4 Accertamento della filiazione

Riportando il discorso all'interno dell'ordinamento italiano, è necessario accennare brevemente alle previsioni in materia di accertamento e riconoscimento della filiazione.

4.1 Il principio mater semper certa est alla luce delle tecniche di PMA e della maternità surrogata

Partendo dal riconoscimento della madre, l'ordinamento prevede che sia tale colei che ha partorito. In questo senso è laconico il terzo comma dell'art. 269 c.c., in materia di dichiarazione giudiziale di maternità e paternità, che dispone che «[l]a maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». L'identificazione della madre attraverso l'evento del parto¹⁴⁰ non è altro che una trasposizione nel diritto di una massima di esperienza¹⁴¹ che è stata messa in discussione solo in tempi relativamente recenti, in ragione dello sviluppo e della diffusione dell'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali hanno reso possibile una dissociazione tra la componente biologica-naturalistica e quella genetica.

L'impossibilità, prevista dal terzo comma dell'art. 269 c.c., che il dato genetico prevalga sulla presunzione di maternità collegata al parto¹⁴² è sicuramente coerente con la ratio dell'istituto della fecondazione eterologa, che permette l'impianto di gameti donati da individui esterni alla coppia. Così, risulterà come madre colei che si è scientemente sottoposta al trattamento e ha portato a termine la gravidanza e non la donatrice di ovociti. La giurisprudenza ha anche utilizzato questo principio per risolvere un caso di scambio accidentale di embrioni, avvenuto in nell'ambito di una procedura di fecondazione omologa, attribuendo la maternità a colei che aveva partorito, e non colei che aveva con il nato un patrimonio genetico comune¹⁴³.

Il discorso diventa diametralmente opposto se si prende in considerazione la maternità surrogata, dove l'interesse di coloro che mettono in pratica questa procedura è quello di non vedere riconosciuta la gestante come madre legale. Se da un lato il divieto, penalmente sanzionato¹⁴⁴, di maternità surrogata fa condividere l'idea che le aspettative

¹⁴⁰ Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» One legale, Wolters Kluwer Italia s.r.l., maggio 2022.

¹⁴¹ *Mater semper certa est*

¹⁴² Zaccaria, Alessio. *Commentario breve al diritto della famiglia*. Milano: CEDAM, 4ed. 2020.

¹⁴³ Tribunale di Roma, 08.08.2014.

¹⁴⁴ Art.12, co.6 della L. 19 febbraio 2004, n.40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. G.U. n.45 del 24-02-2004.

di coloro che ricorrono a questa tecnica di procreazione non debbano essere tutelate, dall'altro si dovrebbe comunque tenere conto, e forse considerare prevalente, l'interesse di colui che nasce attraverso queste tecniche che vengono comunque realizzate, soprattutto all'estero¹⁴⁵.

4.2 Riconoscimento della paternità come base del confronto tra favor minoris e favor veritatis

Passando alla disciplina del riconoscimento della paternità, bisogna fare un distinguo tra coppie coniugate e coppie di fatto. Il matrimonio tra la madre ed il padre del nato è, infatti, una circostanza necessaria per l'applicazione della presunzione di paternità¹⁴⁶. Il marito della donna che ha partorito è padre quando il figlio è stato concepito o è nato durante il matrimonio (art. 231 c.c.), oppure quando la nascita è avvenuta trecento giorni dallo scioglimento, dalla cessazione degli effetti civili o dall'annullamento del matrimonio (art. 232 c.c.)¹⁴⁷. Da rilevare in via incidentale che anche la circostanza che dall'atto di nascita risulti come madre la donna coniugata è essenziale per l'operatività della presunzione di paternità, così se la donna decide di avvalersi del c.d. parto in anonimato¹⁴⁸, l'individuazione del padre attraverso gli artt. 231 e 232 c.c. è impedita¹⁴⁹.

Se, invece, la coppia di genitori non è coniugata è necessario che il rapporto di filiazione venga riconosciuto dal genitore (art. 250 c.c.) o accertato giudizialmente (art. 269 c.c.)¹⁵⁰. Ecco che emerge una delle differenze lamentate da chi critica la scelta dell'unicità dello *status*¹⁵¹: per il figlio naturale, a differenza di quello nato nel matrimonio, l'atto generativo di per sé non è sufficiente a costituire lo *status* di figlio¹⁵². Il riconoscimento consiste in un atto formale, solenne ed irrevocabile che può essere compiuto dai genitori, anche separatamente, anche nel caso in cui erano già uniti in matrimonio ad altra persona all'epoca del concepimento¹⁵³. Se i genitori non coniugati non hanno provveduto a riconoscere il figlio, quest'ultimo ha la possibilità di promuovere un giudizio, ex art. 269

¹⁴⁵ Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

¹⁴⁶ Secondo alcuni autori bisognerebbe parlare piuttosto di attribuzione legale di paternità. Per un approfondimento si veda Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

¹⁴⁷ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

¹⁴⁸ ex art.30 del D.P.R 3 novembre 2000, n.396 *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127.*

¹⁴⁹ Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

¹⁵⁰ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

¹⁵¹ Come accennato in precedenza.

¹⁵² Tosini, Elisa. «La filiazione fuori dal matrimonio: il riconoscimento dei figli nati da genitori non coniugati» *Rivista di dottrina e giurisprudenza in tema di Diritto della Famiglia e dei Minori*, fascicolo 1/2019: 28-42.

¹⁵³ Si superano così i limiti imposti a tutela della famiglia fondata sul matrimonio.

c.c., chiedendo la costituzione, con efficacia retroattiva, del rapporto di filiazione tramite sentenza¹⁵⁴.

In questa materia ha avuto un ruolo centrale il confronto tra *favor veritatis* e il *favor minoris*, che viene risolto attraverso il ricorso al comma 4 dell'art. 30 Costituzione che demanda al legislatore il compito di dettare le norme e i limiti in materia di riconoscimento della paternità¹⁵⁵. La giurisprudenza della Corte di Cassazione in merito non è stata sempre coerente ed univoca. Nel febbraio del 2017¹⁵⁶, sulla base di un'interpretazione restrittiva del disposto costituzionale¹⁵⁷, la prima sezione civile affermava la preminenza della verità biologica (*favor veritatis*) su quella "legale" (*favor minoris*), anche sulla scorta dell'indirizzo, scelto dal legislatore del 2012, orientato verso dell'unicità dello status di figlio. In quell'occasione la Corte affermava anche che non vi è alcun conflitto tra *favor veritatis* e *favor minoris*, riconoscendo il primo come «una componente essenziale dell'interesse del minore»¹⁵⁸. Nell'aprile del 2017¹⁵⁹, però, gli ermellini rivoluzionano la loro posizione sul tema, partendo proprio da una diversa interpretazione dell'art. 30 Costituzione. Così si ritiene che terzo comma non detti una preferenza di *default* nei confronti della verità biologica ma demandi al legislatore il compito di ponderare i due interessi, riconoscendogli pure la possibilità di indicare le condizioni e le modalità che permettano di preferire nel caso concreto la verità legale a quella biologica¹⁶⁰. Questo indirizzo viene confermato dalle pronunce successive, da ultima l'ordinanza del 27 ottobre 2021, n.30403¹⁶¹, dove viene affermata la necessità di un bilanciamento tra l'interesse del figlio all'affermazione della verità biologica e quello alla stabilità dei rapporti familiari (che si compie anche attraverso la certezza degli *status*). Pure se entrambi questi elementi, verità biologica e verità "legale", contribuiscono alla formazione dell'identità personale del minore, c'è da registrare la maggiore considerazione, anche a livello di società civile, che la componente affettiva-psicologica ha acquistato rispetto quella biologica. Ecco che questo bilanciamento non può essere fatto a priori, in astratto, ma deve avvenire caso per caso, tenendo conto delle

¹⁵⁴ Tosini, Elisa. «La filiazione fuori dal matrimonio: il riconoscimento dei figli nati da genitori non coniugati.» Cit.

¹⁵⁵ Rovacchi, Marta. «Il disconoscimento di paternità.» *Rivista di dottrina e giurisprudenza in tema di Diritto della Famiglia e dei Minori*, fascicolo 1/2019: 18-27.

¹⁵⁶ Cassazione civile, sez. I, 15 febbraio 2017, n.4020,

¹⁵⁷ Ritiene che la delega della Costituzione al legislatore riguardi solo le modalità procedurali con cui i soggetti interessati possono ottenere l'accertamento della verità biologica.

¹⁵⁸ Valeria Mazzotta. *Favor veritatis o favor minoris?* Ifamiliarista.it, fasc., 12 settembre 2017.

¹⁵⁹ Cassazione civile, Sez. I, sentenza del 3 aprile 2017, n. 8167.

¹⁶⁰ Rovacchi, Marta. «Il disconoscimento di paternità.» Cit.

¹⁶¹ Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 27 ottobre 2021, n. 30403.

circostanze concrete, compresi gli effetti che il provvedimento chiesto al giudice potrebbe comportare sulla sfera affettiva e relazionale del minore¹⁶².

Un importante limite al *favor veritatis* è poi previsto nella L. 40/2004, precisamente all'art. 9 che dispone l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità, nonché quella di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nel caso in cui il coniuge o il convivente abbia, anche attraverso fatti concludenti, espresso il proprio consenso al ricorso alla pratica di fecondazione eterologa¹⁶³. Questa disposizione ha sostanzialmente codificato un approdo a cui da tempo era arrivata la giurisprudenza di legittimità¹⁶⁴, mettendo freno al precedente orientamento, affermatosi in giurisprudenza tra il 1995 e il 1996, che, al contrario, propendeva per dell'ammissibilità dell'azione nonostante il consenso preventivo¹⁶⁵. La previsione dell'art. 9 della L.40/2004 ammette invece, ragionando al contrario, l'ammissibilità del disconoscimento e dell'impugnazione del riconoscimento da parte del coniuge che non abbia fornito il proprio consenso alla fecondazione eterologa¹⁶⁶.

4.3 Genitori invisibili: i c.d. genitori sociali

Per completare questa breve panoramica sul riconoscimento della genitorialità, è necessario prendere in considerazione la figura, ancora piuttosto oscura per il nostro ordinamento, della c.d. genitorialità sociale. I genitori sociali sono coloro che creano con il minore stabili e intense relazioni affettive pur in assenza di legami biologici, assumendo di fatto il ruolo di genitori, tanto nell'educazione quanto nella cura morale e materiale del minore¹⁶⁷. All'interno di questa categoria rientrano figure tra loro anche molto diverse, come ad esempio, i genitori adottanti ma anche il nuovo coniuge¹⁶⁸ o convivente di fatto di uno dei genitori biologici, sia che si aggiunga come "terzo genitore", affiancandosi quindi ai genitori biologici, sia che si sostituisca ad uno di essi che potrebbe essere venuto a mancare, non avere provveduto al riconoscimento o essere del tutto estraneo alla fattispecie procreativa (come il donatore nel caso della fecondazione eterologa)¹⁶⁹.

¹⁶² Paleari, Paola. «Impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento: favor veritatis o favor minoris?» *Diritto & Giustizia*, fascicolo 207, 2021.

¹⁶³ Rovacchi, Marta. «Il disconoscimento di paternità.» Cit.

¹⁶⁴ Cassazione civile, Sez. I, sentenza del 16 marzo 1999, n.2315.

¹⁶⁵ Per un maggiore approfondimento si veda Uccella, Fulvio. *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*. Padova: CEDAM, 2001.

¹⁶⁶ Rovacchi, Marta. «Il disconoscimento di paternità.» Cit.

¹⁶⁷ Diquattro, Carolina. «La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale.» *Famiglia e Diritto*, n. 2, 1° febbraio 2020: 137 ss.

¹⁶⁸ O unito civilmente.

¹⁶⁹ Diquattro, Carolina. «La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale.» Cit.

Questa eterogeneità, assieme alla mancanza di fonti giuridiche che codifichino il fenomeno, ha portato all'utilizzo di una moltitudine, per certi versi disorientante, di termini per identificare il fenomeno¹⁷⁰. Infatti, anche se l'espressione "genitore sociale" risulta l'espressione più utilizzata, non è certo l'unica, parlandosi spesso anche di "terzo genitore", "step-parent" o di "genitore di fatto"¹⁷¹. Per dare un'immagine più chiara, riassumendo le diverse esperienze che vi rientrano, è possibile definire la figura dei genitori sociali attraverso le parole di Marie-Thérèse Letablier¹⁷²: «Si tratta di genitori più relazionali, presenti nel quotidiano, che investono nella cura e nell'educazione, che possono condividere con i genitori biologici. Questi genitori "di adozione" che hanno un ruolo nella costruzione dei figli, nella loro educazione e nel loro sviluppo, pur non avendo spesso una esistenza legale, non sono per questo meno genitori».

Riprendendo quanto appena citato, si intende qui sottolineare come manchi nel nostro sistema giuridico un generale e omogeneo riconoscimento dei genitori sociali. Se da un lato, con l'adozione il minore acquista nei confronti degli adottanti lo *status* di figlio nato nel matrimonio (art. 27 L. 184/1983)¹⁷³, dall'altro, negli altri casi di genitorialità sociale i pochi istituti previsti (ad esempio, l'adozione in casi particolari¹⁷⁴) risultano comunque inadeguati a consentire una emersione giuridica del fenomeno¹⁷⁵. È stata quindi la giurisprudenza ad elaborare di volta in volta una sorta di statuto della genitorialità sociale, assicurando un livello minimo di stabilità e certezza a questi legami affettivi¹⁷⁶. Così è ormai pacificamente riconosciuto¹⁷⁷ al genitore sociale, anche omosessuale, il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale a seguito della morte del figliastro¹⁷⁸. Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con il genitore sociale, anche in caso di separazione dal genitore biologico, si traduce nella sanzionabilità, ex art. 333 c.c., dell'ingiustificata interruzione di questi rapporti quando questa risulta pregiudizievole per il minore¹⁷⁹. La perdurante differenza, avallata dalla Corte costituzionale¹⁸⁰, tra genitori

¹⁷⁰ Cinque, Maddalena. «Quale statuto per il "genitore sociale"?» *Rivista di Diritto Civile*, fascicolo n. 6/2017, 1° novembre 2017: 1475.

¹⁷¹ Quest'ultima espressione, anche se la meno utilizzata, sembra la più corrispondente alla realtà.

¹⁷² Letablier, Marie-Thérèse. «Il riconoscimento delle nuove forme di famiglia: Una controversa posta in gioco nella recente politica familiare in Francia.» *Cambio*, volume 5, fascicolo 9/2015, Firenze, giugno 2015.

¹⁷³ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

¹⁷⁴ Per il cui esame approfondito si rimanda al secondo capitolo.

¹⁷⁵ Per un maggior approfondimento di veda Cinque, Maddalena. «Quale statuto per il "genitore sociale"?» Cit.

¹⁷⁶ Diquattro, Carolina. «La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale.» Cit.

¹⁷⁷ Da ultimo Cassazione civile, Sez. III, sentenza del 21/04/2016, n. 8037.

¹⁷⁸ Cinque, Maddalena. «Quale statuto per il "genitore sociale"?» Cit.

¹⁷⁹ Diquattro, Carolina. «La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale.» Cit.

¹⁸⁰ Corte costituzionale, sentenza del 20/10/2016, n. 225.

biologici, i cui rapporti con minore sono protetti ex. art. 337-ter c.c., e genitori sociali, a cui è riconosciuta solo una tutela in via indiretta ex. art. 333 c.c.¹⁸¹, è emblematica del fatto che la giurisprudenza non possa, o non voglia, addentrarsi in scelte – come quella di inserire per la prima volta in una fonte giuridica la dicitura “genitore sociale” – che spettano al legislatore. In altre parole, una volta che la giurisprudenza è riuscita ad assicurare una tutela minima, anche se imperfetta, a queste situazioni di fatto, diventa compito del legislatore intervenire a rendere più compiuta la tutela attraverso un intervento legislativo¹⁸².

In questo senso sembra essere pensato un disegno di legge¹⁸³, presentato in Parlamento nel 2014 e ancora mai discusso, che ha come oggetto l'introduzione nel Codice civile della *delega dell'esercizio della responsabilità genitoriale*¹⁸⁴, istituto presente nell'ordinamento francese che consente diverse forme di ripartizione dei compiti genitoriali tra il genitore biologico e quello di fatto, realizzando, così, una condivisione della responsabilità genitoriale¹⁸⁵.

5 Verso l'affermazione del diritto alla procreazione?

Anche la dottrina gioca un ruolo rilevante nel far emergere nel panorama giuridico le nuove realtà familiari. Particolarmente interessante è il dibattito che si è recentemente acceso in merito ad un preteso diritto alla procreazione, che pone tutta una serie di dubbi in ordine al suo contenuto e alla sua configurabilità nell'ordinamento.

Quanto al contenuto, l'attualità del dibattito, sviluppatosi solo in tempi relativamente recenti (dagli anni '90), sembrerebbe suggerire che la nozione si riferisca soprattutto, se non unicamente, alla possibilità di accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita, piuttosto che ad un generale diritto ad avere un figlio¹⁸⁶. Infatti, prima che la procreazione artificiale permettesse la scissione dell'endiadi sessualità-riproduzione¹⁸⁷, l'unico riferimento ad un diritto alla procreazione era contenuto nella L. 194/1978, dove

¹⁸¹ Questa differenza ha risvolti sostanziali rilevanti: i genitori sociali non avendo alcuna legittimazione attiva a far partire il procedimento possono solamente sollecitare il pubblico ministero a promuoverlo, con il rischio di una tutela meno tempestiva ed efficace.

¹⁸² Cinque, Maddalena. «Quale statuto per il “genitore sociale”?» Cit.

¹⁸³ D.d.l. n.1320/2014 *Modifiche al codice civile in materia di delega dell'esercizio della responsabilità genitoriale*.

¹⁸⁴ Cinque, Maddalena. «Quale statuto per il “genitore sociale”?» Cit.

¹⁸⁵ Al Mureden, Enrico. «Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi.» *Famiglia e Diritto*, n. 1/2021, 1° gennaio 2021: 23.

¹⁸⁶ Di questo è convinta Stefania Flore. Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» *Federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, fascicolo 24/2021, 20 ottobre 2021: 38-66.

¹⁸⁷ Capizzi, Giacomo. *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*. biodiritto.org.

però viene utilizzato per legittimare l'interruzione di gravidanza e, quindi, non nell'accezione di aspirazione ad avere un figlio¹⁸⁸.

Quanto, invece, all'opportunità di riconoscerne l'esistenza, un punto di partenza utile alla riflessione consiste nel definire il ruolo della procreazione nella vita della coppia e, prima ancora, dell'individuo stesso. In questo senso è ormai evidente che non costituisca un dovere coniugale, non solo perché materialmente incoercibile¹⁸⁹ ma, soprattutto, perché è pacificamente riconosciuto che a monte della procreazione ci debba essere una scelta libera e consensuale dei coniugi, a maggior ragione in caso ricorso alle PMA¹⁹⁰.

La procreazione è da molti considerata una mera aspirazione legittima che, in quanto mero desiderio dell'individuo, non può aspirare a diventare una posizione giuridica positivamente garantita¹⁹¹. Pur non potendo, in altre parole, essere considerata un diritto, il desiderio di procreazione essendo legittimo, dovrebbe a rigore ottenere una qualche tutela dell'ordinamento. L'affermazione della procreazione come mera aspirazione non permette, però, di individuare se ed in quali casi il legislatore sia tenuto a salvaguardare questo interesse, rivelandosi così più una considerazione assiologica che un'indicazione utile a dirimere il conflitto sulla esistenza del diritto alla procreazione.

La giurisprudenza, ad oggi, riconosce la procreazione come una libertà tutelata dall'ordinamento, prevedendo la necessaria assenza di condizionamento proveniente dallo Stato nella scelta procreativa¹⁹². L'individuo deve, in altre parole, essere libero di autodeterminarsi sia in senso positivo, ossia decidere di mettere al mondo un figlio, sia in senso negativo, decidendo al contrario di non avere figli. In questa direzione si è orientata la Corte costituzionale che con la sentenza n.332 del 2000¹⁹³ ha rilevato la illegittimità costituzionale della disposizione normativa¹⁹⁴ che annoverava tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della guardia di finanza l'essere senza prole.

C'è però chi ritiene questo orientamento non rappresenti un approdo sufficiente, sentendo come necessaria la positivizzazione di un vero e proprio diritto alla

¹⁸⁸ Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» Cit.

¹⁸⁹ Si potrebbe sempre configurare, in caso di mancato adempimento, un rimedio risarcitorio.

¹⁹⁰ Capizzi, Giacomo. Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine. Cit.

¹⁹¹ Capizzi, Giacomo. Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine. Cit.

¹⁹² Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» Cit.

¹⁹³ Corte costituzionale, 24 luglio 2000, n. 332. Pubblicata in G.U. 02/08/2000 n. 32

¹⁹⁴ Art. 7, punto 3 della legge 29 gennaio 1942, n. 64 *Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza*. G.U. 27/02/1942 n. 48.

procreazione, per poter riconoscere a quest'ultima l'effettivo ruolo che ricopre nello sviluppo della personalità ex art. 2 Costituzione¹⁹⁵. L'aver dei figli sarebbe, per dirla in un altro modo, un elemento fondamentale nell'esplicazione della identità personale dell'individuo e come tale parte integrante del panorama dei diritti costituzionalmente rilevanti¹⁹⁶. Secondo i fautori di questa posizione, il diritto a procreare andrebbe ricostruito come una situazione complessa, composta da un lato dal diritto di libera autodeterminazione nella scelta procreativa, e dall'altro da un diritto sociale inteso come legittima pretesa che lo Stato consenta e favorisca l'accesso alle tecniche di PMA¹⁹⁷. Se il primo elemento viene giustificato ex art. 2, il secondo viene ricollegato alla tutela della salute ex art. 32 Costituzione, il che sembra essere corroborato dall'inserimento¹⁹⁸ nei LEA¹⁹⁹ della procreazione medicalmente assistita²⁰⁰.

Non bisogna però scordare²⁰¹ il concreto rischio che la positivizzazione di un diritto alla procreazione trasformi la legittima e libera scelta di procreare in un «desiderio “senza limiti”, da realizzare “ad ogni costo”, e non importa con quali strumenti». Con conseguenze aberranti come la snaturalizzazione delle tecniche di PMA che non sarebbero più un supporto ad una terapia ma un mezzo per soddisfare la volontà degli individui²⁰² e, anche più importante sia dal punto di vista giuridico che etico, la perdita di rilevanza dei diritti e interessi con i quali questo diritto dovrebbe essere bilanciato. Particolarmente rilevante in questo senso è la posizione di colui che viene concepito, che, nonostante sia l'“oggetto” del diritto alla procreazione, è riconosciuto titolare di una

¹⁹⁵ Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» Cit.

¹⁹⁶ D'Aloia, Antonio, e Paola Torretta. La procreazione come diritto della persona. Vol. Trattato di biodiritto, in Il governo del corpo, a cura di Stefano Canestrari, Gilda Ferrando, Cosimo Marco Mazzoni, Stefano Rodotà e Paolo Zatti, 1341 ss. Milano: Giuffrè, 2011.

¹⁹⁷ Pastore, Fulvio. «Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza.» Federalismi.it- Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo, 13 marzo 2017.

¹⁹⁸ Con DPCM 12 gennaio 2017 Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. (17A02015). G.U. Serie Generale, n. 65 del 18 marzo 2017.

¹⁹⁹ I Livelli essenziali di assistenza (LEA) sono le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale (SSN) è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket), con le risorse pubbliche raccolte attraverso la fiscalità generale (tasse). Definizione presente sul sito del ministero della salute: <https://www.salute.gov.it/portale/lea/dettaglioContenutiLea.jsp?area=Lea&id=1300&lingua=italiano&menu=leaEssn>

²⁰⁰ Pastore, Fulvio. «Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza.» Cit.

²⁰¹ Come ammoniscono Antonio D'Aloia e Paola Torretta in La procreazione come diritto della persona. (Cit.)

²⁰² Freni, Fortunato. «Il presunto diritto alla mono-genitorialità e le scelte etiche di inizio-vita.» Stato, Chiese e pluralismo confessionale (Rivista telematica (<https://www.statoechurchiese.it>)), fascicolo n. 8 del 2022.

autonoma soggettività giuridica²⁰³ e quindi titolare di diritti e interessi tutelati dall'ordinamento²⁰⁴.

In questo contesto, dove non si riscontra, come abbiamo visto, un'opinione univoca in dottrina, la giurisprudenza costituzionale sembra volersi, quantomeno per ora, limitare al riconoscimento della libertà di procreare. Infatti, se nella sentenza con la quale dichiara l'incostituzionalità della fecondazione eterologa²⁰⁵ la Corte non prende una chiara posizione in un senso o nell'altro²⁰⁶; nella sentenza n. 221 del 2019²⁰⁷, invece, esclude esplicitamente l'esistenza nell'ordinamento di una garanzia assoluta al diritto a procreare. I giudici costituzionali, infatti, affermano che la «libera autodeterminazione degli interessati» non può legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo»²⁰⁸.

203 D'Aloia, Antonio, e Paola Torretta. La procreazione come diritto della persona. Cit.

204 È solo il caso di segnalare, in via incidentale, che tra questi diritti non vi è quello di nascere in una famiglia con due genitori, né, tantomeno, due genitori di sesso opposto. Per un maggiore approfondimento si veda Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» (Cit.).

205 Corte costituzionale, 8 maggio 2009, n. 151. Pubblicata in G.U. 13/05/2009, n. 19.

206 Qualifica la volontà di formare una famiglia con figli sia alla stregua di mera scelta favorita dall'ordinamento sia come diritto fondamentale che prevale nel bilanciamento con altri diritti come quello all'identità del nato. Per un maggiore approfondimento si veda Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» (Cit.).

207 Corte costituzionale, sentenza 23 ottobre 2019, n. 221. G. U. 30/10/2019, n. 44.

208 Corte costituzionale, sentenza 23 febbraio 2022, n. 79. G.U. 30/03/22

Capitolo II: Famiglie ricomposte: l'omosessualità del genitore nell'affidamento e nell'adozione del figlio del partner

1 Ruoli genitoriali: irrilevanza del genere e dell'orientamento sessuale del genitore

Le famiglie omogenitoriali sono viste come il modello alternativo per eccellenza alla famiglia tradizionale anche nell'ambito della definizione dei ruoli genitoriali. Sono, infatti, portatrici di una netta discontinuità rispetto alla rigida e ben definita divisione dei compiti, che tradizionalmente si traduceva nella dicotomia tra la madre, genitore che si occupava maggiormente dello sviluppo psichico e istintuale del figlio, e il padre, che guidava il figlio soprattutto in ambito sociale e culturale²⁰⁹.

C'è chi ritiene che sia tutt'ora necessario il mantenimento di questi rigidi schemi e che sia inopportuno, se non addirittura inimmaginabile, un ripensamento dei ruoli genitoriali nonostante l'emersione di nuovi modelli nel panorama familiare. Così per Emanuela Giacobbe²¹⁰ qualunque bambino ha necessariamente una «una mamma e un papà», intendendo che per la creazione di una nuova vita è geneticamente indispensabile tanto la componente maschile quanto quella femminile. Similmente, Vittorio Cigoli²¹¹ sostiene che sia «impossibile “prescindere” dalla differenza di genere che è uno dei cardini del “famigliare”» e che, per quanto «la tecnoscienza permetta vari tipi di inseminazione, l'altro genere da sé differente è sempre presente». Queste posizioni, che paiono estremamente – forse eccessivamente – legate alla componente biologica-naturalistica della procreazione, sostengono la necessità per il bambino di avere una madre e un padre partendo dal presupposto che esistano capacità e ruoli predefiniti, diversi ed esclusivi per ogni genere²¹². In realtà non sembra, però, che questa premessa sia del tutto corretta, o quantomeno sufficientemente solida dal punto di vista scientifico.

²⁰⁹ Vitrano, Francesco. «Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?» *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia.*, fascicolo 17/2017: 130-139.

²¹⁰ Giacobbe, Emanuela. «Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali» *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fascicolo 1/2019, 1° marzo 2019: 233.

²¹¹ Cigoli, Vittorio, e Eugenia Scabini. «Sul paradosso dell'omogenitorialità.» *Vita e pensiero*, fascicolo 3/2013.

²¹² Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey. «How Does the Gender of Parents Matter?» *Journal of Marriage and Family*, febbraio 2010: 3-22.

In primo luogo, infatti, la famiglia tradizionale non pare trovare nella sua struttura rigidamente costruita sulla divisione dei ruoli e dei compiti una garanzia di per sé sufficiente per una crescita sana ed adeguata del minore.

In secondo luogo, la capacità genitoriale sembra essere sempre più spesso ricondotta ad una serie di capacità psichiche e affettive dei genitori, piuttosto che alla loro identità di genere²¹³.

Su quest'ultimo punto in particolare è il caso di accennare brevemente ad alcune ricerche scientifiche che si sono occupate di indagare e studiare il ruolo del genere e dell'orientamento sessuale dei genitori nella crescita e costruzione dell'identità personale del figlio²¹⁴. Pur partendo dalla innegabile evidenza che il modo di essere genitore del padre sia in parte diverso da quello della madre, queste ricerche dimostrano che non si può affermare che le capacità genitoriali dipendano esclusivamente – o comunque in modo determinante – dal genere. I dati raccolti hanno dimostrato innanzitutto che le famiglie omogenitoriali – che dovrebbero in questo senso essere l'antitesi della famiglia tradizionale – non propongono un modello alternativo di genitorialità²¹⁵, ma anzi si prodigano nell'aderire all'ideale del c.d. *intensive parent*²¹⁶, che richiede totale impegno, dedizione e investimento di risorse – anche in termini di tempo – nei confronti del bambino²¹⁷. L'ulteriore, e definitiva, conferma di quanto sostenuto fino ad ora è data dalle risultanze emerse nell'ambito delle conseguenze sullo sviluppo e sulla definizione dell'identità personale dei bambini cresciuti in famiglie omogenitoriali. Dai dati risulta che questi bambini hanno comportamenti di genere, aspirazioni e orientamento sessuale simili ai coetanei cresciuti da coppie

²¹³ Vitrano, Francesco. «Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?» *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia.*, fascicolo 17/2017: 130-139.

²¹⁴ Per un maggior approfondimento si veda Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey. «How Does the Gender of Parents Matter?» (Cit.) in prospettiva internazionale; mentre Baiocco, Roberto, Federica Santamaria, Salvatore Ioverno, Lilybeth Fontanesi, Emma Baumgartner, e Vittorio Lingiardi. «Lesbian Mother Families and Gay Father Families in Italy: Family Functioning, Dyadic Satisfaction, and Child Well-Being.» *Sexuality Research and Social Policy*, volume 12, numero 1, marzo 2015, per un focus sulla situazione italiana.

²¹⁵ Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey in «How Does the Gender of Parents Matter?» (Cit.) riportano che le coppie formate da due uomini gay non forniscono una "doppia dose di mascolinità" ma anzi gestiscono il rapporto genitoriale in modo più equilibrato ed egualitario rispetto alle coppie eterosessuali (anche se in misura minore delle coppie lesbiche).

²¹⁶ Bosisio, Roberta, e Joëlle Long. «Famiglie omogenitoriali in Italia: relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale.» *Sociologia del diritto*, fascicolo 1/2020.

²¹⁷ Naldini, Manuela. *La transizione alla genitorialità. Da coppie moderne a famiglie tradizionali.* Il Mulino, 2016.

eterosessuali²¹⁸, mentre le poche differenze emerse sembrerebbero favorire le famiglie omosessuali²¹⁹.

Se in generale, quindi, ci sono più punti di contatto che differenze, un discorso a parte deve essere fatto in relazione alla stigmatizzazione da parte della società, forse unico vero ambito in cui genere e orientamento sessuale dei genitori possono fare la differenza²²⁰. Dalle ricerche è emerso che i figli di coppie omosessuali hanno sperimentato la sensazione di “sentirsi diversi” e sono stati oggetto di bullismo da parte dei compagni in ragione della propria situazione familiare. È comunque necessario contestualizzare questi risultati che non sono privi di ambiguità²²¹.

Inoltre, strumentalizzare questo risultato, utilizzandolo come argomentazione a favore della struttura rigidamente etero della famiglia, conduce a collegare indebitamente la capacità genitoriale alla reazione della società, dimenticando ogni riferimento concreto alle persone dei genitori. In questo caso, infatti, il pregiudizio del minore non deriva dall’incapacità – o minore capacità – della coppia ma dal fatto che spesso la società, non essendo in grado di inquadrare queste nuove forme di famiglia, finisce per disconoscerle o addirittura negarle²²². Le mancanze del legislatore, che pare non volere dare una cornice giuridica a queste nuove realtà familiari, non fanno che alimentare questa diffidenza della società, peggiorando la situazione del minore coinvolto²²³. Ecco che allora l’Italia risulta ancora “fanalino di coda” di un’Europa che viaggia a diverse velocità in tema di protezione dei diritti umani con specifico riguardo alle persone che fanno parte della comunità LGBT. Non a caso nel 2022 l’ILGA-Europe²²⁴ ha inserito l’Italia al trentatreesimo posto in Europa – su 49 Paesi esaminati – per la situazione politica e legislativa che le persone LGBT si trovano ad affrontare. Il “punteggio” del nostro Paese,

²¹⁸ Rosnati, Rosa, Elena Canzi, e Eugenia Scabini. «Adozione e omogenitorialità: uno sguardo critico alle ricerche.» *Minorigiustizia*, fascicolo 1/2017: 123-129.

²¹⁹ Così in Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey. «How Does the Gender of Parents Matter?» (Cit.) emerge come i figli di coppie lesbiche, sia maschi che femmine, abbiano meno atteggiamenti e posizioni maschiliste.

²²⁰ Rosnati, Rosa, Elena Canzi, e Eugenia Scabini. «Adozione e omogenitorialità: uno sguardo critico alle ricerche.» Cit.

²²¹ Così, per esempio, del 78% dei bambini che si è “sentito diverso” dai coetanei solo il 65% riconduce questa sensazione alla omosessualità dei genitori. Baiocco, Roberto, Federica Santamaria, Salvatore Ioverno, Lilybeth Fontanesi, Emma Baumgartner, e Vittorio Lingiard. «Lesbian Mother Families and Gay Father Families in Italy: Family Functioning, Dyadic Satisfaction, and Child Well-Being.» Cit.

²²² de Cordova, Federica, e Chiara Sità. «In ricchezza e povertà, in salute e malattia. Famiglie omogenitoriali e diritti in Italia in una prospettiva psicosociale.» *Rainbow Families in Europe: Proceedings of the Conference*. Trento: Università di Trento, 16- 17 ottobre 2014. 397- 407.

²²³ Per un maggiore approfondimento si veda Baiocco, Roberto, Federica Santamaria, Salvatore Ioverno, Lilybeth Fontanesi, Emma Baumgartner, e Vittorio Lingiard. «Lesbian Mother Families and Gay Father Families in Italy: Family Functioning, Dyadic Satisfaction, and Child Well-Being.» Cit.

²²⁴ Gruppo di advocacy che promuove gli interessi delle persone lesbiche, gay, bisessuali, trans e intersessuali, a livello europeo.

che si ferma ad un misero 25%, è calcolato sulla base di numerosi criteri che si riferiscono a diverse aree tematiche, tra cui l'assicurazione dell'equità e della non discriminazione, la frequenza e, viceversa, la lotta ai crimini d'odio, la tutela del diritto di associazione ed espressione e il riconoscimento familiare²²⁵.

Le ricerche fin qui riportate, pur avendo il merito di aver ampliato il dibattito, portando argomentazioni scientifiche – quindi verificabili e controllabili – accanto a mere prese di posizioni ideologiche o moralmente orientate, nascondono delle insidie. In primo luogo, non sono sufficienti dal punto di vista quantitativo²²⁶. I dati raccolti ed esaminati – soprattutto in riferimento all'omogenitorialità maschile²²⁷ - sono secondo alcuni ancora troppo esigui per poter attribuire ai risultati il carattere dell'universalità. In secondo luogo, l'oggetto di queste ricerche è da sempre il confronto tra coppie etero e omosessuali, mentre ancora manca un approccio che metta al centro la famiglia omogenitoriale come ambiente sano ed adeguato per la crescita del figlio²²⁸. Questo modo di affrontare l'indagine è in parte dovuto all'obiettivo primario che queste ricerche si erano originariamente poste²²⁹, ossia dimostrare scientificamente l'inconsistenza della tesi per cui l'omosessualità del genitore comporta conseguenze pregiudizievoli al minore²³⁰. Oggi, però, non sembra più essere l'approccio migliore, dovendosi invece preferire – anche nella ricerca empirica – un metodo capace di mettere in evidenza l'eterogeneità e specialità delle esperienze quotidiane delle diverse famiglie senza però enfatizzare l'idea di conflitto o dicotomia inconciliabile tra i diversi modelli familiari²³¹. L'utilità di un cambio di prospettiva nelle ricerche può essere messa in luce utilizzando le parole di Abbie Goldberg²³² che ritiene necessario andare «al di là del confronto tra le differenze nei comportamenti e nelle attività di genere in funzione della struttura familiare per indagare se e perché queste differenze esistono» in modo tale da poter «ampliare i

²²⁵ Per un maggiore approfondimento si veda <https://www.ilga-europe.org/report/rainbow-europe-2022/>

²²⁶ Rosnati, Rosa, Elena Canzi, e Eugenia Scabini. «Adozione e omogenitorialità: uno sguardo critico alle ricerche.» Cit.

²²⁷ Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey. «How Does the Gender of Parents Matter?» Cit.

²²⁸ Lingiardi, Vittorio, e Nicola Carone. «Famiglie contemporanee: nuove concezioni, vecchi pregiudizi. Risposta ai commenti.» *Giornale italiano di psicologia (Il Mulino)*, fascicolo 1-2/2016: 181-191. Così le prime ricerche negli anni Settanta riguardavano famiglie omogenitoriali costituite tra uno dei genitori ed un partner esterno dello stesso sesso dopo il divorzio dall'altro genitore.

²²⁹ Bertone, Chiara. «Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali: dilemmi e responsabilità della ricerca.» *Cambio (Firenze)*, vol. 5, no. 9 (Firenze University Press), 2015.

²³⁰ Lingiardi, Vittorio, e Nicola Carone. «Famiglie contemporanee: nuove concezioni, vecchi pregiudizi. Risposta ai commenti.» Cit. Così le prime ricerche negli anni Settanta riguardavano famiglie omogenitoriali costituite tra uno dei genitori ed un partner esterno dello stesso sesso dopo il divorzio dall'altro genitore.

²³¹ In questo senso potrebbe essere utilizzata la prospettiva teorica delle pratiche familiari, sviluppata da Morgan nel 1966. Per un maggiore approfondimento si veda: Bertone, Chiara. «Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali: dilemmi e responsabilità della ricerca.» Cit.

²³² Così come riportati da Vittorio Lingiardi e Nicola Carone in «Famiglie contemporanee: nuove concezioni, vecchi pregiudizi. Risposta ai commenti.» Cit.

modelli teorici sullo sviluppo del genere di cui disponiamo, nonché indicare pratiche e approcci differenti a quei genitori (eterosessuali) che desiderano sostenere una maggiore (eventuale) flessibilità di genere dei loro figli».

Quanto finora riportato consente di affermare che l'abbandono dei ruoli predefiniti nella coppia genitoriale – che si riteneva potesse quantomeno disorientare, se non addirittura pregiudicare, la crescita sana del bambino – si rivela in realtà più consona ai bisogni effettivi della famiglia, oltre che ai legami creati, avendo il merito di concentrare l'attenzione sulle dinamiche psico-affettive dei suoi membri²³³. Ecco, quindi, che il “meglio” per i bambini risulta essere una famiglia composta da (almeno) due adulti dediti alla funzione genitoriale e compatibili dal punto di vista affettivo-relazionale, senza alcuna rilevanza del loro genere o orientamento sessuale²³⁴. Per dirlo con le parole di Francesco Vitrano «Non esistono genitori, omo o eterofamiliari, ma buoni o cattivi genitori.²³⁵»

2 Nella giurisprudenza

Anche la giurisprudenza è stata più volte chiamata a definire e valutare – in via necessariamente incidentale – il ruolo dell'identità sessuale e di genere dei genitori, soprattutto in ragione di una sostanziale incapacità del legislatore di intervenire chiaramente sul tema²³⁶. In questo senso il primo “banco di prova” per i giudici sono state sicuramente le c.d. famiglie ricomposte, ossia quei nuclei familiari in cui uno o entrambi i partner hanno alle spalle una precedente relazione effettiva eterosessuale (spesso formalizzata in un matrimonio) dalla quale sono nati dei figli che diventano parte di questi nuovi nuclei familiari creatisi dopo la rottura (divorzio in caso di precedente matrimonio) tra i genitori biologici²³⁷.

2.1 Affidamento condiviso

La prima questione che in ordine di tempo la giurisprudenza si è trovata ad affrontare riguarda l'istituto dell'affidamento condiviso e più nello specifico l'opportunità e la

²³³ Vitrano, Francesco. «Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?» Cit.

²³⁴ Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey. «How Does the Gender of Parents Matter?» Cit.

²³⁵ Vitrano, Francesco. «Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?» Cit.

²³⁶ In tal senso Stefano Rossi parla di «evidente impotenza del legislatore ad assumere il ruolo di fautore e interprete dell'adeguamento dell'ordinamento ai fenomeni sociali, con una rovinosa abdicazione in favore della giurisprudenza». Rossi, Stefano. «La “legge Cirinnà” tra love rights e politica del diritto.» *Studium Iuris*, n. 9, 1° settembre 2016, : 979.

²³⁷ Bilotta, Francesco. «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare.» *Dir. famiglia*, fascicolo 2/2011: 899.

ragionevolezza di escluderne l'adottabilità nel caso concreto nei confronti del genitore biologico scopertosi omosessuale²³⁸. Per comprendere il ragionamento logico e giuridico che i giudici seguono per arrivare alla soluzione – ormai pacifica – di questa questione è necessario fare una breve ricognizione della evoluzione e della ratio dell'istituto dell'affido condiviso.

2.1.1 Evoluzione storica dell'istituto

L'affidamento condiviso è un istituto piuttosto recente, nato con la legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*²³⁹ e perfezionato poi nel 2013 con il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*²⁴⁰.

Prima di questi interventi normativi l'art. 155 c.c. non prendeva nemmeno in considerazione la possibilità di un affidamento bigenitoriale²⁴¹, idea che è entrata nell'ordinamento italiano attraverso l'introduzione della possibilità per il giudice di disporre l'affidamento congiunto e l'affidamento alternato²⁴² in caso di divorzio²⁴³ della coppia genitoriale²⁴⁴. L'insufficienza di entrambi questi istituti – in particolare dell'affidamento alternato che, prevedendo una collocazione dei figli alternata tra i due genitori, gode di una piuttosto scarsa applicazione²⁴⁵ – porta il legislatore del 2006 a riscrivere l'art. 155 c.c., prevedendo che il giudice (nella separazione) valuti «prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori» e ad inserire l'art. 155 *bis* c.c., disponendo che «Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.»²⁴⁶ La disciplina del 2006 – anche se viene

²³⁸ Bosisio, Roberta, e Joëlle Long. «Famiglie omogenitoriali in Italia: relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale.» Cit.

²³⁹ L. 8 febbraio 2006, n. 54 Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli. G.U. n.50 del 01 marzo 2006.

²⁴⁰ D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. G.U. n.5 del 08 gennaio 2014.

²⁴¹ Il testo originale dell'art. 155 recitava: «Il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole [...]» come riporta Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» *Famiglia e Diritto*, n. 3, 1° marzo 2018: 253.

²⁴² Introdotti con la legge 6 marzo 1987, n. 74, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (GU n.58 del 11 marzo 1987) che ha modificato l'art. 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (GU n.306 del 03 dicembre 1970).

²⁴³ Ma la giurisprudenza li applicava pacificamente anche il caso di separazione.

²⁴⁴ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.

²⁴⁵ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

²⁴⁶ riporta Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

da più parti criticata per lo scarso livello tecnico della sua redazione²⁴⁷ – ha, quindi, il merito di aver iniziato una sorta di rivoluzione copernicana del sistema che viene poi portata a compimento con il D.lgs. 154/2013, che riunisce e unifica la disciplina dei diritti e dei doveri dei genitori nei confronti dei figli²⁴⁸. Quest'ultima è oggi interamente contenuta nel Capo II del Titolo IX del Codice civile, rubricato “*Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all’esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio*”²⁴⁹, mentre l’art. 155 è stato trasformato in una mera clausola di rinvio²⁵⁰.

2.1.2 Contenuto, ratio e principi ispiratori

Entrando nel merito del contenuto dell'affidamento condiviso bisogna, in primo luogo, sottolineare la distanza che vi è tra questo istituto e l'affido alternato, non essendo l'idea di condivisione in alcun modo collegata – o collegabile – a quella di alternanza nella collocazione dei figli che poco corrisponde al concreto interesse di questi ultimi²⁵¹. Il punto focale dell'affidamento condiviso non riguarda, quindi, la residenza presso entrambi i genitori o la parificazione del tempo che il minore passa con ciascuno, bensì la condivisione egualitaria delle decisioni e del ruolo genitoriale in sé.²⁵² Ecco allora, che si può affermare²⁵³ che il cuore, l'essenza dell'istituto sta nella condivisione dell'esercizio della responsabilità genitoriale²⁵⁴, intendendosi – utilizzando le parole di Daniela Bianchini²⁵⁵ – un «generale dovere “di non interferenza reciproca”» tra i genitori²⁵⁶.

²⁴⁷ Per un maggior approfondimento si veda Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit. che descrive la disciplina come rozza, goffa, contorta e, a volte, contraddittoria.

²⁴⁸ In ottemperanza dell'art. 2 della L. 219/2012.

²⁴⁹ In particolare nelle norme comprese tra l'art. 337 *bis* e l'art. 337 *octies* c.c.

²⁵⁰ Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

²⁵¹ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

²⁵² Avigliano, Lina. *FAMIGLIA in Sistema pratico di diritto*. Milano: Gruppo24ore, 2011.

