



ORDINE PUBBLICO COSTITUZIONALE E *STATUS FILLATIONIS* IN ITALIA E NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI: LA NORMATIVA E L'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE

MARIA GABRIELLA STANZIONE

SOMMARIO: 1. La trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita del figlio di due madri: la decisione della Cassazione. – 2. Nozione di famiglia e pluralità dei modelli familiari. La giurisprudenza della Corte EDU e la nozione di “vita familiare”. La dimensione genitoriale. – 3. Il pluralismo delle verità nella relazione genitore-figlio. Rapporto affettivo e assunzione di responsabilità nella giurisprudenza della Corte EDU. La tutela giuridica delle convivenze omosessuali. – 4. Dal contratto allo *status*: le unioni omosessuali negli ordinamenti europei. La legge italiana n. 76 del 2016. – 5. Atto di nascita estero e trascrivibilità in Italia. Ordine pubblico interno e internazionale: superamento. L'ordine pubblico costituzionale. – 6. Le c.d. paternità e maternità assistite. I diversi modelli normativi. Identità genetica, genitorialità di sostituzione e certezza degli *status*. – 7. La maternità surrogata e le diverse discipline in Europa. Le sentenze della Corte EDU e le conseguenze sulle normative nazionali. La rilevanza della “vie familiare” e il superiore interesse del minore: i profili identitari. – 8. Adozione del minore e unione omosessuale: le differenti normative. La vicenda nell'ordinamento francese. Le sentenze di condanna della Corte EDU: i casi dell'Italia e dell'Austria. Le aperture della giurisprudenza italiana. – 9. Il profilo identitario e l'interesse del figlio. – 10. Nozione di famiglia e unioni omosessuali. Valutazioni della Cassazione e decisioni della Consulta. Ordine pubblico e trascrivibilità dell'atto di nascita estero del figlio di genitori omosessuali. Il divieto di maternità surrogata – 11. Interesse del figlio ed evoluzione della nozione di genitorialità. Filiazione, interesse del minore e identità: il diritto di conoscere le proprie origini. – 12. Art. 31 cost. e modelli di cogenitorialità: considerazioni finali.

1. È opinione comune, sempre più diffusa e frequentemente espressa, che il nostro legislatore non tenga il passo con le esigenze che sorgono dalla mutata realtà sociale e che prepotentemente chiedono tutela.

Istanze che invece vengono raccolte e fatte proprie dalla giurisprudenza, in un'opera di supplenza ogni volta più marcata, che, dal suo canto, si rende spesso interprete delle opinioni che emergono dalle analisi teoriche, in una ritrovata armonia tra foro ed accademia.

È motivo di grande soddisfazione, per chi da tempo di questi temi si occupa¹, vedere messe in pratica e operanti, nel risolvere drammatici problemi umani, soluzioni e

¹ Sia consentito il rinvio ad alcuni miei lavori: M. G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*; ID., *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim* e spec. p. 111 ss. ID., *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”*, in *Fam. dir.*, 2012, 2, p. 201 ss., con particolare attenzione alla giurisprudenza.



linee interpretative che già si è ritenuto di poter sostenere. La sentenza della prima sezione della Corte di cassazione n. 19599 del 30 settembre 2016 suscita particolare interesse². E non soltanto perché essa stessa è intessuta di profondi sentimenti di solidarietà umana; non perché sia dotta e circostanziata, ma perché dà ascolto ai tentativi di ricostruzione che da tempo si rincorrono in questi ambiti dell'esperienza umana così delicati e controversi. Per più versi, giunge, in tal modo e magistralmente, alla riconduzione a unità, e ad armonioso sistema, di uno dei settori più complessi della disciplina familiare.

La sentenza procede con la tecnica della formulazione dei principi di diritto validi come precedenti per le successive controversie su analoghe questioni.

E su questa strada sembra utile ripercorrere il ragionamento della corte.

Si ritiene opportuna una premessa sul fatto.

Si tratta della trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita formatosi in Spagna, legittimamente secondo l'ordinamento spagnolo, di un bimbo nato da due donne, di cui una cittadina spagnola e l'altra italiana, che in Spagna hanno contratto matrimonio e che sono entrambe biologicamente legate al figlio, poiché una ha donato l'ovulo e l'altra ha condotto a termine la gravidanza attraverso un procedimento di procreazione assistita con inseminazione eterologa, concessa in quell'ordinamento anche alle coppie omosessuali.

Entrambe risultano all'anagrafe genitrici; di entrambe il figlio porta il cognome. Poiché una delle madri è italiana, per la legge spagnola il figlio possiede le due cittadinanze. Quella italiana si renderebbe effettiva, in Italia, mediante la trascrizione dell'atto di nascita a norma dell'art. 33 l. 31 maggio 1995, n. 219, di riforma del diritto internazionale privato.

Complica la questione, ma non incide sul problema principale, il fatto che le due donne abbiano in seguito divorziato consensualmente, accordandosi per l'affidamento condiviso del figlio, con esercizio congiunto della responsabilità genitoriale.

La sentenza della Cassazione, successiva all'entrata in vigore nel nostro ordinamento della normativa in tema di unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76), ma relativa ad una controversia antecedente alla medesima, opera secondo il principio del *tempus regit actus* e non prende in considerazione la novità legislativa. Ma, come si vedrà, in nessun modo le sue risoluzioni vengono poste in dubbio dalla nuova regolamentazione delle unioni omosessuali; anzi, la decisione può portare chiarezza in molti aspetti ambigui della stessa.

Il primo punto di diritto che la pronuncia declama assume il seguente tenore:

«Il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia a norma degli artt. 16, 64 e 69 l. n. 218 del 1995 e 18 DPR n. 396 del 2000 deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai trattati fondativi e

² Cass., I, 30 settembre 2016, n. 19599, in www.cortedicassazione.it/. Per le precedenti decisioni del tribunale e della corte di appello torinesi cfr. dirittocivilecontemporaneo.com/



dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

I rilievi avanzati tanto dal tribunale torinese quanto contro la sentenza di appello che riforma la prima decisione invocano infatti una nozione di ordine pubblico che avvalorata, nel nostro ordinamento, una concezione della famiglia che, in conformità con l'art. 29 cost. e con le norme ordinarie in materia, contenute soprattutto nel codice civile, si riferisce esclusivamente a una coppia di sesso differente la quale soltanto, peraltro, è in grado di generare figli.

È agevole per la corte suprema, e prima ancora per la corte di appello, confutare questa prospettiva.

In verità, nella motivazione, la cassazione non si sofferma eccessivamente sulla nozione “basica” di famiglia accolta nel nostro ordinamento a fondamento della disciplina familiare, poiché preferisce proiettarsi in una dimensione che abbraccia una pluralità di esperienze ordinamentali. Tuttavia, anche in considerazione dei problemi interpretativi che pone la nuova legge sulle unioni civili, è opportuno ripercorrere, seppure rapidamente, le linee di evoluzione della indicata nozione.

2. «Più che tutte le altre istituzioni sociali, la famiglia suscita attenzione, indagini, conflitti, polemiche. Per essa, tutte le scienze umane si mobilitano: sociologia, demografia, psicanalisi, psicologia, medicina, biologia, filosofia e, ovviamente, diritto. Per discorrere di famiglia, ciascuna di queste discipline cerca e trova le proprie parole di qualificazione, che dall'una all'altra talvolta emigrano, assumendo nuovo spessore e nuove funzioni: famiglia unita e disunita; perenne o ricomposta; monoparentale, biparentale o addirittura multiparentale e via via enumerando. Tutte queste famiglie hanno in comune di essere di volta in volta luogo degli affetti o del dissidio; di costruzione o di distruzione della persona; di solidarietà o d'individualismo egoista; di espansione o di oppressione. Vi è tutto nella famiglia, salvo la solitudine: quando si è soli, si è senza famiglia»³.

Negli *Essais sur les lois*⁴, Carbonnier afferma che la famiglia, o meglio il suo diritto, non è altro che “la trama profonda di una società, la sua “costituzione civile”. Ne consegue che le grandi trasformazioni sono costanti in questo settore calato interamente nella storia. Senso, contenuto, funzioni si rinnovano nel corso dei secoli. Il diritto fa suo questo sviluppo e lo porta a compimento, sulla spinta della libertà e dell'eguaglianza, prima rendendo eguali uomini e donne, poi dando a tutti i figli, quale che sia la loro nascita, gli stessi diritti. Questa trasformazione, questa “rivoluzione tranquilla”, contrassegna tutti i paesi europei, anche se con cadenze e talvolta con strumenti differenti.

³ Così G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, III ed., Torino, 2016, p. 1 ss.

⁴ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, in *Rép. not. Defrénois*, 1995, p. 185 ss.



Tra gli studiosi europei del diritto di famiglia è prevalente la convinzione della tendenza al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia familiare. Il fenomeno si riconduce alle interferenze e agli intrecci tra fonti anomale di produzione giuridica: il diritto scaturente in qualche modo dal Consiglio d'Europa, quello dell'Unione europea, quello convenzionale o giurisprudenziale delle Corti di giustizia, lo stesso diritto comparato che nella dimensione europea finalmente assurge a fonte, e non più soltanto formante normativo. Le relazioni che intercorrono tra i diversi ordini giuridici europei, che siano nazionali o sovranazionali, non si riducono a un rapporto gerarchico o orizzontale. Sono assai più complesse e posano sul dialogo, vale a dire sugli scambi e sulle influenze reciproche. Il ravvicinamento sembra avvenire nel rispetto delle diversità degli approcci tradizionali alla materia, ma inesorabilmente lungo le vie del coordinamento, dell'uniformizzazione causata dall'opera del diritto internazionale privato, dell'armonizzazione sulla spinta dei principi fondamentali di libertà e di eguaglianza. La giurisprudenza della Corte EDU, utilizzando tali fonti - e in particolar modo proprio il diritto comparato come portatore delle regole applicabili in quanto patrimonio comune degli Stati firmatari -, spinge con forza verso tale direzione, soprattutto sostenendo l'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare, di tutela della privacy, del divieto di discriminazione di cui agli artt. 8 e 14 della Convenzione sui diritti dell'uomo. Sulla scorta della nozione accolta di "vita familiare", la Corte impone agli Stati il rispetto dell'effettività della stessa.

La vita familiare assume meritevolezza di tutela di per se stessa in quanto esistente, indipendentemente dalla santificazione della forma: e così vi è famiglia quando esiste "in effetti" un rapporto tra soggetti: coppia, genitori e figli, coppie e comunità anomale, quando il rapporto, ovviamente, sia considerato meritevole di salvaguardia. Entrano così nell'ambito della protezione giuridica le famiglie non fondate sul matrimonio; famiglie etero e omosessuali; monogenitoriali, bigenitoriali o multigenitoriali, quando assume rilevanza il legame con il terzo genitore - o genitore sociale - che non presuppone un vincolo di sangue ma una relazione affettiva-educativa da conservare nell'interesse del minore. E ciò indipendentemente dal fatto che il rapporto scaturisca da una qualche fonte, legale o convenzionale, comunque istituzionalizzata. Certo, nel rispetto delle diversità delle situazioni normative locali, senza imporre accelerazioni che non rispondano ad un'evoluzione quasi giunta a compimento, nello Stato sotto accusa, ma ineluttabilmente spingendo in questa direzione.

Sul fondo la convinzione che sia acquisito in ogni ordinamento il nuovo fulcro della vita familiare, quello che i sociologi chiamano «l'amore confluyente»⁵, dove i soggetti coinvolti decidono liberamente il modo di vivere insieme, di collaborare, di comunicare, che

⁵ L'espressione è di ANTHONY GIDDENS, *Trasformazione dell'intimità. Sessualità, amore ed erotismo nella società moderna*, Bologna, 2008, *passim*.



la lingua del diritto traduce nella negoziazione, meritevole di tutela secondo i principi generali della democraticità, del personalismo e del solidarismo.

Anche il termine “genitore” emerge come una nozione contestata e composita nei significati, che rinvia a un insieme fluido di pratiche e di significati sociali, storicamente e culturalmente “situati”. Nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo. Il che poggia su due idee fondamentali: quella della “costruzione” – non si nasce genitori, ma lo si diventa – e quella dell’indifferenziazione – ciò che importa è di essere un buon genitore -. Il che giustifica l’impulso verso la scomparsa del concetto di legittimità. Ma anche la maggiore importanza, anzi la necessità, che si accentui il ricorso ai concetti di responsabilità individuale e precipuamente secondo i precetti del diritto comune.

La delicata materia dei rapporti familiari è spesso luogo di confronti, talvolta duri, tra opposte rappresentazioni - nelle funzioni e nei fondamenti - della disciplina che sul piano del diritto deve reggere e ordinare le situazioni familiari. Queste, la cui titolarità istituzionale appartiene ai componenti della famiglia, specie se considerata nella sua dimensione più ristretta, per definizione sono legate soprattutto dai vincoli costituzionali della solidarietà familiare di cui, nel nostro ordinamento, all’art.2 cost.

Il diritto di famiglia in generale, le regole concernenti i rapporti coniugali, le norme sulla filiazione e le relazioni tra genitori e figli in particolare, nel volgere di una cinquantina di anni hanno subito non già una modificazione, ma piuttosto una rivoluzione rispetto alla precedente tradizione che, pur nel lungo periodo e nonostante le modificazioni socio-economico-politiche che egualmente si registravano nelle comunità statuali, si era mantenuta piuttosto stabile e omogenea nella corrispondenza tra i profili differenti dell’organizzazione dell’esperienza umana.

Si potrebbe affermare che si assiste a una specie di frattura, come se un mondo nuovo emergesse a poco a poco, prendendo lentamente e a fatica consapevolezza dell’evoluzione degli istituti e delle conseguenze di tali cambiamenti che non è azzardato definire epocali. All’origine della trasformazione che sempre più rapida coinvolge l’insieme degli istituti familiari, vi è certamente il patto tra i consociati, che si esprima in una costituzione scritta e rigida o che si collochi sul piano della rilevazione dei principi generali e qualificanti un ordine giuridico, che nei vari ordinamenti rifonda il sistema famiglia, ispirandosi alla esaltazione delle situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemente sacrificate a un variamente individuato interesse superiore, imputato o alla collettività o alla famiglia nel suo insieme.

Le mutazioni cui si assiste negli ultimi anni e che abbracciano la quasi totalità delle esperienze europee - tanto da trasformarsi in un plafond comune di principi e norme in tema di famiglia -, segnano un cambiamento assai più profondo di quello espresso dalla società emersa dalla vittoria delle borghesie sul precedente ordine sociale.

La trasformazione cui si va assistendo è più rilevante rispetto all’ondata di cambiamento che ha percorso l’Europa negli anni 1960-70, culminata nelle leggi di riforma



che si sono susseguite nella maggior parte degli ordinamenti europei. Le nuove normative, seppure avessero funzionalizzato la disciplina allo sviluppo libero e armonioso dell'individuo o della persona, secondo che l'orientamento fosse maggiormente individualista o relazionale, in un'ansia di dare effettività agli impegni fondamentali dettati dal principio di eguaglianza, da quello di pari dignità e dal divieto di discriminazione, pur tuttavia non mettevano in discussione le basi tradizionali della famiglia, in particolare le fonti di costituzione, la procreazione all'interno della medesima, la parentela fondata sulla filiazione legittima o naturale.