²⁵³ Questo è ormai pacificamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza. Si vedano ad esempio Trib. Min. Milano 06.10.2006 Trib. Min. Bologna 26.04.2006

²⁵⁴ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

²⁵⁵ Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009: 690-697.

²⁵⁶ Della stesso parere sul significato di *condivisione* è Dosi che afferma che «ciascun genitore avrà, cioè, la possibilità di decidere e di attuare quanto ritiene giusto per il figlio, senza invadere la sfera dell'altro e, perciò, nel rispetto della riservatezza e degli spazi di ciascuno dei due dopo la separazione». Dosi, Gianfranco. *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*. Milano, 2006.

Per completezza risulta necessario segnalare che non mancano voci critiche che invocano cautela nell'affermazione di una sorta di autonomia di ciascun genitore nell'esercizio del proprio ruolo. Il rischio sarebbe quello di aprire a decisioni arbitrarie prese senza, o addirittura in contrasto, con il parere dell'altro²⁵⁷. Seppur degne di nota perché permettono di non dimenticare la possibilità di una marcata conflittualità tra i genitori – ex membri di una coppia affettiva ormai venuta meno – queste posizioni critiche sembrano però non tenere sufficientemente conto del dettato codicistico che al comma 3 dell'art. 337 *ter* c.c. prevede che «[l]a responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo». Ecco, quindi, che, sebbene non vi sia nel testo una definizione di *decisione di maggiore interesse*²⁵⁸, la norma sembra comunque essere sufficiente a salvaguardare l'interesse del minore, anche in ragione della previsione dell'intervento del giudice in caso di disaccordo insanabile tra i genitori. In questo senso si può osservare come l'affidamento condiviso prenda in considerazione la possibilità – anche piuttosto concreta – di conflitto tra i genitori su alcune questioni relative al minore e, allo stesso tempo, rappresenta – quantomeno nell'intenzione del legislatore – uno strumento, messo a disposizione dall'ordinamento, capace di ottenere nel lungo periodo una riduzione del conflitto tra genitori. Segna così la netta distanza che lo separa dall'affidamento congiunto che invece richiede necessariamente una piena e completa armonia tra i genitori, che difficilmente corrisponde alla realtà di una coppia che ha deciso di porre fine al proprio rapporto affettivo²⁵⁹.

Quanto ai principi che hanno orientato il legislatore, l'affidamento condiviso, ma più in generale tutta la disciplina che riguarda i rapporti genitori-figli, risulta ispirato dalla salvaguardia dell'interesse del minore e dalla bigenitorialità²⁶⁰. Il fatto che i minori costituiscano uno speciale oggetto di protezione e attenzione del legislatore emerge chiaramente anche dal generale tenore della disciplina della crisi dell'unione²⁶¹. Ciò che risulta meno agevole

²⁵⁷ Per un maggiore approfondimento di veda Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit

²⁵⁸ O viceversa di *decisioni su questioni di ordinaria amministrazione* per il quale il giudice può disporre anche l'esercizio separato della responsabilità genitoriale.

²⁵⁹ Alessandra Arceri afferma che «[n]on è infatti possibile (se non a livello di pura utopia) che, nonostante il conflitto di coppia, i genitori possano ed anzi, debbano seguitare ad esercitare la potestà con le modalità tipiche della fase fisiologica del matrimonio, quando, in situazione di piena armonia e cooperazione tra loro, gli stessi svolgono congiuntamente i compiti educativi e di crescita.» Arceri, Alessandra. *L'affidamento condiviso*. IPSOA, 2007.

²⁶⁰ Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

²⁶¹ Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

da individuare è in cosa concretamente consista interesse del minore, mancando una definizione legislativa del concetto ²⁶². D'altronde cristallizzare questa nozione, predeterminandone legislativamente il contenuto, finirebbe per impedire una valutazione concreta della situazione di fatto, non permettendo così in molti casi di arrivare all'adozione della soluzione più adeguata a tutelare l'interesse del minore nel caso concreto²⁶³. In questo senso la soluzione più soddisfacente sembra proporla Daniela Bianchini che afferma che «[i]n generale e senza pretesa di esclusività, si può dire che è interesse del minore essere educato, mantenuto ed istruito dai propri genitori e ricevere tutte le cure necessarie, così come è interesse del minore avere delle figure di riferimento valide, in grado di favorire un suo corretto ed armonioso sviluppo»²⁶⁴.

È un chiaro richiamo alla bigenitorialità che non è solo una componente e un obiettivo dell'interesse del minore ma è un vero e proprio diritto²⁶⁵ riconosciuto al figlio sia a livello nazionale che sovranazionale ²⁶⁶. Il suo contenuto risulta pacifico per dottrina e giurisprudenza, essendo ricollegato al dettato dell'art. 337 *ter* c.c., primo comma, il quale enuncia il diritto del figlio minore a mantenere, anche a seguito della separazione personale dei genitori, un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi, nonché di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale²⁶⁷. Ecco allora che, posto che per lo sviluppo sano ed adeguato del minore risulta preferibile – se non fondamentale – la presenza di entrambi i genitori²⁶⁸, l'affidamento condiviso rappresenta nella maggior parte dei casi la soluzione migliore per il minore.

Ed infatti oggi il sistema prevede l'affidamento condiviso come la regola da disporsi nella generalità delle ipotesi, mentre l'affidamento esclusivo a solo uno dei genitori costituisce una scelta eccezionale²⁶⁹, da preferirsi solo nell'eventualità in cui la partecipazione di

²⁶² Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» Cit.

²⁶³ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

²⁶⁴ Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» Cit.

²⁶⁵ Dosi, Gianfranco. *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*. Cit.

²⁶⁶ È presente nella Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 (art. 9 comma 3) e nella Carta europea dei diritti fondamentali dell'unione Europea, o Carta di Nizza, del 2000 (art. 24).

²⁶⁷ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. IPSOA, marzo 2020.

²⁶⁸ Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» Cit.

²⁶⁹ Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

entrambi i genitori alla cura e allo sviluppo della prole sia impossibile o deleteria per il minore stesso²⁷⁰. Qui emerge la forza dirompente della riforma – iniziata con la L. 54/2006 e conclusa con il decreto legislativo 154/2013 – che, per usare le parole di Rebecca Gelli, ha «mandato in pensione il regime che assegnava un ruolo prioritario al modello di affidamento esclusivo ad uno dei genitori»²⁷¹, modificando radicalmente il sistema. Questo nuovo e opposto rapporto di specialità tra affido condiviso e affido esclusivo ad uno dei genitori comporta l'impossibilità per il giudice di decidere arbitrariamente²⁷² – valutando del tutto discrezionalmente le circostanze del caso concreto – tra i due istituti e determina un obbligo di doppia motivazione laddove dovesse disporre l'affido esclusivo²⁷³. Su quest'ultimo punto la giurisprudenza ha più volte affermato²⁷⁴ che la scelta dell'eccezione (ossia l'affidamento esclusivo) deve essere adeguatamente motivata in positivo, mettendo in luce l'idoneità dell'affidatario esclusivo ad accudire ed educare da solo il minore, e in negativo, illustrando le ragioni che hanno portato a ritenere l'altro genitore inadatto (o manifestamente carente²⁷⁵), tanto da determinare l'esclusione dell'affidamento condiviso in quanto concretamente pregiudizievole per il minore²⁷⁶.

Quanto invece all'altro corollario, ossia l'impossibilità per il giudice di apprezzare in maniera soggettiva le circostanze concrete al fine di valutare l'opportunità di escludere l'affidamento condiviso, è stata ancora una volta la giurisprudenza, e non il legislatore, ad individuare delle c.d. condizioni ostative²⁷⁷. Così l'affidamento condiviso viene escluso in caso di rischio per la salute psicologica e/o fisica del bambino – come nel caso di un genitore violento nei confronti dell'altro di fronte al minore²⁷⁸, o di tossicodipendenza²⁷⁹ o grave malattia psichiatrica²⁸⁰ di uno dei genitori –, viene escluso anche quando il genitore sia ripetutamente disinteressato del minore non adempiendo

²⁷⁰ Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» Cit.

²⁷¹ Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

²⁷² Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» Cit.

²⁷³ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.

²⁷⁴ Da ultimo Cass. Civ., Sez. VI, ordinanza del 19 gennaio 2022, n. 1645.

²⁷⁵ Le considerazioni riguardo alla eventuale maggiore idoneità di un genitore rispetto all'altro devono essere invece ininfluenti sulla decisione.

²⁷⁶ Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Cit.

²⁷⁷ Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» Cit.

²⁷⁸ Trib. Nicosia 22 aprile 2008, in Foro.it., 2008, 1, 1914.

²⁷⁹ Trib. min. l'Aquila 26 marzo 2007, in Giur. mer., 2007, 3110.

²⁸⁰ Trib. Catania 18 maggio 2006, su Repertorio Lex24.

agli obblighi di mantenimento²⁸¹ o esercitando in modo insufficiente e discontinuo il diritto di visita²⁸². Non sono invece sufficienti ai fini dell'esclusione dell'affidamento condiviso la conflittualità tra gli ex coniugi²⁸³, la lontananza geografica tra i luoghi di residenza²⁸⁴, la conversione religiosa di uno dei genitori²⁸⁵, né i motivi che hanno portato alla fine della relazione di coppia²⁸⁶ (come la condotta infedele).

2.1.3 L'omosessualità del genitore non è condizione ostativa all'affido condiviso

Tra le diverse circostanze concrete che sono state eccepite davanti ai giudici come condizioni ostative all'affidamento condiviso vi è stata anche l'omosessualità di uno dei genitori. Diversi casi hanno dato modo alla giurisprudenza di affermare, e poi ribadire con forza, che l'omosessualità del genitore non può di per sé essere una causa ostativa all'affido condiviso²⁸⁷. L'orientamento sessuale – qualunque esso sia – è una condizione personale dell'individuo che non può astrattamente, sempre che rimanga sfera intima della persona non travalicando i limiti del buon senso²⁸⁸, influire sulla sua capacità della persona di essere un buon genitore²⁸⁹. Come abbiamo visto *supra*, i dati scientifici che ad ora possediamo dimostrano che l'omosessualità del genitore non incide negativamente sullo sviluppo del minore. Proprio per questo, ai fini dell'esclusione dell'applicazione dell'affidamento condiviso, la giurisprudenza richiede una prova della incapacità e dell'inidoneità concreta del genitore omosessuale a svolgere il suo ruolo²⁹⁰. Al contrario si finirebbe per fare entrare nel sistema un atteggiamento fortemente discriminatorio e vessatorio, nonché contrario allo stesso interesse del minore, frutto di un mero pregiudizio di ordine etico-morale²⁹¹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo già nel 1999²⁹² aveva stabilito che attribuire rilevanza determinante all'omosessualità di uno dei genitori nelle decisioni sulla custodia

²⁸¹ Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 17 dicembre 2009, n. 26587.

²⁸² Da ultimo Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 17 gennaio 2017, n. 977.

²⁸³ Da ultimo Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 3 gennaio 2017, n. 27.

²⁸⁴ Da ultimo Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 14 settembre 2016, n. 18087.

²⁸⁵ Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza del 19 luglio 2016, n. 14728.

²⁸⁶ Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 10 luglio 2013, n. 17089.

²⁸⁷ Lorenzetti, Anna. «La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa.» *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2018.

²⁸⁸ Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» Cit.

²⁸⁹ Ferrara, Federica. «Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso nota alla sentenza Tribunale Milano Sez. IX, 19 marzo 2014.» *Famiglia e diritto*, n. 5, 1 maggio 2015: 494.

²⁹⁰ Lorenzetti, Anna. «La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa.» Cit.

²⁹¹ Ferrara, Federica. «Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso nota alla sentenza Tribunale Milano Sez. IX, 19 marzo 2014.»

²⁹² Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 21 dicembre 1999, caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo

del figlio violava sia l'art. 8 che l'art. 14 della Convenzione, costituendo una indebita, oltre che discriminatoria, intromissione nella vita privata del genitore²⁹³. In particolare, nel caso esaminato dalla Corte Edu la corte d'Appello portoghese, la cui decisione è oggetto di ricorso, aveva affidato la bambina alla madre perché potesse «vivere in una tradizionale famiglia portoghese [...] che certamente non corrisponde a quella che suo padre ha deciso di creare»²⁹⁴ avendo egli accettato la propria omosessualità e desiderando vivere con un altro uomo.

I giudici di merito italiani paiono aver fatto proprio questo orientamento della giurisprudenza europea. Così il tribunale di Firenze nel 2009²⁹⁵, ribadendo che l'omosessualità del padre non è di per sé pregiudizievole per lo sviluppo del bambino²⁹⁶, aveva ritenuto necessario il disvelamento dell'orientamento sessuale del padre ai figli – ormai preadolescenti – e aveva escluso la necessità di una preventiva autorizzazione della madre alla frequentazione tra i figli e il nuovo compagno del padre²⁹⁷.

Già nel 2006 il Tribunale di Napoli²⁹⁸ aveva disposto l'affido esclusivo alla madre che era stata accusata dal padre di inidoneità genitoriale in ragione della sua presunta omosessualità, tra l'altro da lei sempre negata. Allo stesso modo, il Tribunale per i minorenni di Catanzaro nel 2008²⁹⁹ aveva considerato rilevante – insieme ad altri gravi elementi quali la tossicodipendenza e precedenti penali – anche la marcata omofobia del padre ai fini della valutazione della sua incapacità genitoriale, concludendo per la contrarietà all'interesse concreto del minore dell'affido condiviso e disponendo l'affido esclusivo del figlio alla madre.

Di estrema rilevanza risulta poi essere la sentenza n. 601 del 2013 della Cassazione³⁰⁰ che ha respinto, in quanto inammissibile per genericità, il ricorso del padre che si limitava a lamentare una non ben precisata dannosità dell'inserimento del figlio nel nucleo familiare composto dalla madre biologica e dalla compagna omosessuale, senza fornire alcuna specificazione delle asserite ripercussioni negative e, soprattutto, senza porre alla base della propria doglianza certezze scientifiche o dati di esperienza. Anche per gli

²⁹³ *Affidamento e diritto di visita/CEDU*. s.d. in www.articolo29.it (consultato il giorno luglio 11, 2022).

²⁹⁴ Testo della sentenza così riportato da Bilotta, Francesco. «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare.» Cit.

²⁹⁵ Trib. Firenze, ordinanza del 20 aprile 2009.

²⁹⁶ Era già stato sostenuto dal Tribunale di Bologna con decreto del 7 luglio 2008, in *Dir. fam. e pers.* 2009, 2, 689.

²⁹⁷ *Affidamento e diritto di visita/MERITO*. s.d. www.articolo29.it (consultato il giorno luglio 11, 2022).

²⁹⁸ Trib. Napoli, sentenza del 26 giugno 2006 in *Foro it.*, 2007, 1, 138. Poi confermata da Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 11 aprile 2007 e Cass. civ., Sez. I, sentenza del 18 giugno 2008, n. 16593.

²⁹⁹ Trib. Min. di Catanzaro, decreto del 27 maggio 2008, in *Famiglia e minori* 2008, 86.

³⁰⁰ Cass. civ, Sez. I, sentenza del 11 gennaio 2013, n. 601.

Ermellini la dannosità per il bambino del contesto familiare omosessuale è tutta da dimostrare e non può essere fondata sul mero pregiudizio etico-culturale.

Da questa breve ricognizione risulta chiaro come la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, consideri l'omosessualità del genitore un elemento "neutro" e irrilevante ai fini della valutazione della sua capacità genitoriale – e quindi dei provvedimenti che il giudice deve disporre nell'ambito della gestione della crisi della coppia, come l'affido dei figli – quantomeno sul piano astratto, prevedendo che spetti a chi mette in dubbio questa idoneità genitoriale l'onere di allegare prove e circostanze idonee a dimostrare come l'omosessualità del genitore risulti concretamente pregiudizievole al minore.

2.2 Frequentazione dei figli con i nuovi partner

Il giudice della separazione viene spesso chiamato a risolvere un'atra delicata questione, ossia l'opportunità³⁰¹ della frequentazione tra i figli minori e il nuovo partner dei genitori³⁰². Anche se in questo ambito manca un chiaro e univoco orientamento giurisprudenziale, la Cassazione³⁰³ ha affermato che una relazione extraconiugale intrapresa da uno dei genitori durante il matrimonio, ancorché possa sicuramente essere causa di addebito della separazione al coniuge infedele, non può, però, fondare l'esclusione del suo diritto di visita al figlio minore anche se la frequentazione dovesse avvenire in presenza del nuovo compagno. In altre parole, si ritiene che il diritto di visita spettante al genitore non collocatario non possa essere compromesso dal divieto di frequentazione tra i figli e il nuovo partner, sempre che questa frequentazione non risulti concretamente contraria all'interesse del minore³⁰⁴.

In questo senso risulta interessante, per non dire curiosa, la decisione con la quale il Tribunale di Milano³⁰⁵ vieta ogni frequentazione tra i figli e la partner omosessuale della madre e affida ai servizi sociali il compito di aiutare i genitori a svelare ai bambini l'orientamento sessuale della madre. Il divieto di frequentazione con il nuovo partner risulta quantomeno eccessivo – se non irragionevolmente discriminatorio – fondandosi meramente sulla natura omosessuale del rapporto affettivo e su un generico richiamo ad una «sicura figura di riferimento accuditivo ed educativo» della quale il Tribunale non

³⁰¹ Anche se forse sarebbe più corretto riferirsi alla coerenza rispetto all'interesse del minore.

³⁰² Ferrara, Federica. «Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso nota alla sentenza Tribunale Milano Sez. IX, 19 marzo 2014.» Cit.

³⁰³ Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 9 gennaio 2009, n. 283.

³⁰⁴ Ferrara, Federica. «Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso nota alla sentenza Tribunale Milano Sez. IX, 19 marzo 2014.» Cit.

³⁰⁵ Trib. Milano, Sez. IX, 19 marzo 2014 in *Famiglia e Diritto*, n. 5, 1° maggio 2015, p. 494.

ritrova nessuna caratteristica nella nuova partner della madre³⁰⁶. Ecco che allora in questa decisione riemerge indebitamente quel giudizio di repulsione totalmente astratto che non ha alcun fondamento scientifico o riferimento al caso concreto, bensì si fonda su mere prese di posizione aprioristiche di stampo moraleggiante.

2.3 Stepchild adoption

Sempre in riferimento al nuovo compagno del genitore si apre una seconda questione che la giurisprudenza è stata chiamata ad affrontare in tema di famiglie ricomposte, ossia la c.d. *step child adoption*. Per capire quale sia il ruolo assunto dalla giurisprudenza in materia di adozione del figlio del partner è necessario fare una panoramica del quadro normativo che c'è – anche se sarebbe più corretto dire non c'è – attorno a questa materia.

2.3.1 Legge Cirinnà

Nell'ordinamento italiano manca, infatti, una norma che espressamente preveda l'adozione del figlio del partner convivente ma non unito in matrimonio. A questa lacuna presente nel sistema³⁰⁷ intendeva porre in parte rimedio il disegno di legge Cirinnà, che nel progetto originario³⁰⁸ consentiva espressamente l'adozione coparentale nell'ambito delle coppie omosessuali unite civilmente³⁰⁹. Proprio l'opportunità di introdurre nell'ordinamento l'istituto della *stepchild adoption* è stata al centro del dibattito politico e parlamentare precedente all'approvazione della stessa legge Cirinnà³¹⁰, in ragione della distanza che c'era sul tema tra le forze politiche³¹¹.

Coloro che erano contrari all'introduzione sostenevano che la *stepchild adoption* avrebbe costituito una sorta di incoraggiamento o spinta legittimante al ricorso – soprattutto da parte di coppie omosessuali maschili³¹² – alla pratica della maternità surrogata, in ragione dello stretto rapporto che lega i tra i due istituti³¹³. In realtà

³⁰⁶ Ferrara, Federica. «Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso nota alla sentenza Tribunale Milano Sez. IX, 19 marzo 2014.» Cit.

³⁰⁷ Come si vedrà subito di seguito, non c'è nemmeno una norma in senso contrario, ossia che vieti espressamente l'adozione del figlio da parte del compagno del genitore.

³⁰⁸ Il disegno di legge presentato in Parlamento dalla Sen. Cirinnà e altri, all'art. 5 disponeva l'estensione alle parti dell'unione civile dell'art. 44 lett. b), che prevede l'adozione del figlio del coniuge.

³⁰⁹ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» In *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, a cura di Berta Esperanza Hernández-Truyol e Roberto Virzo, 249-276. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

³¹⁰ Kellen, Trilha Schappo. «Disegno di Legge Cirinnà e contratti internazionali di maternità surrogata: l'ammissione della *step child adoption* avrebbe rischiato di generalizzare una pratica vietata in Italia?» *BioLaw Journal*, volume 3/2016: 279-289.

³¹¹ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

³¹² Kellen, Trilha Schappo. «Disegno di Legge Cirinnà e contratti internazionali di maternità surrogata: l'ammissione della *step child adoption* avrebbe rischiato di generalizzare una pratica vietata in Italia?» it.

³¹³ Per un approfondimento sul tema si rimanda al capitolo quarto di questo elaborato.

l'estensione dell'adozione del figlio del coniuge alle coppie omosessuali unite civilmente non avrebbe avuto alcun impatto diretto sulla [il]legittimità della maternità surrogata che continua – e avrebbe continuato – ad essere vietata dalla L. 40/2004³¹⁴. Quel “filo rosso” che effettivamente – come si vedrà nell'ultimo capitolo – lega i due istituti è stato largamente strumentalizzato anche nella discussione parlamentare, tanto che per giungere all'approvazione definitiva della legge Cirinnà³¹⁵ si è dovuto rinunciare all'introduzione esplicita della *stepchild adoption*. Il legislatore, stralciata definitivamente l'adozione del figlio del partner dal testo legislativo, ha inserito al comma 20 dell'unico articolo di cui la legge si compone una disposizione di compromesso³¹⁶ che, proprio per la sua natura compromissoria, risulta poco intellegibile e chiara³¹⁷, tanto da prestarsi a più interpretazioni. Per meglio comprendere le difficoltà di applicazione, ma ancora prima di interpretazione, della norma si riporta in seguito il testo del comma 20:

«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.»³¹⁸

Quanto alle interpretazioni, una parte della dottrina³¹⁹, dando estremo risalto all'esplicito riferimento che il comma 20 fa a norme contenenti le parole «coniuge» o «coniugi», sostiene che l'esclusione dell'applicabilità – prevista nel secondo periodo – non riguardi le disposizioni della L.184/1983 (e di Codice civile non espressamente richiamate) che

³¹⁴ Kellen, Trilha Schappo. «Disegno di Legge Cirinnà e contratti internazionali di maternità surrogata: l'ammissione della step child adoption avrebbe rischiato di generalizzare una pratica vietata in Italia?» Cit.

³¹⁵ Necessaria soprattutto dopo la condanna da parte della Corte EDU dell'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU in ragione della manza di una forma di riconoscimento giuridico per le coppie dello stesso sesso. Si veda nota n. 99 primo capitolo.

³¹⁶ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

³¹⁷ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» *GenIUS rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, fascicolo 2/2016: 102-130. Sull'ambiguità del comma 20 ci si era già soffermati brevemente nel primo capitolo

³¹⁸ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>

³¹⁹ Labriola, Michela. «La filiazione omogenitoriale.» *Famiglia. Il diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, fascicolo 3/2017, fascicolo 3/2017: 357-388.

non presentino quei termini³²⁰. In altre parole, quanto previsto della L. 184/1983 (nonché dalle norme del Codice non espressamente richiamate dalla legge) è applicabile alle unioni civili fintantoché la disposizione che le contiene non faccia espresso riferimento al matrimonio³²¹.

Vincenzo Barba³²² propone un'interpretazione estremamente innovativa³²³ del comma 20 sostenendo che nella prima parte il legislatore abbia introdotto una sorta di «meccanismo normo-genetico» che dà luogo all'applicazione automatica, diretta nei confronti dell'unione civile di alcune norme riferite al matrimonio³²⁴ e che, di conseguenza, l'esclusione della legge sulle adozioni (nonché delle previsioni del Codice civile non espressamente richiamate) riguardi solamente l'applicazione di questo stesso meccanismo. Semplificando, quindi, l'intenzione del legislatore non era quella di escluderne a priori l'applicabilità ma, piuttosto, quella di escluderne l'automatica estensione. In questo senso, tutte le previsioni contenute nella L.184/1983³²⁵ sono astrattamente applicabili, magari in via di interpretazione analogica³²⁶, alle unioni civili³²⁷.

L'opinione maggioritaria in dottrina, però, pone l'accento sull'ultima proposizione del comma 20, ossia «[R]esta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.», affermando che la mancata introduzione da parte della legge Cirinnà della *stepchild adoption* non si traduca in un'impossibilità giuridica della sua disposizione concreta qualora risulti comunque consentita ad altre norme³²⁸. Chi sostiene questa interpretazione vede nel comma 20 un'apertura del legislatore³²⁹ agli approdi giurisprudenziali che avevano permesso il ricorso alla *stepchild adoption* attraverso l'applicazione dell'istituto dell'adozione in casi particolari, previsto dagli artt. 44 e ss. della legge 184/1983.

³²⁰ Come, ad esempio, per quanto qui rileva, l'art. 44 lett. d) della L.184/1983.

³²¹ Attraverso l'inserimento di «coniuge», «coniugi» o altri termini equivalenti.

³²² Barba, Vincenzo. «Unione civile e adozione. Commento alla legge 76/2016.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2017: 381.

³²³ Per questo anche meno diffusa e condivisa in dottrina.

³²⁴ In particolare, appunto, tutte quelle non contenute nel Codice civile (ammeneché non specificamente richiamate) e nella l. 184/1983.

³²⁵ E non solo quelle che non contengono un riferimento al matrimonio.

³²⁶ E solo a seguito di una complessa e completa verifica del caso concreto.

³²⁷ Per un maggiore approfondimento si veda Barba, Vincenzo. «Unione civile e adozione. Commento alla legge 76/2016.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2017: 381.

³²⁸ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

³²⁹ Stefania Stefanelli parla in proposito di «attitudine ammiccante» del legislatore. Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

2.3.2 Adozione in casi particolari

L'Istituto, inserito nella parte finale della L.184/1983, si distingue dalla adozione c.d. piena in ragione della particolarità delle ipotesi contemplate, degli effetti che vengono prodotti³³⁰ e degli obiettivi che intende realizzare. Pur rientrando nel paradigma dell'adozione dei minori, per lungo tempo è stata ritenuta, soprattutto dalla dottrina, più vicina all'istituto dell'adozione del maggiorenne³³¹ (prevista nel Titolo VIII del Codice civile) piuttosto che a quella c.d. legittimante. La lettera originale della norma evoca chiaramente³³² il carattere peculiare, per non dire marginale³³³, dell'istituto che permette l'adozione anche di minori non dichiarati in stato di adottabilità³³⁴ per completare il quadro di interventi a sostegno e realizzazione dell'interesse del minore³³⁵.

L'art. 44 già da questa sua prima previsione, ossia non dare rilevanza allo stato di abbandono³³⁶, si mostra piuttosto ambiguo. Definendo in negativo la condizione di adottabilità in casi particolari³³⁷ e utilizzando un linguaggio estremamente generico e vago, non riesce a delimitare chiaramente il suo ambito applicativo, finendo così per prestarsi ad essere astrattamente applicabile ad una serie anche molto eterogenea di situazioni.

Se, quindi, in merito all'identificazione dell'ambito applicativo dell'istituto vi sono dei dubbi, che – come vedremo subito di seguito – non sono del tutto risolti nemmeno dalla «pretesa tassatività³³⁸» delle ipotesi previste dallo stesso articolo³³⁹, risulta invece certo che il principio ispiratore della disciplina sia la realizzazione dell'interesse del minore³⁴⁰.

³³⁰ Anche se su questo punto, come si vedrà di seguito, il legislatore, prima, e la giurisprudenza costituzionale, poi, sono intervenuti riducendo di molto le distanze tra i due istituti.

³³¹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» In Commentario del codice civile, di Enrico Gabrielli, 913-949. UTET Giuridica, II Edizione, dicembre 2018.

³³² Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79. G.U. 30/03/2022, n. 13.

³³³ Parte della dottrina parla in proposito di "specialità". Per un maggior approfondimento si veda Alessandra, Aragno. «L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no.» *Minorigiustizia*, marzo 2017 (1): 146-152.

³³⁴ Condizione, invece, necessaria e indispensabile per disporre l'adozione c.d. piena.

³³⁵ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit. La Corte costituzionale nella sentenza n. 79 del 2022 ha però affermato che questo carattere "residuale" è stato di fatto sovvertito dall'evoluzione che l'istituto ha subito nel diritto vivente.

³³⁶ Che è il presupposto perché poi si possa arrivare alla dichiarazione di adottabilità

³³⁷ Il primo periodo dell'art. 44 recita: «I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7».

³³⁸ Sono state usate le parole di Giovanni Di Rosa che riporta come la dottrina non sia unanime nel riconoscere la tassatività dei "casi particolari" previsti dall'art.44. per un maggior approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³³⁹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³⁴⁰ La centralità dell'interesse del minore è riconosciuta, in primo luogo, proprio dalla stessa L.184/1983 che all'art. 57 che dispone che l'accertamento giudiziario vada a verificare se l'adozione «realizza il preminente interesse del minore». Successivamente anche la giurisprudenza costituzionale ha ribadito il concetto in diverse sentenze (Corte costituzionale, sentenza del 28 gennaio 2021, n. 33. G.U.10/03/21, n. 10. Corte costituzionale, sentenza del 28 gennaio 2021, n. 32. G.U. 30/03/2022, n. 10. Corte costituzionale, sentenza

Quest'ultimo assume qui un'accezione in parte differente rispetto a quella che assume nell'ambito dell'adozione c.d. piena in ragione della diversa funzione attribuita dal legislatore a questo istituto. L'obiettivo dell'adozione in casi particolari è, infatti, dare veste giuridica a relazioni affettive di fatto³⁴¹, assicurando stabilità e continuità affettiva³⁴² ad un minore che si trova in situazioni anche piuttosto delicate³⁴³. La sua funzione è quella di "allargare", "integrare" la famiglia di origine attraverso l'inserimento di persone che hanno maturato con il minore stabili relazioni affettive. È proprio in questo che si distingue dall'adozione c.d. piena che, invece, comporta una sorta di sostituzione della famiglia nucleare originaria che non è in grado di assicurare un ambiente adeguato al minore³⁴⁴.

Questa così diversa – e in un certo senso contrastante – interpretazione del principio che informa entrambe le forme di adozione (ossia l'interesse del minore) porta con sé due corollari. In primo luogo, esclude che si possa parlare di rapporto di specialità tra i due istituti che, piuttosto, possono dirsi coesistenti in un rapporto di reciproco bilanciamento³⁴⁵. In secondo luogo, bisogna riconoscere, usando le parole di Liliana Rossi Carleo, che l'adozione in casi particolari «pur nella eguaglianza dell'obiettivo fondamentale», costituisce rispetto all'adozione c.d. piena, «una specie parzialmente distinta, modellata in parte sulla disciplina della "vecchia" adozione ordinaria»³⁴⁶.

Proprio in ragione di quest'ultima considerazione, all'adozione in casi particolari si ricollegano conseguenze parzialmente diverse rispetto alla adozione c.d. piena. Ma se nel passato si poteva parlare di effetti "più limitati"³⁴⁷ e "non legittimanti", ora – dopo la riforma del 2012 e, soprattutto, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022 – questa caratterizzazione qualitativa deve essere almeno in parte rivista. Se infatti, prima del 2012, il minore adottato ex art. 44 non assumeva lo stato di figlio legittimo³⁴⁸,

del 18 giugno 2019, n. 221. G.U. 30/10/2019, n. 44. Corte costituzionale, sentenza del 9 maggio 1994, n.183. G.U. 25/05/1994, n. 22).

³⁴¹ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

³⁴² Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³⁴³ Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79. G.U. 30/03/2022, n. 13.

³⁴⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³⁴⁵ Di questa opinione è Giovanni Di Rosa che riportando le parole di Scalisi Vincenzo – in particolare «[quando] si accerti che sia la norma-eccezione sia la norma-regola costituiscono entrambe specificazione e applicazione di uno stesso principio informatore [allora] si potrà dire che le due norme non stanno tra di loro in rapporto di regola ed eccezione, ma sullo stesso piano e in posizione di reciproco contemperamento» [in Scalisi Vincenzo, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974] - esclude la specialità dell'istituto e quindi anche la tassatività che viene spesso ricollegata alle ipotesi espressamente previste dalla norma.

³⁴⁶ Rossi Carleo, Liliana. «L'affidamento e le adozioni.» In *Trattato di diritto privato*, di Pietro Rescigno. Torino: Utet, 1997.

³⁴⁷ Montecchiarini, Tiziana. «Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della suprema corte di cassazione per single e coppie di fatto.» *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fascicolo 4/2019: 1722.

³⁴⁸ Avigliano, Lina. *FAMIGLIA*. Cit.

con l'unificazione *status* di figlio³⁴⁹ questa differenza è sostanzialmente venuta meno, tanto che la Corte costituzionale nella appena richiamata sentenza ha affermato che «il minore adottato [ex art. 44] ha lo status di figlio [minore]»³⁵⁰. In merito ai rapporti con la “nuova famiglia”³⁵¹ perdurava un'unica differenza tra i figli adottati attraverso l'adozione c.d. piena e quella in casi particolari: nell'adozione ex art. 44 la creazione di rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante veniva esclusa in forza del richiamo, inserito nell'art. 55 della L.184/1983, all'art. 300 secondo comma c.c.³⁵². L'opportunità di mantenere questa previsione – dopo la riforma del 2012 – ha fatto molto discutere la dottrina che si è divisa³⁵³ tra chi riteneva adeguata e coerente l'esclusione in ragione del particolare obiettivo perseguito dall'istituto³⁵⁴ e chi, invece, ne chiedeva il superamento a seguito dell'unificazione dello *status* di figlio e della modifica dell'art. 74 c.c.³⁵⁵ sui legami di parentela³⁵⁶. A porre fine al dibattito è stata la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 79 del 2022, ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 55, perché «nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, viola gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU». La Consulta, partendo dalla lettera della norma ma dando poi rilevanza all'evoluzione ermeneutica subita dall'istituto, afferma l'irragionevolezza – nonché la contrarietà rispetto alla Costituzione – di privare «il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3,

³⁴⁹ Compiuta dalla L. 219/2012. Per un maggior approfondimento si veda il primo capitolo.

³⁵⁰ La corte è arrivata ad affermare quanto riportato in base a una serie di “indici normativi” tra cui l'art. 48 della L.184/1983 che prevede che l'adottante, assumendosi la responsabilità genitoriale, sia tenuto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione ex art. 147 c.c. Ancora, sorgono fra adottato e adottante reciproci obblighi alimentari, il figlio adottivo è ricompreso nell'«ambito della famiglia» di cui all'art. 1023 c.c., i vincoli parentali rilevano ai fini dei divieti matrimoniali, ecc..

³⁵¹ Indicata in questo modo solo per distinguerla dalla famiglia d'origine.

³⁵² L'art. 300, secondo comma c.c. prevede che «[L']adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge.». <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>

³⁵³ Montecchiari, Tiziana. «Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della suprema corte di cassazione per single e coppie di fatto.» Cit.

³⁵⁴ Per un maggior approfondimento delle ragioni a sostegno del mantenimento della differenza si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» e Morozzo della Rocca, Paolo. «Adozione “plena, minus plena” e tutela delle radici del minore.» *Rivista critica del diritto privato*, 1996: 683. Entrambi gli autori ritengono che questo particolare effetto nell'ambito dell'adozione in casi particolare risulterebbe eccessivo, se non addirittura controproducente.

³⁵⁵ Con particolare riferimento all'art. 74 c.c. la tesi che sostiene una parziale e tacita abrogazione del rinvio all'art. 300 c.c. avvenuta proprio attraverso la modifica dell'art. 74 c.c. è inconsistente. Per un maggior approfondimento si veda Corte costituzionale n.79 del 2022.

³⁵⁶ Di questo avviso sono Nicola Cipriani in «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» (Cit.), Tiziana Montecchiari in «Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della suprema corte di cassazione per single e coppie di fatto.» (Cit.) e Michela Labriola in «La filiazione omogenitoriale.» (Cit.).

30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni». Ecco che la Corte, rimuovendo l'ostacolo di natura legislativa all'applicazione dell'art. 74 c.c., consente «l'espansione dei legami parentali tra il figlio adottivo e i familiari del genitore adottante che condividono il medesimo stipite» e, di conseguenza, permette l'applicazione «al figlio adottivo [di] tutte le norme che hanno quale presupposto l'esistenza di rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante³⁵⁷».

Se, quindi, dal lato dei rapporti con la “nuova famiglia” l'adozione in casi particolari si sta sempre di più avvicinando all'adozione c.d. piena, diversamente accade in merito ai rapporti con la famiglia d'origine, dove l'istituto continua ragionevolmente a prendere le mosse dall'adozione del maggiorenne. Infatti, diversamente da quanto succede nell'adozione c.d. legittimante, l'adottato ex art. 44 non recide i legami con il nucleo familiare originario³⁵⁸ che, appunto, non viene sostituito ma “affiancato”³⁵⁹ da quello “nuovo” composto da persone che hanno di fatto maturato relazioni affettive con il minore³⁶⁰. Questa sorta di doppio *status* del figlio – nei confronti della famiglia biologica, da una parte, e di quella adottiva, dall'altra – viene visto dalla Corte costituzionale come «la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico»³⁶¹.

2.3.3 Singole ipotesi di adozione in casi particolari: come la *stepchild* adoption entra nell'ordinamento

Dopo questa breve panoramica sull'istituto in generale è necessario ora esaminare nel dettaglio quelle che tra le ipotesi previste dall'art. 44³⁶² vengono utilizzate da dottrina e giurisprudenza come una sorta di *escamotage* giuridico per consentire di fatto l'adozione del figlio del partner nonostante la sua mancata introduzione da parte del legislatore.

³⁵⁷ In particolare: l'art 316 *bis* c.c., quindi concorso nel mantenimento del minore da parte degli ascendenti dell'adottante; art. 317 *bis* c.c., ossia la possibilità per l'ascendente dell'adottante di ricorrere all'autorità giudiziaria laddove gli sia impedito di mantenere un rapporto significativo con il “nipote”. Ci sono dei dubbi in merito all'acquisto da parte dell'adottato di diritti successori nei confronti degli ascendenti dell'adottante in ragione del mantenimento del rinvio, inserito sempre all'art. 55 della L.184/1983, all'art.304 c.c. il quale a sua volta rinvia all'art. 567 c.c. Per un maggior approfondimento si veda Novello, Federica. «Adozione “mite” e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale.» *GiustiziaCivile.com*, 23 giugno 2022.

³⁵⁸ Avigliano, Lina. *FAMIGLIA*. Cit.

³⁵⁹ Montecchiari, Tiziana. «Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della suprema corte di cassazione per single e coppie di fatto.» Cit.

³⁶⁰ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

³⁶¹ Corte costituzionale n. 79 del 2022. La dottrina rimane piuttosto critica a riguardo. Per un maggiore approfondimento si veda Novello, Federica. «Adozione “mite” e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale.» Cit.

³⁶² Per ragioni di coerenza con l'oggetto della ricerca si esamineranno solo le ipotesi b) e d).

Parte della dottrina sostiene che la *stepchild adoption* possa realizzarsi nell'abito delle coppie omosessuali attraverso l'estensione – tramite applicazione analogica³⁶³ o interpretazione costituzionalmente orientata (con eventuale successivo ricorso alla Corte costituzionale³⁶⁴) – alla parte dell'unione civile della lettera b) dell'art. 44, primo comma, che prevede l'adozione del figlio minore, anche adottivo, dell'altro coniuge³⁶⁵. Questa era la soluzione prescelta anche dai redattori della legge Cirinnà che, come sopra accennato, nel progetto del disegno di legge avevano espressamente previsto la dilatazione dell'ambito di applicazione dell'ipotesi b)³⁶⁶. Bisogna, però, nuovamente sottolineare che questa apertura è stata eliminata dal Parlamento in sede di approvazione del testo definitivo e che, quindi, l'art. 44 alla lettera b) prevede, ad oggi, l'adozione solo per il «coniuge» e, proprio in ragione di questo espresso riferimento, ne è esclusa dall'applicazione³⁶⁷ alle unioni civili in forza del comma 20 dell'art. 1 della L. 76/2016³⁶⁸.

La giurisprudenza, invece, già molto prima che la proposta di legge Cirinnà arrivasse alla discussione in Parlamento³⁶⁹, aveva più volte disposto l'adozione del figlio del *partner*, anche omosessuale, attraverso il ricorso alla lettera d) dell'art. 44, primo comma³⁷⁰. Anche in questa previsione, che permette l'adozione in caso di «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», emerge nel linguaggio utilizzato dal legislatore³⁷¹ una certa vaghezza che è stata causa di notevoli dubbi interpretativi ma, allo stesso tempo, anche formula del successo dell'istituto che ha subito un apprezzabile sviluppo proprio grazie all'interpretazione evolutiva di questo requisito.

³⁶³ Barba, Vincenzo. «Unione civile e adozione. Commento alla legge 76/2016.» Cit.

³⁶⁴ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

³⁶⁵ Barba, Vincenzo. «Unione civile e adozione. Commento alla legge 76/2016.» Cit.

³⁶⁶ Si veda nota n. 100.

³⁶⁷ in generale o, quantomeno, in automatico, a seconda della tesi dottrinale che si vuole seguire. Vedi paragrafo 2.3.1.

³⁶⁸ Che, è bene ribadirlo, 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.»

³⁶⁹ E volendo aderire all'interpretazione maggiormente diffusa, il comma 20 della legge si riferirebbe proprio a questo orientamento della giurisprudenza nel momento in cui prevede che «[R]esta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.»

³⁷⁰ La prima decisione in questo senso si deve al Tribunale di Roma (sentenza del 30 luglio 2014) che ha trovato poi autorevoli conferme, tra cui Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962 e Corte costituzionale n. 79 del 2022.

³⁷¹ A riprova della ambiguità che circonda l'istituto dell'adozione in casi particolari. Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

Sembra utile in questo contesto ripercorrere brevemente le “tappe” di questa evoluzione ermeneutica³⁷² per meglio comprendere la portata applicativa che oggi assume l'ipotesi prevista alla lettera d).

Una prima lettura, saldamente ancorata alla lettera della norma, ritiene necessario che sia risultato vano l'affidamento preadottivo tentato a seguito dell'accertamento formale, avvenuto attraverso dichiarazione di adottabilità³⁷³, dello stato di abbandono del minore.

Accanto a questa interpretazione, che richiede un'impossibilità che potremmo definire oggettiva, se n'è affiancata una meno letterale – e quindi meno restrittiva – che apre ad una impossibilità per così dire soggettiva³⁷⁴. Più precisamente si fa riferimento alla situazione in cui il minore, effettivamente abbandonato dai genitori, realizza con gli affidatari – non idonei all'adozione piena – un profondo legame affettivo tale per cui l'eventuale interruzione del rapporto – ai fini dell'inserimento del minore in una famiglia avente i requisiti – sarebbe contraria al suo interesse³⁷⁵.

Dopodiché vi è stato un ulteriore ampliamento della fattispecie nel momento in cui si è permessa l'adozione ex art. 44 lett. d) in caso di “semiabbandono”, ossia nel caso in cui il minore non si trovi in uno stato di abbandono vero e proprio perché la famiglia d'origine mantiene con lui rapporti positivi seppur intermittenti e non sempre significativi³⁷⁶.

Infine, la scelta ermeneutica che permette una ancora maggiore espansione dell'applicazione della lettera d)³⁷⁷ – e che oggi è dominante in giurisprudenza³⁷⁸ – è quella che apre alla c.d. impossibilità giuridica dell'affidamento preadottivo³⁷⁹. Il minore è curato e amato dalla famiglia d'origine ma, proprio in ragione della realizzazione del suo concreto interesse, pare opportuno riconoscere rilevanza giuridica al rapporto creato

³⁷² Seguendo la categorizzazione fatta da Giovanni Di Rosa in «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³⁷³ Questa interpretazione, oramai di fatto abbandonata da tempo dalla giurisprudenza, è ancora sostenuta da parte della dottrina. Alessandra Aragno, ad esempio, rileva nella lettera della norma un chiaro rinvio del legislatore al concetto giuridico di «affidamento preadottivo» con l'intenzione di circoscrivere chiaramente l'ambito applicativo della norma a quelle ipotesi in cui c'è ed è formalmente accertato lo stato di abbandono del minore. Per un maggior approfondimento si veda Alessandra, Aragno. «L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no.» Cit.

³⁷⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³⁷⁵ Di questo avviso Trib. Min. Torino del 28 dicembre 1985, in Dir. famiglia, 1986, p. 172; Cass. civ., sentenza del 26.11.2004, n. 22350. Contro: Cass. civ., sez. I, sentenza del 27 settembre 2013, n.22292.

³⁷⁶ In questo caso l'adozione piena in favore degli affidatari, rescindendo ogni rapporto con la famiglia d'origine, sarebbe in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare dei genitori biologici, oltre che l'interesse dello stesso minore. [Corte costituzionale n. 79 del 2022].

³⁷⁷ Tanto da “sovertire” la natura della disposizione, che nell'intenzione originale del legislatore doveva essere marginale, se non eccezionale.

³⁷⁸ La prima decisione in questo senso è la richiamata decisione del Tribunale di Roma (sentenza del 30 luglio 2014). Anche la Cassazione e poi la Corte costituzionale hanno avallato questa interpretazione. Si veda nota n. 162.

³⁷⁹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

con il convivente del genitore biologico³⁸⁰. Si parla di impossibilità giuridica all'affidamento proprio in ragione della mancanza dello stato di abbandono, che determina l'impossibilità della dichiarazione di adottabilità e quindi di procedere con l'affidamento preadottivo³⁸¹. Con questa chiave di lettura l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) costituisce una «ulteriore “valvola” per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle [altre] lettere»³⁸² ma che richiedono un'eguale tutela da parte dell'ordinamento per ragioni di equità sostanziale³⁸³. Ed infatti, data la possibilità per il coniuge di adottare ex art. 44 lett. b) il figlio dell'altro, pare irragionevole – nonché discriminatoria nei confronti del figlio inserito in famiglie di fatto³⁸⁴ – l'impossibilità per il convivente *more uxorio* – eterosessuale o omosessuale – di adottare il figlio dell'altro³⁸⁵, soprattutto alla luce dell'unificazione dello stato di figlio realizzata dalla riforma del 2012³⁸⁶.

2.3.4 Critiche della dottrina

Se, come abbiamo avuto modo di evidenziare, in giurisprudenza l'orientamento ad oggi maggioritario riconosce rilevanza giuridica ai fini dell'applicazione della lettera d) anche all'impossibilità di diritto (oltre a quella di fatto)³⁸⁷, è necessario, per completezza, riportare brevemente alcune tra le più significative critiche che la dottrina muove a questa scelta³⁸⁸.

La prima obiezione, che pare molto diffusa in dottrina, riguarda il presunto rischio che, allargando l'ipotesi all'impossibilità giuridica, si finisca per piegare l'istituto, nato per la tutela dell'interesse del minore, ai meri desideri del genitore³⁸⁹, in una prospettiva del

³⁸⁰ La Cassazione, nella sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962 afferma che «[Q]uesta peculiare ipotesi normativa di adozione in casi particolare mira [...] a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali.»

³⁸¹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

³⁸² Corte costituzionale, Sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383. G.U. 13/10/1999, n. 41.

³⁸³ «La ratio dell'istituto è quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalla legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato.»

³⁸⁴ Nemmeno la supposta garanzia di maggior stabilità assicurata dal matrimonio può più essere usata come ragionevole giustificazione di questa differenza.

³⁸⁵ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

³⁸⁶ In senso contrario: e Trib. min. Milano, del 17 ottobre 2016, n. 261 e Trib. min. Torino del 23 ottobre 2015, entrambe poi modificate in appello (App. Milano del 27 aprile 2017 e App. Torino del 27 maggio 2016).

³⁸⁷ Giacobbe, Emanuela. «Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali.» Cit.

³⁸⁸ Per sottolineare la distanza tra gli atteggiamenti di dottrina e giurisprudenza, Giovanni Di Rosa in «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» (Cit.) parla di: «atteggiamento ([]) spesso guardingo quello della dottrina, aperto e fiducioso quello legislativo e giurisprudenziale.»

³⁸⁹ Nell'ambito del ricorso in Cassazione (Cass. civ., sez. I, n. 12962 del 2016) il Sostituto Procuratore Generale, ricorrendo contro la pronuncia di adozione ex artt. 44, lett. d) di una bambina da parte della convivente della madre biologica, aveva sostenuto l'esistenza di un «“potenziale” conflitto» tra l'interesse della madre e quello della figlia, in ragione del fatto che la madre aveva richiesto l'adozione dando per scontato che questa coincidesse con l'interesse della figlia. La Corte, però, ritenendo la doglianza infondata

tutto adultocentrica³⁹⁰. In altre parole, questa pratica, più che diretta alla realizzazione dell'interesse concreto del minore attraverso il riconoscimento giuridico dei legami affettivi creatisi³⁹¹, sarebbe piuttosto diretta ad affermare il diritto delle coppie omosessuali di adottare un figlio³⁹². In realtà non vi è alcun atteggiamento di favore o, al contrario, di ostacolo da parte della legge³⁹³ o della giurisprudenza³⁹⁴ in relazione dell'orientamento sessuale del genitore, che rimane un elemento neutro, indifferente se non nel momento in cui viene valutata la rispondenza in concreto dell'adozione all'interesse del minore, ex art. 57 della L. 184/1983³⁹⁵. In questo senso, la Corte costituzionale ha affermato che «l'adozione in casi particolari permette di dare una risposta all'esigenza di tutela del minore che ha interesse nel vedersi riconosciuto un rapporto affettivo che nella realtà dei fatti esiste e che non è assolutamente uno strumento giuridico che asseconda in maniera automatica e senza un riscontro concreto un mero desiderio di genitorialità³⁹⁶».

Il richiamato art. 57 e, quindi, la valutazione in concreto dell'interesse del minore all'adozione in casi particolari³⁹⁷ permette di superare un'altra critica spesso sollevata dalla dottrina, la quale contesta il rischio che vengano aperte eccessivamente le maglie dell'istituto fino a permettere l'adozione «di qualunque minore»³⁹⁸ da parte di «“ogni” soggetto “desideroso” – e titolato in forza di un ottimo rapporto con il minore»³⁹⁹– di diventarne il genitore. Ecco che, di nuovo, non bisogna dimenticare che l'ammissibilità dell'adozione non è valutata *ex ante* e in astratto ma in concreto sulla base della

aggiunge che «o si ritiene che sia proprio la relazione sottostante (coppia omoaffettiva) ad essere potenzialmente contrastante, in re ipsa, con l'interesse del minore, incorrendo però in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico; oppure si deve escludere tout court [...] la configurabilità in via generale ed astratta di una situazione di conflitto di d'interessi.»

³⁹⁰ Labriola, Michela. «La filiazione omogenitoriale.» Cit.

³⁹¹ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

³⁹² Giacobbe, Emanuela. «Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali.» Cit.

³⁹³ A voler essere corretti, infatti, anche la lettera b) prevede già di per sé una situazione di impossibilità di fatto e di diritto. Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

³⁹⁴ Per Cass. civ., sez. I, n. 12962 del 2016, l'adozione in casi particolari non presuppone lo stato di abbandono e può essere disposta se si accerti che il riconoscimento della relazione affettiva corrisponda all'interesse del minore, non avendo alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante.

³⁹⁵ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

³⁹⁶ Corte costituzionale n. 79 del 2022.

³⁹⁷ In particolare, l'indagine disposta dall'art. 57 dovrà riguardare – oltre che la verifica dell'esistenza delle circostanze richieste dalla singola ipotesi dell'art. 44 – «a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore.» <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1983:184>

³⁹⁸ Alessandra, Aragno. «L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no.» Cit.

³⁹⁹ Labriola, Michela. «La filiazione omogenitoriale.» Cit.

situazione che si presenta davanti al giudice, il quale valuterà di volta in volta se disporla o meno⁴⁰⁰.

Un'ultima obiezione degna di nota⁴⁰¹, e che è forse l'unica sostenibile dal punto di vista logico e giuridico, riguarda la lettera b) e, più nel dettaglio si sostiene che ammettere la rilevanza dell'impossibilità di diritto dell'affidamento preadottivo comporti un allargamento talmente ampio che la fattispecie prevista dalla lettera d) finisca per ricomprendere anche l'ipotesi dell'adozione da parte del coniuge, con una sostanziale abrogazione in via giurisprudenziale della lettera b)⁴⁰². Si potrebbe però replicare che l'interpretazione abrogativa non è a priori inammissibile nel nostro ordinamento, ancorché ne si raccomandi un uso prudente⁴⁰³.

2.3.5 È necessario un ripensamento del sistema?

Aldilà delle critiche esposte da più parti in dottrina – che, come abbiamo visto, difficilmente resistono ad un contro esame giuridico-argomentativo – la giurisprudenza ha ormai segnato il cammino dell'introduzione della *stepchild adoption* attraverso la lettera d) dell'art. 44 della L. 184/1983. Ribadendo un concetto già accennato, è bene però sottolineare che questa apertura riguarda tutte le coppie che non sono legate da matrimonio⁴⁰⁴, quindi coppie di fatto etero e omosessuali ma anche quelle coppie che, dopo la L. 76/2016, si sono unite civilmente. Ecco che il sistema può dirsi irragionevole⁴⁰⁵ nel momento in cui racchiude all'interno dell'ambito applicativo della lettera d) sia coppie di fatto sia coppie che, invece, hanno deciso di dare una veste giuridica al proprio rapporto attraverso l'unione civile, separando quest'ultime da quelle unite in matrimonio che rientrano nell'applicazione della lettera b). In altre parole, l'incoerenza del sistema è generata dall'assimilazione di situazioni distinte, ossia le coppie di fatto, che hanno liberamente scelto di non regolare il proprio rapporto, e coppie omosessuali che hanno scelto la via dell'unione civile, essendogli impedito il matrimonio.

⁴⁰⁰ Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» Cit.

⁴⁰¹ Per un maggiore approfondimento riguardo alle ulteriori critiche della dottrina si veda Labriola, Michela. «La filiazione omogenitoriale.» (Cit.) per l'inapplicabilità della lettera d) ai conviventi (omo ed eterosessuali); Valletti, Monica. «Responsabilità genitoriale: omogenitorialità.» *La Bussola, il Familiarista.it*, s.d. in merito alla necessaria ed automatica decadenza dell'altro, ossia il genitore biologico, dalla responsabilità genitoriale come conseguenza dell'adozione; Alessandra, Aragno. «L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no.» in merito al rischio di creare un nuovo istituto.

⁴⁰² Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

⁴⁰³ Chiti, Edoardo. «False piste: il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime.» *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 1° novembre 2021: 801.

⁴⁰⁴ Barba, Vincenzo. «Unione civile e adozione. Commento alla legge 76/2016.» Cit.

⁴⁰⁵ Anche se è una irragionevolezza limitata a livello teorico, classificatorio in quanto poi l'effetto sostanziale prodotto è lo stesso, ossia l'adozione in casi particolari del minore.

La Corte Edu nella sentenza della Grande Chambre n.19010 del 19 febbraio 2013⁴⁰⁶ sembra, però, avvallare questo tipo di sistema, quantomeno nella misura in cui non lo considera contrario ai principi della CEDU. In particolare, i giudici⁴⁰⁷ affermano che «[S]ussiste una violazione dell'art. 8 CEDU, sul diritto al rispetto della vita familiare, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, sul divieto di discriminazione, nei confronti di una legislazione nazionale che impedisca ad uno dei soggetti di una coppia omosessuale l'adozione del figlio del proprio compagno convivente, al pari di quanto, viceversa, riconosciuto per legge ad una coppia di fatto eterosessuale». Quindi, il paradigma di riferimento⁴⁰⁸ per la disciplina delle coppie omosessuali – ancorché unite civilmente – non è la coppia sposata, bensì la coppia di fatto eterosessuale⁴⁰⁹ (o i singoli⁴¹⁰). In altre parole, lo *status* delle coppie omosessuali non deve essere messo in relazione a quello delle coppie sposate in ragione del margine di apprezzamento ancora piuttosto ampio che gli Stati hanno in tema di riconoscimento del matrimonio egualitario ed estensione della disciplina della CEDU in materia di adozione dei minori⁴¹¹. Per meglio comprendere questo punto, sembra utile riportare proprio le parole della Corte⁴¹²: «l'articolo 12 della Convenzione non impone agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali, [...] il diritto al matrimonio omosessuale non può essere dedotto nemmeno dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 [...] e gli Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra modalità di riconoscimento giuridico, godono di un certo margine di apprezzamento per decidere sulla natura esatta dello status conferito. Peraltro, la Corte ha dichiarato più volte che il matrimonio conferisce uno status particolare a coloro che vi si impegnano, che l'esercizio del diritto di contrarre matrimonio è tutelato dall'articolo 12 della Convenzione e che tale diritto comporta delle conseguenze a livello sociale, personale e giuridico.»

Questa coerenza con il sistema valoriale dalla CEDU non è valutata in assoluto ma in ragione dell'esistenza, ad oggi, di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati

⁴⁰⁶ Corte EDU, sez. Grande Chambre, sentenza del 19 febbraio 2013 n. 19010, X e altri c. Austria.

⁴⁰⁷ È il caso di sottolineare che non c'è stata sul punto unanimità ma anzi sette giudici hanno manifestato la loro dissenting opinion. Rossi, Renzo. «Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, 19 febbraio 2013, n. 19010/07.» *Europa e diritto privato* (Giuffrè), fascicolo 1/2014: 271-292.

⁴⁰⁸ Alla luce del quale valutare la conformità della legislazione nazionale alla CEDU, con particolare riferimento agli artt. 8 e 14.

⁴⁰⁹ Valletti, Monica. «Responsabilità genitoriale: omogenitorialità.» Cit.

⁴¹⁰ Su quest'ultimo punto si veda la decisione della Corte EDU del 22 gennaio 2008, EB contro Francia nella quale la Corte rileva la contrarietà agli artt. 8 e 14 CEDU della legislazione francese che ammetteva i single all'adozione, escludendo però i richiedenti omosessuali.

⁴¹¹ Ci si riferisce alla Convenzione europea sull'adozione dei minori del 2011. Per un maggior approfondimento si veda Labriola, Michela. «La filiazione omogenitoriale.» Cit.

⁴¹² Traduzione del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione effettuata dalla dott.ssa Martina Scantamburlo, funzionario linguistico e da Rita Carnevali, assistente linguistico.

che, solitamente, è riconosciuto nell'ambito di questioni che non trovano un'unica, o quantomeno largamente diffusa, soluzione tra gli Stati. In questo senso il giudizio della Corte Edu potrebbe modificarsi, o addirittura ribaltarsi, in un futuro se si dovesse diffondere tra gli Stati un esteso consenso all'estensione dell'adozione (o del matrimonio egualitario) alle coppie omosessuali⁴¹³. C'è poi da precisare che la CEDU, e quindi la Corte, si occupano di assicurare una sorta di livello minimo di tutela comune che è sussidiario alle garanzie nazionali⁴¹⁴. Ciò significa che il singolo Stato può riconoscere una tutela diversa e più ampia a queste situazioni, anche alla luce dei principi da esso stesso definiti come fondamentali⁴¹⁵.

Proprio per esigenze di coerenza con questi principi informatori dell'ordinamento nazionale in generale, prima ancora che del diritto di famiglia, parte della dottrina invoca un intervento del legislatore diretto quantomeno a riordinare la materia, tenendo in considerazione che la *stepchild adoption* risulta comunque già di fatto ammessa, ancorché in via giurisprudenziale.

Il legislatore, però, ha già mancato l'appuntamento nell'ambito della legge Cirinnà, nella quale ha inserito il comma 20, assumendo una posizione che si potrebbe definire di apparente⁴¹⁶ e ipocrita⁴¹⁷ neutralità. Infatti, come abbiamo avuto modo di vedere, non può leggersi nella disposizione né un formale riconoscimento né un chiaro rigetto dell'istituto. Quest'ultimo non può parimenti assumersi nemmeno in ragione dello stralcio, in sede di approvazione definitiva della legge, della formale introduzione dell'istituto.

D'altra parte, però, questa mancata presa di posizione del legislatore non fa venire meno i rapporti affettivi che di fatto si vengono a creare tra il minore e il compagno o la compagna del genitore omosessuale, tanto che queste nuove famiglie ricorrono alla Magistratura per vedersi riconosciuta una tutela giuridica⁴¹⁸. Spetta quindi ai giudici trovare nell'ordinamento una soluzione adeguata di tutela delle persone coinvolte, in

⁴¹³ Come già successo in materia di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso. Come ricordato nel primo capitolo, la Corte Edu aveva nel 2010 (sentenza del 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria) escluso che dalla Convenzione discendesse un dovere in capo agli Stati di riconoscere il matrimonio egualitario, attribuendo agli Stati un ampio margine di apprezzamento in mancanza di un generale e diffuso consenso in materia. Nel 2015, nella decisione Oliari e altri c. Italia, modifica in parte la sua posizione. Pur lasciando alla discrezionalità degli Stati l'introduzione del matrimonio egualitario, condanna l'Italia per la mancata previsione di uno strumento giuridico, ancorché diverso dal matrimonio, idoneo a dare rilevanza giuridica alle unioni omosessuali.

⁴¹⁴ Canevelli, Paolo. *L'esecuzione delle pene detentive*. UTET Giuridica, febbraio 2021. Pag. 18.

⁴¹⁵ Come, per esempio, la realizzazione dell'interesse del minore coinvolto, l'unicità dello stato di figlio o, più in generale, il principio di uguaglianza e non discriminazione.

⁴¹⁶ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

⁴¹⁷ Casaburi, Geremia. «Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili).» *Articolo29.it*, 3 marzo 2016.

⁴¹⁸ Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» Cit.

modo particolare del minore. Ed è soprattutto in riferimento alla realizzazione dell'interesse di quest'ultimo che la giurisprudenza ammette, in via necessariamente giudiziale⁴¹⁹, la *stepchild adoption*. Questa sembra comunque essere la soluzione che auspicava il legislatore⁴²⁰ nel momento in cui ha concluso il comma 20 dell'art. 1 della L. 76/2016 prevedendo che «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Per concludere, nell'ambito delle famiglie c.d. ricomposte emerge un ruolo sempre più predominante della giurisprudenza che non è del tutto imputabile al protagonismo dei giudici, essendo questi spesso chiamati a definire e dare una risposta concreta a situazioni che il legislatore si rifiuta di prendere in considerazione. Ecco che allora la Magistratura, di frequente tacciata di essere eccessivamente creativa, si vede abitualmente investita «da parte del legislatore di quella funzione [...] di interprete e protagonista dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale⁴²¹» che dovrebbe invece essere prerogativa dello stesso legislatore.

⁴¹⁹ Co il rischio, più o meno concreto essendo più volte intervenuta nella questione sia la Corte di Cassazione che la Corte Costituzionale, di singole pronunce contrarie e di un trattamento disparitario di situazioni identiche.

⁴²⁰ Emblematiche sono in questo senso le parole, riportate da Giovanluigi Crucio, dell'allora Ministro della Giustizia, Andrea Orlando, che interrogato su questa delega di fatto alla giurisprudenza risponde: «... Chi non ha voluto una disciplina in materia, qualunque fosse, non può lamentarsi adesso del fatto che questa lacuna sia colmata dal giudice alla luce delle norme vigenti». Crucio, Giovanluigi, e Luciano Trovato. «L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì.» *Minorigiustizia*, n. 1/2017: 153-159.

⁴²¹ Quadri, Enrico. «Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati.» *Articolo29.it*, 15 aprile 2016.

Capitolo III: Famiglie “di prima costituzione”: l’omosessualità dei genitori come ostacolo al progetto procreativo comune

Concluso l’esame sulla rilevanza dell’omosessualità dei genitori in riferimento alle c.d. famiglie ricomposte – ossia nuclei familiari in cui uno o entrambi i membri hanno alle spalle una relazione eterosessuale dalla quale sono nati dei figli e che, già esistendo di fatto nella realtà, chiedono all’ordinamento solamente un riconoscimento o una tutela giuridica – si prenderà ora in considerazione le coppie omosessuali che, decidendo di condividere un progetto procreativo comune⁴²², cercano nel sistema giuridico un modo lecito per realizzarlo.

1 Adozione

Anche se per ragioni di coerenza espositiva l’esame verrà svolto assumendo il punto di vista delle coppie che vorrebbero un figlio, non guasta ricordare che, in realtà, sarebbe il minore il vero fulcro dell’adozione, la quale si distingue così dagli altri istituti che – come vedremo – assumono una prospettiva maggiormente adultocentrica. L’adozione, infatti, pur originando dal desiderio di genitorialità degli aspiranti genitori⁴²³, ha l’obiettivo di fornire una famiglia al bambino e non, viceversa, di fornire un bambino alla famiglia⁴²⁴. In questo senso anche il nuovo titolo attribuito dal legislatore del 2001⁴²⁵ alla stessa L. 184/1983 – ossia «Diritto del minore ad una famiglia» – ne esplicita chiaramente le finalità.

Il legislatore assicura, quindi, al bambino il diritto a crescere in una famiglia, non però in una famiglia qualsiasi, bensì innanzitutto in quella biologica che è preferita – laddove questo non comporti un pregiudizio per il bambino – in quanto naturale ed originario

⁴²² Roberta Bosisio e Joëlle Long si riferiscono a queste coppie come «famiglie di prima costituzione». Bosisio, Roberta, e Joëlle Long. «Famiglie omogenitoriali in Italia: relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale.» Cit.

⁴²³ Aspirazione comunque in un certo senso tutelata dall’ordinamento sul piano procedimentale essendo prevista la possibilità di proporre reclamo davanti alla Corte d’Appello avverso il decreto che non accoglie la domanda d’idoneità all’adozione internazionale (art. 30, comma 5, L. 184/83). Morozzo della Rocca, Paolo. «Sull’adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015.» *Famiglia e Diritto*, n. 6/2017: 602.

⁴²⁴ Per Paolo Morozzo della Rocca «usare l’adozione per dare un bambino ad una famiglia ne costituisce l’impiego distorto». Morozzo della Rocca, Paolo. «Sull’adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015.» *Famiglia e Diritto*, n. 6/2017: 602.

⁴²⁵ Modifica prevista dall’art. 1 della Legge del 28 marzo 2001, n. 149 Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile. G. U. del 26/04/2001 n. 149. Prima il titolo della L.184/1983 era "Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori".

centro di affetti e relazioni in cui il minore si è trovato a vivere⁴²⁶. All'interno di questa visione, «Il diritto del minore ad una famiglia “sostitutiva” emerge così in caso di inidoneità irreversibile di quella d'origine»⁴²⁷, ossia «soltanto laddove, pur con l'approntamento di ogni intervento ausiliario, la famiglia d'origine si riveli inadeguata ad esplicare i compiti di educazione, cura materiale e morale e vicinanza affettiva in favore del minore»⁴²⁸. Ecco che l'adozione – e l'affido – sono considerate dall'ordinamento una sorta di *extrema ratio*, con funzione e preferibilità secondaria⁴²⁹ rispetto alla permanenza nel nucleo familiare originario, quest'ultimo favorito anche attraverso interventi pubblici volti a prevenire o ad “stemperare” le situazioni di disagio che sono prodromiche allo stato di abbandono⁴³⁰.

La centralità dell'interesse del minore⁴³¹ nell'adozione è «il risultato dell'adeguamento della legislazione ordinaria ai principi costituzionali⁴³²». Prima della Costituzione, infatti, l'adozione consisteva in un istituto negoziale utile a trasmettere il patrimonio ed il nome dell'adottante privo di figli naturali⁴³³, sulla scorta della tradizione cristallizzata per la prima volta dal *Code Napoléon* del 1804, a cui – come è noto – si sono poi ispirati molti codici preunitari⁴³⁴. Nel Codice Pisanelli l'adozione trova posto nel testo definitivo⁴³⁵ ma ancora mostrando i tratti tradizionali e limiti piuttosto rigidi che la condannano ad avere

⁴²⁶ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. IPSOA, marzo 2020.

⁴²⁷ Cordiano, Alessandra. «Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 2/2017: 255.

⁴²⁸ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*.

⁴²⁹ Cordiano, Alessandra. «Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva.» Cit.

⁴³⁰ Così Grazia Cesaro scrive «Soltanto l'inadeguatezza irrimediabile del nucleo originario giustifica il ricorso all'istituto dell'affidamento o dell'adozione, e dunque l'inserimento del minore in “una” famiglia diversa da quella d'origine». Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴³¹ Che si sostanzia in primo luogo – è bene ripeterlo – nell'agevolare la famiglia d'origine a prendersi cura del minore e, solo in caso di totale e irrecuperabile incapacità dei genitori, nell'assicurare al bambino una nuova famiglia attraverso l'adozione.

⁴³² Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴³³ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴³⁴ Per un maggior approfondimento si veda Di Renzo Villata, Maria Gigliola. «Adozione e affido. Due secoli di storia e una sfida al futuro.» In *Madri e padri sociali tra passato e presente*. Per una storia dell'adozione, a cura di Marina Garbellotti e Maria Clara Rossi, 121-159. Viella, 2016 che contiene anche una disamina di alcuni caratteri peculiari e differenze tra i vari codici.

⁴³⁵ Nei lavori preparatori al codice non ve n'è traccia. Pisanelli, nel presentare il primo libro del Codice al Senato aveva affermato: «Nel progetto non troverete ammessa l'adozione; essa è una istituzione che s'innesta naturalmente ad alcuni ordini, i quali non sono più conformi alla vita della società odierna; essa costituisce un'artificiale fattura dei rapporti di paternità e di figliazione, in contraddizione del vero; spesso si mostra come mezzo di eludere e defraudare le prescrizioni della legge, e talvolta racchiude una immoralità». Le parole del Guardasigilli, nonché le opinioni ugualmente lapidarie di altri giuristi sono riportati da Di Renzo Villata, Maria Gigliola. «Adozione e affido. Due secoli di storia e una sfida al futuro.» In *Madri e padri sociali tra passato e presente. Per una storia dell'adozione.* Cit.

uno scarso utilizzo⁴³⁶. I valori costituzionali⁴³⁷, recepiti in quest'ambito dalla legge del 5 giugno 1967, n. 431⁴³⁸, hanno sostanzialmente modificato funzione e utilizzo dell'adozione, facendole assumere gli attuali tratti distintivi di istituto volto alla tutela e protezione del minore. È stata proprio la L. 431/1967 – precedente storico della L. 184/1983 – a iniziare questa “rivoluzione”⁴³⁹ del sistema, ponendo il minore abbandonato al centro dell'attenzione per la prima volta in assoluto, riconoscendogli dei diritti che prima non aveva⁴⁴⁰.

La disciplina delle adozioni, tutt'ora inserita all'interno della L. 184/1983, ha subito nel tempo diverse modifiche legislative, tra le più rilevanti ci sono quelle previste dalla L. 149/2001, dal D. lgs. 154/2013 (in attuazione della riforma della filiazione) e dalla L. 19 ottobre 2015, n. 173⁴⁴¹ (sul diritto alla continuità affettiva)⁴⁴². La legge Cirinnà ha, invece, – come ampiamente esposto nel precedente capitolo – “mancato l'appuntamento”, non introducendo l'istituto della *stepchild adoption* e affermando, al comma 20, l'inapplicabilità della legge sulle adozioni alle parti dell'unione civile⁴⁴³.

1.1 Requisiti di accesso previsti dalla L. 184/1983

Proprio in ragione della delicatezza della situazione in cui il minore si trova e dell'attenzione posta nei confronti della tutela del suo interesse, la L. 184/1983 prevede requisiti piuttosto stringenti ai fini della dichiarazione dell'adozione⁴⁴⁴. Per quanto riguarda l'adottato, oltre allo stato di abbandono⁴⁴⁵ è richiesta la minore età e il consenso

⁴³⁶ Di Renzo Villata, Maria Gigliola. «Adozione e affido. Due secoli di storia e una sfida al futuro.» In *Madri e padri sociali tra passato e presente. Per una storia dell'adozione.* Cit.

⁴³⁷ In particolare, rilevano l'art. 2 – sulla tutela dei diritti fondamentali della persona – e l'art. 30 – sul dovere e diritto dei genitori di mantenere, educare ed istruire i figli –.

⁴³⁸ Legge del 5 giugno 1967, n. 431 Modifiche al titolo VIII del libro I del Codice civile "Dell'adozione" ed inserimento del nuovo capo III con il titolo "Dell'adozione speciale". G. U. del 22/06/1967 n. 154.

⁴³⁹ Dogliotti, Massimo, e Flavio Astiggiano. *Le adozioni. Minori italiani e stranieri, maggiorenni.* Giuffrè, 2014.

⁴⁴⁰ Bisogna però precisare che la L. 431/1967 aveva ancora dei grossi limiti dal punto di vista della tutela del minore. Prima tra tutti la mancata instaurazione dei rapporti di parentela tra l'adottato e i parenti collaterali degli adottanti. Di Renzo Villata, Maria Gigliola. «Adozione e affido. Due secoli di storia e una sfida al futuro.» In *Madri e padri sociali tra passato e presente. Per una storia dell'adozione.* Cit.

⁴⁴¹ Legge del 19 ottobre 2015, n. 173 *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare.* G. U. del 29/10/2015 n. 252.

⁴⁴² Nonché Legge del 31 dicembre 1998, n. 476 Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri. (G. U. del 12/01/1999 n. 8) in materia di adozione internazionale,

⁴⁴³ Pur restando «fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti», con tutte le ambiguità e problemi interpretativi che queste scelte linguistiche piuttosto generiche e poco chiare comportano. Per un maggior approfondimento si veda il capitolo precedente. In particolare la tesi di Vincenzo Barba che sostiene l'applicabilità in via di interpretazione analogica – non soltanto dell'adozione in casi particolari ma anche – dell'adozione c.d. legittimante alle coppie unite civilmente, dato che il comma 20 ne escluderebbe solo l'applicazione “automatica” ma non generale.

⁴⁴⁴ I requisiti previsti dall'art. 6 sono estesi anche all'adozione internazionale secondo quanto disposto dall'art. 29 *bis* della L. 184/1983.

⁴⁴⁵ L'art. 8 dispone che «Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e

all'adozione da parte dello stesso minore (se ha compiuto i quattordici anni) o comunque la sua opinione nel caso sia ultradodocenne (o in età inferiore purché capace di discernimento)⁴⁴⁶.

A rilevare maggiormente ai fini dell'oggetto di quest'elaborato sono, però, i requisiti che l'ordinamento richiede a coloro che aspirano a diventare genitori adottivi. Il primo presupposto previsto dalla L. 184/1983, tombale per le richieste di adozione da parte di coppie omosessuali, è il matrimonio – da almeno tre anni – tra i richiedenti l'adozione. L'art. 6 al primo comma, infatti, prevede che «[L]'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto». Quindi, non sono ammessi all'adozione legittimante né i single, né le coppie conviventi *more uxorio*⁴⁴⁷ e neppure le coppie unite civilmente, quest'ultime escluse anche in ragione del comma 20 della L. 76/2016⁴⁴⁸. La stabile convivenza di fatto ha assunto rilevanza ai fini dell'adozione solo con la L. 149/2001 e solamente ai fini della realizzazione – e dell'accertamento– del requisito della stabilità del rapporto di coniugio, ossia la durata di almeno tre anni. In altre parole, i conviventi da almeno tre anni potranno adottare con effetti legittimanti ma solo dopo essersi sposati⁴⁴⁹.

Secondo Paolo Mozzo della Rocca questa necessità e centralità del matrimonio, quale requisito di maggior stabilità e sicurezza del legame affettivo anche nei confronti del minore, «esprime bene la preoccupazione del legislatore di offrire al minore già in stato di abbandono l'inserimento in una famiglia che abbia tutti i requisiti possibili e immaginabili, sul piano oggettivo e astratto, per garantire la massima aspettativa di stabilità⁴⁵⁰». A ben vedere, però, se la tesi per la quale il matrimonio dei genitori – anche adottivi – realizzi il miglior interesse del bambino (sia sul piano sociale che giuridico) era ragionevole nel passato⁴⁵¹, ad oggi non sembra essere più attuale. Senza soffermarsi

materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio».

⁴⁴⁶ Per un esame approfondito dei requisiti previsti dalla L. 184/1983 in merito al minore si demanda a Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁴⁷ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁴⁸ È poi esclusa anche l'adozione, ancorché nell'ambito della coppia sposata, da parte del solo marito o della sola moglie.

⁴⁴⁹ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁵⁰ Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁴⁵¹ In particolare nel 1967 quando è stata fatta questa scelta legislativa nell'ambito dell'introduzione di una nuova accezione e funzione dell'istituto dell'adozione.

troppo lungamente, basta rilevare che nella contemporaneità il matrimonio non costituisce più una maggiore garanzia della stabilità del legame affettivo, né tantomeno comporta un maggiore – o comunque qualitativamente diverso – riconoscimento sociale rispetto alla convivenza di fatto. Ecco che il mantenimento del requisito del coniugio, che già aveva fatto discutere in occasione della L. 184/1983⁴⁵² e che è stato solo “temperato”⁴⁵³ dalla L. 149/2001, pare – per usare le parole di Leonardo Lenti – «una discriminazione ingiustificata» che «[P]otrebbe essere giustificata soltanto se fosse il risultato di una valutazione delle circostanze specifiche del singolo caso.»⁴⁵⁴

Ed è proprio in riferimento a quest’ultima considerazione di Leonardo Lenti che pare utile riportare altri requisiti che la coppia richiedente l’adozione deve avere e per i quali la legge – ragionevolmente – richiede una verifica concreta caso per caso. Il secondo comma dell’art. 6 dispone che «I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare». Ecco che il requisito della capacità economica non viene verificato sulla base di indicatori astratti validi per la generalità dei casi ma viene parametrato in base alle caratteristiche effettive del minore che viene adottato⁴⁵⁵, quali l’età o la salute psicofisica⁴⁵⁶. Allo stesso modo, la capacità affettiva⁴⁵⁷ dovrà essere valutata sia sul piano astratto che sul piano concreto, in relazione ai bisogni psicologici e affettivi del minore⁴⁵⁸. Se quindi questi presupposti richiedono una verifica in concreto, caso per caso, ci si domanda se sia ancora ragionevole prevedere che la stabilità e la sicurezza del rapporto affettivo tra i genitori venga verificata meramente in astratto (sulla base del matrimonio per almeno tre anni), e se non sia piuttosto preferibile – anche e soprattutto in relazione al miglior interesse del minore coinvolto – una valutazione concreta del rapporto⁴⁵⁹. Facendo leva proprio

⁴⁵² Lenti, Leonardo. «L’adozione e il paradigma matrimoniale.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4/2021: 911.

⁴⁵³ Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁴⁵⁴ Lenti, Leonardo. «L’adozione e il paradigma matrimoniale.» Cit.

⁴⁵⁵ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁵⁶ Così il mantenimento di un minore che necessita particolari cure mediche sarà più proibitivo economicamente rispetto a quello di un minore in buona salute.

⁴⁵⁷ È interessante sottolineare che il riferimento all’affettività è un *unicum* della disciplina sulle adozioni, del tutto assente in tema di responsabilità genitoriale (art. 147 e 315 *bis* c.c.), forse a sottolineare la rigidità nella valutazione dell’adeguatezza dei genitori in ragione della delicata situazione psicologica-affettiva in cui il minore si trova. Per un maggiore approfondimento si veda Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁵⁸ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁵⁹ In quest’ultimo modo si “aprirebbe” a coppie che, pur non legate da matrimonio, hanno nella realtà un rapporto stabile ed equilibrato e, viceversa, si escluderebbero quelle coppie che, pur avendo il requisito formale (almeno tre anni di matrimonio), non hanno nella realtà un legame stabile e duraturo.

sull'interesse del minore, si potrebbe arrivare, addirittura, a mettere in dubbio l'opportunità di mantenere il requisito della stabilità del legame – se non pure del legame stesso –, preferendo una valutazione complessiva dell'adozione in sé alla luce dell'interesse del minore, piuttosto che concentrarsi sul rapporto tra i genitori⁴⁶⁰.

Infine, a conclusione del discorso, sembra il caso accennare brevemente al requisito dell'età dei genitori, esempio di presupposto stabilito rigidamente da una regola di principio che è stato nel tempo “eroso” dalla giurisprudenza e dal legislatore⁴⁶¹. Sulla scorta del principio *imitatio naturae*⁴⁶², la L. 184/1983 originariamente prevedeva che i genitori adottivi dovessero avere almeno diciotto anni in più dell'adottato ma, allo stesso tempo, la differenza d'età non doveva superare i quarant'anni⁴⁶³. A seguito di numerosi interventi della Corte costituzionale⁴⁶⁴, il legislatore del 2001 – che riforma la L. 184/1983 – inserisce diversi “temperamenti” ai requisiti anagrafici dei genitori, che possono ora anche essere derogati dal giudice se, ad esempio, limite massimo di età degli adottanti viene superato da uno solo e in misura non superiore a dieci anni, ovvero se gli adottanti hanno almeno un altro figlio – anche adottivo – minore, ovvero ancora se il minore è un fratello o una sorella di un altro bambino adottato in precedenza. Nell'ambito dei requisiti anagrafici emerge, quindi, un lavoro della giurisprudenza, recepito poi dal legislatore, volto ad adeguare le disposizioni della L. 184/1983 alla tutela e realizzazione del migliore interesse del minore.

Un intervento della giurisprudenza costituzionale manca, invece, in tema necessario coniugio tra i genitori. Solo recentemente⁴⁶⁵ la Consulta è stata chiamata per la prima volta ad occuparsi della legittimità del requisito del matrimonio nelle adozioni, anche se in maniera indiretta. Il giudice *a quo* – ossia il Tribunale per i minorenni di Firenze – lamentava l'incostituzionalità dell'art. 29 *bis*, comma 1, della L. 184/1983 nella parte in

⁴⁶⁰ In questo senso anche le ricerche riportate nel capitolo precedente, che dimostrano che per il minore la situazione migliore in assoluto consiste nel crescere con (almeno) due genitori, non possono essere utilizzate a sostegno dell'esclusione dell'adozione per i single perché non tengono conto che, in questi casi, l'alternativa non è tra due genitori e un genitore, bensì tra un genitore e lo stato di abbandono.

⁴⁶¹ Anche qui per ragioni di coerenza espositiva per un esame più approfondito si rimanda a Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁶² Per il quale l'adozione dovrebbe seguire le regole naturali e quindi riprodurre quanto avviene in caso di filiazione biologica.

⁴⁶³ Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁶⁴ Con la Sentenza del 18 marzo 1992, n. 148 dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non consentiva al Giudice di discostarsi dai limiti dell'età al fine di consentire l'adozione di più fratelli. Con la Sentenza del 18 luglio 1996, n. 303 dichiarava illegittima la norma nella parte in cui non consentiva l'adozione in favore della coppia di coniugi, di cui uno solo superava i limiti d'età posti dal legislatore, purché tale superamento non eccedesse il divario d'età tra genitori e figli che normalmente si verifica nell'esperienza comune. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. Cit.

⁴⁶⁵ Corte di Cassazione, Sentenza del 23 novembre 2021, n. 252. G. U. del 29/12/2021 n. 52.

cui non prevede che anche la persona non coniugata e residente in Italia possa presentare dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero e, conseguentemente, chiedere di essere dichiarata idonea all'adozione legittimante⁴⁶⁶. Anche se la questione sottoposta alla Corte riguardava le adozioni internazionali – che hanno una disciplina in parte diversa⁴⁶⁷ soprattutto sul piano procedimentale che risulta molto più complesso rispetto a quello dell'adozione nazionale – l'art. 29 *bis* contiene – come accennato in precedenza – un rinvio all'art. 6 della stessa legge. Quindi, i requisiti per accedere all'adozione internazionale sono gli stessi previsti per l'adozione legittimante. Una decisione della Corte costituzionale avrebbe, in questo senso, avuto comunque un riverbero, anche se forse indiretto, sul dibattito sull'opportunità del mantenimento del requisito del coniugio. Sennonché la questione di legittimità è stata dichiarata inammissibile perché non adeguatamente motivata dal giudice *a quo*⁴⁶⁸.

Ecco che anche qui, di nuovo, è il caso di ribadire che è compito del legislatore occuparsi di scelte – come l'apertura delle adozioni legittimanti ai single o alle coppie non sposate – che hanno una dimensione politica rilevante, determinando se e in che modo l'ordinamento si modifichi per rispondere alle nuove esigenze sociali, adeguandosi alla sempre in evoluzione nozione di *best interest of the child*. La giurisprudenza, invece, non dovrebbe essere delegataria di queste funzioni in ragione della sua irresponsabilità politica⁴⁶⁹ che potrebbe comportare il protagonismo ingiustificato di alcuni giudici, o comunque, una non uniformità delle decisioni sul territorio nazionale⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Il parametro costituzionale che si riteneva violato era l'art. 117, comma 1, in relazione all'art. 8 della CEDU.

⁴⁶⁷ Si occupano di adozione internazionale sia la L. 184/1983 (agli artt. Da 29 a 39 bis) sia la Legge del 31 dicembre 1998, n. 476 Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri (G. U. del 12/01/1999 n.8) con la quale l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 2003 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale. Di Renzo Villata, Maria Gigliola. «Adozione e affido. Due secoli di storia e una sfida al futuro.» In Madri e padri sociali tra passato e presente. Per una storia dell'adozione.» Cit.

⁴⁶⁸ Per un commento più approfondito alla Sentenza si veda Marino, Giuseppe. «Adozione internazionale: il requisito del coniugio è incostituzionale?» *Diritto & Giustizia*, fascicolo 245/241: 4.

⁴⁶⁹ Irresponsabilità politica che è indispensabile per assicurare l'indipendenza dell'ordine, fondamentale per l'armonia e l'equilibrio del nostro sistema costituzionale. Così Massimo Luciani afferma che «una comunità politica ha la responsabilità di decidere sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sui giudici il fardello della soluzione dei problemi». Luciani, Massimo. «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico.» *Giurisprudenza costituzionale*, 2006: 1663.

⁴⁷⁰ Interessante risulta la riflessione di Gabriele Fattori sul c.d. "dilemma contromaggioritario", fenomeno che «descrive lo scarto tra opzione politica e giudicato civile sottolineando sia, da un lato, il carattere non elettivo degli organi giurisdizionali sia, dall'altro, come le Corti siano spesso chiamate a interventi che rovesciano l'esito dei processi politici al fine di tutelare le minoranze». Per un maggiore approfondimento si veda Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro-maggioritario.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 1/2015: 143-167.

2 *Affido familiare*

Per concludere il discorso sull'adozione è necessario soffermarsi anche sull'istituto dell'affido familiare che – quantomeno nel disegno originario della L. 184/1983⁴⁷¹ – si contrappone all'adozione in quello che possiamo definire, attraverso le parole di Manuela Mantovani, come un «sistema del doppio binario»⁴⁷² previsto dall'ordinamento per far fronte alle situazioni di disagio in cui il minore si può trovare. Questa dicotomia all'interno dell'intervento statale si spiega alla luce delle diverse funzioni attribuite ai due istituti. Ed infatti, l'adozione viene utilizzata in situazioni irrecuperabili di incapacità genitoriale o, più in generale, di abbandono che richiedono un allontanamento definitivo del minore dalla famiglia d'origine per essere inserito in una famiglia “sostitutiva”. Attraverso l'affido, invece, il minore viene allontanato dalla propria famiglia – e inserito in un ambiente più adeguato – solo per il tempo necessario a fronteggiare e superare la situazione di difficoltà della famiglia che, pur risultando inopportuna per il minore, è considerata temporanea⁴⁷³. Quindi è la temporaneità – della situazione di disagio che si deve affrontare ma anche dell'allontanamento del minore dalla propria famiglia – che è considerata l'elemento «essenziale»⁴⁷⁴ e distintivo dell'affido, tanto che Roberta Bosisio e Joëlle Long parlano di «genitorialità “a tempo”»⁴⁷⁵ degli affidatari. Ed è proprio da questa temporaneità⁴⁷⁶ che ragionevolmente discendono delle differenze di disciplina piuttosto rilevanti rispetto all'adozione, in tema sia di effetti sia – per quanto qui di maggior interesse – di requisiti soggettivi che si richiedono agli adottanti.

Quanto al primo aspetto, è da sottolineare che l'affido non crea alcun legame giuridico con gli affidatari⁴⁷⁷ e che la legge stabilisce un termine di durata di ventiquattro mesi⁴⁷⁸, prorogabile dal Tribunale per i minorenni se la sospensione dell'affidamento dovesse risultare pregiudizievole al minore⁴⁷⁹.

⁴⁷¹ Nella quale è disciplinato agli artt. 2 e seguenti.

⁴⁷² Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁴⁷³ Il primo comma dell'art. 2 della L. 184/1983 prevede l'applicazione dell'affido quando «Il minore [sia] temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposto ai sensi dell'articolo.»

⁴⁷⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁴⁷⁵ Bosisio, Roberta, e Joëlle Long. «Famiglie omogenitoriali in Italia: relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale.» Cit.

⁴⁷⁶ Che si contrappone alla definitività dell'adozione.

⁴⁷⁷ Anche se, come vedremo, dal 2015 vi è ricollegato del minore un diritto soggettivo nei soli confronti alla continuità affettiva con gli affidatari.

⁴⁷⁸ Art. 4, comma 4 della L.184/1983.

⁴⁷⁹ Mastrangelo, Gannaro. «L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2014: 351.

Quanto, invece, al secondo aspetto, proprio il fatto che non si cerchi una “nuova” famiglia ha portato il legislatore a non dettare precisi e rigidi requisiti anagrafici e di stato civile⁴⁸⁰ per gli aspiranti affidatari⁴⁸¹. Ed infatti l’art. 2 della L. 184/1983 al primo comma dispone semplicemente che «[I]l minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell’articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l’educazione, l’istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno». Al secondo comma, poi, si aggiunge che «[O]ve non sia possibile l’affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l’inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato». Il legislatore, quindi, individua una serie di contesti in cui il minore può essere inserito attraverso l’affido, compilando una sorta di ordine di preferibilità decrescente, dove una famiglia con figli minori rappresenta la scelta migliore, mentre l’istituto o la comunità familiare sono invece la soluzione residuale⁴⁸². Questa successione, essendo definita dal legislatore in astratto e sulla base di quello che si crede essere in generale l’interesse del minore, non è perentoria, nel senso che il giudice potrebbe, sulla base del concreto interesse del minore, decidere di non seguire l’ordine del legislatore, scegliendo una soluzione diversa da quella indicata come preferibile⁴⁸³.

L’art. 2 della L. 184/1983, quindi, individua tra i possibili affidatari di un minore anche i single, ai quali sono però preferite le famiglie. Questo generico riferimento alla “famiglia” – che opportunamente non precisa il requisito del matrimonio tra i componenti della coppia – si ritiene pacificamente riferirsi anche alle coppie omosessuali, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte Edu⁴⁸⁴.

I giudici nazionali si sono adeguati a questo orientamento, emblematiche in questo senso sono due decisioni – entrambe del 2013 – una del Tribunale per i Minorenni di Bologna e una del Tribunale per i Minorenni di Palermo. Quanto alla prima, il Tribunale dei minorenni di Bologna ha confermato il decreto con il quale il giudice tutelare dichiarava

⁴⁸⁰ Diversamente da quanto previsto in materia di adozione dall’art. 6.

⁴⁸¹ Bosisio, Roberta, e Joëlle Long. «Famiglie omogenitoriali in Italia: relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale.» Cit.