Non vi era distacco dalle radici, mentre ora sotto molteplici aspetti le regole e soprattutto il dibattito contemporaneo sembrano abbandonare un'eredità millenaria per percorrere vie lungo le quali nuovi modelli, nuove nozioni, nuove categorie si affollano talvolta chiari talvolta ambigui davanti agli occhi dell'interprete.

Le cause di questa frattura sono molteplici e complesse. Certo, risiedono nell'evoluzione dei costumi, dei modelli sociali di convivenza, della percezione dei valori, nella richiesta esigente di nuovi valori che rispondano all'asserita signoria, in questi settori dell'esistenza umana, della volontà del singolo, in un individualismo talvolta esasperato; nella sacralità assunta dai diritti fondamentali.

Ma a ben guardare, queste considerazioni, pur se si valutassero esatte e valide per tutti gli ordinamenti considerati, non basterebbero a giustificare e comprendere una trasformazione di tale portata. Probabilmente essa deriva allora da un altro aspetto entrato prepotentemente nella sfera intima della persona: il progresso scientifico, la conoscenza dei meccanismi su cui si articola l'esistenza biologica dell'uomo, la convinzione di poter padroneggiare la propria vita, attraverso tale conoscenza, sotto molti aspetti prima inattesi.

A partire dagli anni settanta, il controllo della procreazione ha trasformato le relazioni tra uomo e donna e conseguentemente ha stravolto gli istituti giuridici che le organizzano giuridicamente, in particolare matrimonio e filiazione. Effetti ancora più possenti ha provocato il dominio della procreazione, quando l'uomo si è dotato di nuovi poteri per trasmettere la vita e ha osato separare la procreazione dalla sessualità. Gli effetti sono devastanti sul precedente assetto dei fondamenti della genitorialità e della filiazione anche sul palcoscenico del diritto.

La questione delle tecniche di regolamentazione delle continue e profonde e inarrestabili innovazioni della scienza e della tecnica, specie allorché invadono il piano più intimo delle relazioni umane, si colora di crescente inquietudine quando si prende atto che quelle si mostrano assai restie al confronto con i tradizionali paradigmi culturali, tanto da porre in grave crisi le categorie dommatiche elaborate nei secoli dal diritto civile.

La fragilità del legame matrimoniale, l'aumento delle convivenze non fondate sul matrimonio, la perdita delle funzioni tradizionalmente svolte dalla famiglia, intese soprattutto come funzioni esterne alla medesima e proiettate nella collettività, e la conseguente rivendicazione della stessa come luogo degli affetti e dello sviluppo della



“persona-individuo”⁶, pongono in discussione l’unicità del modello familiare incentrato sul matrimonio. La famiglia diventa “incerta”⁷ e si declina in una molteplicità di modelli possibili⁸, trapassando dall’«isola»⁹ all’«arcipelago»¹⁰. Famiglia di fatto¹¹. Famiglia arcobaleno¹². Famiglia ricostruita¹³. Famiglia sociale.

Evolve l’idea stessa della struttura e della finalità del consorzio familiare; e con essa muta l’istituto della filiazione. Il progresso scientifico, la scissione della sessualità dalla procreazione, il proliferare conseguente di tecniche di procreazione artificiale¹⁴ spostano il

⁶ In generale sulla questione cfr. i contributi contenuti in M.-T. Meulders-Klein (cur.), *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, 1978 spec. p. 11 ss.; R. NERSON, H. A. SCHWARZ-LIEBERMAN VOM WAHLEDORF (curr.), *Mariage et famille en question*, Paris, 1978-1982. È comunque d’obbligo il rinvio alle considerazioni di J. CARBONNIER, *L’hypothèse du non-droit*, in *Flexible droit*, Paris, VIII éd., 1995, spec. p. 231 ss., nonché a GLENDON, *State, Law and Family. Family Law in transition in the United States and Western Europe*, New York, 1977; J. L. RENCHON, *La prégnance de l’idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille*, in H. Fulchiron (cur.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Paris, 2009, p. 209 ss.

⁷ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, spec. p. 12 ss.

⁸ Cfr. V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie” (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p.431 ss.; ID., *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, in questa *Rivista*; V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, *ibidem*; C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia*, *ibidem*; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.

⁹ Notissima espressione di A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, Napoli, 1949.

¹⁰ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., I, p. 514.

¹¹ “Famiglia di fatto” o famiglia naturale, già convivenza *more uxorio* - termine ormai in disuso, ma all’insaputa del legislatore che lo utilizza nel comma 1 dell’art. 155-*quater*, introdotto dalla l. n.54 del 2006. Sul punto M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 188 ss.

¹² C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 10 ss.

¹³ S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall’arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. famiglia*, 1999, p. 369 ss.; sia consentito per maggiori indicazioni rinviare al mio *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, cit., *passim*.

¹⁴ È d’obbligo il riferimento a: L. LOMBARDI VALLAURO, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, 1984, I, p. 1 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (curr.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Atti del XVI Colloquio dell’Associazione italiana di diritto comparato, Torino, 2004, p. 41 ss. Cfr. altresì, con ampia bibliografia e giurisprudenza, G. SCIANCALEPORE - P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim* e, specialmente, pp. 51-87. Tra le prime ricostruzioni della materia, A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, VIII, 1962, p.732 ss.; ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Libri dell’Istituto*



fulcro del sistema dal vincolo di sangue all'assunzione di responsabilità compiuta dal genitore ed alla relazione che ne deriva, indipendentemente dalla fonte di costituzione del rapporto di coppia e della qualificazione giuridica.

3. La tesi del pluralismo delle verità, elaborata con riferimento all'identità della persona, se trasferita al rapporto di filiazione, ed anche ad un contesto di "famiglia allargata", dove i due ruoli genitoriali possono estendersi a più persone contemporaneamente, ammonisce che, anche in riferimento alla filiazione, potrebbero convivere diverse dimensioni di verità: una affettiva (il vero padre è colui che ci ama); una biologica (i sacri legami del sangue); l'altra sociale (quella che genera il possesso di stato); l'altra ancora derivante dalla volontà individuale (per essere padre o madre è necessario volerlo); infine, una legata al passare del tempo (ogni nuovo giorno la paternità o la maternità vissute rafforzano il vincolo).

Si prende atto di un mutamento di fondo del diritto di famiglia, incentrato sempre meno sul dato "formale" della verità di sangue, e sempre di più sulla considerazione che esistono diversi ordini di verità, tra i quali un posto di rilievo è occupato dal rapporto che di fatto si svolge tra il genitore e il figlio. Le origini di un tale mutamento si rinvergono nel moltiplicarsi dei modelli familiari: basti pensare alla ribollente tematica delle famiglie ricomposte e al problema del ruolo del c.d. terzo genitore, ossia il nuovo compagno che

Giuridico Italiano (Atti del Convegno di Verona, 2-4 ottobre 1986), V, Padova, 1987, p. 3 ss.; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 751 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984 e A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. Dir.*, sez. civ., XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss. Cfr. altresì P. PERLINGIERI, *Note sul tema della procreazione assistita*, in *Il Foro Napoletano*, 1995, p. 233 ss.; P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, p. 309 ss.; A. PALAZZO, *Procreazione assistita e bioetica*, in AA. VV., *Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Milano, 2001, p.135 ss. Per le osservazioni critiche al d.d.l. n. 1514 - Senato della Repubblica -, rubricato *Norme in materia di procreazione assistita*, si rinvia a P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giur.*, 2002, 8, p. 981-983. In Italia, dopo lunghi anni di assenza da parte del legislatore, si è approdati a una normativa che ha ricevuto critiche da più parti per la incoerenza e il rigore di talune previsioni e che vede un *revirement* della giurisprudenza, precedentemente assai restrittiva, che poi contesta fortemente la legittimità di una normativa che impone l'impianto contemporaneo di tutti gli embrioni fecondati e non tiene conto delle condizioni patologiche presenti nella coppia quando esclude a priori l'inseminazione eterologa, fino ai molteplici interventi della Corte costituzionale che modificano completamente l'assetto della normativa. Da ultimo, con una pronuncia dell'aprile del 2014, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di inseminazione eterologa nei confronti delle coppie per le quali sia stata medicalmente accertata l'infertilità, ritenuto contrastante con gli artt. 2, 3, 31 e 32 cost.: Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162.



svolge nei fatti le funzioni genitoriali. La giurisprudenza della Corte EDU è portatrice di siffatta tendenza, allorché riconosce, in numerose pronunce, la sussistenza di una vita familiare sulla base del solo rapporto affettivo instauratosi tra il genitore e il figlio, senza distinguere tra famiglia legittima e naturale, biologica o sociale, prediligendo il legame che si realizza in concreto, scaturente dall'assunzione della responsabilità del figlio da parte del genitore.

Nell'attuale scenario culturale si è sviluppato un ampio dibattito relativo al riconoscimento giuridico delle relazioni di convivenza instaurate tra persone dello stesso sesso. Il presupposto della possibile tutela è duplice: da un lato, quello per cui fra persone *same-sex* possa sorgere una comunione di vita basata sull'esistenza di un rapporto affettivo, di assistenza e solidarietà, identico a quello fra persone di sesso opposto e, quindi, suscettibile di porre problemi simili a quelli che comunemente affrontano i conviventi eterosessuali; dall'altro che, conseguentemente, la mancata tutela di una analoga situazione si traduca in un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vietata non soltanto dalla nostra Costituzione, ma altresì dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Di recente, il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale è stato invocato dalla Corte di Cassazione italiana in riferimento alla posizione del genitore omosessuale in sede di affidamento del proprio figlio; è stato applicato in seguito dalla Corte di Strasburgo in relazione al diritto, all'interno di una unione omosessuale, di adottare il figlio del *partner*; ed, ancora successivamente, è stato posto a fondamento della condanna, per opera della Grande Camera della Corte di Strasburgo, della Grecia per aver introdotto nel 2008 l'istituto dell'unione civile come forma di *partnership* alternativa al matrimonio, riservandola esclusivamente alle coppie eterosessuali, in violazione altresì del diritto al rispetto della «vita familiare» delle coppie omosessuali *ex art. 8 della CEDU*. Sotto quest'ultimo riguardo, le menzionate sentenze reiterano principi già espressi nella giurisprudenza della Corte europea, che, in particolare in una pronuncia emessa contro l'Austria, aveva riconosciuto come una stabile relazione di fatto tra conviventi omosessuali rientrasse nella nozione di “vita familiare” delle coppie omosessuali di cui all'art. 8 della CEDU, al pari di quanto avviene per la relazione di fatto fra persone di sesso opposto¹⁵.

¹⁵ La nozione di “formazione sociale” estesa alla convivenza omosessuale è fatta propria - come è noto - da tre Corti supreme: la Corte europea dei diritti dell'Uomo (24 giugno 2010), la nostra Corte costituzionale (138/2010) e la nostra Corte di Cassazione (4184/2012), dianzi citate. In particolare, sul contenuto della nozione si diffonde la Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138; v. altresì Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, p. 137, con nota di L. PALADIN, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*. Anche la Corte Suprema Brasiliana il 4 maggio 2011 ha riconosciuto all'unanimità l'unione stabile di coppie dello stesso sesso. Com'è noto, in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali e alla tutela dei loro diritti sussiste un'ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati parte della CEDU. La pronuncia resa il 13



febbraio 2013 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'Uomo nel caso *X. and Others v. Austria* conferma le progressive aperture della Corte di Strasburgo *in primis* in ordine alla qualificazione (per prima avvenuta nella nota sentenza *Schalk and Kolf*: Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, in *AJfam Actualité juridique famille*, 2010, p. 333) della relazione stabile e duratura tra persone omosessuali (e tra esse e un bambino) quale “vita familiare” ex art. 8 CEDU e non già quale mera “vita privata”. Inoltre essa segna il definitivo superamento della concezione, talora più o meno palesemente presente in alcune precedenti pronunce, del possibile danno per il bambino derivante dall'avere due madri o due padri; da esso scaturisce una differente valutazione del “*best interest of the children*”, quale elemento utilizzato a favore dell'accertamento della violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte del governo austriaco, la cui disciplina normativa, pur regolando la convivenza omosessuale, esclude le persone omosessuali dall'adozione “coparentale”, in maniera discriminatoria rispetto alle persone non coniugate eterosessuali: Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *Case of X and Others vs. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, § 145: “Nelle coppie omosessuali, il partner ha il diritto di adottare i figli del proprio compagno, pena la violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani, che sanciscono la non discriminazione e il diritto alla rispetto della vita familiare”). La Corte EDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, p. 103, ha puntualizzato che “Gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per coppie dello stesso sesso ma, nel momento in cui emanano una legge sulle unioni civili per coppie eterosessuali, non possono prevedere un'esclusione per coppie dello stesso sesso. Costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di ogni discriminazione l'assoluta impossibilità per coppie dello stesso sesso di accedere alle unioni civili anche considerando che si trovano in una situazione analoga alle coppie eterosessuali». Sui profili principali e le implicazioni della pronuncia, si vedano: R. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, n. 4, p. 573 ss.; E. CRIVELLI, D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in M. CARTABIA, *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 67 ss.; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, n. 1, pp.152-169; L. MAGI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, n. 2, pp. 396-421; C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk and Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 643 ss. In Italia, in assenza di un adeguato dato normativo si contrappone una tendenza “riformista”, culminata nella recente pronuncia del 29 agosto 2014 n. 299 del Tribunale per i Minorenni di Roma, il quale ha riconosciuto l'adozione di una bambina di cinque anni da parte della compagna della madre naturale: questa in Spagna aveva preso parte a un programma di fecondazione eterologa per realizzare un progetto di genitorialità condivisa. È il primo caso in Italia di adozione di un figlio da parte di una coppia omosessuale, ottenuta attraverso la c.d. *stepchild adoption*, una pratica per la quale il partner del genitore naturale o adottivo diventa legalmente responsabile del bambino nel caso l'altro genitore rinunci alle sue prerogative. La decisione del Tribunale per i Minorenni di Roma ha una stretta assonanza con quanto stabilito, con sentenza definita “storica”, dalla Cassazione, che l'11 gennaio 2013 (sent. n. 601) ha dato il via libera alla possibilità che i figli siano cresciuti da coppie omosessuali, quando non sia a rischio l'armonioso sviluppo del minore. La Corte, in effetti, capovolge la presunzione del pregiudizio derivante al minore dall'identità di sesso delle figure genitoriali, ritenendo che esso debba essere di volta in volta verificato secondo le circostanze del caso concreto, meglio secondo le



In generale, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza di merito è più volte intervenuta nel senso di riconoscere efficacia giuridica alla relazione tra persone dello stesso sesso sotto profili specifici. Una sentenza del Tribunale di Roma ha equiparato, ai fini della sublocazione di un immobile, la convivenza *more uxorio* omosessuale a quella eterosessuale. Ancora, il Tribunale di Firenze ha ricondotto un rapporto tra due persone dello stesso sesso nella categoria della famiglia di fatto ed ha conseguentemente applicato il principio – generalmente riconosciuto in tema di convivenza *more uxorio* – in base al quale le prestazioni di carattere assistenziale e le donazioni spontaneamente elargite si qualificano come obbligazioni naturali e non sono pertanto ripetibili. Alla base, la convinzione che il rapporto di convivenza omosessuale risponda agli elementi essenziali del rapporto di coniugio, che vanno identificati nell'esistenza di un legame affettivo stabile che includa la reciproca disponibilità a intrattenere rapporti sessuali, il tutto ricompreso in una situazione relazionale in cui siano presenti atteggiamenti di reciproca assistenza e solidarietà¹⁶.

specifiche modalità nelle quali si svolge il rapporto familiare che coinvolge il minore: Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193 ss., con nota e richiami di G. Casaburi.

¹⁶ In Italia, tale percorso ha inizio con la nota sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, precedentemente richiamata, nella quale la Consulta – nonostante abbia respinto le argomentazioni delle questioni di costituzionalità di una serie di disposizioni del codice civile che secondo i giudici rimettenti ostacolavano la possibilità di ammettere il matrimonio tra appartenenti allo stesso sesso – ha contestualmente riconosciuto che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, rientra nelle formazioni sociali di cui discorre l'art. 2 cost.: Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 2, p. 361 ss. Cfr. sul punto M.G. Luccioli, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di Cassazione sui profili esistenziali della famiglia*, relazione svolta al convegno "Persona e comunità familiare" 1982-2012, in questa *Rivista*. Grazie ad un radicale mutamento di valori si estende la nozione di "formazione sociale" anche alla convivenza omosessuale sulla quale si sono pronunciate, negli ultimi anni, tre corti supreme: la Corte EDU, il 24 giugno 2010, la nostra Corte costituzionale con la decisione n.138 del 2010 e la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184 del 2012. In particolare, sulla nozione di formazione sociale, la Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1604, con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361 ss., con nota di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; in *Iustitia*, 2010, p. 311 ss., con nota di M. COSTANZA, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1491; con nota di L. MORLOTTI, *Il no della consulta al matrimonio gay*, in *Giur. it.*, 2011, p. 537 ss., con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Cfr. altresì: N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 845; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, II, p. 527 ss.; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861 ss.; Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, p.137 ss., con nota di L. PALADIN, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*.



La giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai attestata, infatti, nel riconoscere come nella nozione di “formazione sociale” *ex art. 2 Cost.* vada ricompresa anche l’unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente in una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Diritti e doveri che spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua discrezionalità, individuare per le unioni suddette, pur potendo la Corte costituzionale intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze eterosessuali) in relazione alle quali si ponga la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale.

Su questa stessa linea si è posta la Corte di Cassazione, che ha riconosciuto che «i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia, a prescindere dall’intervento del legislatore in materia, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, la pretesa ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»¹⁷.

¹⁷ Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, con nota di M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*. Secondo la corte, la convinzione per cui sarebbe dannoso per un bambino vivere in una «famiglia incentrata su una coppia dello stesso sesso» è il prodotto di un puro pregiudizio, sprovvisto di prove scientifiche o statistiche». In senso analogo, v. Cass. civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. dir.*, 2012, p. 665, con nota di M. GATTUSO. Cfr. altresì Cfr. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *www.Dirittoegiustizia.it*, 2014. Prima di tale sentenza, si discorreva più semplicemente di “possibile affidamento temporaneo” in vista di un reinserimento nella famiglia d’origine.

Il Tribunale per i minorenni di Roma evidenzia invece che «(...) una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l’adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, una interpretazione dell’art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/83 che escludesse l’adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un’interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 cost.), fra cui la Corte costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia. [...] una lettura dell’art. 44, co. 1, lett. d) che escludesse dalla possibilità di ricorrere all’istituto dell’adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Ed infatti, come chiarito dai giudici costituzionali (in particolare con le sentenze 348 e 349/2007 e 317/2009), l’art. 117, primo comma, della



4. Come noto, in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali e alla tutela dei loro diritti si è susseguita negli anni un'ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati parte della CEDU, che oscillavano dal diniego di ogni forma di garanzia al riconoscimento di forme di partenariato registrato o di tutela "paramatrimoniale", sino a giungere all'accesso all'istituto matrimoniale. La prima legge in assoluto, a livello comunitario, ad occuparsi del fenomeno è stata quella danese nel 1989, istituendo la c.d. "*registered partnership*", in base alla quale la registrazione dell'unione produceva gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Il modello è stato seguito poi anche da Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1998), Germania (2001) e Svizzera (2004). Successivamente, Olanda (2001), Norvegia (2008), Svezia (1994), Islanda (1996) e la stessa Danimarca (2012) hanno esteso la possibilità di contrarre matrimonio alle coppie dello stesso sesso. In particolare, i cittadini danesi uniti in una *registered partnership* (ora abrogata) si sono visti riconosciuta la possibilità di convertire detta unione in matrimonio. Le nuove norme dimostrano che si sono volute privilegiare le scelte inerenti alla parità di trattamento, già anticipate ma non compiutamente realizzate dalla figura della *registered partnership*. Si allineano poi altri Paesi europei, quali il Belgio (2003), la Spagna (2005), il Portogallo, (2010), la Francia (2013), l'Inghilterra (2013), la Finlandia, il Lussemburgo (2014) e da ultime la Slovenia e l'Irlanda (2015), che hanno esteso la possibilità di contrarre matrimonio alle coppie omosessuali¹⁸.

Costituzione opera come "rinvio mobile" alle disposizioni della CEDU – nell'interpretazione che ne dà la Corte europea dei Diritti dell'Uomo – che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" dalle norme nazionali».

¹⁸ Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Parlamento europeo che, con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994, del 16 marzo 2000, del 26 aprile 2007, nonché, da ultimo, con la «Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere» - per la quale «gli Stati membri che hanno adottato normative in materia di convivenza, unioni registrate o matrimoni di coppie dello stesso sesso dovrebbero riconoscere le disposizioni affini adottate da altri Stati membri» - sottolinea la necessità di rimuovere ogni sorta di discriminazione nei confronti delle coppie *gay* e richiede un maggior impegno della Commissione degli Stati membri nella tutela delle relazioni familiari fra persone dello stesso sesso, attraverso l'apertura del matrimonio civile o di uno «strumento giuridico equivalente». Si pensi all'ultima determinazione del Parlamento europeo del 15 giugno 2015, che ha approvato a larga maggioranza un rapporto sull'uguaglianza di genere in Europa - «Il Parlamento prende atto dell'evolversi della definizione di famiglia» e raccomanda «che le norme in quell'ambito, compresi i risvolti in ambito lavorativo come i congedi, tengano in considerazione fenomeni come le famiglie monoparentali e l'omogenitorialità».



Le esperienze descritte nonché le pressioni degli organismi europei evidenziavano un *vulnus* normativo non più accettabile. Si giungeva così alla condanna inflitta all'Italia dalla Corte di Strasburgo (nel luglio 2015)¹⁹.

In questo clima è nata la l. n. 76 del 2016, che, per quanto riguarda le unioni civili, è frutto non soltanto del dibattito pluriennale in materia ma anche dell'obbligo di adempiere alla messa in mora dell'Italia da parte della Corte EDU, come anche di altri Paesi, rispetto all'obbligo di assicurare tutela alle coppie omosessuali, in nome del rispetto della vita "familiare" di cui all'art. 8 CEDU che da tempo la Corte estende a tali unioni indipendentemente dal fatto che esse siano sancite da una qualche forma di istituzionalizzazione. Per la corte tali unioni sono "famiglia", sulla scorta, com'è noto, dell'interpretazione evolutiva dell'art. 12 in relazione all'art. 9 della Carta di Nizza (secondo cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie del medesimo sesso).

Se è vero che gli Stati, per la corte, hanno un margine di discrezionalità riguardo allo strumento attraverso il quale assicurare questo diritto fondamentale, essi non possono sottrarsi a siffatto obbligo derivante dalla convenzione: da qui la condanna dell'Italia nel caso Oliari.

Le Corti supreme italiane oscillano da tempo tra aperture e chiusure, ma un fatto è certo, anzi due: che tali unioni rientrano nell'alveo di tutela dell'art. 2 cost. E che l'art. 29 non può ostacolare in alcun modo che si attuino tali garanzie.

5. È ineccepibile, alla luce delle considerazioni precedenti, il rifiuto della Corte suprema di continuare ad utilizzare una nozione di ordine pubblico interamente incentrata su una rilevazione letterale di norme imperative e perciò inderogabili che caratterizzano un settore dell'ordinamento nazionale.

Il ragionamento parte dal fatto che l'atto di nascita, sia pure validamente formatosi nell'ordinamento straniero, è riconoscibile come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nel nostro ordinamento soltanto se non sia incompatibile con l'ordine pubblico. Il che dipende dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di filiazione che sia valevole anche per l'ordinamento italiano.

La corte tuttavia si ispira alla tradizionale nozione di ordine pubblico internazionale, che contrappone a quello interno. Sulla scorta di un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, non soltanto ne afferma la storicità, ma lo riferisce ad una prospettiva in cui l'ordinamento nazionale si colloca – a norma degli artt. 10, 11 e 117, comma 1 cost. -, all'interno di una comunità più ampia, a carattere sovranazionale, che si esprime attraverso principi condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne²⁰.

¹⁹ Corte EDU, sez. IV, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, in www.eurojus.it.

²⁰ Si richiama nella pronuncia il precedente di cui alla Cass., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Riv. int. priv. e proc.*, 2008, p. 214 ss.



Se la prospettiva è esatta, probabilmente, allora, sarebbe possibile sostenere che non ha più molto senso distinguere tra ordine interno e internazionale, dal momento che entrambi si trovano fusi in un'unica nozione, la quale ultima potrebbe esattamente definirsi "ordine pubblico costituzionale"²¹. Nozione che viene giustamente intesa dalla Corte di cassazione come «il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali, esigenze comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». È vero che il legame con l'ordinamento nazionale si esprime nella verifica della compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ma è altrettanto vero che quest'ordine contribuisce a formare quello sovranazionale e di esso accoglie, in un reciproco dare e avere, le opzioni fondamentali, attraverso l'adesione ai Trattati fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché, e soprattutto, alla Convenzione EDU.

Non ha senso, in questa prospettiva, invocare il contrasto della normativa ordinaria straniera con quella italiana di pari rango, sia pure costituita da norme inderogabili. La Corte sposta l'attenzione sugli effetti che si intendono produrre nell'ordinamento nazionale, poiché il contrasto con l'ordine pubblico esiste, per la Corte, soltanto se in seguito a un giudizio analogo a quello di costituzionalità, si raggiunge il convincimento che al legislatore italiano sia precluso di introdurre nell'ordinamento interno una norma analoga a quella straniera in quanto incompatibile con valori costituzionali primari.

Il ragionamento non è inficiato dalla sopravvenuta regolamentazione delle unioni civili omosessuali che impedisce alle coppie di accedere alla genitorialità attraverso forme di procreazione medicalmente assistita. La decisione discrezionale del legislatore italiano non è assunta in ossequio a principi inderogabili di ordine pubblico costituzionale, ma per ragioni di opportunità politica valide per un determinato periodo storico e che tengono conto del tormentato percorso legislativo della disciplina in questione.

Difficilissimo si mostra il compito di sciogliere questioni interpretative, poiché la nuova disciplina è costellata di ambiguità e di nodi da districare anche con interventi regolamentari non ancora completamente attuati²². Ed è facile prevedere, anche per le considerazioni che qui si vanno svolgendo, che la Corte costituzionale sarà più volte

²¹ È la visione di P. PERLINGIERI, espressa compiutamente ne *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. I, Napoli, 2006, spec. pp. 77 ss., 134 ss.

²² Per i primi commenti alla recente legge v., tra gli altri, i contributi di G. FERRANDO, L. BALESTRA, A. FUSARO, M. SESTA, G. OBERTO, A. SPADAFORA, F. PADOVINI, A. BELELLI, riuniti sotto il titolo *Unioni civili e convivenza di fatto: la legge*, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 845 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2016, p. 367 ss. e A. CORDIANO, *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o...forse, troppo?*, in questa *Rivista*, 2016.



chiamata a decidere della conformità ai principi supremi di molte delle soluzioni da essa prospettate.

In questo può soccorrere il confronto con le altre esperienze.

Sembrerebbe che la legge italiana, nonostante la sua tardiva apparizione, si collochi nella prima fase della evoluzione europea, quella in cui il ricorso al compromesso è necessario per l'accettazione di una riforma controversa.

Da qui, da un lato il necessario continuo riferimento alle norme dettate per il matrimonio, dall'altro l'attenzione ossessiva a evitare il termine "famiglia".

Ma a ben vedere, tanto per fare un esempio, il riferimento alla contribuzione ai bisogni comuni contenuta nell'art. 1, n. 12 della l. n. 76 del 2016, ereditata dalla esperienza tedesca, si estende necessariamente alle esigenze dei figli, quando fanno parte del nucleo che in tal modo diventa familiare. E nell'adempimento di tale obbligo i conviventi devono seguire l'indirizzo "familiare" concordato, termine - non si avverte con quanta consapevolezza - sfuggito all'attenzione del legislatore.

Il pericolo maggiore, tuttavia, risiede nella tentazione di derivare dalla nuova legge argomenti e accenti da tempo superati nel diritto di famiglia, a riportare indietro nel tempo il diritto comune familiare; ad esempio, tra i tanti possibili, che dal mancato riferimento all'obbligo di fedeltà, così ostentato per differenziarsi dal matrimonio, si ritorni a discorrere di finalizzazione del matrimonio civile alla procreazione²³. O che si ricollegli la mancata menzione di tale obbligo all'assenza di operatività della presunzione di paternità, dimenticando da un lato l'evoluzione del concetto di genitorialità, meglio, di cogenitorialità, e il suo distacco dalla filiazione di sangue; dall'altro l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della nozione di fedeltà, concetto complesso che richiama quelli di lealtà, dignità, onore, per ricongiungersi con quello di solidarietà familiare.

È agevole previsione, si è detto, quella che vede impegnata la nostra Corte costituzionale – e le corti di Strasburgo e Lussemburgo - sul fronte dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, nonché di rispetto della vita familiare. In ogni caso, il punto di diritto che affronta la Corte non è posto in discussione, proprio per la nozione di ordine pubblico che essa assume, dal confronto con la nuova normativa.

Giustamente, dunque, la Corte rigetta la pretesa che nell'ordinamento italiano la nozione di famiglia si addica soltanto alle unioni eterosessuali; riconduce all'art 2 cost. la garanzia di quelle omosessuali; ai suoi componenti riconosce, sulla scorta della giurisprudenza della corte EDU, la titolarità del diritto alla vita familiare (e non soltanto alla vita privata): diritto inviolabile, azionabile indipendentemente dall'intervento del legislatore italiano e che si sostanzia nel vivere liberamente la propria vita di coppia e nella pretesa di

²³ Come potrebbe desumersi da alcune considerazioni di M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881 ss.



ricevere un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie eterosessuali²⁴. Dopo di che va oltre e si preoccupa di confutare ulteriori obiezioni contrapposte alla trascrivibilità dell'atto.