⁴⁸² Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁴⁸³ Di questa opinione è Ferruccio Tommaseo che afferma che «il giudice deve orientare la propria scelta prendendo in considerazione soltanto l’interesse del minore di trovare accoglienza in un ambiente familiare idoneo, senza dover seguire l’ordine decrescente in cui le diverse soluzioni sono poste dalla citata norma». Tommaseo, Ferruccio. «Sull’affidamento familiare d’un minore a una coppia omosessuale.» *Famiglia e Diritto*, n. 3/2014: 273

⁴⁸⁴ Come abbiamo visto nel primo capitolo (si veda p. 19), nella sentenza del 24 giugno 2010 del caso Schalk e Kopf c. Austria la Corte Edu estende alle coppie omosessuali la nozione di “vita familiare”.

esecutivo il provvedimento di affido consensuale di una bambina ad una coppia di conviventi omosessuali, vicini di casa, indicata dalla madre della stessa bambina che si trovava in una situazione di temporanea impossibilità di prendersene cura⁴⁸⁵. Nell'ambito della decisione i giudici affermano che nella valutazione dell'idoneità degli affidatari l'attenzione deve concentrarsi sulla loro capacità di assicurare al minore «il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno»⁴⁸⁶, rimanendo del tutto irrilevante la loro vita privata ed il loro orientamento sessuale. Quanto, invece, alla decisione del Tribunale per i Minorenni di Palermo⁴⁸⁷, il collegio ha disposto l'affido di un minore – ormai prossimo alla maggiore età – ad una coppia di omosessuali, presso i quali era stato collocato dopo essere stato allontanato dalla famiglia d'origine, attribuendo grande rilevanza anche all'entusiastico consenso del minore all'affido a quella coppia in particolare.

2.1 Diritto alla continuità affettiva

Nella visione tradizionale vi è, come abbiamo ampiamente riportato, una netta distinzione tra adozione e affido, incentrata sulla temporaneità della misura e della situazione di difficoltà in cui la famiglia d'origine del minore si trova. Questa impostazione teorica, però, non collima del tutto con la realtà attuale in cui le situazioni di disagio, presentando le più diverse sfumature, non sono più così nettamente distinguibili⁴⁸⁸. Ci si riferisce, in particolare, ai casi di c.d. “semiabbandono permanente” dove – come accennato *supra*⁴⁸⁹ – i genitori non sono in grado di rispondere adeguatamente ai bisogni del bambino ma mantengono con lui dei rapporti significativi – anche se non sempre stabili e continuativi – tanto da escludere che l'adozione legittimante⁴⁹⁰ sia la scelta migliore nell'interesse del minore. È spesso in questi casi che l'affido, disposto con la speranza che la difficoltà dei genitori biologici sia transitoria, tende ad essere prorogato dal Tribunale ben oltre il termine di ventiquattro mesi previsto dalla legge⁴⁹¹, determinando l'instaurarsi di significativi rapporti d'affetto tra il minore e gli affidatari. Questi legami creatisi di fatto hanno acquistato rilevanza giuridica solo attraverso la L. 173/2015 che ha introdotto⁴⁹² il c.d. diritto alla continuità affettiva del minore in affido. Il

⁴⁸⁵ Trib. Min. Bologna, Decreto del 31 ottobre 2013.

⁴⁸⁶ Come richiede l'art. 2, comma 1 della L.184/1983.

⁴⁸⁷ Trib. Min. Palermo, Decreto del 04 dicembre 2013.

⁴⁸⁸ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁴⁸⁹ Si veda secondo capitolo p. 19.

⁴⁹⁰ E quindi la rottura definitiva dei rapporti con la famiglia biologica.

⁴⁹¹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁴⁹² Al comma 5 *bis* dell'art.4 della L.184/1983.

legislatore del 2015, dando prova di «particolare sensibilità»⁴⁹³, ha, infatti, avvicinato gli istituti dell'adozione e dell'affido in relazione a quei casi in cui, durante il periodo d'affidamento, si apra la procedura adottiva perché accertata la definitiva e irrecuperabile incapacità dei genitori biologici. Nel dettaglio, è stata prevista una sorta di “corsia preferenziale”⁴⁹⁴ nell'accesso all'adozione del minore – che durante un prolungato periodo di affidamento⁴⁹⁵ viene dichiarato adottabile – da parte degli affidatari che ne facciano richiesta e abbiano i requisiti ex art. 6 della L. 184/1983⁴⁹⁶. Quest'ultima precisazione esclude, ancora una volta, le coppie omosessuali (oltre che i *single* e le coppie conviventi) dall'accesso all'adozione legittimante perché, pur presentando tutti gli altri requisiti – quali capacità di istruire, educare e mantenere il minore, essere stati affidatari per un prolungato periodo e avere instaurato con il minore profondi legami affettivi –, non sono legati da matrimonio, necessario ai fini dell'adozione legittimante ex art. 6 della L. 184/1983.

Ecco che ancora una volta è la giurisprudenza a dover rispondere⁴⁹⁷ alle esigenze di tutela espresse dagli affidatari che si legano profondamente al minore – e nei confronti dei quali il minore ha diritto alla continuità affettiva – ma che non possono accedere all'adozione legittimante. L'ultima decisione in questo senso è l'ordinanza n. 17100 del 2019 con la quale la Cassazione⁴⁹⁸ ha confermato l'adozione in casi particolari – specificatamente ex lettera d) dell'art. 44 della L. 184/1983 – di una minore da parte della donna a cui era stata affidata, nonostante quest'ultima fosse *single* e superasse i limiti d'età previsti dall'art. 6 della L. 184/1983⁴⁹⁹. Così nell'ordinanza si legge che «va osservato che alla [L. n. 184 del 1983, art. 44](#), lett. d), integra una clausola di chiusura

⁴⁹³ La *ratio* della disciplina è evitare al minore, che è stato già allontanato dalla famiglia d'origine, una ulteriore separazione, con tutta la sofferenza emotiva e psicologica che questa potrebbe comportare. Di quattro, Carolina. «Affidamento familiare e tutela dell'interesse degli affidatari alla continuità affettiva.» *Famiglia e Diritto*, n. 11/2019: 999.

⁴⁹⁴ Anche se qualcuno parla di «percorso agevolato» Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁴⁹⁵ La formula linguistica utilizzata dalla norma – ossia «prolungato periodo di affidamento» – pur risultando piuttosto indefinita e aperta sembra essere la scelta migliore in quanto «[L]e ragioni della continuità affettiva non sono infatti riconducibili ad una soglia temporale convenzionale astrattamente determinabile dal legislatore, ma trovano fondamento in se stesse, cioè nel fondamentale presupposto del sopravvenuto stato di abbandono e nella significatività del rapporto, le cui modalità temporali, pur significative, mutano da caso a caso». Così Morozzo della Rocca, Paolo. «Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015.» Cit.

⁴⁹⁶ Di quattro, Carolina. «Affidamento familiare e tutela dell'interesse degli affidatari alla continuità affettiva.» Cit.

⁴⁹⁷ Per ragioni di giustizia sostanziale e di non discriminazione.

⁴⁹⁸ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza del 26 giugno 2019, n. 17100.

⁴⁹⁹ Il ricorso presentato dai genitori della piccola lamentava anche la mancanza del consenso dei genitori all'adozione. Per l'esame di questa questione, comunque respinta dalla Cassazione, si rimanda a Pisano, Francesco. «Sì all'adozione speciale quando si deve tutelare una relazione preesistente e significativa del minore.» *Il familiarista.it*, fascicolo 6/2019.

del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando [...], come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura. [...] Inoltre, la mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando [...] implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto ([Cass., n. 12962/2016](#)), [...] sempre che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse del minore), facciano ritenere sussistenti i presupposti per l'adozione speciale.»

Anche in quest'ambito, quindi, l'intervento del legislatore a tutela dei legami di fatto che il minore ha creato con adulti diversi dai propri genitori biologici – nella più ampia prospettiva di realizzazione dell'interesse del minore –, ancorché importante, si dimostra insufficiente⁵⁰⁰ alla luce delle molteplici ed eterogenee esperienze di cui la realtà contemporanea si compone.

3 Procreazione medicalmente assistita: fecondazione eterologa per le coppie omosessuali femminili

Per realizzare il comune progetto di genitorialità le coppie⁵⁰¹, spesso, preferiscono⁵⁰² all'adozione la via delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA), ossia «procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza»⁵⁰³. L'obiettivo di queste tecniche è quello di «far nascere un bambino nella famiglia»⁵⁰⁴ e quindi il *focus* dell'attenzione è posto sulla figura dei genitori⁵⁰⁵, al contrario

⁵⁰⁰ Manuela Mantovani lo definisce un «timido [...] passo». ⁵⁰⁰ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁰¹ Sia eterosessuali che omosessuali.

⁵⁰² La causa di questa preferenza è individuabile nell'influenza che i legami di sangue ancora esercitano nell'ideologia della società moderna. Alla genitorialità adottiva viene preferita quella attraverso PMA perché crea dei legami biologici tra il bambino e almeno uno dei genitori. Per un maggiore approfondimento si veda Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁵⁰³ Questa è la definizione inserita nel D. m. del 21 luglio 2004, *Le linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*. G. U. del 16/08/2004. Una definizione molto simile è presente anche nel sito del Ministero della salute (<https://www.salute.gov.it/portale/fertility/dettaglioContenutiFertility.jsp?area=fertilita&id=4570&lingua=italia&menu=medicina>)

⁵⁰⁴ O, per permettere un più facile parallelismo con l'adozione, si potrebbe parlare di «dare un figlio alla famiglia». Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁵⁰⁵ C'è chi in chiave polemica, per sottolineare il rischio di riconoscere troppa rilevanza alla volontà e alle aspirazioni dei genitori, la definisce «medicina del desiderio». Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

di quanto visto in tema di adozione dove il punto focale è, invece, l'interesse del minore. Il legislatore, però, non si disinteressa del bambino – ancorché non ancora nato – che viene coinvolto dal procedimento procreativo⁵⁰⁶ e gli riconosce comunque una tutela⁵⁰⁷ che – come vedremo – è stata oggetto di un'accesa discussione in dottrina.

3.1 Evoluzione storica e problemi interpretativi della Legge 40/2004

La disciplina delle tecniche di PMA è oggi contenuta nella L. 40/2004 che, pur essendo la prima – e per ora ancora unica – disciplina organica in materia⁵⁰⁸, ha suscitato diffuse critiche e stroncature, oltre che richiedere numerosi interventi della Consulta volti a renderla più coerente con i principi costituzionali⁵⁰⁹.

Prima della L. 40/2004 i procedimenti di PMA erano regolati da fonti settoriali e disomogenee – quali circolari ministeriali e codice deontologico medico⁵¹⁰ – che non restituivano agli operatori sanitari, agli interpreti del diritto e, soprattutto, a chi voleva sottoporsi a queste pratiche un quadro chiaro ed organico della materia, tanto che c'era chi parlava di una situazione di “*far west procreativo*”⁵¹¹.

Nel dettaglio, le circolari ministeriali ammettevano il ricorso alla fecondazione eterologa⁵¹² che, però, non era inclusa nel Servizio sanitario nazionale e poteva essere applicata solo in strutture private⁵¹³. Il codice deontologico medico⁵¹⁴, invece, si occupava dei requisiti soggettivi necessari alla coppia per ottenere l'accesso⁵¹⁵, delle finalità della tecnica⁵¹⁶ e del divieto di selezione dei gameti e maternità surrogata⁵¹⁷. Se il quadro normativo era, quindi, molto simile a quello che poi restituirà anche la L.

⁵⁰⁶ Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁵⁰⁷ In ragione della tutela della dignità umana che si riconosce spettare al concepito.

⁵⁰⁸ Questo “merito” della L. 40/2004 è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale che, nel dichiarare inammissibile la proposta referendaria volta all'abrogazione dell'intero testo legislativo, ne ha affermato la natura di normativa costituzionalmente necessaria. Corte costituzionale, Sentenza del 13 gennaio 2005, n.45.

⁵⁰⁹ Critico in questo senso era stato Michele Sesta nel 2004. Sesta, Michele. «Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?» *Il Corriere Giuridico*, volume 11/2004: 1405-1410.

⁵¹⁰ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵¹¹ Ruscello, Francesco. «La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita.» *Famiglia e Diritto*, n. 6/ 2004: 628.

⁵¹² Che verrà invece vietata dal legislatore del 2004.

⁵¹³ La ragione di questa scelta – ossia il risparmio per la spesa pubblica – ancorché ragionevole dal punto di vista economico, è criticabile. Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵¹⁴ In particolare, si fa riferimento al Codice di deontologia medica in vigore dal 2/3 ottobre 1998 al 15 dicembre 2006, agli artt. 42 e seguenti. Una versione commentata del Codice deontologico medico si può trovare sul sito della Fondazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri (https://www.omceo.me.it/ordine/cod_deo/commentario.pdf).

⁵¹⁵ Gli aspiranti genitori dovevano essere coppie sposate o conviventi, di sesso diverso, entrambi viventi, maggiorenni e in età fertile.

⁵¹⁶ Ossia superare la sterilità della coppia.

⁵¹⁷ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

40/2004 – fatto salvo, come accennato, l'introduzione del divieto assoluto di fecondazione eterologa – bisogna riportare che, in realtà, la prassi applicativa permetteva un più ampio accesso alle tecniche⁵¹⁸ e pure la diagnosi genetica preimpianto⁵¹⁹.

In questo quadro, la L. 40/2004, intervenuta per riordinare e rendere organica la disciplina del settore, può essere qualificata come un intervento particolarmente rigoroso⁵²⁰, se non addirittura "liberticida"⁵²¹. È comunque necessario precisare che il testo del disegno di legge originariamente presentato⁵²² conteneva una disciplina ancora più restrittiva e che, invece, le norme inserite nel testo definitivo sono una sorta di compromesso, che secondo Ugo Salanitro sarebbe volto «a riconoscere spazi di libertà che sarebbero stati altrimenti preclusi⁵²³». Queste soluzioni di compromesso, però, consistendo per la maggior parte in silenzi e lacune di disciplina⁵²⁴, più che aprire ad un'interpretazione maggiormente liberale della legge, davano luogo a contraddizioni e insanabili problemi interpretativi e di legittimità costituzionale.

L'emanazione delle Linee Guida, che si occupavano perlopiù di specificazioni e spiegazioni medico-tecniche⁵²⁵, non ha risolto i problemi della legge, andando anzi ad accentuare l'ambiguità del testo legislativo⁵²⁶. Così Dogliotti afferma che «[S]i ha l'impressione che le Linee Guida, quando abbandonano il dato tecnico che è loro più congeniale, aggiungano confusione ad un quadro normativo già fin troppo confuso»⁵²⁷.

La L. 40/2004 viene ritenuta inadeguata, per la sua ambiguità e insufficienza, non solo dalla dottrina e dagli operatori del diritto ma anche dall'opinione pubblica. Il testo

⁵¹⁸ Tanto da estenderla alle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche.

⁵¹⁹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵²⁰ Giuseppe Cassano riporta, in particolare, la critica degli operatori sanitari, che temevano le ripercussioni che questa rigidità avrebbe causato sulla salute della donna. Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» In *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, di Giuseppe Cassano, 167-190. Milano: Giuffrè, 2006.

⁵²¹ La L.40/2004, infatti, oltre al divieto di eterologa prevedeva anche un limite di tre embrioni fecondabili che andavano impiantati in un unico intervento contestuale, l'impossibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

⁵²² Votato a maggioranza dalla XII Commissione Affari sociali della Camera dei deputati nel maggio 2001.

⁵²³ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵²⁴ Ugo Salanitro riporta come nel testo legislativo manchi una definizione del concetto di embrione, un divieto esplicito di indagine genetica preimpianto, un rimedio sanzionatorio nel caso di accesso alle tecniche da parte di coppie fertili. Per un maggior approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵²⁵ Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» Cit.

⁵²⁶ Il decreto propone una definizione di "sterilità" ed "infertilità" ed elenca le diverse tecniche procreative, ordinandoli in tre livelli di complessità ed invasività. Secondo Massimo Dogliotti anche questa parte, seppur tecnica, risulta essere quantomeno superficiale. Dogliotti, Massimo. «La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi.» *Famiglia e Diritto*, n. 2/2004: 117-121.

⁵²⁷ Dogliotti, Massimo. «Le "linee guida" del Ministero della salute sulla procreazione medicalmente assistita.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2004: 508-527.

legislativo diviene così l'oggetto, da un lato, di numerosi tentativi di riforma⁵²⁸ e dall'altro di un referendum abrogativo⁵²⁹. Tutti questi progetti, che avevano l'obiettivo di migliorare – o quantomeno modificare – la disciplina della PMA, si concludono, però, con un nulla di fatto⁵³⁰, lasciando alla Corte costituzionale il compito di cercare di riportare il dato normativo alla ragionevolezza e coerenza costituzionale.

La Consulta è quindi intervenuta bilanciando i diversi ed estremamente delicati interessi costituzionali in gioco, modificando in modo sostanziale la legge a suon di pronunce di illegittimità costituzionale. Il primo intervento in questo senso è la sentenza n. 151 del 2009⁵³¹ con la quale la Corte supera definitivamente il limite numerico dei tre embrioni fecondabili e l'unico e contestuale impianto degli stessi, in considerazione della prevalenza dell'interesse alla salute della madre rispetto alla tutela dell'embrione⁵³². Nel 2014⁵³³, poi, la Corte elimina quella che era forse la disposizione maggiormente criticata, ossia il divieto assoluto di fecondazione eterologa, riconoscendolo irragionevole per due ordini di motivi. Da un lato, si afferma che la tutela del concepito è già assicurata dall'ordinamento attraverso altre previsioni e, dall'altro, che il diritto alla salute psicofisica della madre – che potrebbe essere compromessa da una prolungata sterilità – non può essere limitato solo sulla base di ideologie etico-morali⁵³⁴. Infine, nel 2015, la Corte ha prima premesso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili⁵³⁵ (di una gravità tale da consentire l'accesso all'aborto terapeutico)⁵³⁶, e poi ha dichiarato l'illegittimità del divieto

⁵²⁸ Così, per esempio, la proposta di legge del Senatore Giuliano Amato andava a ridisegnare l'intera disciplina della PMA con l'obiettivo di sostituirla, abrogandola, la L.40/2004. Per un maggiore approfondimento e altri esempi di proposte di riforma si veda Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» Cit.

⁵²⁹ La Corte costituzionale [Corte Cost. n. 45/2005] ha giudicato inammissibile la proposta referendaria volta ad abrogare l'intera L. 40/2004 (riconoscendo alla legge il merito di essere il primo intervento organico in un settore delicato e di riuscire ad assicurare un livello minimo di tutela), mentre ha ammesso quattro quesiti che riguardavano l'abrogazione parziale di alcuni articoli. In particolare, si voleva: a) sopprimere il divieto di clonazione degli embrioni per fini terapeutici e diagnostici, b) consentire un più ampio accesso alle tecniche eliminando l'obbligo di impianto contestuale e il limite di tre embrioni, c) eliminare il riferimento ai diritti del concepito, per assicurare una preminente tutela ai soggetti coinvolti già nati, in particolare alla salute della donna e d) l'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa. [Corte costituzionale, Sentenza del 13 gennaio 2005, n.46. Corte costituzionale, Sentenza del 13 gennaio 2005, n.47. Corte costituzionale, Sentenza del 13 gennaio 2005, n.48. Corte costituzionale, Sentenza del 13 gennaio 2005, n.49.]. Per un maggiore approfondimento si veda Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» Cit.

⁵³⁰ In particolare, il referendum, che si è svolto il 12 e 13 giugno 2005, non ha raggiunto il *quorum* minimo di votanti. Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» Cit.

⁵³¹ Corte costituzionale, Sentenza del 1° aprile 2009, n.151. G. U. del 13/05/2009, n.19. La Corte afferma che «[D]eve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»».

⁵³² Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵³³ Corte costituzionale, Sentenza del 9 aprile 2014, n.162. G. U. del 18/06/2014 n. 26.

⁵³⁴ Per un maggiore approfondimento di veda *infra* § 3.2.

⁵³⁵ Corte costituzionale, Sentenza del 14 maggio 2015, n. 96. G. U. del 10/06/2015 n. 23.

⁵³⁶ Sulla scorta della giurisprudenza europea Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 28 agosto 2012, caso Costa-Pavan v. Italia.

di selezione degli embrioni nel caso questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche gravi⁵³⁷.

Aldilà dei singoli interventi e delle motivazioni che di volta in volta hanno portato la Corte a dichiarare l'illegittimità parziale della legge, quello che emerge è che due sono le questioni sulle quali la Consulta ha maggiormente concentrato la sua attenzione, ossia il grado di tutela che la legge riconosce al concepito e le finalità, e quindi la natura, delle tecniche di PMA.

3.1.1 *Tutela del concepito*

Quanto alla prima, le opinioni in dottrina si erano orientate su due posizioni opposte: da un lato vi era chi sosteneva che il concepito dovesse essere considerato un mero oggetto di diritto sulla scorta delle previsioni codicistiche – ed in particolare all'art. 1 c.c. – che attribuiscono la capacità giuridica (e quindi l'idoneità di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive⁵³⁸) solo al momento della nascita⁵³⁹; dall'altro lato, vi era chi utilizzando la L. 40/2004 – che espressamente assicura una tutela al concepito quale soggetto coinvolto⁵⁴⁰ – sosteneva che all'embrione andasse riconosciuto lo *status* di soggetto di diritto, i cui interessi (e diritti) erano da considerarsi di rilevanza pari – se non anche sopraelevata – rispetto agli altri soggetti coinvolti⁵⁴¹. La Corte costituzionale, in realtà, aveva dato una soluzione alla questione sulla rilevanza della tutela del concepito già molto prima che venisse emanata la L. 40/2004. Così prima nel 1975⁵⁴² e poi nel 1997⁵⁴³ il concepito veniva riconosciuto come un soggetto di diritto, i cui interessi, però, quando bilanciati con quelli della madre finivano per soccombere. Più in particolare, nella prima sentenza la Consulta afferma che non vi è equivalenza tra il diritto alla vita (e alla salute) della madre e quella del concepito, utilizzando il concetto di persona⁵⁴⁴. Nella seconda decisione la Corte conferma che nel bilanciamento degli interessi

⁵³⁷ Corte costituzionale, Sentenza del 21 ottobre 2015, n. 229. G. U. del 18/11/2015 n. 46.

⁵³⁸ Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. Cit.

⁵³⁹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁴⁰ L'art. 1 della L.40/2004, al primo comma, recita: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, **compreso il concepito.**» [Grassetto aggiunto]. Dopodiché il capo VI della L.40/2004 è interamente dedicato alla tutela dell'embrione.

⁵⁴¹ In particolare, si ritiene che la disposizione anticipi l'acquisto della capacità giuridica al momento della fecondazione. In questo senso, quindi, all'embrione devono essere, riconosciuti tutti i diritti fondamentali della persona, tra cui quello alla dignità e quello alla vita, con ripercussioni anche sull'aborto che in questa prospettiva potrebbe risultare incostituzionale. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁴² Corte costituzionale, Sentenza del 18 febbraio 1975, n. 27.

⁵⁴³ Corte costituzionale, Sentenza del 30 gennaio 1997, n. 35. G. U. del 12/02/1997 n. 7.

⁵⁴⁴ Per la Corte gli interessi della madre in quanto "già persona" sono da ritenere preminenti rispetto a quelli dell'embrione che, invece, "persona deve ancora diventare".

costituzionalmente rilevanti il diritto del concepito alla vita, anche se fondamentale e inviolabile, può essere sacrificato di fronte a quello della madre⁵⁴⁵. Le sentenze successive che hanno per oggetto la L. 40/2004 non rappresentano altro che la conferma di questo orientamento della giurisprudenza costituzionale, andando a corroborare la tesi per la quale il concepito è sì un soggetto di diritto ma non al pari della madre⁵⁴⁶. E di questo avviso è, in realtà, anche la L. 40/2004 che – per utilizzare le parole di Ugo Salanitro⁵⁴⁷ – «trasmette la precisa volontà di non modificare gli equilibri consolidati dalla giurisprudenza costituzionale» nel momento in cui decide di fare salva la legge sull'aborto⁵⁴⁸.

3.1.2 *Natura e finalità delle tecniche di PMA*

Quanto invece al secondo interrogativo, la discussione verteva sulla natura da riconoscere alle tecniche di PMA: quella di mezzi attraverso i quali realizzare un diritto soggettivo alla genitorialità, ovvero quella di pratiche terapeutiche per scongiurare problemi legati alla sterilità o infertilità della coppia (o – dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 23/2015 – il rischio di trasmettere gravi malattie genetiche al figlio)⁵⁴⁹. Prima della L. 40/2004, parte della dottrina sosteneva che il fondamento della PMA fosse da individuare nell'art. 2 Costituzione, in ragione della rilevanza che la procreazione assume nello sviluppo della personalità, e quindi dell'autodeterminazione dell'individuo⁵⁵⁰. Questa posizione risulta tuttavia criticabile perché, da un lato non esiste – oggi come in passato – un diffuso consenso in dottrina e giurisprudenza sull'esistenza

⁵⁴⁵ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁴⁶ Ed infatti il divieto di produzione di più di tre embrioni, il divieto di selezione genetica e l'obbligo di contestuale impianto – che rispondevano alla *ratio* di riconoscere all'embrione una sorta di diritto assoluto alla vita – vengono dichiarati incostituzionali e superati proprio in riferimento al preminente interesse alla salute della donna. Ugualmente, si apre l'accesso alle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche per assicurare la tutela della salute psicofisica della donna. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» [Cit.] e Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.»

⁵⁴⁷ In Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» [Cit.]

⁵⁴⁸ In particolare, ai commi 1 e 4 dell'art. 14 della L.40/2004 la legittimità dell'interruzione di gravidanza viene ribadita esplicitamente. Il testo legislativo, poi, non presenta – perché eliminato in sede di discussione parlamentare – il secondo comma dell'art. 2 del progetto di legge che assicurava al concepito "il diritto a nascere". Infine, la scelta linguistica di utilizzare un riferimento al concetto più generico di "soggetto" invece che propendere per quello di "persona" nel parlare del concepito, è un ulteriore elemento – anche se estremamente indiziario – della propensione della legge al riconoscimento di una maggiore rilevanza e dignità costituzionale agli interessi della madre. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁴⁹ Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» Cit.

⁵⁵⁰ Per un maggiore approfondimento di questa tesi si veda D'Aloia, Antonio, e Paola Torretta. *La procreazione come diritto della persona*. È poi da riportare che vi era in dottrina chi sosteneva che il fondamento del ricorso alle tecniche di PMA fosse da individuare nell'autonomia contrattuale. Si veda Casini, Carlo, Marina Casini, e M. Luisa Di Pietro. *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*. Commentario. Giappichelli, 2004.

nell'ordinamento di un diritto a procreare⁵⁵¹; e dall'altro, perché la L. 40/2004 individua chiaramente ed espressamente il fondamento del ricorso alle tecniche nel diritto alla salute. Al primo comma dell'art. 1, infatti, si prevede che «[A] fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita». Anche se il riferimento al concetto di infertilità e sterilità può risultare generico e poco intellegibile⁵⁵², è chiara l'intenzione di qualificare le tecniche di PMA come pratiche terapeutiche. Il legame tra PMA e diritto alla salute è stato, poi, riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, sebbene in dottrina vi fossero numerose voci critiche⁵⁵³.

Infine, a conclusione di questa breve panoramica sulla PMA, è necessario sottolineare che la L. 40/2004 sembra considerarla una pratica terapeutica sussidiaria. Ed infatti, da un lato si richiede al medico la verifica dell'inesistenza di altri metodi terapeutici per risolvere le cause di sterilità o infertilità⁵⁵⁴, e dall'altro si incoraggia la coppia a preferire il ricorso all'adozione o all'affidamento, in una prospettiva maggiormente solidaristica⁵⁵⁵. Ecco che «la procreazione medicalmente assistita non può che essere "l'ultima spiaggia" nella realizzazione dei progetti procreativi»⁵⁵⁶ e tuttavia la dottrina maggioritaria non sembra riconoscere l'adozione come lo strumento alternativo⁵⁵⁷. Ed infatti, «uno sviluppo coerente di tale impostazione avrebbe potuto condurre alla previsione di una disciplina dei requisiti di accesso all'adozione coincidente o più ampia rispetto a quella dei requisiti di accesso alla procreazione assistita»⁵⁵⁸, mentre invece – come vedremo⁵⁵⁹ – il legislatore ha previsto che possa ricorrere alla PMA una platea più ampia rispetto a quella che può accedere all'adozione.

⁵⁵¹ Si veda Capitolo 1 § 5.

⁵⁵² Problematica non del tutto risolta nemmeno dalle Linee guida pubblicate dal ministero della salute nel 2004. Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» Cit.

⁵⁵³ Così c'era chi si interrogava sulla possibilità di ascrivere queste tecniche al diritto alla salute in ragione della loro invasività, e alle volte pericolosità, per la salute stessa della donna che vi si sottopone. Allo stesso modo è criticata la definizione delle tecniche come "cura" perché, pur riuscendo a fare procreare la coppia, non ne risolvono in maniera definitiva i problemi di sterilità o infertilità. Per un maggiore approfondimento si veda Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» [Cit.] Si veda anche Modugno, Franco. «La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale.» in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, s.d.: 284.

⁵⁵⁴ Combinato disposto dell'art. 1, secondo comma, e art. 4, primo comma.

⁵⁵⁵ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁵⁶ Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» Cit.

⁵⁵⁷ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁵⁸ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁵⁹ Si veda *infra* § 3.3.

3.2 Le vicende che hanno interessato la fecondazione eterologa

Prima di occuparci dell'accesso alle tecniche è necessario prendere in considerazione le vicende che hanno interessato la fecondazione eterologa, tecnica che utilizzando materiale genetico proveniente da un soggetto terzo rispetto alla coppia⁵⁶⁰ permette la procreazione anche alla coppia omosessuale femminile⁵⁶¹.

Come accennato *supra*, prima della L. 40/2004 il ricorso alla fecondazione eterologa, seppur interdetto nelle strutture pubbliche, non era vietato e quindi le coppie potevano accedervi rivolgendosi alle strutture sanitarie private⁵⁶². Il legislatore del 2004, invece, nel disciplinare per la prima volta la materia della PMA decide di percorrere una via estremamente restrittiva, vietando la fecondazione eterologa. Questa scelta legislativa, che si pone in netta discontinuità sia rispetto al passato sia rispetto agli altri ordinamenti europei⁵⁶³, ha aperto un acceso dibattito sulla ragionevolezza – e quindi sull'opportunità – del divieto, che ha profondamente diviso la dottrina almeno per un decennio, ossia fino all'intervento della sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale⁵⁶⁴.

A fondamento della ragionevolezza del divieto sono stati sostenuti diversi argomenti⁵⁶⁵ come il rischio di abuso nella scelta del donatore – con conseguente deriva eugenetica dell'utilizzo della tecnica⁵⁶⁶ –, la tutela del diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e il rischio per il bambino di subire gravi ripercussioni psicologiche in relazione alla mancanza di un legame genetico con almeno uno dei genitori⁵⁶⁷. Nessuna di queste ragioni sembra, però, essere sufficiente a giustificare la previsione del divieto assoluto di fecondazione eterologa, in particolare nella prospettiva di assicurare un bilanciamento dei diversi interessi costituzionali in gioco il più equilibrato possibile⁵⁶⁸. Inoltre, fin

⁵⁶⁰ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁶¹ La coppia omosessuale maschile, invece, deve necessariamente ricorrere alla maternità surrogata. Si veda § 3.3.1

⁵⁶² Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁶³ Casonato, V. C., e T. E. Frosini. *La fecondazione assistita nel diritto comparato*. Torino, 2006.

⁵⁶⁴ In realtà anche questo intervento non è stato salutato da tutta la dottrina allo stesso modo. Come riporta Giacomo D'Amico, infatti, una parte l'ha accolto come «tappa fondamentale nel riconoscimento dei diritti di libertà attinenti alla sfera riproduttiva», mentre l'altra parte come «deriva scienziata». Per un maggiore approfondimento si veda D'Amico, Giacomo. «La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse.» *Quaderni costituzionali*, fascicolo 3/2014: 663-666.

⁵⁶⁵ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁶⁶ Il rischio è quello che la scienza alla base della PMA venga piegata per «fornire "prodotti" su misura», creando un « "bimbo soggettivamente preferibile"». Così si esprime Morozzo della Rocca, Paolo «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁵⁶⁷ C'è poi chi ha sostenuto che la fecondazione eterologa lederebbe il diritto del nato a crescere in una famiglia formata da una coppia uomo-donna legata da una stabile relazione di affetto. Così Casini, C., M. L. Di Pietro, e M. Casini. «La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita.» *DFP*, 2/2004489-533.

⁵⁶⁸ Così, per esempio, la necessità di un legame biologico con almeno un genitore, che trova il suo fondamento sulla preminenza della verità e identità biologico-genetica, sembra ormai non essere attuale in quanto l'esperienza – soprattutto in tema di adozioni – ha dimostrato che l'identità del minore si costruisce più sul senso di appartenenza alla comunità familiare e alle relazioni di affetto che si creano piuttosto che

dall'approvazione della L. 40/2004 parte della dottrina ha dubitato della conformità del divieto anche rispetto alla Cedu, dubbi che sono stati in seguito avallati dalla giurisprudenza della Corte Edu⁵⁶⁹.

3.2.1 Giurisprudenza Corte Edu e riflessi in Italia

La giurisprudenza europea del caso S.H. e altri conto Austria ha avuto, infatti, un importante riverbero in Italia, avendo il merito di aver aperto la strada all'eliminazione – avvenuta poi attraverso la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 – del divieto assoluto di fecondazione eterologa.

Il caso nasce a seguito del ricorso presentato da due coppie austriache⁵⁷⁰ avverso il divieto parziale di fecondazione eterologa, considerato lesivo dell'art. 8 Cedu (che in Svizzera ricopre rilevanza costituzionale). La legge austriaca⁵⁷¹, ritenuta legittima dalla Corte costituzionale che era stata adita in precedenza dai ricorrenti⁵⁷², ammette, infatti, la fecondazione eterologa sono in casi eccezionali e solo mediante donazione di sperma attuata con inseminazione artificiale (in vivo)⁵⁷³. Il 1° aprile 2010, la Corte di Strasburgo⁵⁷⁴ accoglie il ricorso ritenendo il divieto, ancorché parziale, lesivo del combinato disposto degli artt. 8 e 14 Cedu, nella misura in cui realizza ingiustificate distinzioni di trattamento – nell'accezione dell'accesso alle tecniche di PMA – sulla scorta di ragioni etico-morali e di motivi non oggettivi⁵⁷⁵.

Sulla scia della decisione della Corte Edu, diverse coppie italiane che volevano ricorrere alla fecondazione eterologa hanno adito i Tribunali chiedendo la disapplicazione del terzo comma dell'art. 4 della L. 40/2004⁵⁷⁶ o, alternativamente, la proposizione della

sulla mera verità biologica. Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁵⁶⁹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁷⁰ Entrambe le coppie erano affette da forme di sterilità che richiedevano necessariamente l'utilizzo della fecondazione eterologa per poter essere superate. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁷¹ Nel dettaglio, l'Austrian Procreation Act del 1992.

⁵⁷² Secondo la Corte costituzionale austriaca il legislatore non avrebbe ecceduto il margine di apprezzamento che viene riconosciuto al singolo Stato in materie estremamente delicate sul piano etico, come la PMA

⁵⁷³ Per un maggiore approfondimento si veda Cavana, Paolo. «Europa: due importanti pronunce in materia bioetica (Corte di giustizia UE sulla nozione di embrione umano, O. Brustle c. Greenpeace eV; Corte europea dei diritti sul divieto di fecondazione eterologa, S.H. ed altri c. Austria).» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 2/2011.

⁵⁷⁴ Corte Edu, Sentenza del 1° aprile 2010 (C. 57813/00), in Fam. e dir., 2010, 977. Caso S.H. and Others c. Austria.

⁵⁷⁵ Cavana, Paolo. «Europa: due importanti pronunce in materia bioetica (Corte di giustizia UE sulla nozione di embrione umano, O. Brustle c. Greenpeace eV; Corte europea dei diritti sul divieto di fecondazione eterologa, S.H. ed altri c. Austria).» Cit.

⁵⁷⁶ In questo caso il potere di disapplicazione del giudice si ricaverebbe dal combinato disposto dell'art. 11 Costituzione e 6 del Trattato sull'Unione Europea, con il quale l'UE ha recepito la Cedu.

questione di legittimità costituzionale⁵⁷⁷. I giudici di merito hanno preferito questa seconda alternativa, sollevando la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale⁵⁷⁸, e motivando tale decisione con la violazione sia di norme costituzionali di rilevanza spiccatamente interna⁵⁷⁹ sia dell'art. 117, comma 1⁵⁸⁰, sulla scorta della sentenza della Corte Edu⁵⁸¹.

La vicenda giudiziale davanti al Giudice europeo non era però conclusa ed infatti nel 2011 – a seguito dell'impugnazione della sentenza di primo grado da parte del governo austriaco⁵⁸²– la Grande Camera della Corte Edu⁵⁸³, riesaminando la questione, ribalta la decisione precedente, ritenendo che lo Stato austriaco non abbia ecceduto i limiti del margine di apprezzamento riservato in materia agli Stati. Nel dettaglio il Giudice di Strasburgo afferma che il bilanciamento fatto dal legislatore austriaco – ancorché non perfetto e quindi migliorabile in punto di correttezza ed equilibrio rispetto agli altri interessi coinvolti – non risulta irragionevole e non viola gli artt. 8 e 14 CEDU⁵⁸⁴.

Di fronte alla sopravvenuta sentenza della Corte Edu, la Consulta restituisce con un'ordinanza⁵⁸⁵ gli atti ai giudici *a quo*, chiedendo loro di riesaminare la questione di legittimità alla luce del diverso quadro giuridico risultante a seguito della nuova sentenza della Corte Edu⁵⁸⁶. Nel 2013 tutti e tre i Tribunali ripropongono la questione di legittimità⁵⁸⁷, concentrando però il *focus* dell'attenzione sulla violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32, piuttosto che sull'art.117 Costituzione⁵⁸⁸.

⁵⁷⁷ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁷⁸ Trib. Firenze, Ordinanza 6 settembre 2010, in «Dir. fam. pers.», 2011, p. 25. 57. Trib. Catania, Ordinanza 21 ottobre 2010, in «Dir. fam. pers.», 2011, p. 53. 58. Trib. Milano, Ordinanza 2 febbraio 2011, in «Fam. e min.», 2011, 5, p. 46.

⁵⁷⁹ In particolare, art. 2, 3, 29, 31 e 32 Costituzione.

⁵⁸⁰ Come parametro interposto di costituzionalità, in relazione alla violazione degli artt. 8 e 14 Cedu.

⁵⁸¹ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

⁵⁸² Cavana, Paolo. «Europa: due importanti pronunce in materia bioetica (Corte di giustizia UE sulla nozione di embrione umano, O. Brustle c. Greenpeace eV; Corte europea dei diritti sul divieto di fecondazione eterologa, S.H. ed altri c. Austria).» Cit.

⁵⁸³ Corte Edu, Grande Camera, Sentenza del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, in Nuova giur. comm., 2012, I, 224 ss.

⁵⁸⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁸⁵ Corte costituzionale, Ordinanza del 22 maggio 2012, n.150. G. U. del 13/06/2012 n. 24.

⁵⁸⁶ Vari, Filippo. «A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 3/2014.

⁵⁸⁷ Trib. Firenze, Ordinanza del 22 aprile 2013, r.o. 213, in G.U. n. 41, prima serie speciale, 2013. Trib. Milano, Ordinanza dell'8 aprile 2013, in Foro it., 2013, I, p. 2473. Trib. Catania, Ordinanza del 13 aprile 2013, in Foro it., 2013, I, 2473.

⁵⁸⁸ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

3.2.2 Corte costituzionale, Sentenza n. 162/2014

Il 9 aprile 2014 la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto⁵⁸⁹ di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁵⁹⁰ (e delle sanzioni previste nei confronti delle strutture e dei medici che dovessero praticarla), ritenendolo in contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione⁵⁹¹. L'incostituzionalità per violazione dell'art. 117 come parametro di interposto costituzionalità, in relazione alla violazione degli artt. 8 e 14 CDEU, viene invece «assorbita»⁵⁹² dagli altri motivi di censura⁵⁹³.

Nel dettaglio, secondo la Consulta il divieto assoluto di fecondazione eterologa incide, comprimendoli, su due diritti costituzionalmente fondamentali, ossia l'autodeterminazione e la salute⁵⁹⁴. Quanto al primo profilo, i giudici affermano che la scelta di avere un figlio, ancorché attraverso fecondazione eterologa, è esclusiva del singolo e della coppia in quanto espressione della libertà di autodeterminarsi⁵⁹⁵. Il legislatore deve quindi rispettare questa scelta e può limitarla solo in ragione della tutela di interessi considerati predominanti⁵⁹⁶. Nel ricondurre la genitorialità nella categoria dell'autodeterminazione la Corte sembra essere particolarmente attenta a non parlare mai di “diritto a procreare”, preferendo piuttosto utilizzare termini come “scelta” e “determinazione”⁵⁹⁷. Quanto, invece, alla compromissione del diritto alla salute – inteso nell'accezione più ampia che ricomprende anche la salute psichica⁵⁹⁸ – la Corte afferma che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante

⁵⁸⁹ La Corte si riferisce espressamente all'assolutezza del divieto e non al divieto di per sé: «Il censurato divieto, nella sua assolutezza è il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco».

⁵⁹⁰ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit

⁵⁹¹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁹² Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit

⁵⁹³ Questa scelta dei giudici costituzionali è stata criticata da parte della dottrina. Così, ad esempio, per Antonio Ruggeri la decisione di non prendere in considerazione la violazione dell'art. 117 «stupisce», soprattutto in relazione alla precedente decisione di restituire gli atti ai giudici *a quo* per un riesame della questione di costituzionalità alla luce dello *ius supervenies* che sembrava porre al centro dell'attenzione della Corte proprio questo profilo di censura. Ruggeri, Antonio. «La sentenza sulla fecondazione eterologa: la Consulta chiude al dialogo con la Corte EDU.» Cit.

⁵⁹⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁵⁹⁵ Così nella sentenza viene scritto: «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare».

⁵⁹⁶ Ferrando, Gilda. «La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”.» *Il Corriere Giuridico*, n. 8-9, 1° agosto 2014, 1062.

⁵⁹⁷ Ruggeri, Antonio. «La sentenza sulla fecondazione eterologa: la Consulta chiude al dialogo con la Corte EDU.» (Cit.). Vi è chi in dottrina ha criticato questa scelta, ritenendo preferibile ricondurre la scelta di procreare ai c.d. diritti di libertà piuttosto che di autodeterminazione dove i confini sono indeterminati. Vari, Filippo. «A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa.» Cit.

⁵⁹⁸ Ferrando, Gilda. «La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”.» Cit.

il ricorso alla PMA di tipo eterologo, [può] incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»⁵⁹⁹. Inoltre, Gilda Ferrando osserva che in materia di pratica terapeutica – ed in particolare di PMA in quanto rientrante anche nel diritto all'autodeterminazione e non solo in quello alla salute – «[N]on è [...] di regola il legislatore a poter stabilire quali pratiche sono ammissibili e quali no, dovendo la valutazione, e la decisione, essere tralasciata sulle esigenze specifiche di ciascun paziente, nel contesto delle circostanze concrete in cui si trova, secondo la valutazione fatta dal medico alla luce delle migliori conoscenze disponibili e con il consenso del paziente⁶⁰⁰».

In realtà, l'autodeterminazione e la salute, ancorché fondamentali, non sono diritti assoluti e una loro compromissione, anche attraverso il divieto assoluto di eterologa, si sarebbe potuta giustificare ma solo se indispensabile alla tutela di altri diritti costituzionali di pari rilevanza⁶⁰¹. In altre parole, il divieto assoluto di fecondazione eterologa risulta ragionevole, e quindi costituzionalmente legittimo, solo se è l'unico modo per assicurare un riconoscimento ad altri valori costituzionali fondamentali. Nell'individuare gli interessi contrari coinvolti (di cui tenere conto nel bilanciamento) la Consulta non sembra però trovare ragioni sufficienti a giustificare in questo senso l'assolutezza del divieto di eterologa. Specificatamente la Corte, in primo luogo, afferma che è la stessa tecnica di fecondazione eterologa ad assicurare il diritto alla vita a quei bambini che altrimenti non sarebbero potuti nascere⁶⁰². In secondo luogo, si afferma che il diritto alla salute dei donatori, terzi rispetto alla coppia, non viene messo a rischio più di quanto normalmente succede in occasione di altre pratiche terapeutiche⁶⁰³. Infine, per quanto riguarda la tutela del concepito – che, purché fondamentale, non è assoluta⁶⁰⁴ – la Corte rileva che esistono già altre norme dell'ordinamento che la assicurano⁶⁰⁵, facendo diventare il

⁵⁹⁹ Anche questa statuizione della Consulta viene criticata da Filippo Vari che riporta i dubbi della dottrina sull'opportunità di considerare le tecniche di PMA come dei rimedi terapeutici non facendo questi venir meno la sterilità della coppia. Vari, Filippo. «A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa.» Cit.

⁶⁰⁰ Ferrando, Gilda. «La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa".» Cit.

⁶⁰¹ Ferrando, Gilda. «La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa".» Cit.

⁶⁰² Nella sentenza, infatti, si afferma che «[I]n linea preliminare, va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita».

⁶⁰³ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶⁰⁴ Vari, Filippo. «A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa.» Cit.

⁶⁰⁵ In particolare, è assicurata da quanto previsto in tema di genitorialità – e riconoscimento dello *status* di figlio – nel caso una coppia decida di ricorrere alle tecniche di PMA, dalla previsione dell'anonimato del donatore nei confronti del quale non si creano rapporti (artt. 8 e 9 della L. 40/2004). Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

divieto assoluto di eterologa irragionevolmente ridondante e quindi incostituzionale. Le ragioni che hanno spinto il legislatore del 2004 a scegliere la via del divieto assoluto sono, secondo i giudici costituzionali, frutto di convinzioni etico-morali che, come ha statuito la Corte di Strasburgo nella seconda sentenza sul caso S.H. e altri contro Austria, legittimano l'eventuale limitazione dell'accesso e del ricorso alle tecniche ma non possono giustificare il divieto assoluto⁶⁰⁶. In realtà la Consulta si spinge anche oltre, mettendo in dubbio l'esistenza stessa di convinzioni etiche sufficientemente diffuse da giustificare una limitazione della pratica. Il divieto di eterologa, infatti, è "un'invenzione" del legislatore del 2004, prima era una pratica consentita e quindi, ragionevolmente, diffusamente accettata⁶⁰⁷.