Gli altri ostacoli che si oppongono al riconoscimento del rapporto di filiazione che abbia le caratteristiche descritte si rinvengono da un lato nella norma dell'art. 269, comma 3, cod. civ. che indica come madre del nato la donna che lo ha partorito. Si aggiunge il divieto contenuto nella l. 40 del 2004 di accedere alla procreazione assistita posto alle coppie del medesimo sesso. Si utilizzano tali disposizioni, unite a quella (art. 9, comma 3, l. n. 40 del 2004) che nega qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato, per derivarne la convinzione che nel nostro ordinamento l'unica nozione di filiazione possibile è quella che proviene da persone di sesso differente.

È opportuno dunque affrontare il tema della genitorialità consentita, nell'ottica del rispetto dell'ordine pubblico costituzionale.

6. Da tempo il tema della fecondazione artificiale ha effetti dirompenti su consolidati e secolari principi: quello di maternità – *mater semper certa est*, osserva un notissimo, e ormai non più attuale, antico brocardo –; quello di paternità: il confuso e intricato groviglio di contrattazioni tra coppie genetiche, ginecologiche e putative. La ricerca di linee direttive nella ricostruzione di tali figure che ormai da tempo irrompono nella realtà giuridica, senza aver ancora trovato risposte definitive da parte del legislatore, conduce necessariamente al ricorso al quadro di valori cui far riferimento per tentare una ricostruzione delle variegate ipotesi che confluiscono nella c.d. maternità e paternità assistite. Questo non può che rinvenirsi a livello costituzionale e percorre le consuete strade della persona come perno e valore attorno al quale si organizza l'ordinamento giuridico, sotto i due profili della tutela della dignità e del libero e armonico sviluppo della personalità, nella difesa dei diritti inviolabili che attengono al suo essere e alle manifestazioni del suo agire.

Altro punto di riferimento, sempre collegato all'art. 2 cost., inteso come clausola generale di tutela della persona umana, si rinviene nel dettato costituzionale secondo cui l'uomo non è tutelato soltanto come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui svolge la propria personalità: il collegamento conseguente, nel combinato disposto costituito dagli artt. 2 e 29 cost., è con il tema della formazione sociale famiglia, senza aggettivi, che in tanto riceve tutela in quanto sia idonea a svolgere i compiti che l'ordinamento ad essa ricollega, confluenti ancora una volta, in ultima analisi, nella garanzia della persona e della personalità di ciascuno dei suoi componenti. Nel contesto di principi fondamentali che in qualche

²⁴ Sembra che in tal modo la corte accolga il principio della *Drittwirkung* di alcuni precetti costituzionali sufficientemente definiti tanto da poter essere invocati direttamente dalle parti nelle controversie che loro concernono: per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, o.l.c., e *passim*.



modo si richiamano al tema, particolare importanza assume la norma che, sia pure dettata nella legge sull'interruzione della gravidanza (art. 1, l. n. 194 del 1978), dispone che «lo Stato riconosce il diritto alla procreazione libera e cosciente, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».

Ci si interroga, peraltro, sull'esistenza di un collegamento necessario ed automatico fra il diritto umano fondamentale alla procreazione, sancito anche dalle fonti sovranazionali – che concerne la libertà di procreare con mezzi naturali – ed il diritto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Il tema dev'essere affrontato tenendo separate due ipotesi ben distinte: una cosa è la fecondazione c.d. artificiale omologa; altra è quella c.d. eterologa. La prima non propone particolari problemi, dato che vi è coincidenza tra incontro e provenienza dei due gameti, maschile e femminile. Questioni assai più complesse prospetta la c.d. fecondazione eterologa, per la quale avviene il distacco tra riproduzione e filiazione, poiché, per un verso o per un altro, il figlio procreato è estraneo rispetto alle persone che rivendicano la posizione di genitori.

Nelle esperienze occidentali in cui si è avuta una regolamentazione della materia non v'è uniformità di soluzioni: queste spaziano da posizioni di rigida chiusura – passando per varie gradazioni intermedie – alla scelta di lasciare il più ampio spazio possibile all'autodeterminazione. Quest'ultima coincide con l'indirizzo adottato dagli Stati Uniti, dove si riconosce un vero e proprio *right to autonomy in procreative decisions*²⁵, disciplinato nella Costituzione. Il sistema si caratterizza per una disciplina “aperta” delle tecniche di fecondazione artificiale, ponendosi in alternativa – meglio, in antitesi – a quello classico fondato sulla famiglia nucleare. L'opzione di fondo è la piena esaltazione del “polimorfismo familiare”, che riconosce ad ogni individuo, senza distinzione di sesso, la più ampia libertà possibile nell'autodeterminazione delle scelte, anche giuridiche, in tema di paternità e maternità, con compiuta attuazione del *right of privacy*²⁶.

Nel contesto europeo si rinvengono ordinamenti che scelgono di consentire soltanto il dono di seme, o più in generale dei gameti, proibendo quello di embrioni e altri che, invece, ammettono tutte queste tecniche. In particolare, in Germania, è consentito soltanto il dono di seme mentre è vietato quello di ovociti, poiché è molto forte la regola dell'automatismo della filiazione materna (il dono di embrioni, tuttavia, è praticato dal momento che non è espressamente proibito)²⁷. In Svizzera il ricorso al seme del donatore è

²⁵ R. DWORKIN, *Life's Dominion*, New York, 1993, spec. p. 6 ss. nonché C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven-London, 1989, trad. it. *Nascere per contratto*, Milano, 1992. Cfr., altresì, D. COOPER, *The Death of Family*, London, 1971, trad. It. *La morte della famiglia*, Torino, 1972, *passim*.

²⁶ Imprescindibile, in tal senso, il richiamo a C. SHALEV, *op. cit.*, *passim*.

²⁷ L'*Embryonenschutzgesetz* del 13 dicembre 1990, al §1, proibisce espressamente soltanto il dono di ovociti, tuttavia il dono di embrioni sembra escluso dal divieto di “intraprendere la fecondazione di un numero di ovuli provenienti dalla stessa donna, più numerosi di quelli che devono essere reimpiantati nel corso di un unico ciclo”.



consentito soltanto alle coppie sposate. In Svezia e in Portogallo si ammette il dono di gameti, ma non quello di embrioni. Altri paesi, come la Francia, il Belgio, la Spagna, la Grecia, l'Ungheria, i Paesi Bassi e il Regno Unito e la maggior parte degli Stati Uniti ammettono il ricorso a tutte e tre le tecniche (ma in questi ultimi è il mercato con le sue leggi che governa la materia²⁸).

Nonostante la varietà di soluzioni legislative sulla procreazione medicalmente assistita, è possibile rinvenire un punto fermo nella giurisprudenza della Corte EDU: il frequente richiamo al diritto all'intimità della vita e delle relazioni familiari (art. 8), al fine di motivare molte sue scelte favorevoli all'espansione della genitorialità, per cui si prescinde dalla tecnica posta in essere – non importa se si tratti di inseminazione omologa o eterologa, da un lato, oppure di maternità surrogata e affitto d'utero, dall'altro –; donatore di seme e madre surrogata ricevono lo stesso trattamento; l'interesse del nascituro si lega alla garanzia che al momento del concepimento vi sia almeno un soggetto maggiorenne responsabile della sua cura.

Vi è in tale sistema la piena esaltazione del consenso e della volontà del singolo. “Il rapporto giuridico genitore-figlio sarà così fondato su di un accordo volontario, ed il genitore biologico che non si assume la responsabilità per il figlio dovrà essere ritenuto come un prestatore di servizi di procreazione a vantaggio dei genitori sociali”²⁹.

La scelta dell'imposizione di limiti ben definiti accomuna quasi interamente le soluzioni francese e italiana; anzi la seconda era assai più severa e restrittiva, prima di essere messa in questione da più parti sotto il profilo della conformità a costituzione³⁰. Tale

²⁸ La procreazione medicalmente assistita non è organizzata per via legislativa: la normativa federale si limita a imporre alcune prescrizioni generali, come quella di sottoporre i donatori a determinati test genetici e medici ma non predispone sistemi di controllo. Spetta pertanto ai singoli Stati e agli stessi professionisti prevedere le regole che disciplinano i singoli aspetti di ogni tecnica prevista, compreso quello dell'anonimato o meno del donatore di gameti. K. ORFALI, *Procréation médicalement assistée et anonymat aux USA: la loi du marché*, in *Procréation médicalement assistée et anonymat*, cit., p. 283 ss.

²⁹ Così, C. SHALEV, *op. cit.*, p. 92.

³⁰ La questione per l'ordinamento francese è già chiaramente delineata nell'*Avant-projet de Loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme: Rapport de présentation*, c.d. *Rapport Braibant* del 1989 cui seguono le due leggi del 1994: la n. 94-653 in tema di bioetica e di atti di disposizione del corpo umano e la n. 94-654, concernente l'assistenza medica alla procreazione. Ricostruisce il fenomeno secondo gli schemi classici del diritto civile J. RUBELLIN DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, in *Rec. Dalloz.*, I, 1985, p. 182 ss. Cfr., per una visione ampia relativa a una molteplicità di orientamenti, i materiali e i saggi contenuti in *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, (ed) I. Schwenzer, Antwerpen-Oxford, 2007, *passim* e spec. p. 53 ss. Per la situazione italiana si rinvia, anche per bibliografia e giurisprudenza, a G. SCIANCALEPORE - P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim* e, specialmente, pp. 51-87. Per le osservazioni critiche al d.d.l. n. 1514 – Senato della Repubblica –, rubricato *Norme in materia di procreazione assistita*, si rinvia a P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, cit., pp. 981-983.



indirizzo di politica legislativa si caratterizza per eleggere uno schema “chiuso”, incentrato sul ruolo preminente della configurazione classica della famiglia.

Il modello è ben delineato in Francia da una serie d'interventi legislativi, non smentiti dalle successive riforme del diritto di famiglia, che iniziano dalle dichiarazioni dell'*Avant-Projet de Loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme: Rapport de présentation*, del 1989 – più noto come Rapport Braibent – e proseguono con l'emanazione di due leggi: la 94-653 del 1994, in tema di bioetica e, dello stesso anno, la 94-654 concernente la procreazione medicalmente assistita, fino alla riforma della *loi* n. 2011-814 del 7 luglio 2011.

La normativa prevede che possano usufruire della procreazione assistita soltanto le coppie, coniugate o conviventi, formate da un uomo e una donna, mentre la disposizione che prescriveva il requisito della comunione di vita seria e stabile che perduri da almeno due anni per le coppie conviventi è stata cancellata dalla novella del 2011, ponendo le due situazioni sul medesimo piano. Permane, invece, la funzionalizzazione dell'istituto esclusivamente all'infertilità patologica accertata da uno specialista della materia con l'unica eccezione dell'esigenza di evitare di trasmettere al figlio una malattia particolarmente grave, nonché il divieto della pratica della c.d. maternità surrogata³¹.

Sembra evidente che nel sistema francese il ruolo del consenso e della volontà individuale in questa materia sia nettamente delimitato, ché anzi le considerevoli restrizioni e le finalità esclusivamente terapeutiche non consentano di discorrere di riconoscimento di un diritto alla procreazione bensì piuttosto di una libertà negativa. Tuttavia, il sistema è stato messo in profonda crisi dalla *loi* Toubira che ammette al matrimonio anche le coppie omosessuali, scardinando i limiti posti alla p.m.a.³²

³¹ Cfr. M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARCEVAL, V. DEPADT-SEBAG, *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui? À propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 25 octobre 2007*, in *Dalloz*, 2008, p. 434.

³² La prima legge in assoluto, a livello comunitario, ad occuparsi del fenomeno è stata quella danese nel 1989, istituendo la c.d. *registered partnership*, in base alla quale la registrazione dell'unione produce gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Hanno optato per una tendenziale equiparazione tra matrimoni eterosessuali ed omosessuali anche Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1998) e Germania (2001). Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Parlamento europeo che, con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 e del 16 marzo 2000, sottolinea la necessità di rimuovere ogni sorta di discriminazione nei confronti delle coppie gay. Recentemente Olanda, Belgio (2003) e Spagna (2005), Norvegia, Svezia (2009), Portogallo, Islanda (2010), Danimarca (2012), Francia (2013), Gran Bretagna (2014), Finlandia (2014) Lussemburgo (2015) hanno radicalmente stravolto la disciplina in materia di matrimonio civile, ammettendo anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Da ultima, la Slovenia, che, il 4 marzo 2015, vede passare al Parlamento di Lubiana un emendamento funzionale alla equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli eterosessuali ed autorizza l'adozione di bambini. La Danimarca, che riconosceva dal 1989 le convivenze di fatto registrate delle coppie omosessuali, nel giugno 2013 ha esteso il matrimonio civile anche alle coppie omosessuali. Tale apertura è rinvenibile sin dal 2009 anche in Norvegia e Svezia (quest'ultima ha sancito che le coppie omosessuali possono coniugarsi anche con rito religioso previsto dalla Chiesa Luterana). La Finlandia, infine, nel 2012 ha promulgato una legge che consente alle coppie omosessuali di sposarsi e di adottare a far data dal settembre 2013. Nel Regno Unito a fine



Una via mediana tra i due modelli contrapposti dianzi descritti è quella prediletta dal diritto inglese, che propone un sistema di autorizzazioni né aperto né chiuso, bensì duttile e idoneo a piegarsi alle varie esigenze d'intervento senza aprioristiche esclusioni. Il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 e lo *Human Fertilization and Embriology Act* del 1990 – e successive modificazioni –, rappresentano, probabilmente, il faticoso compromesso tra due schieramenti contrapposti: quello che si identifica nel *Warnock Report* del 1984, ampiamente permissivo, e quello addirittura intransigente del libro bianco presentato dal governo al Parlamento britannico nel 1987.

Il sistema è strutturato in modo tale da non rifiutare nulla a priori³³; il pragmatismo tipico dell'ordinamento inglese questa volta sceglie di non scegliere: sono consentite tanto la maternità surrogata, anche nella forma di affitto d'utero, purché l'accordo non sia stipulato a titolo oneroso, quanto l'inseminazione artificiale *post mortem*³⁴, figure decisamente respinte dalla gran parte degli ordinamenti europei. Si prende atto della difficoltà di conciliare in maniera appagante ideologie opposte e conseguentemente si rifiutano posizioni rigide e

gennaio 2013 è stato approvato alla Camera dei Comuni il *Marriage (Same Sex Couples) Bill*, un provvedimento che prevede la legalizzazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso a far data dal 2014, con libertà, peraltro, alle singole confessioni religiose, di autorizzare o meno la celebrazione nei luoghi di culto (la Chiesa Cattolica e la Chiesa anglicana hanno già espresso ferma contrarietà). Si tratta di una legge dal valore politico-simbolico in quanto nel Regno Unito sin dal 2005 sono ammesse le unioni tra coppie dello stesso sesso e la possibilità di adottare a coppie dello stesso sesso, così come del resto è anche legale la pratica del c.d. "utero in affitto", purché non sia remunerata. Essa è stata promulgata il 19 luglio 2013 dopo aver ricevuto il *Royal Assent* della Regina. Con la *Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, detta "Taubira" dal nome del Ministro della Giustizia Francese Christiane Taubira che l'ha proposta nell'autunno del 2012, la Francia ha probabilmente espresso il sì definitivo anche all'adozione da parte delle coppie omosessuali. Il *Conseil constitutionnel*, con decisione del 17 maggio 2013, ha dichiarato la conformità alla Costituzione della legge (*Décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013*). Nelle articolate motivazioni della sentenza si sostiene che l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso esprima una scelta di politica legislativa, che non può essere sottoposta a censura dal Conseil, non esistendo una nozione di matrimonio imposta dalla Costituzione.

³³ Per quanto attiene alla procreazione medicalmente assistita con dono di terzi, la normativa autorizza il dono di seme, ovuli ed embrioni. L'accesso a tali tecniche è consentito tanto alle coppie eterosessuali, legate o meno da vincolo matrimoniale, tanto a quelle omosessuali, che siano o meno in partenariato civile, quanto alle donne sole. La legge, pertanto, non contiene alcuna limitazione a priori fondata sull'orientamento sessuale o sul vincolo che lega i partner, limitandosi a disporre che l'interesse del bambino che nascerà, ivi compreso il suo bisogno di essere allevato da due figure genitoriali, deve essere tenuto in considerazione (*section 13 Human Fertilisation and Embryology Act* così come modificato nel 2008).

³⁴ Lo *Human Fertilisation and Embryology (deceased fathers) Act del 2003* ha disciplinato la materia, stabilendo che la donna può utilizzare il seme del marito o del compagno defunto, a patto che questi abbia espresso il suo consenso quando era in vita. Il defunto è riconosciuto come il padre del bambino e il suo nome iscritto nell'atto di nascita a tale effetto.



predefinite in favore di direttive aperte, che lascino spazio agli operatori pratici per scegliere la soluzione più adeguata al caso specifico³⁵.

Singolare, si è detto, è la vicenda nell'esperienza italiana. Dopo lunghi anni di assenza da parte del legislatore, sempre in attesa di una deliberazione rispetto alle numerose proposte di disciplina, anni in cui a una pratica medica senza controlli si contrapponeva la visione per la maggior parte restrittiva della giurisprudenza e l'intervento dell'ordine dei medici attraverso il Codice di deontologia professionale, si è approdati a una normativa che ha ricevuto critiche da più parti per la incoerenza e il rigore di talune previsioni e che vede l'atteggiamento giurisprudenziale ribaltarsi per contestare fortemente la legittimità di una normativa che impone l'impianto contemporaneo di tutti gli embrioni fecondati e non tiene conto delle condizioni patologiche presenti nella coppia quando esclude a priori l'inseminazione eterologa, fino ai molteplici interventi della Corte costituzionale che ha modificato completamente l'assetto della normativa. Infine, con una pronuncia dell'aprile del 2014³⁶, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di inseminazione eterologa nei confronti delle coppie per le quali sia stata medicalmente accertata l'infertilità, ritenuto contrastante con gli artt. 2, 3, 31 e 32 cost. La decisione appare del tutto condivisibile, soprattutto, allorché sancisce che la scelta di avere figli costituisce espressione della "fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi", che, riguardando la sfera privata e familiare, non può essere coercibile, qualora non arrechi pregiudizio ad altri valori costituzionali e ad interessi del medesimo rango, in primo luogo quelli del nato dalla procreazione eterologa. Tra questi, emerge il suo diritto alla "identità genetica", questione sulla quale la Corte si è espressa nella citata sentenza n. 278 del 2013, richiamata nella più

³⁵ Si tratta del noto *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology (Warnock Report)*, London, 1984. Si veda anche G.L. WARNOCK, *A Question of Life*, London, 1985. Tale disciplina va completata con le norme sull'inseminazione artificiale contenute nel *Family Law Reform Act* sempre del 1987. Uno dei momenti centrali della normativa è la previsione di un organismo amministrativo indipendente che sovrintende alla materia (altro carattere che rende unica la disciplina inglese nel panorama europeo): lo *Human fertilization and embryo Authority*. Esso, nato nel 1990, a seguito della approvazione della legge che regola la fecondazione artificiale *in vitro*, ha il compito di autorizzare le cliniche che praticano la procreazione assistita con sperma di donatori ed inoltre deve controllare, in genere, la ricerca scientifica sugli embrioni. Spetta, dunque, a tale ente (ovvero alle Commissioni di autorizzazione costituite al suo interno) il rilascio, la modifica, la sospensione oppure la revoca delle autorizzazioni (art. 9). Conseguenza della presenza di tale Ente è che ogni singola fattispecie concreta è sottoposta ad un duplice vaglio selettivo, amministrativo e giudiziario: la possibilità per le strutture sanitarie di svolgere i "trattamenti terapeutici" destinati alla riproduzione è sottoposta ad una serie di condizioni e direttive ed inoltre il responsabile di tale struttura non potrà comunque effettuare l'intervento fecondativo senza prima aver tenuto conto del benessere del bambino che nascerà dal trattamento (compreso il bisogno di ogni bambino della doppia figura genitoriale) e di ogni altro bambino che potrà subire effetti da tale nascita. In tal senso anche D.L. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1994. Cfr., altresì, H. DIYCK, *Manufacturing Babies and Public Consent. Debating the New Reproductive Technologies*, Huondsmills-London, 1995.

³⁶ Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, cit.



recente decisione per ribadire il riconoscimento di tale diritto, che ha portato alla caduta del dogma della segretezza quale «garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva» e alla necessità di un contemperamento tra gli opposti interessi in gioco.

Tali previsioni rivelano tutta la propria inadeguatezza nei confronti di una materia, quale la procreazione assistita eterologa, che ha rivoluzionato il fenomeno procreativo, fondandolo sul dominio del consenso delle parti, ancora una volta del progetto comune di cogenitorialità tra i partner e dell'assunzione consapevole di una genitorialità "di sostituzione"³⁷. Simile prospettiva è posta a fondamento delle normative nazionali che disciplinano la procreazione medicalmente assistita con dono di gameti, attribuendo rilievo essenziale al consenso al trattamento concordato tra i genitori e impedendo, di

³⁷ Numerosi sono i casi giurisprudenziali che si rincorrono su tali argomenti nelle esperienze europee e tutti degni di riflessione. Infatti, il conflitto tra libertà fondamentali e situazioni esistenziali fortemente garantite è drammatico e tale da scuotere le coscienze. Si veda quanto deciso dalla Cassazione francese 12 luglio 2007, in *Dr. fam.*, 2007, 171, p. 27 ss, con nota di S. ROUXEL, che giustamente commina all'attore una sanzione civile per esercizio abusivo dell'azione. Il padre, rispetto al quale la paternità è stata giudizialmente accertata, agisce in responsabilità contro la madre ex art. 1382 *code civ.* e 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dalla costituzione del rapporto di filiazione, nonché la riparazione del pregiudizio morale, adducendo il fatto che la donna aveva accettato d'intrattenere una relazione sessuale senza utilizzare metodi di contraccezione. Prima la corte d'appello d'Orléans – 21 marzo 2006 –, poi la Cassazione respingono la domanda considerando che l'uomo – *sexuellement expérimenté* – aveva consapevolmente accettato d'intrattenere rapporti non protetti e che egli stesso aveva omesso di prendere le misure necessarie a evitare la procreazione, responsabilità che ricade tanto sull'uomo quanto sulla donna. Assai più inquietanti sono i casi oggetto di due decisioni della Corte EDU, che riguardano entrambe la procreazione assistita. Si tratta degli *arrêts* 7 marzo 2006 e 10 aprile 2007 *Evans v./ Regno Unito*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 295 ss., con osservazioni di J.P. MARGUENAUD: si tratta di una cittadina inglese che, dovendo subire l'asportazione delle ovaie, in quanto affetta da tumore, crea, in accordo con il fidanzato, embrioni fecondati con gameti dello stesso crioconservati e destinati a un futuro impianto dopo l'operazione. La donna è informata del contenuto della legge inglese che prima dell'impianto in utero consente la revoca del consenso del donatore ed è egualmente avvertita della possibilità di ricorrere a gameti di un terzo donatore anonimo, per garantirsi contro un'eventuale rottura del legame con l'attuale compagno. La donna decide di non ricorrere alla eterologa, sicura della saldezza della propria relazione affettiva con l'uomo che l'affianca nella richiesta. Dopo la operazione, quando intende ricorrere all'impianto, l'uomo, che ha rotto la relazione, ritira il consenso e domanda la distruzione degli embrioni. Perso ogni ricorso nel proprio paese perché i tribunali sopperiscono all'autorizzazione mancante, la donna si rivolge alla Corte EDU invocando gli artt. 8 e 14 della Convenzione, poiché l'impossibilità di avere discendenti genetici violerebbe il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Pur consapevole della drammaticità della vicenda, la Corte tuttavia respinge la pretesa, concludendo per la non violazione da parte dell'Inghilterra della Convenzione, poiché la scelta del legislatore inglese nel bilanciare gl'interessi contrastanti rientra nel margine di discrezionalità degli ordinamenti. Il punto di diritto che qui interessa è che la Corte, mentre respinge il richiamo all'art. 2 della Convenzione, sul diritto alla vita, ritiene perfettamente adeguato il richiamo all'art. 8, se si tratta della decisione di procreare o comunque creare un legame di filiazione.



conseguenza, l'azione di contestazione di stato al fine di tutelare la stabilità dei rapporti familiari e la certezza identitaria del figlio³⁸.

In Italia, tra perplessità e scontri di opinioni, si è affermato anche prima dell'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 il valore, per la costituzione dello *status* genitoriale, del consenso per l'inseminazione artificiale eterologa del marito o del convivente della donna. Per lungo tempo dottrina e giurisprudenza si sono divise tra posizioni di favore tanto nei confronti della paternità biologica (donatore del seme) quanto della paternità sociale (soggetto che ha prestato il consenso). La considerazione è che il nostro codice è legato al principio del *favor veritatis*, ma certamente incide l'inimmaginabile – per lungo tempo dalla codificazione in poi – scissione tra fattore biologico e elemento volontaristico, che pone come nodo centrale della vicenda – il particolare atto causativo della nascita – la prestazione del consenso esplicito, finalizzato alla responsabilizzazione giuridica e sociale e, in definitiva, all'acquisto della qualifica genitoriale.

Nell'ordinamento tedesco il vuoto legislativo aveva condotto ad un indirizzo giurisprudenziale che ammetteva, in maniera del tutto iniqua nei confronti del figlio, la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, nonostante la sussistenza del consenso al momento dell'inseminazione³⁹, analogamente all'orientamento sorto in Italia e ribaltato dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza del 16 marzo 1999⁴⁰, che ha

³⁸ Si tratta dell'impostazione seguita dalla gran parte degli ordinamenti che ammettono l'inseminazione eterologa: nel modello inglese, in base alla *Section 28 (2)* del *HFEA (Human Fertilisation and Embryology Act)* del 1990 il marito di una donna che ha partorito un figlio frutto di riproduzione assistita si deve presumere padre del bambino, a meno che non dimostri che non aveva prestato il proprio consenso e che non è, sotto il profilo genetico, il padre. Così, *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v A.* [2003] 1 FCR 599. Cfr. E. STEINER, *op. cit.*, 4, nota 13. In Francia, la manifestazione in forma solenne della volontà della coppia subordina l'intervento medico: il consenso può essere revocato per iscritto, soltanto fino al momento della inseminazione artificiale, in virtù degli artt. 311-19 e 311-20, introdotti nel *code civ.* dalle leggi sulla bioetica del 1994. Da ultimo, si consideri l'ordinamento spagnolo con l'art. 8, *Ley 14/2006*, legge sulle tecniche di riproduzione umana assistita. In generale, per ulteriori riferimenti relativamente all'esperienza dell'america latina, V. ROSPIGLIOSI, *Incaducibilidad de las acciones de filiacion*, in *Derecho*, 2008, p. 1 ss.

³⁹ *Leading case* è la sentenza della Suprema Corte del 1983, BGH, 7 aprile 1983, in *NJW*, 1983, p. 2073 ss., con commento di D. COESTER-WALTJEN, ove si stabilisce che nell'ipotesi di disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa, la paternità torna in capo al padre biologico, dunque al donatore. Nonostante la resistenza di alcune corti inferiori, che hanno rifiutato di adottare una simile soluzione, rinvenendovi un abuso di diritto e una violazione del buon costume da parte del marito (v. AG Dieburg, 4 novembre 1986, in *NJW*, 1987, p. 713 e OLG Düsseldorf, 22 luglio 1987, in *FamRZ*, 1988, p. 762), la giurisprudenza dominante ha continuato ad ammettere l'azione di disconoscimento (OLG Celle, 25 ottobre 1991, in *NJW*, 1992, p. 1516 ss.; BGH, 3 maggio 1995, in *NJW*, 1995, p. 2028 ss.; BGH, 12 luglio 1995, in *FamRZ*, 1995, p. 1272 ss.), fino all'intervento legislativo del 2002.

⁴⁰ Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315. La sentenza è riportata in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 con nota di M. C. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola alla Cassazione*, ivi, 1999, p. 1324 ss.; P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in



sancito l'irricevibilità di un'azione di disconoscimento del genitore che ha prestato il consenso alla procreazione, principio accolto nella l. 19 febbraio 2004, n. 40, nonostante l'espresso divieto di inseminazione eterologa⁴¹.

Corr. giur., 2004, p. 1528 ss. Riteneva, invece, ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità proposta dal presunto padre nei confronti di persona nata da inseminazione eterologa consentita dal medesimo, Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, p. 218; nonché, più di recente, Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 995; App. Brescia, 10 maggio 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 34 ss.; Trib. Rimini, 24 marzo, in *Fam. dir.*, 1996, p. 569 ss.. L'orientamento favorevole all'inammissibilità, invece, aveva, in un primo momento, utilizzato un'argomentazione assai dubbia. Cfr. Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, cit., secondo la quale l'art. 235 v. f. cod. civ. sul disconoscimento di paternità, "riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento di paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere reciproco di fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge". Similmente, Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1662 ss. Il risultato utile non toglie il vizio di fondo dell'argomentazione utilizzata e, correttamente, la sentenza Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315 conferma il risultato, depurando il ragionamento della Corte costituzionale dal fondamento della prova del rapporto adulterino, effettivamente anacronistica. La Cassazione afferma più correttamente che "un successivo ripensamento del marito, a prescindere da apprezzamenti di ordine etico, difetta della *ratio* su cui si fonda l'azione di disconoscimento perché rinnega una scelta già espressa con l'assunzione di una paternità presunta nonostante la piena contezza della sua non rispondenza alla paternità biologica. Detto ripensamento del resto, ove ammissibile, sfuggirebbe a limitazioni e tradirebbe le finalità per le quali il disconoscimento è contemplato, perché assegnerebbe al marito un *quid pluris* rispetto all'alternativa sopra evidenziata, vale a dire l'anomala licenza di rivedere la propria anteriore decisione, anche se siano rimasti fermi tutti i dati a suo tempo noti ed apprezzati, ovvero siano sopravvenute circostanze non certo meritevoli di tutela in pregiudizio del bambino già nato (quali il dissidio con il coniuge, il superamento dell'impotenza, o l'insoddisfazione per il frutto dell'inseminazione)".