Riassumendo, il divieto di fecondazione eterologa, ancorché assoluto, potrebbe essere in astratto legittimo, ma con specifico riferimento all'ordinamento italiano la Corte costituzionale lo considera una misura eccessivamente restrittiva, che sacrifica irragionevolmente interessi costituzionali fondamentali. A ulteriore riprova della necessità di superare questo divieto, la sentenza n. 162/2014 si sofferma su un ulteriore aspetto, ossia l'irragionevolezza rispetto alla *ratio* della stessa L. 40/2004 e all'ordinamento in generale. Per i giudici, infatti, l'incoerenza della L. 40/2004 consiste nel porsi esplicitamente l'obiettivo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi»⁶⁰⁸, ma finire poi per penalizzare proprio coloro che sono affetti da forme di infertilità tanto gravi da poter essere superate solo con la fecondazione eterologa⁶⁰⁹. Il divieto assoluto di eterologa risulta poi essere in contrasto con l'ordinamento in generale – ed in particolare violare l'art. 3 Costituzione – nel momento in cui le coppie possono accedere alla pratica all'estero⁶¹⁰ – in uno dei numerosi Paesi, anche europei, in cui è legittima –, perché si determina una irragionevole discriminazione tra coppie che hanno sufficienti risorse economiche (e che possono quindi andare all'estero e avere un figlio) e coppie meno abbienti (che invece si vedono preclusa la strada della genitorialità essendoci in Italia il divieto assoluto di eterologa)⁶¹¹.

⁶⁰⁶ Così la Grande Camera "salva" la legislazione austriaca perché si limitava a regolare, ancorché in senso, il ricorso alla fecondazione eterologa. Il divieto assoluto può essere giustificato solo sulla base della tutela di altri interessi costituzionali oggettivamente rilevanti. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶⁰⁷ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶⁰⁸ Art. 1, comma 1, della L. 40/2005.

⁶⁰⁹ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

⁶¹⁰ Vari, Filippo. «A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa.» Cit.

⁶¹¹ Molti in dottrina hanno criticato questa argomentazione della Corte, evidenziando come l'utilizzo della comparazione non appaia del tutto lineare in quanto finisce per legittimare coloro che, avendone le risorse,

Per tutte le ragioni appena indicate la Corte costituzionale con sentenza n. 162/2014 dichiara l'illegittimità dell'assolutezza del divieto di fecondazione eterologa. Questa declaratoria di incostituzionalità ha avuto effetti immediati: il 14 agosto 2014 la prima Sezione del Tribunale civile di Bologna⁶¹² ha consentito per la prima volta il ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa a due coppie sterili⁶¹³. Se giudici di merito e strutture sanitarie⁶¹⁴ si sono prontamente adeguati alla decisione della Consulta, il legislatore, invece, è rimasto – ancora una volta – immobile. È stata, infatti, la Conferenza delle Regioni ad approvare nel settembre 2014 un documento programmatico⁶¹⁵ volto a regolare la fecondazione eterologa⁶¹⁶. A otto anni dalla sentenza della Corte costituzionale, e nonostante la nascita di circa 10.000 bambini⁶¹⁷, Filomena Gallo riporta come ancora «[la] procedura non venga erogata in modo uniforme dalle strutture pubbliche e non ci siano nomenclatori tariffari sulle prestazioni incluse nei Lea con spesa a carico del Ssn»⁶¹⁸.

Tornando brevemente e per concludere alla decisione della Corte, è il caso di aggiungere, infine, che non è stata accolta in maniera uniforme dalla dottrina e dall'opinione pubblica, che si sono divise in particolare sulla qualità e validità delle argomentazioni sostenute ed elaborate dai giudici costituzionali. Ciononostante, risulta essere senza ombra di dubbio una tappa fondamentale del percorso evolutivo della L. 40/2004, normativa di cui è stata più volte dimostrata la «macroscopica inadeguatezza [...] rispetto ad un paradigma laico di legittimità costituzionale coerente con l'evoluzione costituzionale italiana e le proiezioni future del più ampio contesto ordinamentale dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa»⁶¹⁹.

eludono un divieto imposto dall'ordinamento. Così Ruggeri, Antonio. «La sentenza sulla fecondazione eterologa: la Consulta chiude al dialogo con la Corte EDU.» Cit.

⁶¹² Trib. Bologna, Ordinanze del 14 agosto 2014, in Foro it., 2014, I, p. 2934.

⁶¹³ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

⁶¹⁴ L'Ospedale Careggi di Firenze è stata la prima struttura sanitaria pubblica italiana ad annunciare un intervento di fecondazione eterologa (nel settembre 2014) e a deliberare l'acquisto all'estero di gameti (nel febbraio 2015). Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

⁶¹⁵ Da integrare poi con successivi provvedimenti regionali.

⁶¹⁶ Oltre a disposizioni tecnico-sanitarie, questo documento, contiene anche delle norme più pregnanti (ad esempio sull'anonimato assoluto del donatore) la cui legittimità costituzionale è dubbia. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶¹⁷ Stima fatta da Filippo Maria Ubaldi, presidente della Società italiana di Fertilità e Sterilità-Medicina della riproduzione. In http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=94387.

⁶¹⁸ Per un maggiore approfondimento si veda: http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=94387

⁶¹⁹ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

3.3 Accesso alle tecniche

Nell'eliminare il divieto assoluto di fecondazione eterologa la Corte è attenta a precisare che l'affermazione della libera autodeterminazione nella scelta genitoriale «non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti»⁶²⁰, riferendosi in particolare ai c.d. requisiti soggettivi – previsti dall'art. 5 della L. 40/2004 – che rimangono invariati e continuano ad essere richiesti a chiunque domandi l'accesso alle tecniche⁶²¹.

3.3.1. Requisiti soggettivi, divieti e sanzioni previsti in materia di accesso dalla L. 40/2004

L'art. 5 della L. 40/2004 prescrive che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Questi requisiti soggettivi, che devono sussistere almeno fino al momento della fecondazione⁶²², non sono un'invenzione del legislatore del 2004, ponendosi in continuità con quanto previsto dal codice deontologico medico già prima dell'approvazione della L. 40/2004⁶²³.

Possono quindi accedere alle tecniche solamente le coppie eterosessuali in cui entrambi i componenti siano maggiorenni, viventi ed in età fertile. Nell'ambito dell'indagine sul fondamento di questi limiti, il requisito della maggiore età non richiede un approfondimento esteso, rispondendo all'ovvia esigenza di assicurarsi che il ricorso alle tecniche sia frutto di una scelta matura e ben ponderata, anche – e soprattutto – in relazione all'interesse del minore⁶²⁴. Sugli altri requisiti, in particolare l'eterosessualità della coppia richiedente, è necessario invece soffermarsi più lungamente. Se la necessità di accedere in coppia – e di conseguenza l'impossibilità per le persone *single* di diventare genitori tramite la fecondazione eterologa – e quella che entrambi i componenti siano viventi – almeno fino al momento della fecondazione⁶²⁵ – rispondono

⁶²⁰ Corte costituzionale n. 162/2014.

⁶²¹ Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo».» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1° maggio 2020: 548.

⁶²² In dottrina non vi è univocità di vedute sul momento in cui il medico debba verificare l'esistenza dei requisiti richiesti. Ad esempio, secondo una soluzione più rigorosa – ma di difficile applicazione pratica – la verifica andrebbe richiesta non solo al momento della prestazione del consenso ma anche successivamente, prima della concreta applicazione delle tecniche. È invece pacificamente risolta in senso positivo di un'altra questione, ovvero la possibilità di impiantare l'embrione fecondato nonostante la sopravvenuta mancanza di requisiti. Per un maggiore approfondimento si veda Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶²³ Il codice di deontologia medica all'art. 42 della versione del 1998 (e art. 44 della versione del 2006) vieta al medico l'applicazione delle tecniche di PMA al di fuori di coppie eterosessuali, a donne in menopausa non precoce e a donne il cui partner sia morto. Una versione commentata del Codice deontologico medico si può trovare sul sito della Fondazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri (https://www.omceo.me.it/ordine/cod_deo/commentario.pdf).

⁶²⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶²⁵ Così se prima della fecondazione l'uomo che, avendo prestato il proprio consenso alla tecnica, aveva donato i propri gameti muore, la struttura sanitaria deve sospendere il trattamento fecondativo.

all'esigenza di assicurare al bambino concepito il diritto alla bigenitorialità, il ricondurre a questo stesso fondamento anche il divieto di accesso per la coppia omosessuale sembra derivare da un'interpretazione «impropria»⁶²⁶, se non del tutto storpiata, del diritto alla bigenitorialità. Quest'ultimo, infatti, prescrive il diritto del bambino a crescere mantenendo rapporti stabili e significativi con entrambi i genitori⁶²⁷ ma non fa alcun riferimento ad una necessaria eterogeneità di genere tra essi⁶²⁸. Nemmeno la stabilità della coppia pare essere la ragione del divieto. Infatti, anche volendo ignorare la mancanza di dati scientifici a sostegno della teoria per cui l'eterosessualità sia in grado di assicurare una maggior stabilità effettiva alla coppia, sembrerebbe che il legislatore preferisca dare rilevanza all'esistenza di un progetto di vita comune in sé piuttosto che alla sua perduranza seria e duratura nel tempo⁶²⁹. In altre parole, si prevede che possano accedere alle tecniche le coppie sposate o conviventi anche da un brevissimo periodo di tempo. Questa scelta del legislatore di limitare – se non escludere – la rilevanza della stabilità della coppia⁶³⁰, porta con sé come corollario che questa non possa essere assunta come ragione sufficiente a giustificare l'impossibilità per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche.

Anche l'art. 12 della L. 40/2004, rubricato "*Divieti generali e sanzioni*", si occupa del divieto di accesso in mancanza dei requisiti soggettivi, prevedendo sanzioni formalmente amministrative a carico del medico (o della struttura sanitaria) che applica le tecniche a coppie non aventi le caratteristiche previste dall'art. 5 della L. 40/2004. La *ratio* di questa previsione, ossia rendere efficace il divieto attraverso il deterrente delle sanzioni, è in parte vanificata dal riconoscimento di una generale impunità per la coppia che ottiene l'accesso alle tecniche pur non avendone i requisiti necessari⁶³¹. Infatti, come ben riassunto da Vincenzo Tigano⁶³², «la circostanza che l'esercente la professione sanitaria sia l'unico soggetto a poter rispondere dell'illecito, incrementa il tasso di aggiramento delle norme da parte degli aspiranti beneficiari, diretti destinatari di un divieto la cui

⁶²⁶ Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» Cit.

⁶²⁷ Venendo da loro istruito, educato e mantenuto.

⁶²⁸ Per un maggiore approfondimento si veda Capitolo 2, § 2.1.2.

⁶²⁹ Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁶³⁰ Fortemente criticata da parte della dottrina che imputa al legislatore «di aver ridotto il requisito della convivenza ad una dichiarazione di volontà congiunta o poco più» e in quanto tale facilmente simulabile. Per un maggiore approfondimento si veda Morozzo della Rocca, Paolo. «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» Cit.

⁶³¹ Il comma 8 dell'art. 12 dispone che «[N]on sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5»

⁶³² Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 2/2020.

inosservanza non comporta per loro alcuna forma di punibilità»⁶³³. A questo si aggiunge poi che l'obbligo in capo al sanitario di rifiutare l'accesso alla terapia di una coppia non avente i requisiti⁶³⁴ non comporta un dovere di verificare l'esistenza di fatto dello *status* dichiarato dalla coppia, avendo il medico il solo onere di fare fede all'autocertificazione degli aspiranti genitori⁶³⁵. Se da un lato la sanzionabilità del comportamento del (solo) medico non sembra, quindi, essere del tutto coerente con l'esistenza stessa del divieto di accesso; dall'altro l'individuazione del bene giuridico protetto, necessario a giustificare la severità delle sanzioni⁶³⁶, non risulta per nulla agevole. Così se si ritiene che il divieto possa fondarsi sul presunto pregiudizio alla salute psicologica e alla crescita equilibrata del bambino derivante dal vivere in una famiglia omosessuale, si finisce – oltre che a cadere in determinazioni meramente moraleggianti, non supportate da alcun dato scientifico – per sbilanciare l'equilibrio degli interessi protetti in favore di «un bene giuridico incardinato in capo a un centro di imputazione soggettiva [ossia il bambino] inesistente al momento del compimento dell'azione vietata» e che, anzi, viene ad esistere solo se la coppia accede alle tecniche⁶³⁷. In questo senso sembra, quindi, irragionevole tentare di fondare l'esistenza del divieto sul rischio per la salute del bambino⁶³⁸. Ancora meno accettabile è l'idea che possa esistere di un diritto a nascere in un determinato contesto familiare, sociale o economico in quanto si tradurrebbe nell'affermazione che per il bambino è meglio non nascere affatto piuttosto che nascere in un contesto che non possiede tutte le caratteristiche della famiglia che il legislatore considera ottimale⁶³⁹. Infine, giustificare il divieto in ragione di un interesse

⁶³³ In particolare, una delle donne potrebbe ricorrere alle tecniche di PMA nei Paesi esteri che lo permettono, simulare un rapporto di convivenza con un complice per accedere alle tecniche in Italia o ricorre alla c.d. "fecondazione fai-da-te" con un elevato rischio per la salute propria e del bambino che viene così concepito. Per un maggior approfondimento si veda Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶³⁴ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶³⁵ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶³⁶ Queste misure sanzionatorie anche se di natura amministrativa hanno una forte connotazione punitiva tanto da «dimostrare l'intento legislativo di paralizzare la capacità economica e lavorativa del colpevole, al di fuori di una finalità meramente riparatoria». Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit. Le sanzioni previste sono infatti: a) una sanzione pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro (art. 12, c. 2); b) la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione sanitaria (art. 12, c. 9) e c) sospensione per un anno dell'autorizzazione necessaria per praticare le tecniche di PMA (art. 12, c.10).

⁶³⁷ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶³⁸ Tanto che Vincenzo Tigano sostiene che se la norma qualificasse le sanzioni come formalmente penali saremmo di fronte un'indebita violazione del principio di offensività. Per un maggiore approfondimento si veda Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶³⁹ Vincenzo Tigano rileva come si arriverebbe all'affermazione di un diritto a non nascere, negato nell'ambito della responsabilità medica extracontrattuale, che ritiene essere paradossale, oltre che un'indebita intromissione del legislatore nella vita privata della persona. Tigano, Vincenzo. «Resta il limite

superindividuale – se non dello Stato stesso – alla tutela e alla “sopravvivenza” della famiglia tradizionale appare anacronistico nella misura in cui riporta alla luce l’idea – propria del regime fascista e ora da tempo superata – di una famiglia a servizio e utile allo Stato⁶⁴⁰.

Dalla breve indagine appena compiuta pare che non sia individuabile un bene giuridico sufficientemente concreto e laico che sia idoneo a giustificare il divieto di accesso alle coppie omosessuali e di conseguenza le fattispecie sanzionatorie previste in caso di violazione⁶⁴¹. Di questo parere non è però la Corte costituzionale che, investita della questione di legittimità in riferimento agli artt. 5 e 12 della L. 40/2004, nella sentenza n. 221 del 2019 ritiene che il divieto di accesso alle coppie omosessuali sia coerente con l’impianto normativo della L. 40/2004, nonché non in contrasto con i principi e le disposizioni costituzionali⁶⁴².

3.3.2. Sentenza della Corte costituzionale n. 221/2019

La sentenza n. 221/2019 contiene la decisione in merito a due ricorsi che la Corte riunisce perché si presentano estremamente simili⁶⁴³ – seppur non in tutto coincidenti⁶⁴⁴ – avendo entrambi per protagonista una coppia di donne che vedendosi negata la richiesta di accesso alla fecondazione eterologa dall’Azienda sanitaria, avviava un giudizio ex art. 700 c.p.c. chiedendo al Tribunale di consentirne l’accesso alle terapie e di adire la Corte costituzionale (attraverso ricorso incidentale) in relazione all’illegittimità del divieto di accesso per coppie omosessuali⁶⁴⁵. I tribunali di Pordenone e Bolzano, attraverso un’ordinanza⁶⁴⁶, sollevano la questione di legittimità dell’art. 5 (e di conseguenza dell’art. 12 c. 1, 9, 10) della L. 40/2004 per la violazione degli artt. 2, 3, 31 c. 2, 32 c. 1 e 117 c. 1 della Costituzione nella parte in cui impediscono l’accesso alle

di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁴⁰ Nella società contemporanea è omogeneamente diffusa l’idea che piuttosto sia lo Stato ad essere “a servizio” della famiglia, tutelandola, agevolandola economicamente e riconoscendone i diritti.

⁶⁴¹ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁴² Anzi, la Corte si spinge ad affermare che al contrario, ossia che l’apertura delle tecniche alle coppie omosessuali non sanerebbe nessun *vulnus* di costituzionalità e rappresenterebbe uno stravolgimento della L.40/2004. Marino, Giuseppe. «Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione.» *Diritto & Giustizia*, fascicolo 192/2019: 6.

⁶⁴³ Recinto, Giuseppe. «La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”.» *Il Corriere Giuridico*, n. 12, 1° dicembre 2019: 1460.

⁶⁴⁴ Nel caso sollevato dal Tribunale di Bolzano entrambe le donne sono portatrici di disabilità riproduttive tali da impedire loro una procreazione naturale. Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁴⁵ Stefania, Stefanelli. «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili.» *Ifamiliarista.it*, 5 febbraio 2020.

⁶⁴⁶ Trib. Pordenone, Ordinanza del 2 luglio 2018 n. 129, in *Famiglia e Diritto*, 2018 nota di Barone. Trib. Bolzano, Ordinanza del 3 gennaio 2019 n. 60.

tecniche di PMA alle coppie omosessuali e sanzionano le relative violazioni da parte del medico o Azienda sanitaria⁶⁴⁷. La Consulta, come *supra* accennato, dopo aver riunito i ricorsi, aver riconosciuto l'impossibilità per il giudice di merito di superare in via interpretativa l'espresso divieto normativamente imposto⁶⁴⁸ e aver circoscritto il sindacato di legittimità del divieto limitatamente alle sole coppie omosessuali femminili⁶⁴⁹, pronuncia la non fondatezza della questione sollevata.

È il caso di soffermarsi con attenzione sulle singole argomentazioni che la Corte utilizza per fondare il suo giudizio perché paiono in molti punti insufficienti, se non addirittura contraddittorie. Prima di entrare nel merito delle censure di illegittimità costituzionale, la Corte ritiene necessario precisare che il divieto è conforme al tenore generale della L. 40/2004, prima (e unica) legge organica in una materia così eticamente sensibile da richiedere un delicato bilanciamento degli interessi di competenza primariamente legislativa⁶⁵⁰. Nel dettaglio la Consulta sostiene che l'impossibilità di accesso per le coppie omosessuali sia uno sviluppo coerente delle due linee di fondo sulle quali si struttura la L. 40/2004, ossia: a) la funzione terapeutica delle tecniche e b) la preferenza assoluta della c.d. famiglia tradizionale⁶⁵¹. Quanto all'aspetto terapeutico i giudici ribadiscono che le tecniche di PMA sono inquadrate nel nostro ordinamento come rimedio alla sterilità o infertilità patologica e non altrimenti risolvibile della coppia⁶⁵². Questa infertilità (o sterilità) sarebbe, secondo la Consulta, ontologicamente distinguibile da quella "sociale" o "relazionale"⁶⁵³ che è «fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, [in quanto] conseguente alla non complementarità biologica

⁶⁴⁷ Barone, Ippolito. «La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne.» *Famiglia e Diritto*, n. 12, 1° dicembre 2018: 1091.

⁶⁴⁸ La Corte, concordano con i giudici di merito, non ritiene possibili ammettere l'accesso alle coppie omosessuali attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma perché la L. 40/2004 è netta nel negarlo. ⁶⁴⁸ Stefania, Stefanelli. «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili.» (Cit.). Per superare questa previsione è necessaria una dichiarazione di incostituzionalità o un intervento del legislatore. Quest'ultimo, come vedremo, è la soluzione preferita dalla Consulta.

⁶⁴⁹ Solo le coppie formate da due donne possono, infatti, possono utilizzare la fecondazione eterologa per compiere il proprio progetto procreativo comune. Le coppie formate da due uomini, invece, devono necessariamente ricorrere alla maternità surrogata. Per un maggiore approfondimento si veda Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁵⁰ Corte costituzionale, Sentenza n. 221/2019.

⁶⁵¹ Recinto, Giuseppe. «La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement".» Cit.

⁶⁵² Stefania, Stefanelli. «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili.» Cit.

⁶⁵³ Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo.»» Cit.

delle loro componenti»⁶⁵⁴ e per questo assoluta e irreversibile⁶⁵⁵. Sembra, però, che la Corte non abbia tenuto conto del fatto che l'interpretazione restrittiva del concetto di infertilità – che finisce per ancorarlo ad una nozione oggettiva di patologia – è stata superata sia dalla L. 40/2004⁶⁵⁶ che dalla stessa Corte costituzionale⁶⁵⁷ nella sentenza n. 96 del 2015⁶⁵⁸. Quanto, invece, alla preferenza del modello tradizionale la Consulta afferma che questa scelta non possa considerarsi né illegittima né tantomeno irrazionale⁶⁵⁹. Da un lato, infatti, rientra nella legittima – quanto necessaria – competenza del legislatore l'individuazione di un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco, anche attraverso la definizione di condizioni soggettive ai fini dell'accesso alle tecniche di PMA⁶⁶⁰. Dall'altro lato la scelta del modello eterosessuale non può essere imputata all'arbitrio del legislatore del 2004⁶⁶¹ in quanto «condizione [...] chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia»⁶⁶². Giungendo a tali conclusioni, però, la Consulta sembra non tenere conto che la preferenza – o se si vuole maggiore dignità – che Costituzione riconosce alla c.d. famiglia tradizionale non dipende dalla differenza di genere tra i componenti della coppia, bensì dal matrimonio che lega i due. Dal fatto che l'istituto matrimoniale sia accessibile alle sole coppie eterosessuali non si può derivare direttamente che le coppie omosessuali siano meno preferibili come genitori rispetto alle coppie eterosessuali non sposate, soprattutto alla luce della mancanza di dati scientifici che avvalorino questa determinazione⁶⁶³. In altre parole, li riferimento alla disciplina costituzionale sulla famiglia, così come usato dalla Corte per motivare la ragionevolezza della preferenza del modello eterosessuale, sarebbe pertinente se la L. 40/2004 avesse consentito l'accesso alle sole coppie sposate⁶⁶⁴. La scelta di consentire l'accesso alle coppie conviventi eterosessuali ma non omosessuali

⁶⁵⁴ Corte costituzionale, Sentenza n. 221/2019.

⁶⁵⁵ Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo».» Cit.

⁶⁵⁶ Che all'art. 2, c. 1 dispone che «Il Ministro della salute [...] può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle».

⁶⁵⁷ Ammettendo l'accesso a coppie fertili ma affette da patologie genetiche gravi e trasmissibili al concepito, o malattie infettive sessualmente trasmissibili (come l'AIDS).

⁶⁵⁸ Per un maggiore approfondimento si veda Stefania, Stefanelli. «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili.» Cit

⁶⁵⁹ Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo».» Cit.

⁶⁶⁰ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁶¹ ⁶⁶¹ Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo».» Cit.

⁶⁶² Corte costituzionale n. 221 del 2019.

⁶⁶³ Per un maggiore approfondimento si veda il secondo capitolo, paragrafo § 1.

⁶⁶⁴ Come nel caso della legge sulle adozioni. Per un maggiore approfondimento si veda questo capitolo § 1.1.

appare, quindi, in questo senso, frutto di una decisione irrazionale e arbitraria del legislatore del 2004, perdipiù, appunto, in assenza di dati scientifici a dimostrazione del «fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore»⁶⁶⁵.

Superata questa sorta di premessa introduttiva, nella quale si cerca di ricostruire il divieto di accesso come corollario necessario dell’impianto di fondo della L. 40/2004, si passa poi ad esaminare le censure squisitamente costituzionali.

Seguendo l’ordine proposto dai ricorrenti, la prima questione affrontata riguarda la violazione dell’art. 2 Costituzione. Se la discussa⁶⁶⁶ sentenza n. 162/2014 aveva, da un lato, aperto al ricorso alla fecondazione eterologa⁶⁶⁷ e, dall’altro, ricondotto la scelta di diventare genitori alla libera autodeterminazione nell’ambito della vita privata⁶⁶⁸; con la sentenza n. 221/2019, invece, la Corte sembra volere tornare sui propri passi per meglio definire le precedenti determinazioni⁶⁶⁹, limitandone fortemente la portata innovativa. I giudici, infatti, affermano che la libertà di autodeterminarsi nelle scelte procreative non si espande fino a diventare una sorta di “diritto assoluto alla genitorialità”⁶⁷⁰ piegato ad una logica fortemente adultocentrica⁶⁷¹, essendo necessario un bilanciamento – di prerogativa primariamente legislativa – con gli altri interessi in gioco, primo tra tutti quello del bambino ad uno sviluppo sano e corretto. In questo senso, l’esclusione dall’accesso alle PMA della coppia omosessuale sarebbe del tutto legittima in quanto espressione di una scelta politica del legislatore che, fintantoché non viola principi o parametri costituzionali, non può essere censurata dalla Corte.

⁶⁶⁵ È la Corte costituzionale nella stessa sentenza n. 221/2019 a negare l’esistenza di un’evidenza scientifica che appuri che la famiglia omosessuale sia deleteria per il bambino.

⁶⁶⁶ Come abbiamo visto, da più parti in dottrina provengono aspre critiche sulle scelte e, soprattutto, sulle motivazioni di questa sentenza. Così, ad esempio, Castronovo, C. «Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale.» *Europa e diritto privato*, n. 3/2014: 1117.

⁶⁶⁷ Introducendo nel nostro ordinamento un altro modello (accanto all’adozione) «di genitorialità legale svincolato al legame biologico» che, in quanto tale, deve considerarsi sussidiario rispetto al modello procreativo naturale che emerge anche dalla disciplina costituzionale della famiglia. Per un maggiore approfondimento si veda Barone, Ippolito. «La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l’accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne.» Cit.

⁶⁶⁸ E quindi protetta dagli artt. 2, 3 e 30 Costituzione. Vedi *supra*.

⁶⁶⁹ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁷⁰ Che riguarda non solo l’*an* e il *quando* del diritto alla genitorialità, ma anche il *quomodo*, ossia le modalità attraverso le quali arrivare alla procreazione. Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo.»» Cit.

⁶⁷¹ Recinto, Giuseppe. «La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”.»

Il secondo profilo di illegittimità costituzionale lamentato dai ricorrenti riguarda l'art. 3 Costituzione, ossia il principio di uguaglianza, non tanto in riferimento alle coppie eterosessuali non sposate autorizzate all'accesso⁶⁷² ma, piuttosto, a quelle omosessuali aventi i mezzi economici per poter accedere alle tecniche nei paesi in cui è permesso⁶⁷³. A questa censura la Consulta risponde che «[I]n assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»⁶⁷⁴. Con questa risposta perentoria i giudici, però, finiscono in realtà per contraddire – più che specificare – quanto sostenuto nella sentenza n. 162/2014, dove l'apertura alla fecondazione eterologa era stata sostenuta anche per mettere fine alle disparità che si creavano tra coppie che potevano ricorrere alla tecnica all'estero e quelle che invece non potevano permetterselo economicamente⁶⁷⁵.

Viene poi lamentata la violazione dell'art. 31, secondo comma, Costituzione che prescrive la tutela della maternità, anche attraverso l'agevolazione degli istituti necessari a tale scopo. La Corte ritiene infondata la questione di legittimità anche sotto questo profilo perché l'art. 31, secondo comma, «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore». Questa affermazione della Consulta, ancorché breve e che non ammette discussioni, pare comunque più condivisibile della tesi anacronistica sostenuta da una parte della dottrina, secondo la quale il rapporto tutelato ex art. 31 «non sarebbe relativo alla “relazione sociale” di maternità bensì alla “esperienza biologica” di maternità, quale sintesi di concepimento e gestazione»⁶⁷⁶.

Il quarto parametro costituzionale che i ricorrenti ritengono violato dal divieto di accesso per le coppie omosessuali è il diritto alla salute⁶⁷⁷, tutelato dall'art. 32 Costituzione, in

⁶⁷² Il rapporto con le coppie eterosessuali non sposate verrà meglio esaminato in riferimento alla violazione dell'art. 117 Costituzione, come parametro interposto per la violazione dell'art. 14 Cedu.

⁶⁷³ Barone, Ippolito. «La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne.» Cit.

⁶⁷⁴ Corte costituzionale n. 221/2019.

⁶⁷⁵ Si veda § 3.1.2.

⁶⁷⁶ Barone, Ippolito. «La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne.» Cit.

⁶⁷⁷ In particolare, il diritto alla salute psichica. Non è necessario, invece, soffermarci ulteriormente sulla distinzione operata dalla Corte tra infertilità c.d. patologica delle coppie eterosessuali – che dà ad esse il titolo per accedere alle tecniche – e quella c.d. relazionale delle coppie omosessuali che essendo “fisiologica” e strutturale non può essere considerata curabile.

quanto «l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, [... può] incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»⁶⁷⁸. La Corte, però, afferma che «[L]a tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»⁶⁷⁹, facendo propria un'interpretazione estremamente restrittiva rispetto a quella adottata invece nella sentenza n. 162/2014. La ragione di questo “cambio di rotta” è appena abbozzata nelle motivazioni della sentenza, che si limitano ad affermare che quanto dichiarato nella precedente decisione debba «intendersi calibrat[o] sulla specifica fattispecie alla quale la pronuncia si riferisce (la coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili)⁶⁸⁰». Ecco che qui emerge con prepotenza la contraddittorietà, o quantomeno l'insufficienza, delle argomentazioni dei giudici, soprattutto in riferimento a quanto sostenuto dagli stessi appena cinque anni prima.

Infine, l'ultimo articolo della Costituzione a cui i ricorrenti fanno riferimento è il 117, primo comma, quale parametro interposto di costituzionalità, in ragione alla violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. In particolare, si ritiene che l'impossibilità per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA sia una inammissibile, nonché discriminatoria, interferenza nella personalissima scelta di procreare, che si traduce in una illegittima intromissione nella vita personale delle coppie⁶⁸¹. Per superare quest'ultimo rilievo la Corte richiama la sentenza della Corte Edu sul caso Gas e Dubois c. Francia⁶⁸², sottolineando che «una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali». Arrivando a siffatte conclusioni, la Consulta sembra, però, dimenticarsi che l'oggetto del sindacato a cui era stata chiamata la Corte Edu era, in realtà, la legge francese sull'adozione che viene “salvata” dalla Corte in quanto, come nel caso S.H. e altri conto Austria⁶⁸³, permette l'accesso all'istituto alle sole coppie sposate. In altre parole, come abbiamo ribadito in più occasioni, i giudici non rilevano una violazione degli

⁶⁷⁸ Trib. Pordenone, Ordinanza del 2 luglio 2018 n. 129

⁶⁷⁹ Corte costituzionale n. 221/2019.

⁶⁸⁰ Corte costituzionale n. 221/2019.

⁶⁸¹ Barone, Ippolito. «La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne.» Cit. Recinto, Giuseppe. «La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”.» Cit.

⁶⁸² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, quinta sezione, Decisione del 15 marzo 2012, caso Gas e Dubois c. Francia. In articolo29.it

⁶⁸³ Si veda § 3.1.1.

artt. 8 e 14 CEDU nel momento in cui la situazione delle coppie eterosessuali non sposate coincide con quella delle coppie omosessuali, mentre da entrambe può legittimamente distinguersi quella delle coppie sposate. Solamente il matrimonio – che può essere riservato da un ordinamento alla sola coppia eterosessuale senza che però questa circostanza abbia alcuna rilevanza – può, appunto, determinare una legittima distinzione di trattamento, anche in relazione all'accesso a certi istituti come la PMA o l'adozione.

Dopo un decennio di interventi manipolativi intervenuti in senso demolitivo sulla L. 40/2004⁶⁸⁴, la Corte costituzionale con la sentenza appena esaminata sembra voler invertire la rotta in materia di omogenitorialità. Questa scelta stupisce anche in ragione della sempre maggiore apertura che si registra, invece, nei giudizi di merito nei quali i giudici hanno aperto la strada al riconoscimento del genitore sociale, ancorché omosessuale, e del rapporto giuridico tra genitori e figli nati dal ricorso a tecniche di PMA all'estero⁶⁸⁵. Con questa pronuncia la Consulta sembra volersi sottrarre al sindacato sulla ragionevolezza della norma⁶⁸⁶, ritenuto invasivo della competenza del legislatore, al quale appartiene «in via primaria» la determinazione del punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. Se è vero che le scelte politiche, soprattutto in materie delicate come l'omogenitorialità, spettano al Parlamento, alla Corte mantiene, però, il primato del controllo sulla legittimità di queste scelte che, proprio in ragione della rilevanza che assumono, incidono notevolmente sulla vita dei cittadini, nonché sui loro diritti costituzionalmente garantiti. In altre parole, il legislatore ha, come peraltro riconosciuto anche dalla giurisprudenza sovranazionale, un ampio margine di apprezzamento che è però limitato all'interno dei confini costituzionali che la Corte è chiamata a vigilare.

4 Procreazione medicalmente assistita per coppie omosessuali maschili: maternità surrogata

Dall'indagine svolta finora risulta chiaramente⁶⁸⁷ che la L. 40/2004 sia stata profondamente riformata nel suo impianto fondamentale, tanto da essere stata

⁶⁸⁴ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁸⁵ La Corte considera però questi orientamenti irrilevanti ai fini della decisione sull'accesso delle coppie omosessuali perché, riguardando relazioni sociali e affettive già esistenti, non possono essere considerate coincidenti.

⁶⁸⁶ Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

⁶⁸⁷ Nonostante la Corte costituzionale nella sentenza n. 221/2019 affermi che i precedenti interventi della stessa fossero in conformità, e non in contrasto, con l'impianto normativo della L. 40/2004. Per un maggiore approfondimento si veda Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» Cit.

«totalmente stravolta»⁶⁸⁸ in alcune delle sue parti. Vi è, però, un ambito che non è stato interessato da alcun cambiamento – né legislativo né giurisprudenziale – dall'entrata in vigore della legge, ossia la maternità surrogata. Questa tecnica è l'unico modo⁶⁸⁹ che ha una coppia omosessuale composta da due uomini per portare a termine il proprio progetto di genitorialità comune attraverso un percorso di PMA⁶⁹⁰.

La disciplina che regola la maternità surrogata è da sempre molto diversa rispetto a quella prevista in tema di fecondazione eterologa. Infatti, anche se prima della pronuncia costituzionale n. 162/2019 erano entrambe assolutamente vietate⁶⁹¹, il diverso disvalore che il legislatore attribuiva loro emergeva chiaramente nell'ambito sanzionatorio. Così ancora oggi in caso di violazione del divieto di maternità surrogata le sanzioni non sono solo più gravi, ma vengono applicate nei confronti di tutti coloro che partecipano scientemente alla tecnica, non rilevando la clausola di impunità della coppia, valevole⁶⁹² invece per la fecondazione eterologa⁶⁹³.

4.1 Complessità etica e fenomenologica della maternità surrogata

Prima di esaminare la disciplina prevista dalla L. 40/2004 in materia di maternità surrogata, risulta utile indagare le ragioni della spiccata diffidenza che il legislatore⁶⁹⁴ dimostra nei confronti di questa particolare tecnica di PMA. In primo luogo, per meglio inquadrare l'argomento trattato, si riporta la definizione di Caterina Mirto⁶⁹⁵, secondo la quale «[L]a maternità surrogata o tecnica dell'utero in affitto, si configura tutte le volte in cui una coppia stipula un patto, a titolo oneroso o gratuito, con una donna che, per loro

⁶⁸⁸ Così Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» *Rivista dell'Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e i minori*, fascicolo 3/2021: 127-143.

⁶⁸⁹ Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» *Sociologia del diritto*, n. 1/2020: 201-222.

⁶⁹⁰ Assicurando così al bambino un legame genetico con uno dei due padri.

⁶⁹¹ Ora, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, è vietata solamente nei confronti di coloro che non presentano tutti i requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della L.40/2004.

⁶⁹² L'impunità è ancora prevista nei confronti della coppia che accede alla fecondazione eterologa pur non avendone i requisiti. Vedi § 3.3.1.

⁶⁹³ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁶⁹⁴ A ben vedere però il legislatore italiano non è il solo ad avere questo atteggiamento. Estremamente critica nei confronti della maternità surrogata è la posizione della Rapporteur speciale per il traffico di bambini all'Assemblea generale dell'ONU che, pur avendo accertato una lacuna del diritto internazionale in materia, sostiene che la maternità surrogata a titolo oneroso costituirebbe una "compravendita di bambini" e sarebbe, quindi, contraria ai diritti umani. Per un maggiore approfondimento si veda Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» *Ragion pratica*, fascicolo 2/2019: 413-435. Allo stesso modo il Comitato Nazionale per la Bioetica (CBN) ha affermato che «la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione». Per un maggiore approfondimento si veda Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» Cit.

⁶⁹⁵ Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» Cit.

conto, porterà a compimento una gestazione», consegnandogli poi il bambino⁶⁹⁶. Questa definizione ha il pregio di far emerge la delicatezza⁶⁹⁷ della tematica che porta con sé tutta una serie di questioni etiche, morali e anche giuridiche legate all'opportunità di consentire al progresso scientifico⁶⁹⁸ in campo bioetico (e allo stesso biodiritto) di entrare in maniera prorompente in un ambito così profondo e intimo come quello del legame tra la madre gestante e il bambino⁶⁹⁹.

I problemi etici emergono, soprattutto, quando la tecnica viene eseguita dietro compenso, ossia quando una somma monetaria influenza – se non addirittura determina – la scelta della donna di prestarsi alla maternità surrogata, rinunciando alla autodeterminazione sul proprio corpo⁷⁰⁰. In questo senso, secondo Luisa Muraro, la gestazione per altri costituirebbe di fatto un modo per usare e sfruttare il potenziale procreativo della donna⁷⁰¹. Legare la gestazione alle logiche di mercato porterebbe poi, a parere di chi critica la tecnica in questione, a conseguenze aberranti come una legittimazione della pratica della commissione a pagamento – per non dire

⁶⁹⁶ Per Laura Sugamele, invece, «per maternità surrogata – definita anche gestazione per altri, surrogazione di maternità o utero in affitto – si intende una procedura di carattere espressamente contrattuale tra una donna detta surrogata o gestante, che presta il suo corpo a un servizio di gestazione, e una coppia committente, eterosessuale o dello stesso sesso» [Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, Vol. 53 – Supplemento – 2019: 434-447.]. Più interessante la definizione di Bartolo Salone che assume la prospettiva della donna coinvolta: «[L]a maternità surrogata può pertanto essere definita come quella tecnica in base alla quale una donna si impegna, su commissione, con o senza corrispettivo, a portare a termine una gravidanza e a consegnare il figlio dopo il parto ai “committenti”» [Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016: 39-71.]. Per altre definizioni si vedano anche Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» (Cit.) e Fernandez Sanchez, Sonia. «Maternità surrogata e prestazioni sociali.» *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, fascicolo 2/2017: 237-264.

⁶⁹⁷ Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» Cit.

⁶⁹⁸ In realtà affermare che la gestazione per altri sia un metodo nuovo per arrivare alla genitorialità, possibile solo grazie al progresso scientifico, è in parte errato. Infatti, ad una sorta di maternità surrogata rudimentale si faceva ricorso già nel passato, come testimoniano le storie – riportate nell'Antico Testamento – di Giacobbe e Abramo che per avere un erede si unirono alle proprie schiave, vista l'impossibilità delle mogli di avere figli. Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» Cit.

⁶⁹⁹ Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» Cit.

⁷⁰⁰ Negli Stati Uniti, ad esempio, i committenti possono per contratto prendere tutte le decisioni mediche rilevanti. In Canada, invece, il diritto all'aborto risulta piuttosto limitato perché nel caso in cui le madri surrogate dovessero liberamente sceglierlo potranno essere chiamate al risarcimento dei committenti. Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» Cit.

⁷⁰¹ L'opinione della filosofa viene riportata da Laura Sugamele [Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» Cit.]. Per un maggior approfondimento dei profili etici rilevanti esaminati da una prospettiva femminista si veda Pozzolo, Susanna. «Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016: 93-110.

compravendita – di bambini⁷⁰² o della ricerca del “figlio perfetto”⁷⁰³. Ciò detto, secondo una parte degli autori, se si eliminasse la componente economica l’istituto della maternità surrogata assumerebbe un valore positivo, in ragione del fine altruistico che intende compiere, e rientrerebbe a pieno titolo nella sfera privata della donna in quanto scelta libera (nel senso di non influenzata) e consapevole⁷⁰⁴. C’è chi, però, ritiene che la gratuità dell’impegno assunto donna di portare a termine una gravidanza per altri possa spiegarsi solo in casi limitati – di legami di amicizia o familiari con i committenti – in ragione dell’elevato sacrificio a cui è chiamata a sottoporsi⁷⁰⁵. In tutti gli altri casi l’assenza di compenso sarebbe solo simulata, venendo i guadagni “nascosti” dietro l’etichetta di “rimborsi spese”⁷⁰⁶.

Aldilà dei problemi etici di cui si è fatto solo un breve accenno, la maternità surrogata risulta di difficile inquadramento – anche e soprattutto a livello giuridico – perché presenta una complessità anche in termini fenomenologici⁷⁰⁷. Si possono, infatti, distinguere i diversi tipi di maternità surrogata di seguito sinteticamente riportati:

- Maternità surrogata per il concepimento e la gestazione di tipo eterologo: L’ovocita appartiene alla donna che si impegna a portare a termine la gravidanza, mentre lo spermatozoo è del padre committente;
- Maternità surrogata per il concepimento e la gestazione di tipo eterologo totale: la componente genetica femminile appartiene alla surrogata, mentre quella maschile proviene da un donatore terzo;
- Maternità surrogata per la sola gestazione di tipo omologo: nell’utero della surrogata verrà impiantato un ovulo della madre committente fecondato da un gamete del padre committente;
- Maternità surrogata per la sola gestazione di tipo eterologo parziale: una delle componenti genetiche proviene da un donatore esterno alla coppia committente;

⁷⁰² Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» Cit.

⁷⁰³ Questa tendenza è in realtà già in corso come riporta Angela Balzano che fa un’analisi del mercato degli ovociti che è estremamente redditizio e selettivo (anche in ragione di requisiti, come il livello di istruzione, che non sono geneticamente trasmissibili). Balzano, Angela. «Le conseguenze dell’amore ai tempi del biocapitalismo. Diritti riproduttivi e mercati della fertilità.» In *Il genere tra neoliberalismo e neofondamentalismo*, a cura di Zappino Federico, 110-125. Verona: ombre corte, 2016.

⁷⁰⁴ Così Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» Cit.

⁷⁰⁵ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁷⁰⁶ Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» Cit.

⁷⁰⁷ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.»

- Maternità surrogata per la sola gestazione di tipo eterologo totale: entrambi i gameti necessari alla formazione dell'embrione che sarà impiantato sulla surrogata provengono da terzi donatori.⁷⁰⁸

Quello che accomuna queste diverse tipologie di maternità surrogata è il fatto di dare luogo ad una «scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all'interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, una inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio partner, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato). [...] Il risultato è quello di una sostanziale “destrutturazione” dell'identità materna»⁷⁰⁹. Ecco che di fronte ad una così ampia pluralità di figure che possono definirsi “madre” del bambino, ben si capisce che nella realtà si possano creare situazioni di conflitto tra queste. In particolare, rileva il caso della madre surrogata che, nonostante l'impegno preso e in ragione del legame affettivo formatosi con il bambino durante la gestazione, si rifiuti di consegnare il bambino alla coppia committente⁷¹⁰. Diventa così necessario l'intervento del diritto, chiamato a valutare l'opportunità di qualificare questo rifiuto come un inadempimento contrattuale⁷¹¹ e, soprattutto, ad indicare a chi spetti la maternità e quindi il bambino.

4.2 *Accordo di maternità surrogata e attribuzione della maternità*

Prima che si possa parlare di illecito contrattuale per lo specifico caso della mancata consegna del bambino da parte della madre surrogata, è necessario indagare la natura e l'efficacia dell'accordo concluso tra la coppia committente e la donna che si impegna alla gestazione.

⁷⁰⁸ Per un maggiore approfondimento si vedano: Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» (Cit.), Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» (Cit.), Fernandez Sanchez, Sonia. «Maternità surrogata e prestazioni sociali.» (Cit.), Stefanelli, Stefania. «Accertamento della maternità nella gestazione per altri.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016: 7-37.

⁷⁰⁹ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit.

⁷¹⁰ A titolo esemplificativo si veda il caso Stern-Whitehead, riportato da Laura Sugamele, in cui la coppia committente agì in giudizio contro la madre surrogata che si rifiutava di consegnare la bambina. Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» Cit.

⁷¹¹ Ed eventualmente prevedere la possibilità di ottenere l'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna del bambino. Di questa idea è Carmel Shalev, secondo il quale le donne devono accettare la regolamentazione di questo rapporto e la conseguenza dell'eventuale inadempimento se vogliono essere considerate razionali quanto agli uomini e non in balia di ormoni femminili. Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» Cit.

Quanto alla qualificazione giuridica dell'accordo, si rileva una spaccatura nella dottrina. Da un lato vi è chi ritiene necessario distinguere tra accordo a titolo oneroso – che avrebbe natura contrattuale – e accordo a titolo gratuito che, invece, non potrebbe essere considerato un contratto perché manchevole del requisito della patrimonialità ex art. 1321 c.c.. D'altra parte, c'è chi nega in assoluto – quindi senza distinzioni in base all'esistenza di un compenso – la configurabilità di un contratto di maternità surrogata perché tale accordo non è volto alla regolamentazione di «un rapporto giuridico patrimoniale»⁷¹², bensì di atti di disposizione del proprio corpo e *status* familiari⁷¹³.