⁴¹ La Consulta, invece, ha ritenuto che la preclusione assoluta di accesso alla p.m.a. di tipo eterologo introducesse un evidente elemento di irrazionalità rispetto allo scopo dichiarato della legge n. 40 del 2004 "di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, comma 1), poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, con incidenza sul diritto alla salute della coppia, intesa come stato complessivo di benessere psichico, oltre che fisico, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*. Secondo la Corte, il divieto in questione cagiona, in altri termini, una "lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato", le quali devono ritenersi congruamente garantite dall'applicazione delle norme vigenti.

In particolare, per quanto concerne lo *status* giuridico del soggetto nato da p.m.a. di tipo eterologo, la questione è già regolata dall'art. 9 l. n. 40 che, prospettando il caso di un'eventuale violazione del divieto previsto dall'art. 4, comma 3, sancisce, a garanzia del soggetto stesso, che il coniuge o convivente che ha prestato il consenso all'applicazione della tecnica in questione non possa esperire successivamente azione di disconoscimento di paternità o impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità; inoltre, il donatore dei gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale né la titolarità di diritti od obblighi nei confronti del nato. Attualmente, pertanto, l'art. 8 che disciplina lo stato del nato è applicabile tanto alla fecondazione omologa quanto a quella eterologa. In entrambi i casi, il soggetto



In una decisione del 1995, la Corte federale di giustizia tedesca aveva ammesso l'azione di disconoscimento da parte del marito che, nel momento della prestazione del consenso all'inseminazione eterologa, aveva espressamente rinunciato al suo diritto di

acquisirà lo stato di figlio nato nel matrimonio, se la coppia richiedente è coniugata, o di figlio riconosciuto, se la coppia non è unita in matrimonio. Si discute, in quest'ultima ipotesi, sul significato della previsione normativa in rapporto alle modalità di acquisto dello *status*: se, cioè, la sola richiesta di accesso alle tecniche di p.m.a. importi il riconoscimento del figlio - come sembra evincersi dal dato letterale - o se, invece, sia comunque necessario, come taluno sostiene, un successivo atto di riconoscimento, in considerazione del fatto che la legge n. 40 non contiene alcuna deroga espressa alla disciplina dell'accertamento di *status*. Una deroga alle regole generali sulla formazione dell'atto di nascita è, invece, dettata dall'art. 9, comma 2, della legge per quanto concerne la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, la quale non può esprimere la volontà di non essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396/2000.

Resta in piedi, invece, il divieto di maternità surrogata, di cui all'art. 12, commi 6 e 8, l. n. 40/2004, tecnica che lo stesso giudice delle leggi precisa essere ben distinta dalla donazione dei gameti.

In particolare, la non vincolatività dei cc.dd. contratti di maternità per concepimento e/o gestazione, come taluno li ha definiti, ovvero sia delle pattuizioni concernenti la coppia committente e la donna che si presta alla gestazione o fornisce soltanto l'ovulo, era stata ricavata da una rigorosa applicazione dell'art. 1322 cod. civ. che prevede, per i contratti atipici, il doppio vaglio di liceità e meritevolezza di tutela. Meritevolezza che deve misurarsi in primo luogo con i parametri normativi che scaturiscono dalla difesa del valore primario della persona umana. Da ciò promana la nullità, e dunque la non vincolatività di tali contrattazioni. Pertanto, legittimamente la madre su commissione può rifiutare di consegnare alla coppia committente il figlio da lei nato. Né tanto meno, secondo i principi generali (art. 2035 cod. civ.), si può ricorrere in giudizio per il pagamento di quanto pattuito o per la restituzione di quanto eventualmente già prestato a titolo di compenso per le particolarissime prestazioni effettuate.

Il principio per cui la maternità va attribuita alla donna che ha partorito il figlio, già ricavabile, come detto, dall'art. 269, comma 3, cod. civ., è confermato dall'art. 9, comma 3, l. n. 40/2004 che esclude qualsiasi relazione parentale fra il nato e colei - donna committente o terza donatrice - che abbia fornito il materiale genetico. Nel caso in cui venga formato un atto di nascita difforme, oltre a ricorrere il delitto di alterazione di stato, è possibile esperire l'azione di contestazione della maternità.

Nell'eliminare il divieto di eterologa, la Consulta afferma che i profili concernenti lo stato giuridico del nato trovano regolamentazione nelle relative norme della l. 19 febbraio 2004, n. 40, in quanto riferite ai "nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita". Pertanto, anche i figli nati da procreazione eterologa hanno lo *status* di figli nati nel matrimonio ovvero di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione. Significativo è il richiamo, altresì, all'art. 231 c.c. così come modificato dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219), che stabilisce che: «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», laddove la norma previgente discorreva meramente del figlio «concepito durante il matrimonio». Per quanto attiene alla questione del divieto di disconoscimento, permane quanto stabilito dall'art. 9 l. 40 del 2004, confermando tanto l'inammissibilità di siffatta azione, che dell'impugnazione ex art. 263 c.c., così come modificato dal d. lgs. cit. Altresì, si ribadisce che la nascita da procreazione assistita eterologa non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche genitoriali tra il donatore di gameti ed il nato.



contestare la filiazione legittima del bambino, sulla base dell'irrinunciabilità di tale azione prevista dal codice civile e della considerazione che l'interesse del minore non poteva essere tutelato attraverso l'imposizione di una paternità menzognera⁴². Dal consenso alla procreazione assistita eterologa, invece, la giurisprudenza faceva discendere in capo al marito – o al compagno⁴³ – l'obbligo di mantenere il figlio⁴⁴. Le probabilità per il nato da inseminazione eterologa di ritrovarsi privo di un vincolo di paternità erano dunque assai elevate⁴⁵, dal momento che la sua unica strada era costituita dall'azione di accertamento della paternità nei confronti del donatore, la cui identità doveva essergli rivelata.

La modifica di tale situazione, sollecitata più volte dalla Corte costituzionale tedesca, è intervenuta con la legge di riforma del 2002⁴⁶, che sancisce l'irricevibilità delle azioni in contestazione esercitate dal marito della madre – o dal suo compagno –, che abbia prestato il consenso alla procreazione in forma scritta.

7. Per completare il quadro è necessario accennare al tema della maternità surrogata, anche detta maternità di sostituzione, che, com'è noto, abbraccia le tecniche attraverso le quali una coppia eterosessuale od omosessuale, realizza la propria aspirazione ad avere un figlio grazie al concorso di una donna che si obbliga a portare il bambino nel proprio ventre, consegnandolo ai cc.dd. genitori d'intenzione al momento della nascita. È possibile distinguere due tipi di maternità surrogata: la "gestazione per altri", nella quale la donna si limita a portare avanti la gravidanza e la "procreazione per altri", laddove la gestante sia anche la donna che ha fornito il materiale genetico⁴⁷.

⁴² BGH, 12 luglio 1995: su tali argomenti, con ampie indicazioni dottrinali e giurisprudenziali, sia consentito rinviare al mio *Identità del figlio*, cit., spec. p. 73 ss.

⁴³ La legge di riforma del diritto del minore del 16 dicembre 1997 (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) riunisce nel medesimo titolo, al §1600 e ss. BGB le disposizioni relative alla contestazione della paternità e a quella del riconoscimento, assoggettandole ad un regime assai simile. Ne discende che, prima della riforma del 2002, anche il convivente era legittimato ad esercitare l'azione di disconoscimento.

⁴⁴ Per tutte, BGH, 3 maggio 1995, in *NJW*, 1995, p. 2028, nella quale la Corte stabilisce, tuttavia, che nel caso in cui sia il figlio a contestare il legame di filiazione non veritiero, cade l'obbligo di mantenimento da parte del marito.

⁴⁵ Tra l'altro, l'azione in contestazione della paternità nei confronti del padre legale era esercitabile anche dalla madre e dal figlio sulla base della disciplina ante-riforma (§1600 BGB previgente).

⁴⁶ L. 9 aprile 2002 sul miglioramento dei diritti del minore (*Kindesverbesserungsgesetz*), modifica il comma 5 del § 1600 BGB, il quale dispone il divieto di contestazione della paternità da parte della madre o del padre nel caso in cui costoro abbiano prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita eterologa.

⁴⁷ I gameti possono essere forniti, altresì, da altre persone, giungendo a coinvolgere nella vicenda procreativa fino a cinque soggetti (la coppia ricevente, i due donatori e la madre surrogata). Sul tema della maternità surrogata cfr. L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1, p. 377 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 2, p. 193 ss.; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in A. LIBERATI-F. BILOTTA, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, *passim* e spec. p. 99 ss.; A. BARBAZZA, *Diritti della*



In Europa soltanto i Paesi Bassi e il Regno Unito, cui si aggiungono la Grecia e la Russia e qualche altro Stato, consentono espressamente la maternità di sostituzione⁴⁸ – escludendone però la “contrattualizzazione”⁴⁹ e l’onerosità⁵⁰ –; altri ordinamenti, come quello belga, ma anche la Danimarca, la Finlandia, l’Irlanda, l’Ungheria e la Spagna non ne hanno sancito né il divieto né l’ammissibilità, lasciando alla giurisprudenza il compito di fronteggiare il vuoto legislativo, in una situazione che pone seriamente in pericolo la certezza del diritto⁵¹; e tuttavia la procreazione assistita è consentita per le coppie, senza discriminazioni, unite in matrimonio. Altri paesi si attestano su posizioni di chiusura, ponendo un rigoroso divieto per legge a tali tecniche⁵² e, tuttavia, il fenomeno del c.d. turismo procreativo fa emergere anche in questi ultimi numerosi problemi di non agevole soluzione, soprattutto allorché riguardino la tutela dei diritti fondamentali del fanciullo.

Non è questa la sede per indagare i complessi profili etici e giuridici della tematica, che toccano soltanto tangenzialmente l’oggetto del presente lavoro, per cui ci si limiterà ad affrontarla sotto il profilo delle conseguenze di diritto che derivano per il figlio da un accordo di maternità surrogata già avvenuto, tralasciando il problema della scelta per

personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di c.d. maternità surrogata o “utero in affitto” ed il contratto di divieto di espatrio, in I diritti della personalità, Strategie di tutela, Inibitorie, Risarcimento danni, Internet, a cura di S. Ruscica, Padova, 2013, p. 95 ss.; F. PATRUNO, La vicenda sul c.d. utero in affitto. Profili giuridici, in Dir. fam. pers., 2001, 4, p. 1642 ss.; A.B. FARAONI, La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina, Milano, 2002; G. CASSANO, Le nuove frontiere del diritto di famiglia, Milano, 2000, passim; D. CLERICI, Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici, in Dir. fam. pers., 1987, p. 1011 ss.

⁴⁸ Nei Paesi Bassi, tuttavia, non esiste una legge sulla maternità surrogata, che è regolata soltanto dalla normativa medica. Nel Regno Unito, invece, la materia è disciplinata dal *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 e dallo *Human Fertilisation and Embryology Act*, che nel 2008 e nel 2010 ha esteso l’accesso alle relative tecniche alle coppie conviventi e a quelle omosessuali.

⁴⁹ In entrambi i paesi, discende dai principi della indisponibilità del corpo e dello *status* della persona che le convenzioni di maternità di sostituzione, sebbene formulate come veri e propri contratti, sono prive di qualunque forza vincolante. Gli impegni che le parti prendono reciprocamente sono considerati obbligazioni d’onore, fondate sul reciproco affidamento e sulla buona fede tra le parti (il *trust and goodwill* di matrice anglosassone).

⁵⁰ I costi della gravidanza saranno però a carico della coppia ricevente.

⁵¹ In Belgio la maternità surrogata si pratica al di fuori di un inquadramento giuridico esplicito. Di recente, tuttavia, l’aumento del ricorso a tale pratica ha sollecitato la presentazione di alcune proposte di legge, il cui esame è ancora in corso nel parlamento belga. Cfr. *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, diretto da G. SCHAMPS-J. SOSSON, Bruxelles, 2013.

⁵² Oltre all’Italia che proibisce espressamente le tecniche di maternità surrogata nella l. 19 febbraio 2004, n. 40; tale divieto è posto dalla Francia con la legge sulla bioetica n. 94-653 del 1994; dalla Spagna con *ley* n. 351988 del 22 novembre 1988 e ribadito nella *ley* n. 14 del 26 maggio 2006; dalla Germania, nella legge sull’adozione e nell’*Embryonenschutzgesetz* e dalla Svizzera, che lo ha introdotto nel testo della Costituzione (art. 119, comma 2, lett. b).



l'ammissibilità oppure no di siffatte pratiche, che dipende da una pluralità di fattori, tra cui la storia, la cultura e la realtà sociale, poste a fondamento delle scelte di valore di un paese in materia di dignità umana, filiazione, procreazione e rapporti familiari.

Si distinguono due strade per la costituzione del vincolo giuridico tra il bambino e gli aspiranti genitori: la prima è quella della filiazione elettiva, attraverso l'adozione ordinaria, come avviene nei Paesi Bassi, ovvero mediante un regime che ne ricalchi lo schema⁵³. Quest'ultima è la soluzione accolta dal Regno Unito, ove si disciplina una specifica procedura giudiziaria fondata sulla richiesta di un *parental order* da parte della coppia ricevente e sul consenso espresso della madre surrogata. Il carattere graduale di tale procedimento è volto a garantire alla gestante un ampio diritto di ripensamento⁵⁴: fino alla sua conclusione, infatti, la donna che porta in grembo il bambino è considerata madre legale a tutti gli effetti, determinando così la natura mediata e indiretta del vincolo di filiazione che sorge nei confronti dei genitori d'intenzione⁵⁵.

La seconda è quella seguita da quegli stati, tra cui la Grecia e la Russia⁵⁶, nei quali la filiazione è stabilita immediatamente nei confronti dei riceventi, che sono designati come genitori legali nell'atto di nascita del bambino⁵⁷. Di regola, tuttavia, in tali ordinamenti si prescrive l'utilizzo del materiale genetico degli aspiranti genitori e, in ogni caso, il divieto che il figlio sia anche geneticamente legato alla madre gestante⁵⁸.

⁵³ Così, L. BRUNET, *De l'art d'accueillir la gestation pour autrui au droit français, commentaire de CA Paris, 1^{re} chambre, 25 octobre 2007*, in *Revue générale de droit médical*, 2008, n. 27, p. 176. L'A. pone in luce la situazione di incertezza di tutti i soggetti della vicenda: anche la coppia ricevente, infatti, può sottrarsi all'accordo e rifiutare di farsi carico del bambino. Si ricorda, infatti, che gli accordi di maternità surrogata non sono suscettibili di esecuzione forzata.

⁵⁴ La *section 33* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* dispone che: «*the woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child*».