Quanto, invece, alla efficacia e validità dell'accordo, si ritrovano alcune pronunce sparse in cui i giudici, prima dell'intervento della L. 40/2004, avevano riconosciuto la validità – e quindi l'efficacia – dell'accordo di maternità surrogata, purché a titolo gratuito⁷¹⁴. Vi era invece unanimità, in dottrina e giurisprudenza, sulla nullità per illiceità della causa (ex art. 1343 c.c.) dell'accordo di surrogazione di maternità a titolo oneroso⁷¹⁵. Questo comune indirizzo di dottrina e giurisprudenza è stato poi confermato dalla L. 40/2004 che, prevedendo un divieto assoluto di maternità surrogata, ha risolto ogni eventuale dubbio sulla questione. Ecco che l'accordo di surrogazione di maternità, indifferentemente se a titolo oneroso o a titolo gratuito, sarà nullo ex art. 1343 c.c. perché avente causa contraria a norme imperative, nello specifico l'art. 12, comma 6 della L. 40/2004⁷¹⁶.

Dalla nullità discende l'impossibilità di configurare in capo alle parti degli obblighi giuridicamente rilevanti nascenti dall'accordo⁷¹⁷. Questo significa che l'eventuale rifiuto della surrogata di consegnare alla coppia committente il bambino dopo la nascita non costituirà un inadempimento contrattuale e non darà luogo ad alcuna responsabilità ex *contractu* della donna che non potrà, quindi, essere chiamata né all'esecuzione in forma specifica né al risarcimento del danno⁷¹⁸. L'accordo di surrogazione non può mai – a maggior ragione essendo nullo – modificare i criteri per l'attribuzione degli *status* di genitori che, essendo di per sé indisponibili, si costituiranno nei modi – e nei confronti

⁷¹² Art. 1321 c.c.

⁷¹³ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit.

⁷¹⁴ Trib. Roma, Ordinanza del 17 febbraio 2000 in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483.

⁷¹⁵ La prima decisione in questo senso è Trib. Monza, Sentenza del 30 maggio 1989 in *Dir. famiglia*, 1990, p. 173 ss. Per un riassunto del caso deciso dal Tribunale di Monza si veda Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» Cit.

⁷¹⁶ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit.

⁷¹⁷ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁷¹⁸ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit.

dei soggetti – previsti dalla legge⁷¹⁹. A fronte del silenzio del legislatore sulla questione nell'ambito della maternità surrogata, è compito dell'interprete individuare quale sia la previsione applicabile tra le tre che possono astrattamente venire in rilievo, ossia l'art. 8 e 9 della L. 40/2004 e l'art. 269 c.c.⁷²⁰.

Procedendo con ordine, l'art. 8 della L. 40/2004 è la trasposizione legislativa della regola generale che nell'ambito della PMA attribuisce la genitorialità a coloro che hanno prestato il consenso alle tecniche, sulla scorta del principio di responsabilità procreativa. Nel caso della maternità surrogata, però, il consenso espresso dalle parti è da ritenersi viziato in quanto avente oggetto giuridicamente impossibile. In altre parole, il consenso ad una tecnica vietata dall'ordinamento non può essere considerato utile ed efficace ai fini dell'attribuzione della maternità o della paternità.

Anche l'applicazione analogica dell'art. 9, comma 3 della L. 40/2004 – che se riferito alla maternità surrogata sembra individuare come madre colei che partorisce⁷²¹ – non appare del tutto ragionevole. La disposizione in questione, infatti, è pensata avendo in mente un donatore per nulla interessato ad assumersi la responsabilità di un figlio e che si limita a fornire il suo materiale genetico, di per sé non sufficiente alla creazione di un embrione⁷²². Evidente la diversità dal punto di vista fenomenologico con la maternità surrogata, dove la coppia committente di fatto fornisce alla surrogata un embrione “perfetto”, che poi verrà impiantato nel suo utero, allo scopo di diventare genitori⁷²³.

Alla luce di quanto detto sembra, quindi, doversi preferire la disciplina codicistica dettata in riferimento alla procreazione naturale, ossia l'art. 269 c.c.⁷²⁴ Così, l'eventuale conflitto tra madre surrogata e madre committente sarà risolto in favore della prima essendo colei che ha partorito il bambino⁷²⁵.

⁷¹⁹ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit

⁷²⁰ Si veda anche Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» (Cit.) e Stefanelli, Stefania. «Accertamento della maternità nella gestazione per altri.» (Cit.)

⁷²¹ «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.» art. 9, c. 3 della L.40/2004.

⁷²² L'art. 9, c. 3 della L. 40/2004, infatti, si riferisce espressamente al caso di fecondazione eterologa.

⁷²³ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit.

⁷²⁴ Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» Cit.

⁷²⁵ Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» Cit.

4.3 *Divieto di maternità surrogata nella L. 40/2004*

Venendo ora alla disciplina organica dettata in materia di maternità surrogata, si può affermare che l'atteggiamento del legislatore del 2004 è stato di netta chiusura e disfavore. Il comma 6 dell'art. 12 in questo senso appare *tranchant*: «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».

La *ratio* dell'assolutezza del divieto si ritrova nella tutela della dignità umana⁷²⁶ – sia della donna anche del bambino – che si compie, secondo il legislatore, anche attraverso la disincentivazione del fenomeno della conclusione di accordi nei quali una donna (dietro pagamento o gratuitamente) si impegna a portare a termine una gravidanza per altri⁷²⁷.

In caso di violazione del divieto, le sanzioni previste colpiranno tutti i soggetti che hanno consapevolmente preso parte all'applicazione della tecnica vietata. Così non solo la madre surrogata e la coppia committente ma anche eventuali intermediari, come la struttura sanitaria, saranno puniti, se non nel caso in cui fossero stati all'oscuro della natura surrogatoria della tecnica realizzata⁷²⁸. È dubbio, invece, se possa rilevare a titolo di concorso nel reato la mancata indicazione da parte del medico o dell'ostetrica della madre che ha partorito, in violazione di quanto previsto dall'art. 9, c.2 della L. 40/2004⁷²⁹.

Oltre a quanto previsto dall'art. 12 c. 6, i singoli comportamenti che le parti pongono in essere realizzando un accordo di maternità surrogata sono idonei ad integrare altre fattispecie incriminatrici previste dal nostro ordinamento⁷³⁰. Così, ad esempio, la consegna del bambino alla coppia committente integra il reato previsto dall'art. 71 della L. 184/1983, rubricato "affidamento illegale di minore"⁷³¹.

Infine, è solo il caso di accennare alla questione della configurabilità del reato ex art. 12 c. 6 nel caso in cui la coppia committente abbia legittimamente avuto accesso alla maternità surrogata in un Paese estero dove questa è ammessa. Sul tema la Corte di

⁷²⁶ Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» Cit.

⁷²⁷ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁷²⁸ Infatti, la coppia committente in accordo con la madre surrogata potrebbe mentire e dichiarare falsamente di avere i requisiti necessari alla fecondazione assistita. (Ad esempio, il padre committente si dichiara convivente della madre surrogata). Così potrebbe succedere che l'Azienda sanitaria sia convinta di realizzare un intervento di fecondazione omologa o eterologa.

⁷²⁹ Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» Cit.

⁷³⁰ Per altri esempi e un approfondimento maggiore si veda Dolcini, Emilio, e Gian Luigi Gatta. *Codice penale commentato – Tomo III edizione V*. Wolters Kluwer, luglio 2021.

⁷³¹ Cassazione penale, Sez. VI., Sentenza del 17 gennaio 2019, n. 2173.

Cassazione⁷³² registra l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla necessità, ai fini della punibilità in Italia, che la condotta sia sanzionata penalmente anche dallo Stato estero⁷³³. In altre parole, se nel Paese nel quale la coppia si è recata il ricorso alla maternità surrogata risulta legittimo, la sanzionabilità – ex. art. 12 c.6 della L. 40/2004 – della coppia una volta tornata in Italia è dubbia.

Riassumendo, la maternità surrogata – o gestazione per altri – risulta essere la tecnica di PMA più delicata e sensibile dal punto di etico-sociale. La reazione dell'ordinamento a questo fenomeno complesso può forse essere giudicata come eccessivamente frettolosa o superficiale, essendosi il legislatore limitato a vietare – e sanzionare di conseguenza – il ricorso alla tecnica⁷³⁴. Ciononostante, la scelta di precluderne in assoluto l'accesso risulta adeguata⁷³⁵, non solo perché non eccede il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dalla Corte Edu⁷³⁶ ma, soprattutto, perché sembra rispecchiare il sentire comune⁷³⁷, di cui il legislatore dovrebbe sempre farsi interprete.

A conclusione di questo capitolo dedicato ai modi che le coppie omosessuali hanno per realizzare il proprio progetto familiare, possono essere fatte alcune considerazioni. In primo luogo, è emerso chiaramente che in Italia risulta di fatto preclusa una via legittima alla genitorialità d'intenzione per la famiglia omosessuale, essendogli impedito il ricorso all'adozione e alla fecondazione eterologa ed essendo vietata in assoluto la surrogazione di maternità⁷³⁸. In secondo luogo, la materia è regolata da due discipline legislative – la legge sulle adozioni e la legge sulla PMA – che sono ormai risalenti e quindi non del tutto in linea con la realtà sociale e il sentire comune oggi esistente. Basandosi su questa considerazione si può criticare al legislatore un eccessivo

⁷³² Cass. Pen., Sez. V, Sentenza del 5 aprile 2016, n.13523. In questa sentenza, proprio in ragione dei contrasti giurisprudenziali rilevati, la Cassazione proscioglie i due imputati che erano ricorsi alla maternità surrogata in Ucraina.

⁷³³ Rosani, Domenico. «The Best Interests of the Parents». La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017: 109-134.

⁷³⁴ Manca, come abbiamo visto, non solo un'indicazione sull'accertamento di maternità (che invece è espressamente previsto in fecondazione eterologa, anche in violazione del parziale divieto), ma anche sulle conseguenze, dal punto di vista penale e civile, dell'eventuale ricorso alla tecnica effettuato all'estero.

⁷³⁵ Scelta difesa anche dalla Corte costituzionale che nella sentenza 272 del 2017 afferma che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». [Corte costituzionale, Sentenza del 22 novembre 2017, n. 272. G. U. del 20/12/2017 n. 51.]

⁷³⁶ Margine che è estremamente ampio proprio per la delicatezza dal punto di vista etico della questione. Corte Edu, Sentenza del 26 giugno 2014, caso *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*.

⁷³⁷ Anche esistono delle proposte legislative volte ad aprire le porte alla maternità surrogata. Si segnala, a titolo esemplificativo, la proposta dell'Associazione Luca Coscioni, consultabile nel sito <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/01/Ass.-Coscioni-ALTRI-Relazione-Proposta-di-Legge-GPA-15.1.21.pdf>

⁷³⁸ È consentito solo l'accesso all'affido familiare che, però, è pensato come una misura temporanea.

immobilismo in materia di omogenitorialità, testimoniato anche dai numerosi interventi giurisprudenziali – di merito e costituzionali – che si sono resi necessari per adeguare l'ordinamento alle nuove esigenze di tutela messe in luce dalla realtà, in una prospettiva di maggiore giustizia sostanziale. Infine, si rileva che anche la Corte costituzionale ha in certe occasioni ⁷³⁹ preferito evitare di prendere una posizione netta in materia, riaffermando la competenza primaria del legislatore in merito a questioni aventi una certa rilevanza etico-politica.

⁷³⁹ In particolare in tema di requisiti soggettivi per l'accesso all'adozione e, soprattutto, alla fecondazione eterologa.

Capitolo IV: Turismo procreativo: le questioni giuridiche che l'ordinamento si trova ad affrontare

Come abbiamo avuto modo di appurare, l'omogenitorialità sembra essere fronteggiata, o quantomeno sfavorita, dal legislatore italiano che ha imposto – attraverso la L. 184/1993 e la L. 40/2004 – una disciplina piuttosto restrittiva⁷⁴⁰ degli istituti e delle tecniche volti a realizzarla. Ciò ha portato le coppie omosessuali a rivolgere lo sguardo all'estero⁷⁴¹ – verso quei Paesi che permettono un più ampio accesso alle tecniche di PMA o all'adozione –, alimentando il fenomeno del c.d. turismo procreativo⁷⁴². L'ordinamento si trova così a dover affrontare due questioni giuridiche estremamente rilevanti: da un lato l'ammissibilità della formazione in Italia di un certificato di nascita recante l'indicazione di due madri e dall'altro il riconoscimento (e quindi la trascrivibilità nei registri di stato civile) di atti di nascita formati all'estero o sentenze di autorità giurisdizionali estere che identifichino come genitori due persone dello stesso sesso⁷⁴³.

1 Formazione degli atti di nascita di bambini nati in Italia a seguito di fecondazione eterologa all'estero

La situazione che si esaminerà in questo paragrafo non può che riguardare una coppia omosessuale femminile⁷⁴⁴ che, vistasi precluso l'accesso in Italia, si reca all'estero per ricorrere alla fecondazione assistita di tipo eterologo e poi tornare in patria per il parto. La questione che viene qui il rilievo riguarda, quindi, la possibilità di formare in Italia un atto di nascita – del bambino nato in Italia a seguito del ricorso alla fecondazione eterologa all'estero – recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso. Ci si domanda, in altre parole, se entrambe le madri siano ammesse dall'ordinamento,

⁷⁴⁰ Attraverso la previsione di requisiti soggettivi e divieti la cui efficacia è assicurata da sanzioni anche piuttosto gravi.

⁷⁴¹ Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» Cit.

⁷⁴² Imputare il fenomeno del turismo riproduttivo alle sole coppie omosessuali sarebbe riduttivo ed errato. I limiti imposti dalla L. 40/2004, nonché le difficoltà pratiche che si riscontrano nel cercare di accedere alla fecondazione eterologa o l'adozione, hanno spinto (e spingono tutt'ora) anche molte coppie eterosessuali a ricorrere a queste tecniche all'estero.

⁷⁴³ Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 1° agosto 2022: p. 849.

⁷⁴⁴ Per la coppia formata da due uomini è necessaria la maternità surrogata. È quindi difficile che la procedura, iniziata all'estero, si concluda con il parto della surrogata in Italia.

soprattutto in relazione ai limiti imposti all'operato dell'ufficiale di stato civile, alla dichiarazione e/o al riconoscimento della filiazione⁷⁴⁵.

La posizione della madre c.d. gestante è piuttosto chiara, potendo, senza alcun dubbio da parte della dottrina o della giurisprudenza, dichiarare di essere la madre del bambino in conformità con la regola, scelta dall'ordinamento italiano, per cui è madre chi partorisce. Questo stesso principio – che, come abbiamo visto, risulta uno dei cardini dell'accertamento della genitorialità nel nostro Paese⁷⁴⁶ – è una delle ragioni per cui, invece, la madre di intenzione – che potrebbe anche essere la madre “genetica” – si vede negata la possibilità di riconoscere il bambino⁷⁴⁷, anche nel caso in cui dovesse avere con lui un legame genetico⁷⁴⁸. Secondo dottrina e giurisprudenza ormai maggioritarie, infatti, l'ordinamento escluderebbe categoricamente la formazione in Italia di un atto di nascita *ab initio* che attesti la genitorialità di due persone dello stesso sesso⁷⁴⁹.

Le ragioni che hanno portato all'affermazione di questa perentoria preclusione – accanto, appunto, alla regola per cui è madre colei che partorisce – sono da rinvenire nella rigida disciplina dettata in materia di operato dell'ufficiale di stato civile, al quale non viene lasciata alcuna discrezionalità operativa⁷⁵⁰. La sua attività – ossia la redazione degli atti di stato civile, tra i quali si inserisce anche l'atto di nascita – risulta, infatti, vincolata dalla legge⁷⁵¹ e dalle indicazioni, cogenti per l'ufficiale civile, date dal Ministero dell'interno⁷⁵². In questo senso, l'ufficiale di stato civile chiamato alla formazione di un atto di nascita

⁷⁴⁵ Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» *Famiglia e Diritto*, n. 6, 1° giugno 2022: 581.

⁷⁴⁶ Si veda Capitolo 1 § 4.1.

⁷⁴⁷ Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» Cit.

⁷⁴⁸ Il legame genetico che eventualmente potrebbe esserci tra la madre sociale e il bambino non ha alcun rilievo giuridico. L'unico modo che potrebbe essere utilizzato per farlo valere, ossia la domanda di accertamento della maternità, ha in realtà una *ratio* completamente diversa, essendo diretto a dimostrare la corrispondenza tra colei che viene indicata come madre nell'atto di nascita e colei che ha partorito. Per un maggior approfondimento si veda Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» (Cit.) o Lupo, Maria. «Commento online al Codice Civile commentato di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» (Cit.) in riferimento all'art. 269 c.c..

⁷⁴⁹ Calvigioni, Renzo. «L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione.» *Famiglia e Diritto*, n. 6, 1° giugno 2020: 537.

⁷⁵⁰ Calvigioni, Renzo. «L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione.» Cit.

⁷⁵¹ Così l'art. 11, c. 3 del D.P.R. n. 396/2000 [D. P. R. del 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*. G. U. del 30.12.2000, n. 223] prevede che: «L'ufficiale dello stato civile non può enunciare, negli atti di cui è richiesto, dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto».

⁷⁵² Così gli artt. 9 e 12 del D.P.R. n. 396/2000 stabiliscono rispettivamente che «[L']ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno» e che «[G]li atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno».

indicante due madri dovrà esimersi da valutazioni – come la corrispondenza all’interesse del minore – che vadano oltre la conformità della richiesta alla legge e che sono di esclusiva competenza del giudice. Ecco che, di fronte alla richiesta congiunta di riconoscimento della filiazione da parte di due madri, l’ufficiale di stato dovrà registrare quella della gestante e rifiutare quella della madre sociale – ancorché madre genetica – in relazione a quanto previsto dall’art. 269 c.c., nonché al limite implicito contenuto nella L. 76/2016. Quest’ultima, per usare le parole della Corte costituzionale⁷⁵³, «pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso - non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore. Dal rinvio che il comma 20 dell’art. 1 di detta legge opera alle disposizioni sul matrimonio (cosiddetta clausola di salvaguardia) restano, infatti, escluse, perché non richiamate, quelle, appunto, che regolano la paternità, la maternità e l’adozione legittimante»⁷⁵⁴.

A fronte dell’impossibilità di un riconoscimento congiunto in occasione della formazione dell’atto di nascita, dottrina e giurisprudenza hanno individuato un metodo alternativo per formalizzare il rapporto tra la madre sociale – non rileva che sia anche madre genetica o solo madre d’intenzione – e il bambino, ossia l’adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d) della L. 40/2004⁷⁵⁵.

1.1 Inadeguatezza dell’adozione in casi particolari

Se da un lato questa soluzione ha il pregio di non lasciare privo di riconoscimento un legame di fatto importantissimo per il minore, dall’altro non si presenta come la soluzione più adeguata alla tutela dell’interesse dello stesso. Di questa opinione è anche la Corte costituzionale che nella sentenza n. 32/2021⁷⁵⁶ parla di “insufficienza tangibile” dell’adozione in casi particolari e riscontra una «una preoccupante lacuna dell’ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi, a fronte di quanto in forte sintonia affermato dalla giurisprudenza delle due corti europee, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell’identità personale».

⁷⁵³ Corte costituzionale, Sentenza del 21 ottobre 2019, n. 237. G. U. del 20/11/2019 n. 47.

⁷⁵⁴ Per un maggior approfondimento si veda Calvigioni, Renzo. «L’ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione.» Cit.

⁷⁵⁵ Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall’introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» Cit.

⁷⁵⁶ Corte costituzionale, Sentenza del 28 gennaio 2021, n.32. G. U. 10/03/2021 n. 10.

Il caso che ha dato origine alla questione di legittimità riguarda una coppia di donne recatasi all'estero per avere accesso alla fecondazione eterologa e poi tornata in Italia prima della nascita delle bambine concepite. Dopo la fine della relazione romantica tra le donne, la madre sociale si vedeva privata di ogni possibilità di riconoscimento e tutela del proprio legame con le bambine, legalmente figlie della sola madre gestante, essendole preclusa sia la via del riconoscimento⁷⁵⁷ sia quella dell'adozione in casi particolari⁷⁵⁸. Per queste ragioni adiva il Tribunale di Padova, il quale solleva la questione di legittimità costituzionale ritenendo gli artt. 8 e 9 della L. 40/2004 e l'art. 250 c.c. contrari a Costituzione⁷⁵⁹, nella parte in cui «non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche da parte della madre intenzionale, che ha prestato il consenso alla pratica fecondativa, se non sia possibile procedere all'adozione nei casi particolari, qualora sia accertato giudizialmente l'interesse del minore»⁷⁶⁰.

La risposta della Corte risulta piuttosto curiosa, tanto da poterla definire, utilizzando le parole di Alfio Guido Grasso⁷⁶¹, come una sentenza di «inammissibilità-monito» o di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata». La Consulta, infatti, ravvisa una insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari – non essendo questa adeguatamente effettiva e celere⁷⁶² – a tutelare e riconoscere il rapporto con la madre sociale; ma decide di non intervenire a sanare la lacuna, ritenendo invece necessario e più opportuno un intervento del legislatore⁷⁶³. È utile riportare le esatte parole della Corte, inserite a conclusione della decisione n. 32/2021: «[N]el dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore

⁷⁵⁷ Che, come abbiamo visto, non è ammesso da parte di due genitori dello stesso sesso.

⁷⁵⁸ In quanto l'altra donna rifiutava di fornire il proprio consenso, necessario ai fini dell'adozione in casi particolari.

⁷⁵⁹ In particolare, in relazione agli artt. 2, 3, 30 e 117, quest'ultimo come parametro interposto di costituzionalità per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU e artt. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Per un maggiore approfondimento di veda Checchini, Bianca. «L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1° maggio 2021: 609.

⁷⁶⁰ Corte costituzionale n. 32/2021.

⁷⁶¹ Grasso, Alfio Guido. «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).» *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2021: 700.

⁷⁶² Per un maggiore approfondimento si veda Grasso, Alfio Guido. «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).» (Cit.) e Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» (Cit.).

⁷⁶³ Grasso, Alfio Guido. «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).» Cit.

circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia»⁷⁶⁴. La Corte, comunque, pur limitando il proprio raggio di intervento a favore di una maggiore discrezionalità del legislatore, sottolinea l'impellenza di un intervento volto a riscrivere le regole in materia di accertamento o ad introdurre una nuova forma di adozione, in modo da assicurare una adeguata tutela⁷⁶⁵ dell'interesse del minore⁷⁶⁶.

1.2 Copiosa giurisprudenza in materia

Se quindi, come abbiamo accennato *supra*, l'impossibilità di formare un atto di nascita indicante due mamme è pacificamente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza, sembra utile riportare le decisioni più salienti che hanno contribuito a creare, e poi corroborare, questo orientamento giurisprudenziale.

La prima sentenza delle Giurisdizioni superiori intervenuta espressamente in materia di riconoscimento *ab initio* in Italia della genitorialità omosessuale è la sentenza della Corte costituzionale n. 237/2019⁷⁶⁷. La Consulta – chiamata in causa dal Tribunale di Pisa che era stato a sua volta adito da una coppia di donne che si era vista rifiutare dall'ufficiale di stato civile la dichiarazione congiunta di nascita – pronuncia l'invalidità della questione di legittimità costituzionale⁷⁶⁸ in merito alle disposizioni che non «consentono

⁷⁶⁴ Corte costituzionale n. 32/2021.

⁷⁶⁵ Anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale.

⁷⁶⁶ Grasso, Alfio Guido. «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).» Cit.

⁷⁶⁷ Corte costituzionale n. 237/2019.

⁷⁶⁸ Per un maggiore approfondimento si veda Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 1° agosto 2022: p. 849. Interessante risulta la tesi di Emanuele Bilotti che ritiene che la decisione di inammissibilità per indeterminatezza dell'oggetto della questione dissimuli una decisione di infondatezza. Bilotti, Emanuele. «La Corte costituzionale e la doppia maternità.» *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2021: 664.

Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» *Famiglia e Diritto*, n. 6, 1° giugno 2022: 581.

Calvigioni, Renzo. «L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione.» *Famiglia e Diritto*, n. 6, 1° giugno 2020: 537.

Checchini, Bianca. «L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1° maggio 2021: 609.

Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» *One legale*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., maggio 2022.

Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 1/2015: 143-167.

Grasso, Alfio Guido. «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).» *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2021: 700.

Lupo, Maria. «Commento online al Codice Civile commentato di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» *Wolters Kluwer Italia s.r.l.*, 2022.

di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso»⁷⁶⁹.

Il primo intervento della Cassazione si ha, invece, con la sentenza n. 7668/2020⁷⁷⁰, con la quale la Corte respinge il ricorso di due donne che si erano rivolte alla Corte dopo che la loro richiesta di riconoscimento congiunto era stata respinta dall'ufficiale di stato civile, dal Tribunale di Treviso e dalla Corte d'Appello di Venezia⁷⁷¹. In questa occasione gli Ermellini, mettendo chiaramente in luce il sistema di limiti imposti dalla legge all'ufficiale di stato civile nell'esercizio della sua attività⁷⁷², affermano perentoriamente che nell'ordinamento italiano «una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita, in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico e/o genetico con il nato»⁷⁷³.

Questa sentenza viene poi confermata da un'ulteriore decisione, sempre della Cassazione, intervenuta pochi giorni dopo⁷⁷⁴ e che corrobora l'affermazione della legittimità del rifiuto – da parte dell'ufficiale di stato civile – di ricevere il riconoscimento del rapporto di filiazione di due genitori dello stesso sesso. Le motivazioni della Corte sono particolarmente rivelanti perché pongono a proprio fondamento il divieto di accesso per le coppie omosessuali alle tecniche di PMA – emergente dal combinato disposto degli artt. 5 e 12 della L. 40/2004 – e il comma 20 dell'art. 1 della L. 76/2016 che esclude l'applicazione alle parti dell'unione civile delle disposizioni previste in materia di filiazione e riconoscimento⁷⁷⁵. Così la Cassazione afferma: «[P]uò quindi concludersi che il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la L. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3, e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un

Sesta, Michele. «L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri.» *Famiglia e Diritto*, n. 4, 1° aprile 2020: 325.

⁷⁶⁹ Corte costituzionale n. 237/2019.

⁷⁷⁰ Cass. civ. Sez. I, Sentenza del 3 aprile 2020, n. 7668, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2020, p. 537.

⁷⁷¹ Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» Cit.

⁷⁷² Vedi *supra*.

⁷⁷³ Cass. civ. n. 7668/2020.

⁷⁷⁴ Cass. civ., Sez. I, Sentenza del 22 aprile 2020, n. 8029, in *Il Quotidiano giuridico*, 8 maggio 2020.

⁷⁷⁵ Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» Cit.

rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto»⁷⁷⁶.

Nel 2020 e nel 2021 ci sono poi due decisioni della Corte costituzionale che rilevano ai fini di questo breve esame. Con la prima, la sentenza n. 230 del 2020⁷⁷⁷, la Consulta si limita a ribadire – anche citando diversi precedenti⁷⁷⁸ – l’inammissibilità della questione di legittimità⁷⁷⁹ in ragione dell’ampio margine di discrezionalità riconosciuto in questo campo al legislatore⁷⁸⁰. Nella seconda⁷⁸¹, invece, si spinge oltre e, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, riconosce l’esistenza di una intollerabile lacuna di tutela nell’ordinamento che deve, però, essere risolta dal legislatore che ha prioritaria competenza nell’individuare i mezzi più opportuni per realizzare il migliore interesse del minore⁷⁸².

L’ultimo intervento in ordine di tempo è la recentissima ordinanza n. 6383 del 2022⁷⁸³, con la quale la Cassazione rigetta il ricorso di due donne che chiedevano il riconoscimento della genitorialità sia in capo alla partoriente che in capo alla madre sociale, la quale era anche la madre genetica del bambino. Quest’ultima decisione della Cassazione risulta rilevante sotto diversi punti di vista. In primo luogo, si pone sulla scia delle precedenti sentenze, che vengono anche opportunamente richiamate, contribuendo a corroborare l’orientamento delle Supreme giurisdizioni ormai definito e coerente. In secondo luogo, viene ribadita l’irrelevanza del legame genetico che il bambino può eventualmente avere con l’altra donna, nell’ottica di rispetto della regola scelta dall’ordinamento per cui è madre colei che partorisce. E, infine, l’ordinanza in questione si pone come una sorta di “richiamo all’ordine” nei confronti dei giudici di merito che vengono esortati ad evitare azzardate interpretazioni costituzionalmente orientate della legge, spettando solo alla Corte costituzionale il compito di vigilare sulla legittimità delle leggi. In altre parole, la Cassazione afferma che, in assenza di una declaratoria di incostituzionalità, i giudici di merito devono applicare le norme in questione senza tentare di aprire in via interpretativa soluzioni considerate di giustizia

⁷⁷⁶ Cass. civ. n. 8029/2020

⁷⁷⁷ Corte costituzionale, Sentenza del 20 ottobre 2020, n. 230. G. U. del 11/11/2020 n. 46.

⁷⁷⁸ Tra tutti la decisione della stessa Corte costituzionale n. 221/2019, la sentenza dalla Cassazione n. 7668/2020, nonché la giurisprudenza della Corte Edu (in particolare il caso Gas e Dubois c. Francia).

⁷⁷⁹ Sollevata sempre in riferimento all’impossibilità di riconoscimento del bambino da parte di entrambe le madri.

⁷⁸⁰ Figone, Alberto. «Unioni civili e percorsi di genitorialità.» *Rivista Italiana Avvocati per la Famiglia e i minori*, fascicolo 3/2021: 144-149. e de Strobel, Gabriella. «La genitorialità d'intenzione alla luce della Corte costituzionale n. 230/2020.» *Rivista Italiana Avvocati per la Famiglia e i minori*, fascicolo 3/2021: 150-156.

⁷⁸¹ Corte costituzionale n. 32/2021.

⁷⁸² Vedi *supra*.

⁷⁸³ Cass. civ. Sez. I Ordinanza del 25 febbraio 2022, n. 6383 in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2022, p. 581.

sostanziale, ma di fatto illegittime perché proprie del legislatore in quanto rientranti nella sua competenza⁷⁸⁴. Quest'ultimo aspetto assume una rilevanza per nulla secondaria. Infatti, se – come abbiamo avuto modo di appurare – le Giurisdizioni superiori mantengono una linea coerente ed unitaria in materia; i giudici di merito e gli ufficiali di stato civile, invece, si sono mossi “in ordine sparso”. Così, ad esempio, il Tribunale di Reggio Emilia⁷⁸⁵ ha annullato – su ricorso del Procuratore della Repubblica – il riconoscimento della madre sociale espresso congiuntamente alla partoriente e accettato dall'ufficiale di stato civile. La Corte d'Appello di Cagliari⁷⁸⁶, invece, ha rigettato – confermando la decisione del primo grado – l'impugnazione di un atto di nascita recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso. Emblematica in questo senso è anche la vicenda che ha portato al ricorso in cassazione deciso poi con l'ordinanza n. 6383/2021. In quel caso, infatti, il rifiuto dell'ufficiale civile di ricevere il riconoscimento congiunto delle madri di una bambina nata in Italia dopo fecondazione eterologa all'estero, viene impugnato dalle donne davanti al Tribunale che accoglie il ricorso. In secondo grado, però, la Corte d'Appello riforma la decisione del primo grado, ritenendo legittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile⁷⁸⁷. Ecco che a fronte di numerose decisioni tra loro contrastanti, la Cassazione, con l'Ordinanza in questione, coglie l'occasione per ribadire e confermare l'orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di un riconoscimento del figlio da parte di due donne, e per ammonire i giudici di merito di evitare di fornire delle soluzioni casistiche e *ad personam* ad una questione che richiede l'intervento della Corte costituzionale o, preferibilmente, del legislatore.

2 *Trascrivibilità ed efficacia di provvedimenti (sentenze o atti di nascita) esteri che indicano come genitori di bambini nati attraverso ricorso a tecniche di PMA due persone dello stesso sesso*

Un'altra questione che il c.d. turismo riproduttivo fa emergere riguarda, appunto, la trascrivibilità – e quindi l'efficacia nel nostro ordinamento – di provvedimenti (sentenze o atti di nascita) che diano ragione della genitorialità omosessuale nei confronti del bambino nato all'estero attraverso una tecnica di procreazione medicalmente assistita (sempre eseguita all'estero) vietata⁷⁸⁸ in Italia.

⁷⁸⁴ Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» Cit.

⁷⁸⁵ Trib. Reggio Emilia, Decreto del 28.04.2021.

⁷⁸⁶ Corte d'Appello Cagliari, Decreto del 29 aprile 2021.

⁷⁸⁷ Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» Cit.

⁷⁸⁸ Vietata in termini assoluti come la maternità surrogata o vietata in relazione alla mancanza di requisiti soggettivi come la fecondazione eterologa.

In generale l'ordinamento prevede un doveroso riconoscimento dei provvedimenti esteri (siano essi, per quanto qui rileva, sentenze o atti di nascita) purché questi non siano contrari all'ordine pubblico. Più nel dettaglio, tutte le disposizioni che vengono in rilievo – ossia l'art. 64 della L. 218/1995⁷⁸⁹ sul riconoscimento delle sentenze straniere, l'art. 65 della L. 218/1995 sul riconoscimento di provvedimenti stranieri e l'art. 18 del D.P.R. 396/2000 sulla trascrivibilità dell'atto di nascita – contengono un tassativo divieto di trascrivibilità o riconoscimento dell'atto estero che produce effetti contrari all'ordine pubblico⁷⁹⁰. In altre parole, se l'atto di nascita fosse contrario all'ordine pubblico non potrebbe essere trascritto e sarebbe inefficace in Italia⁷⁹¹. Quindi, per comprendere se nell'ordinamento italiano possa avere effetti un atto legittimamente formato all'estero che individui come genitori due persone dello stesso sesso, è necessario identificare il contenuto della nozione di ordine pubblico e, sulla base di questo, valutare la conformità dell'omogenitorialità. Dopo questa breve premessa, la trattazione dovrà distinguere la coppia genitoriale maschile da quella femminile, in quanto le soluzioni che la giurisprudenza e parte della dottrina danno a queste due questioni sono estremamente diverse.

2.1 Trascrivibilità e riconoscimento provvedimento estero che accerta la genitorialità di due mamme: Cassazione n. 19599/2016

In merito alla situazione di due donne che hanno avuto un figlio all'estero grazie al ricorso alla fecondazione eterologa, è stata la Corte di Cassazione nel 2016⁷⁹² a dare una risposta magistrale e completa ad entrambe le questioni sopra menzionate. La sentenza, che statuisce definitivamente la trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero ed indicante due mamme, è stata molto apprezzata dalla dottrina⁷⁹³ perché arriva alla soluzione attraverso un ragionamento logico e lineare che fonda le sue premesse su una ricostruzione coerente dell'ordinamento giuridico.

Procedendo con ordine, il caso esaminato riguarda una coppia di donne – una spagnola e una italiana – che decide di intraprendere in Spagna un percorso di genitorialità

⁷⁸⁹ Legge del 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. G.U. del 03/06/1995, n. 128.

⁷⁹⁰ Mezzadri, Fabio, e Luca Ghidoni. «Art. 18 D.P.R. 03-11-2000, n. 396 - Casi di intrascrivibilità.» Wolters Kluwer Italia s.r.l. - ONE LEGALE, 12 settembre 2022.

⁷⁹¹ Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» *Il Corriere Giuridico*, n. 2, 1° febbraio 2017: 181.

⁷⁹² Cass. civ. Sez. I, Sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Il Corriere Giuridico*, n. 2, 1 febbraio 2017, p. 181.

⁷⁹³ Così Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» (Cit.) e Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» *Giurisprudenza Italiana*, n. 10, 1° ottobre 2017: 2075.

comune attraverso la fecondazione eterologa⁷⁹⁴. Il bambino, nato in Spagna, assume la cittadinanza spagnola e il cognome di entrambe le madri, le quali – dopo la separazione consensuale avvenuta in Spagna – chiedono la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio, che viene rifiutata dall'ufficiale di stato di Torino per ragioni di ordine pubblico. Le donne impugnano il rifiuto davanti al Tribunale di Torino che respinge il ricorso. È poi la Corte d'Appello a ribaltare la decisione di primo grado, propendendo per la trascrivibilità, soluzione che verrà poi confermata dalla Cassazione⁷⁹⁵.

La Corte si premura⁷⁹⁶ di circoscrivere, individuandolo con precisione, l'oggetto del giudizio al solo riconoscimento in Italia – attraverso la trascrizione nei registri di stato civile – degli effetti di un provvedimento (o atto) straniero legittimamente formato secondo la legge del Paese estero. Ciò significa che il ricorso delle madri, e quindi la successiva decisione della Cassazione, non può essere strumentalizzato né per sostenere che sia stata introdotta una modifica alla disciplina interna relativa al riconoscimento in Italia della doppia maternità, né, a maggior ragione, per affermare che si sia aperta la strada all'applicabilità diretta della legge straniera⁷⁹⁷. Così i giudici sentenziano che «il giudizio riguardante la compatibilità con l'ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato è finalizzato non già ad introdurre in Italia direttamente la legge straniera, come fonte autonoma e innovativa di disciplina in materia, ma esclusivamente a riconoscere effetti in Italia ad uno specifico atto o provvedimento straniero relativo ad un particolare rapporto giuridico tra determinate persone»⁷⁹⁸.

2.1.1 Nozione di ordine pubblico

Venendo ora al merito della sentenza, la Corte afferma che per ordine pubblico deve intendersi quel «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»⁷⁹⁹. Ecco che i giudici accolgono una

⁷⁹⁴ In particolare, la donna italiana ha fornito l'ovocita che è stato fecondato con gameti di un donatore terzo e poi impiantato nell'utero della donna spagnola che ha portato a termine la gravidanza.

⁷⁹⁵ Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» (Cit.) e Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» (Cit.)

⁷⁹⁶ Replicando ad un'obiezione del Ministero dell'interno.

⁷⁹⁷ Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» (Cit.) e Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» (Cit.)

⁷⁹⁸ Cass. n. 19599/2016.

⁷⁹⁹ Cass. n. 19599/2016.

definizione piuttosto ristretta di ordine pubblico internazionale⁸⁰⁰ che tiene conto del percorso evolutivo compiuto dal concetto. Viene, infatti, superata la «prospettiva [...] di ispirazione statualista degli anni Trenta del secolo scorso» che, legando il concetto di ordine pubblico a quello di buon costume, lo poneva come baluardo a protezione della fondamentale e irrinunciabile struttura etica e sociale del Paese, definita dal legislatore attraverso scelte politiche e leggi ordinarie⁸⁰¹. Oggi, invece, «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario»⁸⁰². Di conseguenza, un atto estero non verrà trascritto – non producendo, così, effetti nell’ordinamento italiano – solo nel caso in cui sia espressione di scelte che sono precluse anche al legislatore ordinario italiano in quanto contrarie ai principi cardine del panorama costituzionale⁸⁰³. Ed, infatti, la Cassazione precisa che «un contrasto con l’ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente ad una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è 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»⁸⁰⁴.

Che questa definizione di ordine pubblico sia quella a cui fanno riferimento la L. 218/1995 e il D.P.R. 396/2000 viene poi confermato sempre dalla Cassazione che afferma che l’ordine pubblico «attiene ad "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'uomo»⁸⁰⁵.

2.1.2 Interesse del minore

Non vi è alcun dubbio che all’interno dell’ordine pubblico così precisamente definito rientri la tutela dell’interesse del bambino, il quale assume un valore giuridico

⁸⁰⁰ Non viene messo in discussione che la L. 218/1995 parli di ordine pubblico internazionale e non di ordine pubblico interno – ossia l’insieme di disposizioni interne che limitano l’autonomia privata – come definito dalla sentenza della Cassazione. Per un maggiore approfondimento si veda Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» *Famiglia e Diritto*, n. 7, 1° luglio 2019: 653.

⁸⁰¹ Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» Cit.

⁸⁰² Cass. n. 19599/2016.

⁸⁰³ Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» Cit.

⁸⁰⁴ Cass. n. 19599/2016.

⁸⁰⁵ Mezzadri, Fabio, e Luca Ghidoni. «Art. 18 D.P.R. 03-11-2000, n. 396 - Casi di intrascrivibilità.» Cit.

fondamentale e centrale in materia di filiazione (anche omosessuale), così come viene evidenziato da diverse pronunce giurisprudenziali interne e sovranazionali, nonché da fonti normative nazionali ed internazionali⁸⁰⁶.

Per quanto qui rileva, l'interesse del bambino si concretizza nel diritto all'identità e alla continuità degli *status*⁸⁰⁷. Nel dettaglio, il diritto all'identità personale si sostanzia anche nel diritto a mantenere la cittadinanza e il cognome del genitore nel momento in cui, come nel caso di specie, siano stati già acquisiti dal bambino⁸⁰⁸. Così, «[I]l mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente in Spagna [...], determinerebbe una "incertezza giuridica", già stigmatizzata dalla Corte Edu (nel più volte menzionato caso *Menesson c. Francia*), ovvero una "situazione giuridica claudicante" (Corte federale tedesca del 2014 cit.), che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità, non solo di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, ma anche [...] di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini»⁸⁰⁹.

Stabilito che la trascrivibilità dell'atto contenente l'indicazione di due mamme è conforme all'ordine pubblico internazionale in quanto corollario del superiore interesse del bambino, la Corte passa all'esame l'ordinamento per individuare eventuali altri principi, che – in quanto a loro volta espressione dell'ordine pubblico e dei fondamenti costituzionali – possono determinare una legittima limitazione dell'interesse del minore⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ Così a titolo di esemplificazione, si possono riportare Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 26 giugno 2014, caso *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*; Cassazione, Sentenza dell'11 gennaio 2013, n. 601; L. 151/1975; L. 219/2012; Convenzione di New York del 1989 e la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciullo del 1996. Per un maggiore approfondimento si veda Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» Cit.

⁸⁰⁷ «L'interesse superiore del minore [...] nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea.» Cass. n. 19599/2016.

⁸⁰⁸ Nel caso di specie, infatti, il minore aveva acquistato anche la cittadinanza italiana in quanto riconosciuto come figlio anche della donna italiana dall'ordinamento spagnolo. Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» Cit.

⁸⁰⁹ Cass. n. 19599/2016.

⁸¹⁰ Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» Cit.

Appurato che la verità biologica⁸¹¹ e la sanzionabilità del comportamento dei genitori – recatesi all'estero per eludere il divieto di accesso previsto dalla L. 40/2004⁸¹² – non sono, ovviamente, sufficientemente rilevanti per determinare una compromissione dell'interesse del minore; «[I] problema di fondo è quello di chiarire se costituisca principio di ordine pubblico internazionale il paradigma eterosessuale»⁸¹³. Sulla base di quanto riportato ed esaminato fino ad ora pare corretto escluderlo. Infatti, come più volte ribadito, se è vero che la Costituzione riserva al matrimonio – e quindi non alla relazione eterosessuale in quanto tale – un valore giuridico e sociale più rilevante, questo non significa che lo elevi a principio cardine, fondamentale e, soprattutto, irrinunciabile del nostro ordinamento. A riprova di questo si riporta non solo la ormai modificata realtà sociale che si compone di eterogenee forme familiari, ma anche il fatto che le ancora superstiti⁸¹⁴ distinzioni sulla base dell'orientamento sessuale o del genere dei genitori sono incardinate solamente in leggi ordinarie che, come tali, non costituiscono fonti dell'ordine pubblico internazionale per come è stato definito dalla Cassazione n. 19599/2016⁸¹⁵.

In realtà, nella sentenza gli Ermellini si spingono anche oltre, rindirizzando il *focus* dell'attenzione nuovamente sul bambino, piuttosto che sul genere dei genitori. Così la scelta della trascrivibilità viene motivata anche «in termini di non discriminazione del figlio per il fatto di essere stato generato da una coppia di donne. Non si tratta, infatti, di confrontare la situazione delle coppie dello stesso sesso con quella delle coppie di sesso diverso. Si tratta invece di confrontare la situazione dei bambini con due mamme rispetto a quella dei bambini con una mamma ed un papà per escludere che sia ragionevole un trattamento discriminatorio dei primi rispetto ai secondi»⁸¹⁶. Ed infatti nella sentenza si legge: «[N]on si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori [...] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia»⁸¹⁷.

⁸¹¹ Coma abbiamo osservato in più occasioni, l'accertamento e l'attribuzione dello *status* di figlio non risponde sempre al principio della verità biologica, essendo a volte preferito quello della responsabilità.

⁸¹² Così la Cassazione afferma che « [le] conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato e che ha un diritto fondamentale alla conservazione dello status legittimamente acquisito all'estero.» Cass. n. 19599/2016.

⁸¹³ Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» Cit.

⁸¹⁴ Molte, come abbiamo visto, solo state eliminate dalla giurisprudenza, anche costituzionale.

⁸¹⁵ Bensì mere scelte politiche che rientrano nella discrezionalità del legislatore. [Corte costituzionale n. 221/2019 e n. 237/2020.]

⁸¹⁶ Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» Cit.

⁸¹⁷ Cass. n. 19599/2016.

Per queste ragioni la Corte di Cassazione conclude che l'atto di nascita straniero da cui risulta la nascita di un figlio da due madri, non è di per sé contrario all'ordine pubblico, nemmeno in ragione del divieto di accesso alle tecniche di PMA per la coppia omosessuale statuito dal legislatore del 2004 (e poi confermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 221/2019). La trascrivibilità, e quindi l'efficacia, dell'atto di nascita straniero è stata nuovamente confermata sia dalla Corte di Cassazione⁸¹⁸ che dalla Corte costituzionale⁸¹⁹.

In conclusione, è interessante riportare un passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2021, che mette in luce l'ingiustificata – anche se non illegittima⁸²⁰ – disparità di trattamento che subiscono i figli nati in Italia da due madri che hanno intrapreso un percorso di genitorialità programmata all'estero, rispetto a tutti gli altri (e, in particolare come abbiamo visto, a coloro che nascono nel Paese dove la tecnica, vietata in Italia, viene realizzata):

«Da quanto detto risulta evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi».

2.2 Trascrivibilità e riconoscimento del provvedimento estero che accerta la genitorialità di due papà

Estremamente diversa è, come abbiamo accennato, la situazione della coppia genitoriale maschile recatasi all'estero per ricorrere alla maternità surrogata e che chiede, una volta tornata in Italia, il riconoscimento della doppia genitorialità nei confronti del bambino. Ai fini della valutazione dell'ammissibilità di questa richiesta, rileva – oltre alle norme che già sono state menzionate in tema di riconoscibilità dell'efficacia del

⁸¹⁸ La Cassazione ha confermato la legittimità della trascrizione di un atto di nascita formato all'estero di un bambino figlio di due madri, di cui quella d'intenzione (senza alcun legame biologico o genetico) italiana. Cass. civ., Sez. I, sentenza del 23 agosto 2021, n. 23319, in *Famiglia e Diritto*, 2/2022, p.154.

⁸¹⁹ Nella sentenza n. 230/2020 la Corte costituzionale riporta che «ai fini della (ammessa) trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero, l'annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile [...] è stata riconosciuta non contraria a principi di ordine pubblico secondo le disposizioni di diritto internazionale privato».

⁸²⁰ Come abbiamo visto, infatti, la Consulta considera questa disparità una lacuna che deve essere superata dal legislatore e per questo decide di pronunciare una sentenza di inammissibilità delle questioni costituzionali sollevate dai ricorrenti.

provvedimento straniero per la coppia lesbica, ossia gli artt. 64 e 65 della L. 218/1995 e l'art. 18 del D.P.R. 396/2000⁸²¹ – anche il divieto assoluto di maternità surrogata previsto dalla L. 40/2004. Risulta così necessario inquadrare la rilevanza di questa previsione, o in altre parole, decidere se si tratti di una legittima scelta discrezionale del legislatore o un principio di ordine pubblico. Ecco che, se il divieto di maternità surrogata viene considerato come una scelta politica del legislatore, allora il provvedimento indicante due padri dovrà essere riconosciuto e trascritto – proprio come avviene nel caso di coppia omosessuale femminile. Se, invece, l'impossibilità di ricorrere alla maternità surrogata viene riconosciuta quale espressione di un principio di ordine pubblico, allora l'atto straniero non potrà fare ingresso nel nostro ordinamento.

È solo in caso di accennare in via del tutto incidentale che la questione sul riconoscimento di un atto che dia ragione della realizzazione di un accordo di gestazione per altri non interessa solo coppia omosessuale maschile ma può astrattamente coinvolgere anche quella eterosessuale, proprio in ragione dell'assolutezza del divieto di maternità surrogata⁸²².

Anche nell'ambito della coppia genitoriale formata da due uomini è stata la giurisprudenza a individuare la soluzione, ancorché non definitiva e da più parti criticata, al problema della trascrivibilità. È quindi analizzando in successione le diverse pronunce che sono intervenute che si può arrivare a prevedere come la questione potrà ancora evolversi nel futuro.

2.2.1. Cassazione, Sessioni Unite, sentenza n. 12193 del 2019: divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico

La pronuncia che ha dato il via alla discussione in ambito giurisprudenziale è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 12193/2019⁸²³ che ha chiarito i contorni della definizione di ordine pubblico, facendovi rientrare anche il divieto di maternità surrogata. L'occasione che ha consentito questa presa di posizione delle Sezioni Unite è stata l'ordinanza interlocutoria n. 4382 del 2018, con la quale la Prima Sezione chiedeva alle

⁸²¹ Vedi *supra*.

⁸²² Più complesso, ed in parte differente, risulta il caso in cui nessuno dei genitori eterosessuali abbia con il bambino un legame genetico. In riferimento a questo tipo di situazioni la giurisprudenza di legittimità [Corte di cassazione, Sentenza del 11 novembre 2014, n. 24001, in *Il diritto di famiglia e delle persone* 2015, p. 893], poi avallata da quella di Strasburgo [caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*] ha dichiarato l'adottabilità del bambino, considerandolo in stato di abbandono. Escludendo che il caso di specie rientri nella fattispecie della maternità surrogata, quantomeno quella tradizionalmente intesa, non pare opportuno soffermarsi oltre e per un maggior approfondimento si rimanda a Queirolo, Ilaria, e Francesco Pesce «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo.» *La cittadinanza europea*, n. 1/2021: 223-229.

⁸²³ Cass. civ. SS. UU., Sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193 in *Famiglia e Diritto*, n. 7/2019, p. 653.

Sezioni Unite di risolvere il contrasto giurisprudenziale che si era creato in merito alla nozione di ordine pubblico. In particolare, il giudice remittente aveva osservato come la sentenza n. 19599/2016 – che aveva circoscritto l'ordine pubblico a principi fondamentali dell'ordinamento, costituzionalmente rilevanti ed irrinunciabili⁸²⁴ – era stata contraddetta (o superata) dalla successiva sentenza delle Sezioni Unite n. 16601 del 2017⁸²⁵ sui c.d. danni punitivi – nella quale i giudici avevano esteso l'ordine pubblico anche a scelte legislative ordinarie, tipiche della discrezionalità del legislatore⁸²⁶.

Alle Sezioni Unite viene così rimessa la decisione sul ricorso presentato dal pubblico ministero, sindaco (quale ufficiale dello stato civile) e ministro dell'interno avverso la sentenza della Corte d'Appello di Trento, che aveva ordinato la rettifica dell'atto di nascita del bambino indicante un solo genitore in modo da renderlo conforme all'accertamento della doppia genitorialità maschile contenuto in una sentenza canadese⁸²⁷. Più nel dettaglio la coppia genitoriale formata da due uomini, dopo la nascita dei figli avvenuta attraverso il ricorso alla maternità surrogata in Canada, aveva trascritto in Italia un provvedimento del giudice canadese contenente l'indicazione del solo padre biologico. Accertata in un secondo momento, con sentenza canadese passata in giudicato, anche la genitorialità d'intenzione, la coppia chiedeva la rettifica degli atti di nascita dei figli all'ufficiale di Stato civile di Trento, il quale la rifiutava⁸²⁸. La Corte d'Appello di Trento⁸²⁹ accoglieva il ricorso dei genitori avverso il rifiuto di trascrizione, ritenendo il divieto di maternità surrogata una scelta politica del legislatore ordinario e, come tale, non idonea ad assumere il ruolo di principio di ordine pubblico⁸³⁰ e, di conseguenza, di impedire l'ingresso a provvedimenti giudiziari legittimamente formati all'estero⁸³¹.

La cassazione a Sezioni Unite ribalta la sentenza della Corte d'Appello ritenendo il divieto di maternità surrogata, ex art. 12 della L. 40/2004, un principio di ordine pubblico. Ovviamente per arrivare a questa conclusione la nozione di ordine pubblico scelta dalle Sezioni Unite ha dei contorni diversi, molto più ampi, rispetto a quella utilizzata nel 2016 per la decisione sulla coppia omogenitoriale femminile. Così le Sezioni Unite affermano

⁸²⁴ Si veda quarto capitolo, § 2.1.1.

⁸²⁵ Cass. civ., SS. UU., Sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601.

⁸²⁶ Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» Cit.

⁸²⁷ Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» Cit.

⁸²⁸ Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» Cit.

⁸²⁹ Corte d'Appello Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017.

⁸³⁰ In coerenza con la nozione di ordine pubblico suggerita dalla Cassazione nella sentenza 19599 del 2016.

⁸³¹ Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» Cit.

che «in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella *disciplina ordinaria* [corsivo aggiunto] dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel *diritto vivente* [corsivo aggiunto] dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico», e ancora «[C]aratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni e dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento»⁸³².

Detto questo è chiaro che se l'ordine pubblico racchiude anche i principi che – ancorché inseriti nella legge ordinaria – sono espressione di scelte etico-morali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato momento storico, allora il divieto di maternità surrogata – considerato, a torto o a ragione, baluardo della tutela della dignità della gestante e della preferenza dell'istituto dell'adozione⁸³³ – impedirà l'ingresso a qualsiasi atto straniero che individui due padri come genitori⁸³⁴. L'atto *de qua* anche se legittimamente formato all'estero è, quindi, intrascrivibile nei registri di stato civile e non idoneo a produrre i suoi effetti nel nostro ordinamento⁸³⁵.

Il genitore d'intenzione non rimane però del tutto scoperto di tutela, potendo accedere all'istituto dell'adozione in casi particolari (ex art. 44, lett. d) della L. 184/1983 per

⁸³² Cassazione n. 12193/2019.

⁸³³ Con il quale la maternità surrogata si ritiene in conflitto.

⁸³⁴ Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» [Cit.]; Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.]; Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» [Cit.]; Queirolo, Ilaria, e Francesco Pesce. «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo.» *La cittadinanza europea*, n. 1/2021: 223-229. [Cit.]; Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» [Cit.] e Poli, Marco. «La maternità nei casi di Pma eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore.» *Minorigiustizia*, n. 3/2020.

⁸³⁵ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo 3, dicembre 2021: 655.

attribuire rilevanza giuridica al legame, ancorché non biologico, che ha con i figli⁸³⁶. Per la Cassazione, infatti, l'adozione in casi particolari rappresenta una più che adeguata forma di tutela in quanto «clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa»⁸³⁷.

Le reazioni a questa sentenza sono state in generale tutt'altro che positive. Da una parte, la dottrina ha criticato sia la nozione di ordine pubblico scelta⁸³⁸, sia il bilanciamento degli interessi operato (soprattutto in riferimento alla mancata tutela dell'interesse del minore)⁸³⁹, sia il riconoscimento dell'adeguatezza dell'adozione in casi particolari a dare rilevanza alla genitorialità non biologica⁸⁴⁰. D'altra parte, anche i giudici di merito hanno mostrato una sorta di «insofferenza [...] ad appiattirsi di fronte»⁸⁴¹ a questa decisione della Cassazione. Così il Tribunale di Roma⁸⁴², chiamato a revocare il riconoscimento⁸⁴³ della genitorialità da maternità surrogata⁸⁴⁴, ha rigettato il ricorso, affermando che il divieto contenuto nella L. 40/2004, ancorché principio di ordine pubblico, non possa comportare un'automatica eliminazione degli *status* già riconosciuti, essendo necessario e imprescindibile tenere conto dell'interesse del bambino all'identità personale e al mantenimento degli *status*⁸⁴⁵.

2.2.2. Cassazione, ordinanza n. 8325 del 2020: viene sollevata la questione di legittimità

Molte delle critiche mosse nei confronti della sentenza n. 12193/2019 sono state utilizzate dalla Prima Sezione della Cassazione per motivare la questione di legittimità

⁸³⁶ Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» [Cit.]; Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.].

⁸³⁷ Cassazione n.12193/2019.

⁸³⁸ Dogliotti, ad esempio, ritiene che la questione, anche se affrontata in modo articolato ed ampio, risulta comunque non del tutto convincente. Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» Cit.

⁸³⁹ Dogliotti sottolinea che la tutela della gestante, di cui si sofferma ad analizzare tutte le criticità, non può essere utilizzata per giustificare una discriminazione irrazionale tra i bambini nati di coppie omosessuali maschili e quelli nati invece in coppie omosessuali femminili. Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» Cit.

⁸⁴⁰ Per un maggiore approfondimento si veda Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁴¹ Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» Cit.

⁸⁴² Trib. Roma, Sentenze del 20 febbraio 2020, n. 2991 e 3017.

⁸⁴³ Avvenuto attraverso la trascrizione del provvedimento estero che identifica i genitori nei registri di stato civile.

⁸⁴⁴ Dogliotti critica aspramente il tentativo di alcune forze politiche e giornalistiche di strumentalizzare in questo senso la decisione della Cassazione. Per un approfondimento si rimanda alla sua attenta e polemica analisi. Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» Cit.

⁸⁴⁵ Per un maggiore approfondimento della vicenda e delle motivazioni del Giudice romano si veda Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» Cit.

costituzionale⁸⁴⁶ sollevata in relazione al diritto vivente nascente dalla stessa sentenza⁸⁴⁷.

La Cassazione, chiamata a decidere il ricorso promosso contro la sentenza della Corte d'Appello di Verona che aveva riconosciuto l'efficacia nel nostro ordinamento di una sentenza canadese indicante la genitorialità di due padri⁸⁴⁸, sostiene che l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 64, 65 della L. 218/1995 e art. 18 del D.P.R 396/2000 fornita dalla Cass. n. 12193/2019⁸⁴⁹ necessita di un ripensamento alla luce di quanto affermato dalla Corte Edu nel parere consultivo del 10 aprile 2019⁸⁵⁰. La Corte di Strasburgo⁸⁵¹ ha, infatti, affermato che nell'ambito della maternità surrogata lo Stato che riconosce il legame di filiazione tra il bambino e quello tra i genitori che ha con lui un legame genetico, deve riconoscere anche la genitorialità d'intenzione, pena la violazione dell'art. 8 della CEDU. Il margine di apprezzamento degli Stati viene in questo senso ampiamente ridotto, e lo si ritrova solo nella scelta delle modalità attraverso le quali questo riconoscimento può realizzarsi. In altre parole, la discrezionalità dello Stato non riguarda l'*an* del riconoscimento della genitorialità d'intenzione ma solo il *quomodo*, ed anche in questo ambito risulta in un certo senso guidata. Infatti, se da un lato la Corte Edu non indica tassativamente la forma che il riconoscimento deve assumere, d'altra parte afferma che il metodo scelto deve essere efficace e tempestivo, nel rispetto del superiore interesse del minore⁸⁵².

Anche alla luce di quanto affermato dalla Corte Edu, l'ordinanza di rimessione della Cassazione contesta, in primo luogo, l'inesistenza di un contrasto tra il principio del superiore interesse del minore e l'ordine pubblico internazionale. Infatti, il primo, come

⁸⁴⁶ Sollevata attraverso Cass. civ, Sez. I, Ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325.

⁸⁴⁷ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁴⁸ Il caso si presenta molto simile a quello della sentenza n. 12193/2019: due uomini diventano genitori attraverso la maternità surrogata eseguita in Canada. Tonati in Italia ottengono la trascrizione dell'atto di nascita del figlio indicante il solo padre biologico. Al passaggio in giudicato della sentenza del giudice canadese che accerta la genitorialità d'intenzione, chiedono la rettifica dell'atto di nascita del figlio che però viene rifiutata dall'ufficiale di stato civile. I genitori, quindi, impugnano il rifiuto, chiedendo l'esecutorietà della sentenza. Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.] e Poli, Marco. «La maternità nei casi di Pma eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore.» [Cit.]

⁸⁴⁹ Il c.d. diritto vivente.

⁸⁵⁰ Corte Edu, Parere del 10/04/2019, Parere consultivo in materia di maternità surrogata (in applicazione del Prot. 16 Cedu), al link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

⁸⁵¹ Adita dalla Cour de Cassation francese.

⁸⁵² Queirolo, Ilaria, e Francesco Pesce. «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo.» [Cit.]; Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» [Cit.]; Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.] e Poli, Marco. «La maternità nei casi di Pma eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore.» [Cit.]

abbiamo visto *supra*⁸⁵³, concorre a creare il secondo, essendo uno dei principi cardine in materia di filiazione non solo a livello costituzionale ma anche sovranazionale. Inoltre, il riconoscimento del provvedimento estero non potrebbe di per sé rappresentare una violazione del divieto di maternità surrogata che è limitato al territorio italiano⁸⁵⁴.

In secondo luogo, la Prima Sezione sostiene che, anche qualora dovesse essere accertato un conflitto tra i due principi, il bilanciamento operato dal diritto vivente risulta irragionevolmente sproporzionato⁸⁵⁵. Secondo gran parte della dottrina, infatti, la tutela della gestante non può giustificare una tale limitazione del diritto del minore all'identità personale e al mantenimento degli status. Vuoi perché di norma è la stessa gestante, al pari degli altri soggetti terzi rispetto al progetto procreativo (come, ad esempio, la donatrice dell'ovulo), a non volere avere alcuna responsabilità in riferimento al figlio⁸⁵⁶; vuoi perché il mancato riconoscimento del rapporto con il padre d'intenzione non comporta nessuna maggiore tutela per la gestante⁸⁵⁷ (che eventualmente volesse tenere il bambino), ma solo un irragionevole pregiudizio per il minore. Nemmeno la funzione disincentivante dell'impossibilità (o della possibilità attraverso uno strumento non adeguato) del riconoscimento può essere utilizzata per giustificare il danno arrecato al figlio. Primo perché si finirebbe per strumentalizzarlo⁸⁵⁸ e secondo perché è difficile da immaginare che una coppia disposta a spendere l'enorme quantità di risorse economiche e di tempo che richiede un percorso di maternità surrogata sia disincentivata a percorrerlo solo perché il riconoscimento di uno dei due genitori risulterà claudicante⁸⁵⁹.

Infine, viene messa in discussione l'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, soprattutto alla luce di quanto affermato dalla Corte Edu nel suo parere consultivo. La c.d. adozione mite, infatti, non può dirsi né del tutto effettiva né, tantomeno, celere. In merito alla mancanza di effettività la Cassazione riporta sia la necessità del consenso del genitore biologico – che in caso di disaccordo con il genitore

⁸⁵³ Si veda quarto capitolo, § 2.1.2.

⁸⁵⁴ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁵⁵ Risulta in questo modo violata la proporzionalità, ossia uno dei tre criteri che Robert Alexy, giurista inglese, considera determinanti nella valutazione della costituzionalità di una norma. Per un maggiore approfondimento si veda Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁵⁶ Si veda in questo senso Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» Cit.

⁸⁵⁷ Risulta così violato il secondo dei criteri indicati da Robert Alexy, ossia l'adeguatezza. Per un maggiore approfondimento si veda Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁵⁸ Bilotti, Emanuele. «La Corte costituzionale e la doppia maternità.» Cit.

⁸⁵⁹ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

d'intenzione, magari a seguito della fine della relazione affettiva tra i due, impedisce il ricorso a questo strumento giuridico, lasciando il genitore d'intenzione privo di riconoscimento – sia la limitatezza degli effetti, che non creando alcun legame di parentela con la famiglia dell'adottante, non possono dirsi legittimanti⁸⁶⁰. Quanto al secondo aspetto, l'*iter* processuale necessario per arrivare alla dichiarazione di adozione ex art. 44 lett. d) non può dirsi affatto sufficientemente tempestivo da assicurare la tutela dell'interesse del minore⁸⁶¹. Ciò detto, l'istituto scelto dall'ordinamento per assicurare il riconoscimento della genitorialità d'intenzione risulta insufficiente e quindi lesivo dell'art. 8 CEDU⁸⁶².

Per le ragioni fin qui riportate la Prima Sezione della Cassazione solleva la questione di legittimità sulla base della violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 (in relazione all'art. 8 CEDU) della Costituzione.

2.2.3. Sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021: inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale

Con la sentenza del 9 marzo 2021 n. 33⁸⁶³ la Corte costituzionale, pur accogliendo di fatto parte delle istanze del giudice a *quo*, dichiara formalmente l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale⁸⁶⁴. Questa decisione della Consulta risulta piuttosto ambigua, soprattutto in riferimento alle motivazioni che paiono incoerenti rispetto alla pronuncia di inammissibilità⁸⁶⁵.

La Corte inizia la propria motivazione riaffermando – senza dar nota di alcun dubbio in merito – che il divieto di maternità surrogata, ancorché inserito in una legge ordinaria⁸⁶⁶, rappresenta un principio di ordine pubblico in quanto espressione di valori fondamentali,

⁸⁶⁰ Quest'ultima contestazione può dirsi oggi superata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.79/2022. Si veda primo capitolo § 2.3.2.

⁸⁶¹ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁶² Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» [Cit.]; Poli, Marco. «La maternità nei casi di Pma eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore.» [Cit.]; Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.] e Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» [Cit.].

⁸⁶³ Corte costituzionale, Sentenza del 28 gennaio 2021, n. 33. G.U. del 10/03/2021 n. 10.

⁸⁶⁴ Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» [Cit.]; Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.] e Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» [Cit.].

⁸⁶⁵ Particolarmente critica è Francesca Poggi che scrive: «Si tratta di una decisione «non priva di ambiguità». In particolare, destano perplessità l'andamento e la pochezza della parte motiva e la sua incongruità con la decisione adottata». Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁶⁶ Precisamente all'art. 12 della L. 40/2004.

quali la tutela della dignità della gestante. Dopodiché glissa sulle perplessità – adeguatamente motivate ed alquanto condivisibili – che la Prima Sezione della Cassazione aveva espresso sull'esistenza stessa di un eventuale conflitto tra ordine pubblico e superiore interesse del minore⁸⁶⁷, limitandosi ad affermare che il conflitto esiste e che non può essere automaticamente risolto in favore del secondo⁸⁶⁸. Così i giudici costituzionali affermano che «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. La frequente sottolineatura della “preminenza” di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale “peso” in qualsiasi bilanciamento. [...] Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»⁸⁶⁹.

Il vero punto debole della motivazione della sentenza riguarda, però, la questione dell'adozione in casi particolari. La Corte, infatti, aderisce a tutti i dubbi che il giudice *a quo* aveva contestato in merito alla presunta⁸⁷⁰ adeguatezza dell'istituto⁸⁷¹, affermando che «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati»⁸⁷². Detto questo però la Consulta non dichiara incostituzionale il diritto vivente⁸⁷³ in ragione di un non corretto bilanciamento degli interessi in gioco, bensì auspica⁸⁷⁴ un intervento – resosi ormai improrogabile – del legislatore volto ad eliminare la lacuna di tutela, in ragione della prioritaria competenza che gli riconosce in materia⁸⁷⁵.

⁸⁶⁷ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit,

⁸⁶⁸ Chiappetta, Giovanna. «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione.» *La cittadinanza europea*, 1/2021: 244.

⁸⁶⁹ Corte costituzionale n. 33/2021.

⁸⁷⁰ E affermata dalla Cass. n. 12193/2019.

⁸⁷¹ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» [Cit.]; Chiappetta, Giovanna. «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione.» [Cit.]; Bilotti, Emanuele. «La Corte costituzionale e la doppia maternità.» [Cit.].

⁸⁷² Corte costituzionale n. 33/2021.

⁸⁷³ Una dichiarazione di incostituzionalità sarebbe stata maggiormente aderente all'affermazione precedente.

⁸⁷⁴ Anche se alcuni autori parlano di “minaccia” o comunque “monito” al legislatore perché si decida ad intervenire per rimediare ad un *vulnus* costituzionale che, anche se non espressamente dichiarato, è comunque individuato, è da sottolineare che la Consulta non ha definito un termine perentorio per questo intervento, diminuendo – a parere di chi scrive – la forza persuasiva del monito.

⁸⁷⁵ Così nella sentenza si legge: « Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Così la Corte sceglie una soluzione di *self restraint*, limitando il proprio intervento, ritenendo più opportuno e costituzionalmente corretto un nuovo bilanciamento del legislatore. Questa scelta non pare del tutto condivisibile perché, in primo luogo, il c.d. diritto vivente di cui è stata chiamata a valutare la conformità a costituzione, non deriva da una scelta politica ponderata dal Parlamento, bensì da una decisione giurisdizionale⁸⁷⁶ – specificatamente la n. 12193/2019 della Cassazione – che ha qualificato il divieto di maternità come principio di diritto pubblico, impedendo così il riconoscimento (e la trascrivibilità) in Italia di atti stranieri indicanti come genitori due padri. In secondo luogo, secondo Costituzione il compito della Corte è quello di valutare la costituzionalità delle leggi ed intervenire per eliminare eventuali difformità⁸⁷⁷. Il limitarsi a mettere in luce queste situazioni di incostituzionalità e incoraggiando un intervento del legislatore – nascondendosi dietro il paravento della delicatezza etico-politica della materia – sembra una scelta non del tutto coerente con il sistema costituzionale.

Alcuni autori sottolineano che l'invito nei confronti del legislatore – perché si decida ad intervenire per rimediare ad un *vulnus* costituzionale che, anche se non espressamente dichiarato, è comunque individuato – non sia un mero auspicio ma un monito, una vera e propria “minaccia” di un intervento futuro, volto a dichiarare l'incostituzionalità del diritto vivente nel caso in cui l'agognato intervento non dovesse realizzarsi⁸⁷⁸. È necessario però precisare che la Consulta non ha fissato alcun termine perentorio all'azione del legislatore, diminuendo così – a parere di chi scrive – la portata persuasiva del monito inserito nella sentenza.

2.2.4. Possibili evoluzioni future

L'intervento della Corte costituzionale non può dirsi, quindi, adeguato o sufficiente in un'ottica di realizzazione del miglior interesse del bambino, avendo di fatto ampliato la «nuova categoria di nati “non riconoscibili”»⁸⁷⁹. Questa ricomprende ora sia i bambini nati in Italia in una coppia lesbica, sia quelli nati attraverso maternità surrogata, entrambi

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte impicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.»

⁸⁷⁶ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁷⁷ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁷⁸ Per un maggior approfondimento di veda Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» [Cit.] e Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» [Cit.].

⁸⁷⁹ Corte costituzionale n. 32/2021.

privati di un riconoscimento giuridico pieno ed effettivo del legame con il proprio genitore d'intenzione.

Ciò detto è chiaro che la situazione così definita non può dirsi definitiva e che – per ragioni di giustizia sostanziale ma anche squisitamente giuridiche come l'ardenza alla Costituzione (in particolare l'artt. 2, 3, 30 Costituzione) e alla CEDU (in particolare all'art. 8) – è necessario trovare al più presto una diversa soluzione idonea a configurare un nuovo e più ragionevole bilanciamento degli interessi.

Quanto ai possibili sviluppi, la Consulta – come abbiamo detto – auspica un intervento del legislatore che vada a sanare le lacune dell'ordinamento modificando la disciplina del riconoscimento o introducendo una nuova figura di adozione. Così facendo la Corte non si limita a “chiamare in causa” il legislatore ma gli fornisce anche autorevoli coordinate volte ad indirizzare il suo intervento. A ben vedere, però, questa ulteriore indicazione della Corte risulta ulteriormente problematica nell'economia della decisione, soprattutto in riferimento all'atteggiamento tenuto nei confronti della maternità surrogata. Infatti, se venisse introdotto un riconoscimento diretto o una adozione piena da parte del genitore di intenzione, la funzione disincentivante del divieto di maternità surrogata verrebbe seriamente compromessa dall'attribuzione al genitore di intenzione della «legittimazione esclusiva⁸⁸⁰ ad attivare un meccanismo che consentirebbe di pervenire proprio al risultato perseguito attraverso una condotta»⁸⁸¹ penalmente sanzionata⁸⁸².

Emanuele Bilotti propone, invece, una soluzione alternativa che passa attraverso l'attribuzione in via giudiziale dei diritti che compongono lo *status* di figlio, senza però riconoscere formalmente la filiazione. Così al minore si dovrebbe riconoscere la possibilità di azionare nei confronti del genitore d'intenzione – che si troverebbe in questo modo a “subire” l'azione e non a proporla e gestirne il corso come nel caso dell'adozione – una richiesta in tal senso, che verrebbe decisa dal giudice in ragione dell'interesse del minore⁸⁸³. Questa proposta – seppur interessante perché in linea con la scelta proibizionistica fatta dal legislatore del 2004 e confermata, da ultimo, dalla Corte costituzionale – non sembra però praticabile. In primo luogo, necessita dell'intervento di

⁸⁸⁰ L'adozione, infatti, è un istituto a cui si accede liberamente, il genitore sociale non potrebbe eventualmente essere obbligato ad assumersi la responsabilità della filiazione.

⁸⁸¹ Bilotti, Emanuele. «La Corte costituzionale e la doppia maternità.» Cit.

⁸⁸² Si veda anche Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁸³ Per un maggiore approfondimento si veda Bilotti, Emanuele. «La Corte costituzionale e la doppia maternità.» Cit.

un curatore speciale o del Pubblico Ministero che esercitino l'azione per il minore⁸⁸⁴, con le logiche conseguenze, soprattutto in materia di allungamento dei tempi. In secondo luogo, si verrebbe a creare una situazione in cui i bambini nati da maternità surrogata si troverebbero ad avere – anche se sarebbe più corretto dire non avere – uno *status* formale diverso da tutti gli altri⁸⁸⁵, conseguenza paradossale rispetto alla direzione evolutiva che il diritto di famiglia ha subito negli ultimi cinquant'anni⁸⁸⁶.

La soluzione preferibile sembra essere quella proposta dal giudice *a quo* nell'ordinanza n. 8325 del 2020, ossia attribuire ad un giudice la decisione sull'opportunità di trascrivere un atto straniero indicante due padri alla luce del concreto interesse del singolo minore. In altre parole, la Corte costituzionale avrebbe potuto⁸⁸⁷ «stabilire in via interpretativa (con una sentenza additiva di accoglimento o con una interpretativa di rigetto) che il limite dell'ordine pubblico può impedire riconoscimento del provvedimento giurisprudenziale straniero, attestante la genitorialità del genitore d'intenzione, del nato a seguito di gpa, solo allorché il giudice nel caso concreto non ritenga che ciò sia in contrasto col superiore interesse del minore»⁸⁸⁸. In questo modo si sarebbe realizzato un bilanciamento degli interessi più equilibrato, capace di tenere conto delle “circostanze attenuanti” il disvalore della condotta – quale ad esempio la gratuità dell'impegno assunto dalla gestante – e soprattutto realizzare l'interesse del bambino al riconoscimento effettivo e celere⁸⁸⁹ della genitorialità d'intenzione.

Nelle more di un intervento del legislatore o di un nuovo intervento della Corte costituzionale, la Prima Sezione della Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente perché valuti l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite⁸⁹⁰ perché chiariscano «Se, e come, sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al preesistente diritto vivente che, in base alla motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del generale

⁸⁸⁴ Bilotti, infatti, sottolinea come in questi casi ci sia un conflitto di interessi in astratto sempre presente tra la posizione del genitore biologico e quella del minore.

⁸⁸⁵ Di fatto nella stessa situazione in cui sono già adesso.

⁸⁸⁶ Diretto progressivamente verso l'unificazione dello *status* di figlio, avvenuta con la riforma del 2012. Per un maggiore approfondimento si veda capitolo primo § 2.4.

⁸⁸⁷ Ed eventualmente potrà in futuro, non essendo esclusa che venga nuovamente sollevata la questione di legittimità, soprattutto se non seguirà alcun intervento del legislatore.

⁸⁸⁸ Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» Cit.

⁸⁸⁹ Salvo le lungaggini del sistema giudiziario italiano.

⁸⁹⁰ Per un maggiore approfondimento si veda Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» Cit.

mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d). [E] Se una possibile interpretazione adeguatrice consentita alle Corti possa consistere nel configurare la valutazione del conflitto del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione con l'ordine pubblico internazionale, spettante al giudice investito della richiesta di delibazione, come valutazione legata al singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza per come affermati dalla giurisprudenza costituzionale specificamente nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore». ⁸⁹¹

3 Riconoscimento provvedimenti stranieri in tema di adozione

L'ultima questione che il fenomeno del turismo riproduttivo pone all'attenzione dell'ordinamento riguarda il riconoscimento nel nostro Paese di sentenze straniere che dichiarano l'adozione piena di un bambino in favore di una coppia omosessuale.

Nell'ambito delle adozioni che presentano elementi esteri le forti normative che vengono in rilievo sono diverse. In primo luogo, a livello internazionale – oltre alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 – assumono un ruolo centrale la Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993⁸⁹² e la Convenzione europea in materia di adozione di minori del 1967⁸⁹³. In secondo luogo, a livello interno la L. 218/1995, che dedica all'adozione internazionale un intero capo, all'art. 41 introduce la disciplina del riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione. La disposizione *de qua* prevede due diverse forme di riconoscimento, assoggettandole a discipline giuridiche tra loro anche molto diverse⁸⁹⁴. In dettaglio, l'art. 41 al primo comma prende in considerazione quelle che possono essere definite vere e proprie adozioni estere – ovvero adozioni che possono dirsi interne, proprie cioè dell'ordinamento straniero nel quale sono state pronunciate⁸⁹⁵ – in quanto realizzate all'interno dello Stato estero nei confronti di genitori e minori stranieri, aventi la

⁸⁹¹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842.

⁸⁹² Ratificata dall'Italia con legge n. 476 del 31 dicembre 1998, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri*. L'Italia, invece, non ha mai ratificato la precedente Convenzione dell'Aia del 1965.

⁸⁹³ Ratificata dall'Italia con legge n.357 del 22 maggio 1974, *Ratifica ed esecuzione della convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967*.

⁸⁹⁴ Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione».» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 9, 1° settembre 2016: 1172.

⁸⁹⁵ Lenti, Leonardo. «L'adozione e il paradigma matrimoniale.» *Cit.*

cittadinanza di quello Stato⁸⁹⁶. Per queste sentenze di adozione l'art. 41 della L. 218/1995 prevede l'applicabilità degli artt. 64 e seguenti della stessa legge. Diverso è il riconoscimento inserito nel secondo comma che riguarda, invece, vere e proprie adozioni internazionali che coinvolgono minori stranieri adottati da genitori residenti in Italia. A queste adozioni si applica quanto previsto dalla L. 184/1983 in materia di adozioni internazionali (Titolo III, artt. 29 e seguenti)⁸⁹⁷.

Diverso risulta poi essere anche l'autorità pubblica italiana a cui rivolgersi per chiedere il riconoscimento: nel primo caso l'ufficiale di stato civile e nel secondo il Tribunale dei minorenni.

Estremamente diversa è, infine, la *ratio* a cui soggiacciono le due diverse discipline. Nel caso delle adozioni estere l'obiettivo dell'ordinamento è quello di assicurare al minore una continuità degli *status* e, quindi, della vita familiare per come l'ha conosciuta. Invece, nel caso delle adozioni internazionali il *focus* del legislatore è quello di assicurare il rispetto di principi e disposizioni dettati in materia dalla legge ordinaria, cercando di scoraggiare eventuali comportamenti elusivi⁸⁹⁸.

Come avremo modo di vedere questa distinzione tra adozioni estere e adozioni internazionali, così netta a livello di disciplina giuridica, non sempre risulta di facile trasposizione nella realtà dove le situazioni fattuali possono presentare profili di complessità che sono di difficile lettura anche per i giudici⁸⁹⁹.

3.1 Adozioni internazionali

Dovendo distinguere le due fattispecie, ci si occuperà prima delle adozioni internazionali che, come accennato, vengono dichiarate attraverso un provvedimento giurisdizionale di uno Stato estero nei confronti di un bambino straniero e a favore di una coppia residente⁹⁰⁰ in Italia. In questi casi il provvedimento straniero è soggetto, ex art. 41 secondo comma, alla disciplina sostanzialmente procedurale⁹⁰¹ dettata in materia dalla L. 184/1983. Per quanto qui d'interesse, il punto focale della disciplina è l'art. 35 che

⁸⁹⁶ Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1° novembre 2021: 992.

⁸⁹⁷ Peculiare è l'art. 36 se si applica sono in caso di adozione di minore straniero da genitori italiani ma residenti da almeno due anni nel Paese estero.

⁸⁹⁸ Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di deliberazione.»» Cit.

⁸⁹⁹ In particolare, si fa riferimento al Tribunale di Bologna nell'ambito del caso deciso dalla Corte costituzionale con sentenza 76/2016.

⁹⁰⁰ Il secondo comma dell'art. 41 della L. 218/1995, infatti, dispone: «Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori.»

⁹⁰¹ arzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di deliberazione.»» Cit.

prescrive al Tribunale dei minorenni competente la verifica della compatibilità dell'adozione di cui viene chiesto il riconoscimento con la Convenzione del 1993 firmata all'Aja sull'adozione internazionale (in particolare con le condizioni previste dall'art. 4), nonché con i «principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori»⁹⁰². Anche non volendo considerare il matrimonio sufficientemente rilevante da rientrare in quest'ultima categoria⁹⁰³, l'art. 35 è comunque lapidario per le richieste di riconoscimento di adozioni internazionali da parte di una coppia omosessuale perché al sesto comma precisa che non si possa procedere alla trascrizione del «provvedimento di adozione riguarda[n]te adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione», tra i quali vi è anche il matrimonio⁹⁰⁴. Ecco che allora una coppia formata da persone dello stesso sesso⁹⁰⁵ non potrà ottenere il riconoscimento in Italia dell'adozione internazionale di un minore, legittimamente perfezionata all'estero, perché contrastante con le disposizioni – in particolare con i requisiti soggettivi previsti per l'accesso all'adozione – dettate in materia dalla L. 184/1983 e specificamente richiamate dall'art. 41, secondo comma della L. 218/1995⁹⁰⁶.

Peculiare è il caso di cittadini italiani residenti all'estero da almeno due anni che perfezionano legittimamente una adozione nello Stato straniero e ne chiedono poi il riconoscimento in Italia. In questo caso a venire in rilievo come norma applicabile è l'art. 36 della L. 184/1983 che dispone: «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»⁹⁰⁷. Dal mero testo legislativo non sembrerebbe che la mancanza di matrimonio tra gli adottanti possa essere di ostacolo al riconoscimento dell'adozione internazionale, senonché la giurisprudenza ritiene applicabili anche in riferimento questi casi i limiti previsti dall'art. 35, elevando quest'ultimo a una sorta di principio generale⁹⁰⁸. Questa soluzione giurisprudenziale sembra comunque coerente con la *ratio* della disciplina, diretta a scoraggiare – come si è brevemente accennato *supra* – trasferimenti

⁹⁰² Art. 35, terzo comma, della L. 184/1983.

⁹⁰³ Anche se la dottrina maggioritaria ritiene che lo sia.

⁹⁰⁴ Per un maggiore approfondimento si veda il terzo capitolo, paragrafo § 1.1.

⁹⁰⁵ Ma anche una coppia eterosessuale non sposata o una persona singola.

⁹⁰⁶ Lenti, Leonardo. «L'adozione e il paradigma matrimoniale.» Cit.

⁹⁰⁷ Art. 36, comma quarto, della L. 184/1983.

⁹⁰⁸ Lenti, Leonardo. «L'adozione e il paradigma matrimoniale.» Cit.

all'estero esclusivamente volti a ottenere una adozione eludendo i limiti soggettivi specificamente individuati dal nostro ordinamento.

3.1.1 Caso giurisprudenziale di riferimento

Con la sentenza n. 76 del 2016⁹⁰⁹ la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale dei minorenni di Bologna⁹¹⁰ in relazione agli artt. 35 e 36 della L. 184/1983, ritenuti dal giudice *a quo* contrari al superiore interesse del minore nella parte in cui non permettono al giudice di merito di valutare l'opportunità nel caso concreto del riconoscimento dell'adozione⁹¹¹.

Il caso dal quale è partito il ricorso in via incidentale riguardava due cittadine americane – una aveva anche la cittadinanza italiana – che dopo aver realizzato un percorso procreativo attraverso fecondazione eterologa che aveva portato alla nascita di due figli (uno biologicamente legato ad una e uno all'altra), ottenevano ciascuna l'adozione del figlio dell'altra, secondo le norme dello Stato l'Oregon. Trasferitesi successivamente in Italia, chiedevano al Tribunale per i minori di Bologna il riconoscimento dell'adozione, soprattutto per far acquisire la cittadinanza anche alla figlia non biologica della donna cittadina (anche) italiana⁹¹². Il giudice adito, ritenendo il caso di specie rientrante nell'alveo di applicazione dell'art. 36 della L. 184/1983, solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e seguenti della L. 184/1983 in quanto lesivi degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 (quale parametro interposto di costituzionalità in riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU) Costituzione nella parte in cui non permettono la valutazione del superiore interesse del minore nel caso concreto⁹¹³.

La Corte con una decisione *tranchant* non entra nel merito della questione di legittimità sollevata, dichiarandola inammissibile in ragione della irrilevanza ai fini della decisione del giudizio *a quo* delle disposizioni individuate nell'ordinanza di rimessione⁹¹⁴. In altre parole, la Consulta contesta al Tribunale per i minorenni di Bologna di aver male

⁹⁰⁹ Corte costituzionale, Sentenza del 24 febbraio 2016, n. 76. G.U. del 13/04/2016 n. 15.

⁹¹⁰ Trib. Min. Bologna, Ordinanza del 10 novembre 2014, n. 259.

⁹¹¹ Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione.»» Cit.

⁹¹² Si vedano Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione.»» [Cit.] e Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» [Cit.]

⁹¹³ Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» Cit.

⁹¹⁴ Per completezza si riporta che la Corte non è entrata nel merito nemmeno delle eccezioni proposte dall'Avvocatura dello Stato che, in particolare, contestava la mancata ricerca di una soluzione costituzionalmente conforme che si sarebbe risolta con l'individuazione dell'istituto dell'adozione in casi particolare ex art. 44, lettera d). Per un maggiore approfondimento si veda Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione.»» Cit.

inquadrate giuridicamente la questione, che, rientrando nell'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 41 in quanto adozione tipicamente estera⁹¹⁵, non deve essere risolta ex artt. 35 e 36 della L. 184/1983 ma ex artt. 64 e seguenti della L. 218/1995.

Questo caso giudiziale risulta utile ad inquadrare i diversi ambiti di applicazione dei due commi dell'art. 41 della L. 218/1995, ma essendo una pronuncia di rito non dà modo di conoscere il giudizio della Corte costituzionale in merito alla conformità a Costituzione degli artt. 35 e 36 della L. 184/1983.

3.2 Adozioni tipicamente estere

In questa seconda tipologia rientrano quelle adozioni che presentano un grado di estraneità all'ordinamento italiano e, allo stesso tempo, di inerenza all'ordinamento estero tali per cui possono dirsi adozioni propriamente interne allo Stato straniero. Per questa ragione il primo comma dell'art. 41 della L. 218/1995 rinvia agli artt. 64 e seguenti della stessa legge⁹¹⁶ che, come abbiamo visto *supra*, si occupano dell'«efficacia di sentenze ed atti stranieri»⁹¹⁷.

Il riconoscimento deve essere chiesto all'ufficiale di stato civile che può legittimamente rifiutare la trascrizione nei registri solo se il provvedimento giudiziale straniero non integra tutte le condizioni previste dall'art. 64 della L. 218/1995. In particolare, il requisito che qui maggiormente interessa è la non contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento di una sentenza estera accertante l'adozione di un minore da parte di due persone dello stesso sesso. In altre parole, è necessario valutare se l'omogenitorialità sia ostativa al riconoscimento o, dall'altra prospettiva, se i requisiti soggettivi previsti per l'accesso all'adozione⁹¹⁸ – in particolare il matrimonio della coppia richiedente – siano da considerarsi principi di ordine pubblico⁹¹⁹.

⁹¹⁵ L'adozione che riguardava una minore straniera si era perfezionata nei confronti della madre d'intenzione che, oltre ad essere cittadina italiana, aveva la cittadinanza ed era stabilmente residente nello Stato estero, lo stesso in cui aveva intrapreso un percorso di PMA e ottenuto poi l'adozione.

⁹¹⁶ Il primo comma dell'art. 41 della L. 218/1995 recita: «I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66».

⁹¹⁷ Così è rubricato il Titolo IV nel quale sono contenuti.

⁹¹⁸ Previsti tanto dalla L. 184/1983 che dalla L. 76/2016.

⁹¹⁹ Si vedano enti, Lenti, Leonardo. «L'adozione e il paradigma matrimoniale.» [Cit.] e Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione.»» [Cit.].

Dottrina⁹²⁰ e giurisprudenza tendono a dare una risposta negativa a quest'ultima questione⁹²¹, ritenendo la scelta di impedire alla coppia omosessuale l'accesso all'adozione una legittima determinazione politica del legislatore ordinario. Questo assetto del diritto interno in materia di adozione di minori, non assumendo una rilevanza tale da essere considerato espressione di principi fondamentali, non può di per sé impedire l'ingresso ad una sentenza legittimamente formata all'estero, soprattutto in ragione del preminente interesse del minore all'identità personale e alla continuità degli *status*. Così, la Corte di cassazione nella sentenza n. 9006 del 2021, che verrà analizzata subito di seguito afferma che «non sono stati ritenuti incidenti sulla valutazione di compatibilità della omogenitorialità con i nostri principi di ordine pubblico internazionale i limiti derivanti dalla legislazione interna in tema di accesso all'adozione legittimante (L. n. 184 del 1983, art. 6) previsto soltanto per le coppie eterosessuali coniugate e dalla legge sulle unioni civili che non ha espressamente esteso alle coppie omoaffettive l'accesso all'adozione legittimante» e che «la condizione soggettiva costituita dall'eterosessualità della coppia che resiste all'interno del nostro ordinamento anche in relazione all'accesso all'unione matrimoniale, introduce un limite che definisce, allo stato attuale, la disciplina normativa applicabile ad alcuni istituti. Fino ad ora, tale limite non è stato elevato al rango di principio di ordine pubblico internazionale, alla luce della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela»⁹²².

3.2.1 Caso giurisprudenziale di riferimento

Con la sentenza sopra citata, la n. 9006 del 2021, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dichiarano la non contrarietà all'ordine pubblico dell'adozione estera consensuale perfezionatasi nei confronti di una coppia omosessuale⁹²³.

La sentenza di cui era stato chiesto il riconoscimento era un provvedimento giurisdizionale della *Surrogate Court* di New York con il quale i giudici avevano, dopo aver raccolto il consenso dei genitori biologici e valutato l'interesse del minore, dichiarato

⁹²⁰ Tra gli altri si segnalano Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» [Cit]; Figone, Alberto. «L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico.» *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1° novembre 2021: 992; Lenti, Leonardo. «L'adozione e il paradigma matrimoniale.» [Cit.] e Marzalletti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di deliberazione.»» [Cit.]

⁹²¹ Comunque, limitatamente ai casi che non hanno a che fare con la maternità surrogata. Se dal provvedimento emergono elementi che indichino il ricorso alla gestazione per altri allora sarà tendenzialmente considerato contrario all'ordine pubblico.

⁹²² Cass. civ., SS. UU., Sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006 in *Famiglia e Diritto*, n. 11/ 2021, p. 992.