⁵⁵ Alcuni hanno voluto rinvenire in tale carattere l'*escamotage* etico su cui in tali paesi si è fondata l'ammissibilità della maternità di sostituzione e cioè il principio per cui la madre gestante non possa essere costretta a separarsi dal bambino, lasciandole la libertà di scegliere se tenerlo oppure no.

⁵⁶ Ma anche la California e l'Africa del Sud, tra gli altri.

⁵⁷ Ovviamente, con importanti distinzioni tra le procedure scelte. In Africa del Sud, ove la materia è disciplinata dal *Children Act* del 2005 (modificato nel 2007 e nel 2010), la filiazione nei confronti della coppia ricevente è stabilita in seguito all'omologazione da parte del giudice della convenzione di maternità surrogata. In Grecia, la legge del 19 dicembre 2002, modificata nel 2005, prevede una procedura simile, per cui si dispone l'iscrizione dei nomi dei genitori d'intenzione nell'atto di nascita a seguito del controllo dell'accordo da parte del tribunale. In California, i genitori d'intenzione possono ottenere, prima della nascita del bambino, una dichiarazione giudiziale della filiazione (*pre-birth judgement*), per cui, nell'atto di nascita essi saranno indicati come genitori legali.

⁵⁸ Fa eccezione la California, nella quale è soltanto la pratica dominante che impone siffatta regola, per cui l'utilizzo del materiale genetico della madre surrogata comporta il rischio che costei reclami il bambino, impugnando il provvedimento del giudice, com'è avvenuto nel caso *In re Marriage of Moschetta* del 1994 (*In re Marriage of*



Se ne deduce che gli Stati che ammettono la maternità surrogata, pur non facendone oggetto di una condizione cogente, quando si stabilisce una procedura che affida la costituzione del legame di filiazione alla convenzione stipulata tra le parti, tuttavia tendono a privilegiare l'utilizzo del materiale genetico di colei che sarà la madre legale, in modo da introdurre l'operatività di una specie di principio di verità.

Invece, per i Paesi che non ammettono queste pratiche, si pongono, tuttavia, i problemi scaturenti dal c.d. turismo procreativo, allorché i genitori che, secondo le normative vigenti nel paese di elezione, ritornano nel proprio ordinamento pretendendo la trascrizione dell'atto di nascita dello stato straniero in cui risultano genitori *tout court* del nato⁵⁹.

Nell'ordinamento francese, che vieta rigorosamente il ricorso alla maternità surrogata, la giurisprudenza respingeva fermamente le richieste di trascrizione sulla base del principio dell'indisponibilità dello *status personae* e della contrarietà all'ordine pubblico interno ed internazionale⁶⁰: soluzione che suscitava non poche critiche in dottrina, incentrate sulla contrarietà all'interesse superiore del bambino così generato, costretto a portare il peso della scelta dei genitori.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sulla questione, nel giugno del 2013, in un caso⁶¹ relativo alla richiesta, in un primo momento accolta e poi rifiutata dal giudice francese, di trascrizione dell'atto di nascita da parte di una coppia di coniugi che avevano stipulato una convenzione di maternità surrogata in California, rinvenendo nella condotta delle autorità francesi un'eccessiva ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare, contrastante con l'interesse superiore del fanciullo. Secondo i giudici di Strasburgo, il rifiuto della trascrizione non può costituire uno strumento di disincentivo delle tecniche di maternità surrogata, obiettivo che può essere raggiunto attraverso altre modalità, senza sacrificare il diritto all'identità del bambino.

Sulla medesima linea si pone il noto *arrêt* della Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia⁶², che ha censurato il provvedimento con il quale il giudice italiano ha disposto

Moschetta, 30 Cal. Rptr. 2d 893 [Cal. Ct. App. 1994]), nel quale la Corte d'Appello californiana ha deciso in favore della gestante che non voleva più separarsi dal bambino. Il principio è accolto anche dagli stati che scelgono la soluzione della filiazione elettiva, come il Regno Unito, ove la *section 54* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* prevede, tra le condizioni per effettuare la maternità surrogata, l'utilizzo del materiale genetico di almeno uno dei due aspiranti genitori.

⁵⁹ È raro, invece, il ricorso alla maternità surrogata nel territorio dello stato, in frode alla legge, caso in cui non può trattarsi che di una procreazione per altri, ossia della tecnica per cui la madre surrogata fornisce anche il materiale genetico.

⁶⁰ Per tutte, Cass. civ. 6 aprile 2011, in *Dalloz*, 2011, p. 1522, con nota di D. BERTHIAU e L. BRUNET.

⁶¹ Corte EDU, *Mennesson c. France*, 26 giugno 2014. Cfr., in proposito, M. GIACOMINI, *Il riconoscimento della maternità surrogata all'estero: la risposta della Cour de Cassation*, in questa *Rivista*.

⁶² Corte EDU, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 gennaio 2015.



l'allontanamento e l'affidamento ai servizi sociali e, in seguito, ad altra famiglia del bambino portato in Italia da una coppia di coniugi che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in Russia e che avevano richiesto al ritorno, due mesi dopo la nascita, la trascrizione del certificato di nascita che li indicava come genitori⁶³. In tale decisione, tuttavia, la Corte di Strasburgo, pur affermando che il rifiuto della trascrizione da parte del tribunale rilevi ai sensi dell'art. 8 CEDU, quale misura integrante un'ingerenza nella vita privata e familiare della coppia, evita di pronunciarsi nel merito della questione, sul presupposto che non erano stati esauriti tutti i gradi di giudizio interno, per soffermarsi su quanto attiene all'allontanamento del bambino dalla casa dei ricorrenti. Nel sancire la violazione del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti e del bambino, la Corte EDU ribadisce il principio per cui è rinvenibile la sussistenza di una *vie familiare* anche qualora i legami familiari siano puramente di fatto e non siano fondati né sulla verità biologica né su quella del vincolo giuridico, come nel caso in questione, ove il bambino aveva trascorso sei mesi della sua vita con i genitori d'intenzione.

Ne deriva che l'assenza del legame genetico non può influire negativamente sull'esistenza di quello familiare, né tantomeno vi è motivo che impedisca di considerare l'accertamento del legame genetico come rilevante sotto il profilo del diritto del singolo di sviluppare relazioni con i propri simili. L'aspetto relazionale costituisce, infatti, il fondamento del diritto all'identità personale, quale diritto della persona a definire se stessa attraverso le relazioni con la società, ricompreso nella nozione di vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. Soltanto il superiore interesse del fanciullo deve fungere da criterio-guida nell'adozione di una misura destinata ad incidere profondamente sulla personalità del bambino, quale l'allontanamento dai genitori d'intenzione e i due affidamenti successivi, provvedimenti che di regola sono stabiliti sulla base della sussistenza di un pericolo per la salute psico-fisica del fanciullo. Al contrario, la prospettiva seguita dal giudice interno appare alla Corte di Strasburgo manifestamente improntata «al bisogno di porre fine alla situazione di illegalità», assumendo, altresì, una connotazione sanzionatoria. Il richiamo all'ordine pubblico, tuttavia, non può giustificare a priori ogni misura adottata dagli stati, poiché su di essi incombe l'obbligo di tenere in conto l'interesse superiore del bambino indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o giuridico che sia.

⁶³ Le autorità italiane rigettano la richiesta dei genitori d'intenzione, dal momento che il Consolato di Mosca aveva provveduto ad inviare i documenti al tribunale competente e al comune, comunicando la presenza di false attestazioni, per cui i coniugi sono indagati penalmente ai sensi degli artt. 479 e 489 c.p. Nello stesso tempo, il Tribunale per i minorenni inizia un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono, e dunque per l'adottabilità, del neonato, durante il quale il padre chiede l'esperimento di un test di DNA, da cui risulta che egli non è il padre biologico del bambino. Successivamente, il Tribunale dispone per l'allontanamento del bambino dalla casa della coppia e lo affida prima ad una struttura d'accoglienza e, poi, ad una nuova famiglia, provvedimenti confermati dalla Corte d'Appello.



Delicati problemi, suscita, peraltro, l'ipotesi in cui le parti facciano ricorso alla maternità surrogata in Paesi nei quali tale pratica è ammessa. Si discute, in particolare, sulla possibilità di riconoscimento, nel nostro Stato, dello *status* di figlio della coppia committente italiana, legittimamente acquisito nello Stato di nascita. In mancanza di specifica disciplina al riguardo, dovrebbe essere applicabile l'art. 33 l. n. 218/95, secondo il quale l'accertamento e la contestazione dello *status* di filiazione sono regolati dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino. L'atto di nascita nel quale il nato risulta, ai sensi della legge straniera, figlio della coppia committente dovrebbe, pertanto, essere trascrivibile in Italia, sempre che si ritenga conforme all'ordine pubblico *ex* art. 65 l. n. 218/95. In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza di merito, in un caso in cui si trattava del riconoscimento di due *parental orders* emessi nel Regno Unito, che attribuivano ad una cittadina italiana la maternità di due bambini nati da una cittadina inglese a seguito di surrogazione eterologa di maternità⁶⁴.

Sulla stessa linea di pensiero, successivamente, si è mossa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in una prima pronuncia, ha condannato la Francia per non aver riconosciuto lo *status filiationis* derivante da un contratto di maternità surrogata stipulato all'estero in un caso in cui il marito della donna committente era anche genitore biologico del minore: la Corte ha sostenuto, infatti, che il mancato riconoscimento violasse l'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata), comprensivo del diritto all'identità personale. In una pronuncia successiva, la stessa Corte EDU ha condannato – nel citato caso Paradiso e Campanelli c. Italia – l'operato delle autorità italiane che avevano sottratto il nato alla coppia italiana che aveva fatto ricorso alla surrogazione di maternità in Russia, affidandolo a terzi, in quanto ciò costituiva un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare dei soggetti

⁶⁴ Cfr., sul tema, A. MATTEI - M. TOMASI, *Corte di Giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 214, 3, p. 1409 ss.; S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81 ss.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, II, Milano, 2011; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, 2, p. 358 ss.; C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. parental order ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della L. n. 40/2004 (Nota a Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009)*, in *Fam. e dir.*, 2010, 3, p. 251 ss.; A. M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nella esperienza francese; frode alla legge e interesse dei figli*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 3, p. 519 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2002, 2, p. 387 ss.; R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1417 ss.; G. CIANI, *Procreazione artificiale e gravidanza surrogata per spirito di liberalità: il bilanciamento tra libertà di autodeterminazione della donna e "best interest" del nascituro*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1699 ss. Cfr., altresì, Trib. Milano, 15 ottobre 2013, con riferimento ad un caso di maternità surrogata in Ucraina; Trib. Napoli, 1 luglio 2011, relativamente ad un caso di maternità surrogata negli Stati Uniti.



coinvolti, senza che ciò corrispondesse al *best interest of the child* che era quello di conservare il rapporto di fatto costituitosi già da tempo.

Nel nostro ordinamento, com'è noto, vige il criterio che, in base ai principi del *best interest of child* nonché al principio dell'*imitatio naturae*, consente l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa alle coppie eterosessuali: precetto confermato dalla legge sulle unioni civili. Resta da chiedersi, tuttavia, se, una volta caduto il suddetto divieto di eterologa, le istanze, sempre più pressanti, di parificazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali nel riconoscimento del diritto a procreare condurranno a scardinare anche il principio della necessaria eterosessualità della coppia richiedente. Nel frattempo, ove una donna *single* o partner di una convivenza omosessuale acceda alla fecondazione eterologa in un Paese straniero in cui ciò è consentito, se la donna partorisce all'estero si pone il problema della trascrivibilità dell'atto di nascita, in base ai principi di ordine pubblico; se, invece, la donna partorisce in Italia, il nato avrà lo *status* di figlio riconosciuto della medesima e nessuna relazione parentale potrà instaurarsi con la sua eventuale partner. Con applicazione analogica dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/83, peraltro, come si è visto, alcune decisioni di merito hanno sostenuto che in tal caso quest'ultima possa ricorrere all'adozione del figlio della compagna. Il problema si inserisce in quello più ampio della possibilità dell'adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale.

8. Il tema, assai controverso, sembra lontano dal trovare soluzioni concordi sia in dottrina che in giurisprudenza, e non riceve elementi di chiarificazione dalla legge italiana sulle unioni civili⁶⁵. La questione è collegata al fatto che per il riconoscimento delle coppie omosessuali e per la tutela dei loro diritti sussiste un'ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati che hanno aderito alla CEDU⁶⁶. Queste oscillano, come si è visto, dal

⁶⁵ P. LUDOVICA, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, 8/9, pp. 1764-1768; P. DOLCIMELE, *Adozione di minori e coppie omosessuali: o tempora o mores. Breve excursus sul tema*, in *Lo Stato civile italiano*, 2013, vol. 109, 11, pp. 16-21; A. ZANFEI - G. C. TURRI, *È tempo per 'aprire' all'adozione da parte di coppie omosessuali?*, in *Minori giustizia*, 2013, 3, pp. 267-269; L. FRANCO, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali fra affidamento e adozione*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, vol. 29, 10, pp. 506-522; E. CRIVELLI, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 3, pp. 672-676.

⁶⁶ La Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione di alcune disposizioni CEDU (artt. 12-14) mostra di aver maturato un convincimento e fissa un principio: è legittimo il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è attestata sulle medesime posizioni della stessa Corte EDU. Sul punto, si rinvia a M. G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, in questa *Rivista*, ottobre 2012, pp. 1 ss., 9, la quale fa notare che «Un'analogia



rifiuto di ogni forma di garanzia della loro vita familiare⁶⁷ al riconoscimento di figure di partenariato registrato o di tutela “paramatrimoniale”, fino all’accesso all’istituto matrimoniale. Analogamente, con riferimento all’adozione in generale e all’adozione coparentale, nello specifico, da parte di coppie *same-sex*, non è riscontrabile un’uniformità nelle opzioni dei legislatori dei singoli Paesi, nel senso del riconoscimento a queste ultime della possibilità – non del diritto – di adottare un bambino. Invero, le più recenti normative, più o meno con analoghe scadenze temporali, hanno consentito l’adozione congiunta del minore da parte di persone dello stesso sesso. Il legislatore danese, che in un primo momento si era limitato a omologare convivenza registrata e matrimonio sotto il profilo fiscale e successorio, nel volgere di tre anni, autorizza e il matrimonio e l’adozione (“step parent adoption”)⁶⁸; la Germania consente la *step child adoption* nel 2001; così in Belgio⁶⁹ la

tendenza ad includere nel concetto di vita familiare il rapporto di convivenza tra persone omosessuali é rilevabile nella giurisprudenza della Corte EU del Lussemburgo, che con sentenza del 7 gennaio 2004 (C-117/01), decidendo sulla esclusione di un convivente transessuale dal diritto alla pensione di reversibilità spettante al coniuge superstite, ha affermato che l’art. 141 CE (...) osta, in linea di principio, ad una legislazione – come quella del Regno Unito – che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia, uno dei cui componenti sia transessuale, di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno dei suoi componenti possa godere di un elemento della retribuzione dell’altro».