⁹²³ Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» Cit.

l'adozione in favore di una coppia di uomini. In altre parole, il provvedimento indicava come genitori adottivi del minore straniero due uomini entrambi cittadini americani e ivi residenti, che, trasferitisi in Italia, chiedevano il riconoscimento della sentenza in modo che il minore ottenesse la cittadinanza italiana avendo uno dei padri adottivi la doppia cittadinanza (italiana e americana)⁹²⁴.

Le questioni sollevate dal giudice remittente⁹²⁵ erano sostanzialmente due: la conformità all'ordine pubblico dell'adozione estera consensuale⁹²⁶ e dell'adozione estera omogenitoriale⁹²⁷.

Quanto al primo interrogativo le Sezioni Unite rispondono che «il provvedimento di adozione estero di cui si chiede il riconoscimento [...] non si è fondato solo sul consenso dei genitori biologici ma anche sugli esiti di un'indagine relativa all'idoneità della coppia adottante. Ciò significa che il controllo giurisdizionale non si è limitato al riscontro del consenso dei genitori del minore ma ha avuto carattere complessivo, investendo tutte le parti del giudizio». «Il provvedimento non è dunque fondato soltanto sull'acquisito consenso dei genitori biologici ma anche sul risultato di un'indagine svolta secondo le prescrizioni normative della legge interna (Social Services Law)»⁹²⁸. Secondo la Corte non è quindi necessaria un'ulteriore indagine in questo senso, soprattutto sulla base del fatto che l'adozione in questione non ha alcun collegamento con la maternità surrogata, questa sì contraria all'ordine pubblico⁹²⁹.

Quanto invece al secondo quesito, la risposta della Cassazione consiste in una affermazione di un principio di diritto, ossia: «Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»⁹³⁰.

⁹²⁴ Figone, Alberto. «L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico.» [Cit.] e Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» [Cit.].

⁹²⁵ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza del 11 novembre 2019, n. 29071 in articolo29.it.

⁹²⁶ Assente nel nostro ordinamento quantomeno come adozione piena.

⁹²⁷ Per un maggiore approfondimento si veda e Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» Cit.

⁹²⁸ Cass. n. 9006/2021.

⁹²⁹ Quantomeno secondo la Cass. 12193/2019.

⁹³⁰ Cass. n. 9006/2021.

A conclusione dell'analisi finora compiuta, pare potersi affermare che l'atteggiamento restrittivo e diffidente del legislatore nei confronti dell'omogenitorialità, anche se legittimo in merito alle scelte di legislazione ordinaria, non può esimerlo dall'affrontare le questioni che la realtà di fatto gli propone. In particolare, il c.d. turismo riproduttivo pone una serie di interrogativi e problemi che hanno importanti ripercussioni sui bambini che, pur non avendo alcuna responsabilità in merito alle scelte fatte dai genitori, si trovano a subire le conseguenze più rilevanti. Tra queste quella che ad oggi è divenuta ormai intollerabile – sia in merito al sistema di valori costituzionali che quelli sovranazionali – è sicuramente l'inesistenza di un mezzo giuridico celere ed efficace che permetta il riconoscimento della genitorialità d'intenzione legittimamente costituita all'estero. La giurisprudenza, ed in particolare la Corte costituzionale, ha limitato al minimo il proprio intervento sulle previsioni dell'ordinamento, ritenendo un intervento del legislatore più opportuno e costituzionalmente corretto anche in ragione della sensibilità e delicatezza della materia. Si è infatti reso necessario un ripensamento dell'intero sistema che non può che essere fatto dall'organo legislativo, titolare della competenza in materia di bilanciamento (quantomeno in astratto) degli interessi coinvolti. Se, però, questo intervento dovesse essere ulteriormente rimandato nulla esclude che vi sia una determinazione dirompente della giurisprudenza – di legittimità, di costituzionalità o, addirittura, sovranazionale – a tutela delle situazioni concrete che chiedono un riconoscimento giuridico nonostante l'immobilismo del legislatore.

Conclusioni

Il diritto di famiglia rappresenta un ottimo strumento per tenere il polso della capacità dell'ordinamento di aggiornarsi ed evolversi per meglio rispondere alle diverse e nuove esigenze di cui la realtà sociale si fa portatrice. Negli ultimi cinquant'anni, con un aumento esponenziale negli ultimi trent'anni, la scienza biomedica, la psicologia e anche la globalizzazione hanno notevolmente modificato il panorama sociale in ambito familiare e, di conseguenza, anche il sentire comune dei cittadini sui fondamentali temi della famiglia e della genitorialità. In questo senso, la c.d. famiglia tradizionale, pur rimanendo il paradigma di riferimento, non può più dirsi esclusiva, essendo nella realtà affiancata da una serie anche piuttosto eterogenea di nuovi modelli familiari. Tra questi le famiglie omogenitoriali costituiscono un ambito nuovo, in parte inesplorato e di conseguenza un banco di prova per il legislatore e tutti gli operatori del diritto in generale, chiamati a trovare un nuovo punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

Nel nostro ordinamento risultano centrali, accanto ovviamente alla Costituzione, tre leggi ordinarie, ossia la L. 184/1983 sull'adozione, la L. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, nonché il Codice civile in merito al contenuto e al riconoscimento dello *status filiationis*. Queste discipline e le scelte politiche in esse contenute sono espressione di valori e convinzioni etico-morali che risultano ormai – dopo quasi venti, quaranta e ottanta anni – datati o comunque non pienamente in linea con la realtà e il sentire sociale. Così, solo a titolo esemplificativo può dirsi ormai superata l'idea per cui il matrimonio tra gli adottanti assicura una irrinunciabile garanzia di stabilità e continuità affettiva per il minore adottato. Allo stesso modo, le tecniche di PMA hanno chiaramente messo in crisi la regola per la quale è madre sempre e solo colei che partorisce.

Ecco che queste scelte, ancorché legittime perché pienamente rientranti nella discrezionalità del legislatore, necessitano di un ripensamento soprattutto alla luce dello sviluppo dell'ordinamento sovranazionale e della possibilità per i cittadini di interfacciarsi con ordinamenti stranieri aventi discipline molto diverse e spesso meno restrittive. Ciò non significa che il legislatore si debba “piegare” ed adeguare necessariamente alla disciplina più liberale e permissiva esistente, significa piuttosto che deve essere capace di mantenere ferme le proprie scelte di carattere restrittivo assicurando, però, quel livello

minimo di tutela di qui l'ordinamento sovranazionale e la Costituzione si fanno portatori. Quando questo non accade, ossia quando l'assicurazione di un livello minimo di tutela comporterebbe un affievolimento di queste determinazioni politiche – è il caso dell'introduzione di un riconoscimento (diretto) dei provvedimenti esteri che accertino il ricorso alla maternità surrogata – o quando la tutela assicurata non è sufficientemente efficace – è il caso dell'istituto dell'adozione in casi particolari –; significa che quelle stesse scelte legislative non sono più sostenibili alla luce del complesso sistema giuridico attuale. Si determina così la necessità di un ripensamento del sistema nel suo complesso che deve essere fatto necessariamente dal Parlamento, quale organo costituzionalmente investito della funzione legislativa e le cui determinazioni sono, o dovrebbero essere, frutto del dibattito democratico che è opportuno, se non necessario, in materie così sensibili socialmente, eticamente e politicamente.

Di fronte all'immobilismo cronico del legislatore, le famiglie omogenitoriali si rivolgono alla giurisprudenza per avere un riconoscimento giuridico di fatto. Davanti a queste richieste, i giudici di merito tendenzialmente cercano di trovare delle soluzioni interpretative che concretamente assicurino una efficace tutela giuridica del minore che si trova coinvolto nel caso concreto. I giudici di legittimità e costituzionali, invece, cercano di astenersi – e sollecitano i giudici di merito a fare altrettanto – dal fornire soluzioni di principio che di fatto vanno a modificare, integrare o addirittura creare nuovo diritto. Questa politica di *self restraint* delle Corti, che sostanzialmente consiste nel limitarsi a evidenziare le criticità e le lacune del sistema senza però assumere una decisione dirimpente, invitando invece il legislatore a prenderne atto e intervenire di conseguenza, alle volte ha effettivamente portato al risultato sperato. Così il monito inserito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2014⁹³¹ è stato colto dal legislatore che nel 2016 ha introdotto la disciplina delle unioni civili, da tempo richiesta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, anche sovranazionale. Alle volte però l'inerzia del legislatore, perdurante anche a seguito e nonostante l'esortazione ad agire della giurisprudenza, ha obbligato i giudici ad interventi innovativi del sistema. È il caso del divieto assoluto di fecondazione eterologa inserito nella L. 40/2004 che è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte nel 2014.

All'interno di questa linea di azione della giurisprudenza si inseriscono, senza soluzione di continuità, le sentenze n. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale. In entrambe,

⁹³¹ «E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti.»

infatti, i giudici accertano l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari – inidoneo ad assicurare un efficace riconoscimento della genitorialità d'intenzione – nonché una attuale e persistente situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore, ma non intervengono di conseguenza (con una sentenza di incostituzionalità o comunque di tipo manipolativo), sollecitando invece un intervento, definito ormai indifferibile, del legislatore volto a sanare il *vulnus* costituzionale di fatto accertato.

Pur non potendo sapere se il legislatore coglierà o meno questo monito, la scelta della Corte di temporeggiare in attesa di una determinazione legislativa pare condivisibile, nonché la più costituzionalmente corretta. Come sottolineato a più riprese dai giudici costituzionali, è il Parlamento ad avere la prioritaria competenza nel valutare gli interessi che vengono in rilievo e nel definire il punto di equilibrio che ritiene più corretto. Viceversa, la giurisprudenza, pur non potendosi limitare ad essere una mera *bouche de la loi*⁹³², non può – quantomeno in un sistema di *civil law* come il nostro – appropriarsi della funzione tipicamente legislativa di creazione di nuove norme di diritto. Questo anche alla luce della irresponsabilità politica dei giudici, che si troverebbero ad assumere decisioni estremamente rilevanti e sensibili dal punto di vista etico e politico, senza doverne però rispondere in modo diretto ai cittadini.

A conclusione di questo elaborato, non si può che condividere l'auspicio della giurisprudenza di un intervento celere e risolutivo del legislatore, volto a ripensare e ridisegnare l'intero sistema per assicurare una efficace ed effettiva tutela al minore coinvolto. Pur riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità nella materia qui d'interesse, a parere di chi scrive pare necessario superare l'atteggiamento di diffidenza, e in un certo senso anche avversione, di cui la legge ordinaria (in particolare la L. 40/2004 e la L. 184/1983) si fa portatrice nei confronti dell'omogenitorialità, non essendo questo più giustificabile se non in ragione di convinzioni meramente ideologiche e prese di posizione aprioristiche, le quali non possono legittimare la scelta di sacrificare principi fondamentali quali l'autodeterminazione nell'ambito della vita privata e, soprattutto, il superiore interesse del minore.

⁹³² Come invece auspicava Montesquieu (1689-1755).

Bibliografia

Affidamento e diritto di visita/ MERITO. s.d. www.articolo29.it (consultato il giorno luglio 11, 2022).

Affidamento e diritto di visita/CEDU. s.d. in www.articolo29.it (consultato il giorno luglio 11, 2022).

Al Mureden, Enrico. «Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi.» *Famiglia e Diritto*, n. 1/2021, 1° gennaio 2021: 23.

Alessandra, Aragno. «L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no.» *Minorigiustizia*, n. 1/2017: 146-152.

Amagliani, Roberto. «La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia).» *Giustizia Civile*, fasc. 4, 1° aprile 2018: 1023.

Arceri, Alessandra. *L'affidamento condiviso*. IPSOA, 2007.

Avigliano, Lina. *FAMIGLIA in Sistema pratico di diritto*. Milano: Gruppo24ore, 2011.

Baiocco, Roberto, Federica Santamaria, Salvatore Ioverno, Lilybeth Fontanesi, Emma Baumgartner, e Vittorio Lingiardi. «Lesbian Mother Families and Gay Father Families in Italy: Family Functioning, Dyadic Satisfaction, and Child Well-Being.» *Sexuality Research and Social Policy*, volume 12, numero 1, marzo 2015.

Balzano, Angela. «Le conseguenze dell'amore ai tempi del biocapitalismo. Diritti riproduttivi e mercati della fertilità.» In *Il genere tra neoliberalismo e neofondamentalismo*, a cura di Zappino Federico, 110-125. Verona: ombre corte, 2016.

Barba, Vincenzo. «Unione civile e adozione. Commento alla legge 76/2016.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2017: 381.

Barone, Ippolito. «La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne.» *Famiglia e Diritto*, n. 12, 1° dicembre 2018: 1091.

- Barone, Ippolito. «Procreazione assistita - «Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo».» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1 maggio 2020: 548.
- Basini, Giovanni, Alberto Figone, e Michele Fornaciari. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.
- Basini, Giovanni, Tommaso Bonamini, e Cristina Coppola. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.
- Bertone, Chiara. «Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali: dilemmi e responsabilità della ricerca.» *Cambio (Firenze)*, vol. 5, no. 9 (Firenze University Press), 2015.
- Bianchini, Daniela. «Omossessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore, nota al decreto Trib. Bologna 15 luglio 2008.» *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009: 690-697.
- Biblarz, Timothy J., e Judith Stacey. «How Does the Gender of Parents Matter?» *Journal of Marriage and Family*, febbraio 2010: 3-22.
- Bilotta, Francesco. «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare.» *Dir. famiglia*, fascicolo 2/2011: 899.
- Bilotti, Emanuele. «La Corte costituzionale e la doppia maternità.» *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2021: 664.
- Bosisio, Roberta, e Joëlle Long. «Famiglie omogenitoriali in Italia: relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale.» *Sociologia del diritto*, fascicolo 1/2020.
- Bugetti, Maria Novella. «Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione).» *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 1 agosto 2022: p. 849.
- Calvigioni, Renzo. «In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione.» *Famiglia e Diritto*, n. 6, 1° giugno 2022: 581.

- Calvigioni, Renzo. «L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione.» *Famiglia e Diritto*, n. 6, 1° giugno 2020: 537.
- Canevelli, Paolo. *L'esecuzione delle pene detentive*. UTET Giuridica, febbraio 2021.
- Capizzi, Giacomo. *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*. biodiritto.org, s.d.
- Casaburi, Geremia. «Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili).» *Articolo29.it*, 3 marzo 2016.
- Casini, C., M. L. Di Pietro, e M. Casini. «La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita.» *DFP*, 2/2004489-533.
- Casini, Carlo, Marina Casini, e M. Luisa Di Pietro. *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». Commentario*. Giappichelli, 2004.
- Casonato, V. C., e T. E. Frosini. *La fecondazione assistita nel diritto comparato*. Torino, 2006.
- Cassano, Giuseppe. «La procreazione artificiale.» In *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, di Giuseppe Cassano, 167-190. Milano: Giuffrè, 2006.
- Castronovo, C. «Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale.» *Europa e diritto privato*, n. 3/2014: 1117.
- Cavana, Paolo. «Europa: due importanti pronunce in materia bioetica (Corte di giustizia UE sulla nozione di embrione umano, O. Brustle c. Greenpeace eV; Corte europea dei diritti sul divieto di fecondazione eterologa, S.H. ed altri c. Austria).» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 2/2011.
- Checchini, Bianca. «L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1° maggio 2021: 609.
- Chiappetta, Giovanna. «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione.» *La cittadinanza europea*, 1/2021 : 244.
- Chiti, Edoardo. «False piste: il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime.» *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 1° novembre 2021: 801.

- Cian, Giorgio, e Alberto Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*. CEDAM, Edizione XIV, settembre 2020.
- Cigoli, Vittorio, e Eugenia Scabini. «Sul paradosso dell'omogenitorialità.» *Vita e pensiero*, fascicolo 3/2013.
- Cinque, Maddalena. «Quale statuto per il “genitore sociale”?» *Rivista di Diritto Civile*, fascicolo n. 6/2017, 1° novembre 2017: 1475.
- Cipriani, Nicola. «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016.» In *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, a cura di Berta Esperanza Hernández-Truyol e Roberto Virzo, 249-276. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- Comitato dei diritti umani [HRC]. «General Comment No. 16 del 1988.» s.d.
- . «General Comment No. 902 del 1999.» s.d.
- Cordiano, Alessandra. «Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 2/2017: 255.
- Curcio, Giovanluigi, e Luciano Trovato. «L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì.» *Minorigiustizia*, n. 1/2017: 153-159.
- D'Amico, Giacomo. «La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse.» *Quaderni costituzionali*, fascicolo 3/2014: 663-666.
- D'Aloia, Antonio, e Paola Torretta. *La procreazione come diritto della persona*. Vol. Trattato di biodiritto, in *Il governo del corpo*, a cura di Stefano Canestrari, Gilda Ferrando, Cosimo Marco Mazzoni, Stefano Rodotà e Paolo Zatti, 1341 ss. Milano: Giuffrè, 2011.
- Danna, Daniela. «La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità.» *Ragion pratica*, fascicolo 2/2019: 413-435.
- de Cordova, Federica, e Chiara Sità. «In ricchezza e povertà, in salute e malattia. Famiglie omogenitoriali e diritti in Italia in una prospettiva psicosociale.» *Rainbow Families in Europe: Proceedings of the Conference*. Trento: Università di Trento, 16- 17 ottobre 2014. 397- 407.

- De Stefani, Paolo. «Matrimonio, vita familiare e coppie omosessuali: una sentenza della Corte europea dei diritti umani orienta il dibattito (Schalk e Kopf c. Austria, giugno 2010).» *Dossier del Centro Diritti Umani*. Università degli Studi di Padova, Centro di Ateneo per i Diritti Umani, 8 dicembre 2010.
- de Strobel, Gabriella. «La genitorialità d'intenzione alla luce della Corte costituzionale n. 230/2020.» *Rivista Italiana Avvocati per la Famiglia e i minori*, fascicolo 3/2021: 150-156.
- Di Renzo Villata, Maria Gigliola. «Adozione e affido. Due secoli di storia e una sfida al futuro.» In *Madri e padri sociali tra passato e presente. Per una storia dell'adozione*, a cura di Marina Garbellotti e Maria Clara Rossi, 121-159. Viella, 2016.
- Di Rosa, Giovanni. «Modulo della famiglia. Leggi complementari.» In *Commentario del codice civile*, di Enrico Gabrielli, 913-949. UTET Giuridica, II Edizione, dicembre 2018.
- Diquattro, Carolina. «Affidamento familiare e tutela dell'interesse degli affidatari alla continuità affettiva.» *Famiglia e Diritto*, n. 11/2019: 999.
- Diquattro, Carolina. «La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale.» *Famiglia e Diritto*, n. 2, 1° febbraio 2020: 137 ss.
- Dogliotti, Massimo. «La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi.» *Famiglia e Diritto*, n. 2/2004: 117-121.
- Dogliotti, Massimo. «Le "linee guida" del Ministero della salute sulla procreazione medicalmente assistita.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2004: 508-527.
- Dogliotti, Massimo. «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.» *Famiglia e Diritto*, n. 7, 1° luglio 2019: 653.
- Dogliotti, Massimo, e Flavio Astiggiano. *Le adozioni. Minori italiani e stranieri, maggiorenni*. Giuffrè, 2014.
- Dolcini, Emilio, e Gian Luigi Gatta. *Codice penale commentato – Tomo III edizione V*. Wolters Kluwer, luglio 2021.
- Dosi, Gianfranco. *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*. Milano, 2006.

- Dossetti, Maria. «Commento on-line al Codice Civile commentato a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» One legale, Wolters Kluwer Italia s.r.l., maggio 2022.
- Fattori, Gabriele. «Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contromaggioritario.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 1/2015: 143-167.
- Fernandez Sanchez, Sonia. «Maternità surrogata e prestazioni sociali.» *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, fascicolo 2/2017: 237-264.
- Ferrando, Gilda. «La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa".» *Il Corriere Giuridico*, n. 8-9, 1 agosto 2014: 1062.
- Ferrando, Gilda. «Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis.» *Il Corriere Giuridico*, n. 2, 1° febbraio 2017: 181.
- Ferrara, Federica. «Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso nota alla sentenza Tribunale Milano Sez. IX, 19 marzo 2014.» *Famiglia e diritto*, n. 5, 1 maggio 2015: 494.
- Figone, Alberto. «L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico.» *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1° novembre 2021: 992.
- Figone, Alberto. «Unioni civili e percorsi di genitorialità.» *Rivista Italiana Avvocati per la Famiglia e i minori*, fascicolo 3/2021: 144-149.
- Flore, Stefania. «Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale.» *Federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, fascicolo 24/2021, 20 ottobre 2021: 38-66.
- Fossà, Carlotta. «Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno.» *Giurisprudenza Italiana*, n. 10, 1° ottobre 2017: 2075.
- Freni, Fortunato. «Il presunto diritto alla mono-genitorialità e le scelte etiche di iniziativa.» *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>)), fascicolo n. 8 del 2022.
- Gattuso, Marco. «Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida.» *Articolo29.it*, 2016.

- Gattuso, Marco. «La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali.» *Il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, fascicolo 3/2007: 452-463.
- Gelli, Rebecca. «L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi nota a sentenza Cass. civ. Sez. VI, 11 luglio, 2017 n. 17137.» *Famiglia e Diritto*, n. 3, 1 marzo 2018: 253.
- Giacobbe, Emanuela. «Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali .» *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fascicolo 1/2019, 1° marzo 2019: 233.
- Grasso, Alfio Guido. «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).» *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2021: 700.
- Guida, Erberto. «La capacità giuridica della donna dopo la legge 17 luglio 1919 n. 1176.» *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie* (Vita e Pensiero-Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore) Vol. 85, Fasc. 332 (agosto 1920): 260-275.
- Kellen, Trilha Schappo. «Disegno di Legge Cirinnà e contratti internazionali di maternità surrogata: l'ammissione della step child adoption avrebbe rischiato di generalizzare una pratica vietata in Italia?» *BioLaw Journal*, volume 3/2016: 279-289.
- Labriola, Michela. «La filiazione omogenitoriale.» *Familia. Il diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, fascicolo 3/2017, fascicolo 3/2017: 357-388.
- Lenti, Leonardo. «L'adozione e il paradigma matrimoniale.» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4/2021: 911.
- Letablier, Marie-Thérèse. «Il riconoscimento delle nuove forme di famiglia: Una controversa posta in gioco nella recente politica familiare in Francia.» *Cambio*, volume 5, fascicolo 9/2015, Firenze, giugno 2015.
- Lingiardi, Vittorio, e Nicola Carone. «Famiglie contemporanee: nuove concezioni, vecchi pregiudizi. Risposta ai commenti.» *Giornale italiano di psicologia* (Il Mulino), fascicolo 1-2/2016: 181-191.

- Lorenzetti, Anna. «La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa.» *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2018.
- Luciani, Massimo. « Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico.» *Giurisprudenza costituzionale*, 2006: 1663.
- Lupo, Maria. «Commento online al Codice Civile commentato di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.
- Luzi, Michela. «La famiglia nella prospettiva sociologica tra nuovi modelli, minacce e sfide.» *Osservatorio sociale*, fascicolo 2, 26 giugno 2015.
- Marino, Giuseppe. «Adozione internazionale: il requisito del coniugio è incostituzionale?» *Diritto & Giustizia*, fascicolo 245/241: 4.
- Marino, Giuseppe. «Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione.» *Diritto & Giustizia*, fascicolo 192/2019: 6.
- Marzialetti, Lucia. «Famiglia - «Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione».» *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 9, 1° settembre 2016: 1172.
- Mastrangelo, Gannaro. «L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci.» *Famiglia e Diritto*, n. 4/2014: 351.
- Mezzadri, Fabio, e Luca Ghidoni. «Art. 18 D.P.R. 03-11-2000, n. 396 - Casi di intrascrivibilità.» Wolters Kluwer Italia s.r.l. - ONE LEGALE, 12 Settembre 2022.
- Migliucci, Debora. «Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana. Storia controversa di una "società naturale".» [tesi di dottorato]. Milano: Università degli studi di Milano, 2013.
- Mirto, Caterina. «Maternità surrogata, in attesa di un intervento legislativo.» *Rivista dell'Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e i minori*, fascicolo 3/2021: 127-143.
- Modugno, Franco. «La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale.» in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, s.d.: 284.

- Montecchiari, Tiziana. «Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della suprema corte di cassazione per single e coppie di fatto.» *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fascicolo 4/2019: 1722.
- Morozzo della Rocca, Paolo . «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita.» *Diritto di famiglia*, fascicolo 1/2005: 211.
- Morozzo della Rocca, Paolo. «Adozione “plena, minus plena” e tutela delle radici del minore.» *Rivista critica del diritto privato*, 1996: 683.
- Morozzo della Rocca, Paolo. «Sull’adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015.» *Famiglia e Diritto*, n. 6/2017: 602.
- Naldini, Manuela. *La transizione alla genitorialità. Da coppie moderne a famiglie tradizionali*. Il Mulino, 2016.
- Novello, Federica. «Adozione “mite” e legame parentale: l’intervento della Corte costituzionale.» *GiustiziaCivile.com*, 23 giugno 2022.
- One Legale. «Commento all’art.29 Costituzione.» Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2022.
- Paladini, Luca. «Standard internazionale e tutela delle rainbow families nell’UE: nozioni di famiglia e best interest del minore nel sistema ONU di protezione dei diritti dell’uomo. Rights On The Move.» A cura di Carlo Casonato e Alexander Schuster. *Rainbow Families in Europe: Proceedings of the Conference*. Trento: Università di Trento, 16-17 ottobre 2014. 201-214.
- Paleari, Paola. «Impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento: favor veritatis o favor minoris?» *Diritto & Giustizia*, fascicolo 207, 2021.
- Parisi, Stefania. «Famiglia di diritto: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili.» *Quaderni costituzionali*, fascicolo 3, settembre 2016.
- Passaniti, Paolo. *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della “società coniugale in Italia”*. Milano: Giuffrè, 2011.
- Pastore, Fulvio. «Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza.» *Federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 13 marzo 2017.
- Pisano, Francesco. «Sì all’adozione speciale quando si deve tutelare una relazione preesistente e significativa del minore.» *Ifamiliarista.it*, fascicolo 6/2019.

- Poggi, Francesca. «La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo 3, dicembre 2021: 655.
- Poli, Marco. «La maternità nei casi di Pma eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore .» *Minorigiustizia*, n. 3/2020.
- Pozzolo, Susanna. «Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016: 93-110.
- Quadri, Enrico. «Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati.» *Articolo29.it*, 15 aprile 2016.
- Queirolo, Ilaria, e Francesco Pesce. «La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo.» *La cittadinanza europea*, n. 1/2021: 223-229.
- Recinto, Giuseppe. «La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”.» *Il Corriere Giuridico*, n. 12, 1° dicembre 2019: 1460.
- Rescigno, Pietro. *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*. Torino: G. Giappichelli, 2000.
- Rifiletti, Rossana. «Le tendenze al riconoscimento delle famiglie same-sex: una breccia nel modello familista?» *Rossana Rifiletti. Le tendenze al riconoscimento delle f Cambio (Firenze)*, vol. 5, no. 9 (Firenze University Press), 2015: 9-11.
- Rimini, Carlo, Ubaldo La Porta, Grazia Cesaro, e Claudia Balzarini. *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*. IPSOA, marzo 2020.
- Rivera, Ilaria. «La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente.» *Sociologia del diritto*, n. 1/2020: 201-222.
- Rodotà, Stefano. «Diritto d'amore.» *Politica del diritto, fascicolo 3* (Il Mulino), settembre 2014: 335-358.
- Rolli, Rita. *Il diritto privato nella società 4.0*. CEDAM, gennaio 2022.
- Ronfani, Paola. «I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità.» *Sociologia del diritto, fascicolo 1*, 2020.

- Ronfani, Paola. «I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità.» *Sociologia del diritto*, fascicolo 1, 2020.
- Rosani, Domenico. «“The Best Interests of the Parents”. La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017: 109-134.
- Rosnati, Rosa, Elena Canzi, e Eugenia Scabini. «Adozione e omogenitorialità: uno sguardo critico alle ricerche.» *Minorigiustizia*, fascicolo 1/2017: 123-129.
- Rossi Carleo, Liliana. «L'affidamento e le adozioni.» In *Trattato di diritto privato*, di Rescigno Pietro. Torino: Utet, 1997.
- Rossi, Renzo. «Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, 19 febbraio 2013, n. 19010/07.» *Europa e diritto privato* (Giuffrè), fascicolo 1/2014: 271-292.
- Rossi, Stefano. «La “legge Cirinnà” tra love rights e politica del diritto.» *Studium Iuris*, n. 9, 1° settembre 2016,: 979.
- Rovacchi, Marta. «Il disconoscimento di paternità.» *Rivista di dottrina e giurisprudenza in tema di Diritto della Famiglia e dei Minori*, fascicolo 1/2019: 18-27.
- Ruggeri, Antonio. «Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione.» *Quaderni costituzionali*, 2007.
- Ruggeri, Antonio. «La sentenza sulla fecondazione eterologa: la Consulta chiude al dialogo con la Corte EDU.» *Quaderni costituzionali*, fascicolo 3/2014: 659-663.
- Ruscello, Francesco. «La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita.» *Famiglia e Diritto*, n. 6/ 2004: 628.
- Salmieri, Luca. «La famiglia nei classici della sociologia: Tonnies, Durkheim, Simmel, Weber».
 «http://www.diss.uniroma1.it/moodle2/pluginfile.php/14532/mod_resource/content/2/La%20famiglia%20nei%20classici%20della%20sociologia%20Tonnies%2C%20Durkheim%2C%20Simmel%2C%20Weber%2C%20Engles.pdf»
http://www.diss.uniroma1.it/moodle2/pluginfile.php/14532/mod_resource/content/2/La%20famiglia%20nei%20classici%20della%20sociologia%20Tonnies%2C%20Durkheim%2C%20Simmel%2C%20Weber%2C%20Engles.pdf. s.d.
- Salone, Bartolo. «La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016: 39-71.

- Scantamburlo, Martina, e Rita Carnevali. «Traduzione della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber del 19 febbraio 2013, n. 19010.» Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, s.d.
- Sesta, Michele. «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.» *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1° novembre 2021: 992.
- . *Codice della famiglia*. Vol. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2007.
- Sesta, Michele. «Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?» *Il Corriere Giuridico*, volume 11/2004: 1405-1410.
- Sesta, Michele. «La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare.» *Famiglia e Diritto*, n. 10, 1° ottobre 2016: p. 881.
- Sesta, Michele. «L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri.» *Famiglia e Diritto*, n. 4, 1° aprile 2020: 325.
- Spadaro, Antonio. «Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa o serve una legge di revisione costituzionale?» www.forumcostituzionale.it, 9 settembre 2013.
- Stefanelli, Stefania. «Accertamento della maternità nella gestazione per altri.» *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016: 7-37.
- Stefanelli, Stefania. «Adozione del figlio del partner nell'unione civile.» *GenIUS rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, fascicolo 2/2016: 102-130.
- Stefanelli, Stefania. «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili.» *Ifamiliarista.it*, 5 febbraio 2020.
- Sugamele, Laura. «Maternità surrogata: la biopolitica del corpo Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia liberale.» *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, Vol. 53 – Supplemento – 2019: 434-447.
- Tigano, Vincenzo. «Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019.» *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 2/2020.

- Tomasi, Laura. «La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu.» *Questione giustizia*, Fascicolo 2/2019: 39-52.
- Tommaseo, Ferruccio. «Sull'affidamento familiare d'un minore a una coppia omosessuale.» *Famiglia e Diritto*, n. 3/2014: 273.
- Torrente, Andrea, e Piero Schlesinger. *Manuale di diritto privato*. A cura di Franco Anelli e Carlo Granelli. Milano: Giuffrè, 22. ed, 2015.
- Tosini, Elisa. «La filiazione fuori dal matrimonio: il riconoscimento dei figli nati da genitori non coniugati.» *Rivista di dottrina e giurisprudenza in tema di Diritto della Famiglia e dei Minori*, fascicolo 1/2019: 28-42.
- Uccella, Fulvio. *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*. Padova: CEDAM, 2001.
- Ungari, Paolo. *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*. A cura di Francesca Sofia. Il mulino, 2002.
- Valletti, Monica. «Responsabilità genitoriale: omogenitorialità.» *La Bussola, il Familiarista.it*, s.d.
- Vari, Filippo. «A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa.» *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo 3/2014.
- «Verbale Assemblea costituente, IV, 3283.» s.d.
- Vincenzo, Scalisi. *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*. Milano, 1974.
- Vitrano, Francesco. «Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?» *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia.*, fascicolo 17/2017: 130-139.
- Zaccaria, Alessio. *Commentario breve al diritto della famiglia*. Milano: CEDAM, 4ed. 2020.

Giurisprudenza

Corte costituzionale, Sentenza del 26 maggio 1989, n. 310. G.U. 05/05/1989, n. 22

Corte costituzionale, Sentenza del 22 luglio 1976, n.181.

Corte costituzionale, Sentenza del 12 aprile 1990, n. 184. G.U. 18/04/1990, n. 16

Corte costituzionale, Sentenza del 28 marzo 2022, n.79. G.U. 30/03/2022, n. 13.

Corte costituzionale, Sentenza del 14 aprile 2010 n.138. G.U. 21/04/2010, n. 16.

Corte costituzionale, Sentenza del 11 giugno 2014 n. 170. G.U. 18/06/2014, n. 26.

Corte costituzionale, Sentenza del 20 ottobre 2016, n. 225. G.U. 26/10/2016, n. 43.

Corte costituzionale, Sentenza del 8 maggio 2009, n. 151. G.U. 13/05/2009, n. 19.

Corte costituzionale, Sentenza 23 ottobre 2019, n. 221. G. U. 30/10/2019, n. 44.

Corte costituzionale, Sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79. G.U. 30/03/2022, n. 13.

Corte costituzionale, Sentenza del 28 gennaio 2021, n. 33. G.U.10/03/21, n. 10.

Corte costituzionale, Sentenza del 28 gennaio 2021, n. 32. G.U. 30/03/2022, n. 10.

Corte costituzionale, Sentenza del 18 giugno 2019, n. 221. G.U. 30/10/2019, n. 44.

Corte costituzionale, Sentenza del 9 maggio 1994, n.183. G.U. 25/05/1994, n. 22.

Corte costituzionale, Sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383. G.U. 13/10/1999, n. 41.

Corte costituzionale, Sentenza del 18 febbraio 1975, n. 27.

Corte costituzionale, Sentenza del 18 marzo 1992, n. 148. G. U. del 08/04/1992 n. 15.

Corte costituzionale, Sentenza del 18 luglio 1996, n. 303. G. U. del 31/07/1996 n. 31.

Corte costituzionale, Sentenza del 30 gennaio 1997, n. 35. G. U. del 12/02/1997 n. 7.

Corte costituzionale, Sentenza del 13 gennaio 2005, n.45, 46, 47, 48, 49. G. U. del 02/02/2005 n. 5.

Corte costituzionale, Sentenza del 9 aprile 2014, n.162. G. U. del 18/06/2014 n. 26.

Corte costituzionale, Sentenza del 14 maggio 2015, n. 96. G. U. del 10/06/2015 n. 23.

Corte costituzionale, Sentenza del 21 ottobre 2015, n. 229. G. U. del 18/11/2015 n. 46.

Corte costituzionale, Ordinanza del 22 maggio 2012, n. 150. G. U. del 13/06/2012 n. 24.

Corte costituzionale, Sentenza del 22 novembre 2017, n. 272. G. U. del 20/12/2017 n. 51.

Corte costituzionale, Sentenza del 21 ottobre 2019, n. 237. G. U. del 20/11/2019 n. 47.

Corte costituzionale, Sentenza del 20 ottobre 2020, n. 230. G. U. del 11/11/2020 n. 46.

Corte costituzionale, Sentenza del 24 febbraio 2016, n. 76. G.U. del 13/04/2016 n. 15.

Corte EDU, Sentenza del 21 luglio 2015, n. 18766, caso Oliari c. Italia.

Corte EDU, Sentenza del 24 giugno 2010, caso Schalk e Kopf c. Austria

Corte EDU, Decisione del 21 dicembre 1999, caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo.

Corte EDU, Sez. Grande Chambre, Sentenza del 19 febbraio 2013 n. 19010. Caso X e altri c. Austria.

Corte EDU, Sentenza del 28 agosto 2012, caso Costa-Pavan v. Italia.

Corte EDU, Sentenza del 1° aprile 2010 (C. 57813/00), caso S.H. and Others c. Austria. In Fam. e dir., 2010, 977.

Corte EDU, Grande Camera, Sentenza del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, in Nuova giur. comm., 2012, I, 224 ss.

Corte EDU, quinta sezione, Decisione del 15 marzo 2012, caso Gas e Dubois c. Francia. In articolo29.it

Corte EDU, Sentenza del 26 giugno 2014, caso Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia.

Corte Edu, Parere del 10/04/2019, Parere consultivo in materia di maternità surrogata (in applicazione del Prot. 16 Cedu), al link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

HRC No. 902/1999, Joslin v New Zealand, 30 luglio 2002.

Tribunale per i minorenni di Torino del 28 dicembre 1985, in Dir. famiglia, 1986, p. 172

Tribunale per i minorenni di Milano del 17 ottobre 2016, n. 261.

Tribunale per i minorenni di Torino del 23 ottobre 2015.

Tribunale per i minorenni dell'Aquila del 26 marzo 2007, in *Giur. mer.*, 2007, p.3110.

Tribunale per i minorenni di Catanzaro, Decreto del 27 maggio 2008, in *Famiglia e minori* 2008, p. 86.

Tribunale per i Minorenni di Bologna, Decreto del 31 ottobre 2013.

Tribunale per i Minorenni di Palermo, Decreto del 04 dicembre 2013.

Tribunale per i minorenni di Bologna, Ordinanza del 10 novembre 2014, n. 259.

Tribunale di Firenze, Ordinanza del 6 settembre 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 25. 57.

Tribunale di Catania, Ordinanza del 21 ottobre 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 53.

Tribunale di Milano, Ordinanza 2 febbraio 2011, in *Fam. e min.*, 2011, 5, p. 46.

Tribunale di Firenze, Ordinanza del 22 aprile 2013, r.o. 213, in *G.U.* n. 41, prima serie speciale, 2013.

Tribunale di Milano, Ordinanza dell'8 aprile 2013, in *Foro it.*, 2013, I, p. 2473.

Tribunale di Catania, Ordinanza del 13 aprile 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 2473.

Tribunale di Bologna, Ordinanze del 14 agosto 2014, in *Foro it.*, 2014, I, p. 2934.

Tribunale di Pordenone, Ordinanza del 2 luglio 2018 n. 129, in *Famiglia e Diritto*, 2018 nota di Barone.

Tribunale di Bolzano, Ordinanza del 3 gennaio 2019 n. 60.

Tribunale di Roma, Ordinanza del 17 febbraio 2000 in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483.

Tribunale di Monza, Sentenza del 30 maggio 1989 in *Dir. famiglia*, 1990, p. 173 ss.

Tribunale di Nicosia 22 aprile 2008, in *Foro.it.*, 2008, p. 1914.

Tribunale di Catania del 18 maggio 2006, su *Repertorio Lex24*.

Tribunale di Firenze, ordinanza del 20 aprile 2009.

Tribunale di Bologna, Decreto del 7 luglio 2008, in *Dir. fam. e pers.* 2009, p. 689.

Tribunale di Napoli, Sentenza del 26 giugno 2006 in *Foro it.*, 2007, p. 138.

Tribunale di Milano, Sez. IX, 19 marzo 2014 in Famiglia e Diritto, n. 5, 1° maggio 2015, p. 494.

Tribunale di Roma, Sentenza del 30 luglio 2014, in Dir. fam. pers., 2014, p. 1533.

Tribunale di Roma, ordinanza del 08.08.2014.

Tribunale di Reggio Emilia, Decreto del 28.04.2021.

Tribunale di Roma, Sentenze del 20 febbraio 2020, n. 2991 e 3017.

Corte d'Appello di Torino del 27 maggio 2016.

Corte d'Appello di Milano del 27 aprile 2017.

Corte d'Appello di Napoli, Sentenza del 11 aprile 2007.

Corte d'Appello Cagliari, Decreto del 29 aprile 2021.

Corte d'Appello Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 18 giugno 2008, n. 16593.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 17 dicembre 2009, n. 26587.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 17 gennaio 2017, n. 977.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 3 gennaio 2017, n. 27.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 14 settembre 2016, n. 18087.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 10 luglio 2013, n. 17089.

Cassazione civile, Sez. VI, Ordinanza del 19 gennaio 2022, n. 1645.

Cassazione civile, Sez. VI - 1, Ordinanza del 19 luglio 2016, n. 14728.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 11 gennaio 2013, n. 601.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 09 gennaio 2009, n. 283.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 27 settembre 2013, n. 22292.

Cassazione civile, Sentenza del 26.11.2004, n. 22350.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 15 febbraio 2017, n. 4020.

Cassazione civile, Sez. I, Sentenza del 16 marzo 1999, n. 2315.

Cassazione civile, Sez. III, Sentenza del 21 aprile 2016, n. 8037.

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza 27 ottobre 2021, n. 30403.

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza del 26 giugno 2019, n. 17100.

Cassazione civ. Sez. I, Sentenza del 3 aprile 2020, n. 7668, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2020, p. 537.

Cassazione civ., Sez. I, Sentenza del 22 aprile 2020, n. 8029, in *Il Quotidiano giuridico*, 8 maggio 2020.

Cassazione civ., Sez. I Ordinanza del 25 febbraio 2022, n. 6383 in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2022, p. 581.

Cassazione civ. Sez. I, Sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Il Corriere Giuridico*, n. 2, 1 febbraio 2017, p. 181.

Cassazione civ., Sez. I, sentenza del 23 agosto 2021, n. 23319, in *Famiglia e Diritto*, 2/2022, p.154.

Cassazione civ. SS. UU., Sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193 in *Famiglia e Diritto*, n. 7/2019, p. 653.

Cassazione civile, SS. UU., Sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601.

Cassazione civile, SS. UU, Sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006 in *Famiglia e Diritto*, n. 11/2021, p. 992.

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325.

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842.

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza del 11 novembre 2019, n. 29071 in [articolo29.it](#).

Cassazione penale, Sez. VI, Sentenza del 17 gennaio 2019, n. 2173.

Cassazione penale, Sez. V, Sentenza del 5 aprile 2016, n.13523.

Legislazione

D. P. R. del 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*. G. U. del 30.12.2000, n. 223.

D.P.R 3 novembre 2000, n.396 *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127*.

Legge del 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. G.U. del 03/06/1995, n. 128.

Legge del 5 giugno 1967, n. 431 *Modifiche al titolo VIII del libro I del Codice civile "Dell'adozione" ed inserimento del nuovo capo III con il titolo "Dell'adozione speciale"*. G. U. del 22/06/1967 n. 154.

Legge del 28 marzo 2001, n. 149 *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché' al titolo VIII del libro primo del codice civile*. G. U. del 26/04/2001 n. 149.

Legge del 19 ottobre 2015, n. 173 *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare*. G. U. del 29/10/2015 n. 252.

Legge del 31 dicembre 1998, n. 476 *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri*. G. U. del 12/01/1999 n. 8

Legge 8 febbraio 2006, n. 54 *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*. G.U. 01.03.2006, n.50.

Legge del 6 marzo 1987, n. 74 *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*. GU 11/03/1987, n.58.

Legge del 1° dicembre 1970, n. 898 *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*. GU 03/12/1970, n.306.

Legge del 22 maggio 1978, n. 194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*. G.U. 22/05/1978 n.140.

Legge del 19 maggio 1975, n. 151 *Riforma del diritto di famiglia*. G.U. 23/05/1975 n.135.

Legge del 19 febbraio 2004, n.40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. G.U. 24/02/2004, n.45.

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

L. 20 maggio 2016, n. 76 *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. G.U. 21/05/2016 n.118.

Legge del 4 maggio 1983, n. 184 *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. [Ora: *Diritto del minore ad una famiglia*] G.U. 17/05/1983.

Legge 29 gennaio 1942, n. 64 *Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza*. G.U. 27/02/1942 n. 48.

D.d.l. 19 febbraio 2014, n.1320 *Modifiche al codice civile in materia di delega dell'esercizio della responsabilità genitoriale*.

Codice di deontologia medica in vigore dal 2/3 ottobre 1998 al 15 dicembre 2006.

D.lgs. del 28 dicembre 2013, n. 154 *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*. G.U. 08/01/2014, n.5.

D.lgs. 28 dicembre 2013, n.154 *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*. G.U. 08/01/2014 n.5.

DPCM 12 gennaio 2017 *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. (17A02015)*. G.U. Serie Generale, n. 65 del 18 marzo 2017.

Decreto del Ministero della salute del 21 luglio 2004, *Le linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*. G. U. del 16/08/2004 n.191.

R.D. 19 dicembre 1926, n. 2132 *Imposta personale progressiva sui celibi*. G.U. 16/01/1928, n. 12.

R.D. 19 novembre 1938, n.1728 *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*. G.U. 27/02/1939, n.48.

R.D. 16 marzo 1942, n.262 Approvazione del testo del Codice civile. G.U. 04/04/1942, n.79.

D.I.I. 28 settembre 1944, n.247 *Estensione alle donne del diritto di voto*. G.U. del 20-02-1945 n.22.

D.I.I. 10 marzo 1946, n.74 *Norme per l'elezione dei deputati all'Assemblea costituente*. G.U.12/03/1946, n.60.

Dichiarazione per i diritti del fanciullo, approvata il 20 novembre 1959 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata con Legge 27 maggio 1991, n. 176 (G.U. 11/06/1991).

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, concluso il 10 dicembre 1948 a Parigi dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Patto sui diritti civili e politici, concluso il 16 dicembre 1966 a New York dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Patto sui diritti economici, sociali e culturali, concluso il 16 dicembre 1966 a New York dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), conclusa a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848. G.U. 24 settembre, n. 221.

Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (o Carta di Nizza) conclusa a Nizza il 7 dicembre 2000 che ha assunto lo stesso rango giuridico dei Trattati con il Trattato di Lisbona, 1° gennaio 2009.