⁶⁷ In Italia, per quanto esistessero anche prima dell’entrata in vigore della l. 20 maggio 2016 n. 76 norme che riconoscevano taluni diritti alle coppie conviventi, il legislatore esitava di fronte ad alcuni temi, tanto da rendere essenziale il ruolo sostitutivo della giurisprudenza, volto a colmare le ormai inaccettabili lacune del convivente in genere e di quello *more uxorio* in particolare. Cfr., ad esempio, Cass. civ., 15 settembre 2014, n. 19423, in *www.neldiritto.it*; Cass. civ., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, I, p. 2455. In una interessante sentenza, l’espressione *more uxorio*, nata in un primo momento con riferimento alle convivenze tra coppie eterosessuali, è stata estesa dalla giurisprudenza anche a quelle omosessuali; in tal senso Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, p. 152 ss., ove il giudice afferma che «L’interpretazione della locuzione “more uxorio” deve essere condotta secondo i principi dettati dall’art. 1369 c.c. e alla luce dei principi generali dell’ordinamento nazionale e comunitario che impongono di attribuire alla stessa un significato non discriminatorio, con la conseguenza che tale locuzione deve ritenersi compatibile anche con la convivenza omosessuale»; e, ancora, App. Milano, 31 agosto 2012, n. 407, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2012, 4, p. 1044.

⁶⁸ La Danimarca, che riconosceva dal 1989 le convivenze di fatto registrate delle coppie omosessuali, nel giugno 2013 ha esteso il matrimonio civile anche alle coppie omosessuali. Tale apertura è rinvenibile sin dal 2009 anche in Norvegia e Svezia (quest’ultima ha sancito che le coppie omosessuali possono coniugarsi anche con rito religioso previsto dalla Chiesa Luterana). La Finlandia, infine, nel 2012 ha promulgato una legge che consente alle coppie omosessuali di sposarsi e di adottare a far data dal settembre 2013.

⁶⁹ La legge 24 aprile 2003 ha modificato l’art. 343 del Codice civile, eliminando dalla norma che disciplina il matrimonio il riferimento alla differenza di genere tra i nubendi, quale requisito di accesso all’istituto. Cfr. L., 13 février 2003 – *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur Belge*, 28-2-2003, ed. 3. Inoltre, l’adozione per le coppie omosessuali è stata introdotta dalla legge 18



cautela pregressa scompare nel 2003, con la possibilità di contrarre matrimonio e nel 2006, con l'apertura all'adozione congiunta del minore; nel 2005 la Spagna, con la Ley 30 giugno 2005/13⁷⁰, stravolge la precedente esperienza consentendo matrimonio ed adozione, tutt'insieme; l'Inghilterra addirittura apre le porte all'adozione prima ancora di regolamentare in via generale il fenomeno delle convivenze omosessuali⁷¹. Successivamente, si allinea la Francia, con la c.d. loi Taubira del 23 aprile 2013-404⁷² (c.d. "Mariage pour tous") che riscrive l'art. 143 cod. civ. stabilendo che il matrimonio si contrae tra due persone di sesso opposto o dello stesso sesso.

La vicenda francese è particolarmente significativa per seguire l'evoluzione che simili tematiche subiscono nel percorso normativo.

Nell'ordinamento francese, che pur prevede gli strumenti del *pacte civil de solidarité*⁷³ e del *concubinage*, consentiti anche a persone del medesimo sesso, la disciplina in materia di

maggio 2006, che ha modificato le disposizioni del codice civile belga in tale materia, permettendo anche alle persone dello stesso sesso di adottare

⁷⁰ In Spagna il matrimonio omosessuale è stato introdotto con la legge 1 luglio 2005, n. 13, che modificando il codice civile ha esteso il matrimonio alle coppie omosessuali. Infatti, la novella legislativa ha aggiunto un secondo paragrafo all'art. 44 del codice civile, in base al quale «il matrimonio avrà gli stessi requisiti e effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso o di diverso sesso». Inoltre le coppie *same-sex* conugate possono anche accedere all'istituto dell'adozione.

⁷¹ Nel Regno Unito a fine gennaio 2013 è stato approvato alla Camera dei Comuni il "Marriage (Same Sex Couples) Bill", un provvedimento che prevede la legalizzazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso a far data dal 2014, con libertà, peraltro, alle singole confessioni religiose, di autorizzare o meno la celebrazione nei luoghi di culto (la Chiesa Cattolica e la Chiesa anglicana hanno già espresso ferma contrarietà). Si tratta di una legge dal valore politico-simbolico in quanto nel Regno Unito sin dal 2005 sono ammesse le unioni tra coppie dello stesso sesso e la possibilità di adottare a coppie dello stesso sesso, così come del resto è anche legale la pratica del c.d. "utero in affitto", purché non sia remunerata. Essa è stata promulgata il 19 luglio 2013 dopo aver ricevuto il "Royal Assent" della Regina.

⁷² "Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe". Il 23 aprile 2013 l'Assemblea nazionale francese ha espresso il sì definitivo alla legge "Taubira", detta così dal nome del Ministro della giustizia francese Christiane Taubira che l'ha proposta nell'autunno del 2012. Tale legge autorizza inoltre l'adozione per le coppie omosessuali. Ne è seguito immediato ricorso al *Conseil constitutionnel*, che il 17 maggio 2013 ha dichiarato la conformità alla Costituzione della legge (*Décision* n. 2013-669 DC du 17 mai 2013). Tra i vari motivi di ricorso, i parlamentari dell'opposizione sostenevano che la nozione eterosessuale di matrimonio rappresenterebbe un principio fondamentale, di rango costituzionale, riconosciuto dalle leggi della Repubblica francese. I giudici costituzionali, nelle articolate motivazioni della sentenza, evidenziano, in senso diverso, come l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali esprima una scelta di politica legislativa, che non può essere giudicata dal *Conseil*, non esistendo una nozione di matrimonio imposta dalla Costituzione.

⁷³ N. RODEAN, *Pacs e matrimonio: istituti analoghi nella riscossione dei benefici matrimoniali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, pp. 735-740; AUTORINO STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà*.



adozione aveva assunto la scelta di aprire alla “coppia”, ma non alla famiglia, allorché riservava l’adozione congiunta esclusivamente ai coniugi non separati sposati da almeno due anni o che avessero compiuto il ventottesimo anno d’età (artt. 343 e 346 l. 5 luglio 1996), escludendo in tal modo sia i conviventi di fatto sia i “pacsés”. Quest’ultima previsione suscitava in Francia critiche severe, soprattutto per la contraddizione con la disciplina della “adoption simple”⁷⁴, permessa al singolo non coniugato e con la normativa che accorda la procreazione assistita anche a coloro i quali non siano coniugati né abbiano stipulato un patto di solidarietà.

La Francia, in effetti, dopo una lunga vicenda a fasi alterne, si è trovata soccombente nei giudizi dinnanzi alla Corte EDU, per la discriminazione derivante dall’opzione di concedere l’“adoption simple” al “single”, da un lato, e di rifiutare alla persona omosessuale l’accesso alla procedura di adozione, dall’altro (CEDU, 22 gennaio 2008, E.B. v France)⁷⁵. Tuttavia, la giurisprudenza non aveva mutato affatto orientamento nella sostanza, come dimostrano l’interpretazione restrittiva costante da parte della Cour de Cassation dell’art.

Prospettive de iure condendo, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, p. 203 ss.; C. S. PASTORE, *Le unioni registrate e i Pacs in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 202 ss.; M. GUILLAUME, *La Constitution de 1958 et l’Europe: de l’union libre au Pacs*, in *Pouvoirs*, 2008, p. 71 ss.; A. SOLIMENE, *In tema di pacs*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, p. 877 ss.; A. AMBANELLI, *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 75 ss..

⁷⁴ In Italia, sul tema, tra i tanti, v. G. ZINCONI, *Adozione ai single, nogo da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, 16, p. 12 ss.; A. BUSACCA, *L’adozione internazionale dei singles. Alcune riflessioni intorno all’ordinanza della Corte costituzionale n. 85 del 2003*, in *Dir. fam. e pers.*, 2004, p. 603 ss.; M. GUGLIEMI, *Sull’adozione da parte del singolo*, in *Giur. merito*, 1997, 1, p. 190 ss.; L. GRASSO, *Il caso Di Lazzaro: l’adozione da parte del single. Riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto*, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, p. 207 ss.; M. ASTONE, *L’adozione del minore da parte del singolo*, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, p. 516 ss.

⁷⁵ Corte EDU, E.B. c. Francia, ricorso n. 43546, 22 gennaio 2008. Sul caso, si vedano i commenti di: M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2, 2012, pp. 201-211; E. FALLETTI, *La Corte Europea dei Diritti dell’uomo e l’adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 224 ss.; A. VIVIANI, *Ancora sul principio di non discriminazione nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 653 ss. Sull’argomento, cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, p. 895; D. AMRAM, *Diritti del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale: spunti di comparazione*, in *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione europea*, a cura di D. Abram e A. D’Angelo, Padova, 2011. Successivamente un’ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 ha accolto il ricorso di un cittadino uruguayano contro il provvedimento dell’amministrazione italiana con cui gli si nega il riconoscimento del diritto di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 30/2007 per aver contratto matrimonio in Spagna con un cittadino italiano: la corte, ai soli fini del diritto di libera circolazione di cui alla Direttiva 2004/38/CE, gli attribuisce lo status di coniuge (si discorre, perciò, di “una rivoluzione emiliana” in E. CALÒ - M. VELLETTI, *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo*, Milano, 2012, p. 124 ss.



365 code civ. in tema di “adoption simple” e del lemma ivi adoperato “les conjoints”⁷⁶ e la vocazione “garantista” dell’interesse del minore, superiore e primario tanto da legittimare la disparità di trattamento quanto alla creazione di un vincolo di filiazione adottiva⁷⁷.

Si pone, peraltro, la questione della riconoscibilità dei provvedimenti di adozione pronunciati validamente all’estero e in particolare in un paese membro dell’Unione, quando o entrambi gli adottanti o uno soltanto di essi non possiedono la cittadinanza francese. Significativa in tal senso è la decisione del luglio 2010, nella quale la Suprema corte cassa senza rinvio, per “fausse application” della norma di cui all’art. 365 code civ., una sentenza della *Cour d’appel* di Parigi che rifiuta l’*exequatur* a un provvedimento di adozione emesso all’estero. Sebbene la *Haute Juridiction* sia stata assai misurata nelle motivazioni, le corti di merito ne hanno seguito l’impostazione, come negli *arrêt* della Corte di Appello di Parigi del 27 gennaio e del 24 febbraio 2011-404. Nella prima decisione, la corte concede l’*exequatur* nei confronti del provvedimento che suddivide l’*autorité parentale* tra le due conviventi, sul presupposto che esso non urta “alcun principio essenziale del diritto francese”, né viola “l’ordine pubblico internazionale”. La motivazione viene ripetuta nella seconda decisione che riconosce il provvedimento straniero di adozione e stabilisce il “partage” della “autorité parentale” tra due uomini, di nazionalità britannica, conviventi da sedici anni.

Dopo la loi Taubira in Francia si accende il dibattito se la possibilità di contrarre matrimonio comporta per i coniugi dello stesso sesso anche l’accesso all’adozione legittimante, che tuttavia è negata alle coppie conviventi di fatto, ai “pacsés” e, come ulteriore complicazione, pone la questione della possibilità di accesso alla procreazione assistita eterologa alle coppie dello stesso sesso. Con in aggiunta una evidente discriminazione, per il fatto che due donne coniugate potrebbero servirsi della eterologa mentre due uomini urterebbero contro il divieto di affitto d’utero, considerato in Francia come in Italia contrario al valore fondamentale della dignità – a parte la questione tecnica del principio secondo cui madre è colei che partorisce il figlio -. In entrambi i casi per il matrimonio omosessuale si pone il problema della possibilità di adottare il figlio del coniuge, mentre l’adozione rimane esclusa per il figlio del convivente o del “pacsé”.

Successivamente, una pronuncia della Cassazione francese⁷⁸ dà parere favorevole all’adozione da parte della compagna della madre di un bambino nato da inseminazione artificiale praticata all’estero e riconosciuta in Francia, prima della contrazione del matrimonio. La questione posta alla corte consiste nell’interrogativo se vi sia o pur no nella vicenda un illecito raggirò al divieto di ricorrere alla procreazione assistita per le coppie omosessuali. La decisione tuttavia sancisce che, dato il susseguente matrimonio intervenuto tra le conviventi, non vi siano ostacoli all’adozione del coniuge del genitore, poiché la loi Taubira ha parificato le posizioni dei coniugati dello stesso sesso o di sesso diverso «a tutti

⁷⁶ Cass., 20 febbraio 2007, n. 06-15.647; Cass., 20 febbraio 2007, n. 04-15.676.

⁷⁷ Cass., 24 febbraio 2006, n. 04-17.90; Cons. const., 28 gennaio 2011.

⁷⁸ Cass., 23 settembre 2014.



gli effetti» e «senza alcuna restrizione relativa alla modalità del concepimento del bambino»⁷⁹. La vicenda si conclude con l'affermazione della possibilità di adozione del minore anche da parte del single, omo o etero che sia.

Tra i Paesi che si oppongono – o si opponevano - all'apertura di tali istituti alle coppie omosessuali, in particolare in Europa, Italia e Austria, quest'ultima è presa di mira dalla Corte di Strasburgo. La pronuncia resa il 13 febbraio 2013 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'Uomo nel caso *X. and Others v. Austria*⁸⁰ conferma le progressive aperture della Corte di Strasburgo *in primis* in ordine alla qualificazione (per prima avvenuta nella nota sentenza *Schalk and Kopf*⁸¹) della relazione stabile e duratura tra persone omosessuali (e tra esse e un bambino) quale “vita familiare” *ex art. 8 CEDU* e non già quale mera “vita privata”. Inoltre essa segna il definitivo superamento della concezione,

⁷⁹ Per la lettura delle motivazioni espresse dalla Cassazione francese nelle motivazioni di tutte le sentenze qui citate, v. <http://www.courdecassation.fr/>.

⁸⁰ Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *Case of X and Others vs. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, § 145: «Nelle coppie omosessuali, il partner ha il diritto di adottare i figli del proprio compagno, pena la violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani, che sanciscono la non discriminazione e il diritto alla rispetto della vita familiare». La pronuncia si fonda sulla considerazione che «il governo austriaco non è riuscito a dimostrare che la differenza di trattamento tra coppie gay ed eterosessuali è necessaria per proteggere la famiglia e gli interessi dei minori». Per quanto concerne l'incidenza della giurisprudenza CEDU sul nostro ordinamento, P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. di dir. pubb. com.*, 2012, p. 859 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007.

⁸¹ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, in *AJfam (Actualité juridique famille)*, 2010, p. 333. Di recente la Corte EDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, p. 103, ha puntualizzato che «Gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per coppie dello stesso sesso ma, nel momento in cui emanano una legge sulle unioni civili per coppie eterosessuali, non possono prevedere un'esclusione per coppie dello stesso sesso. Costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di ogni discriminazione l'assoluta impossibilità per coppie dello stesso sesso di accedere alle unioni civili anche considerando che si trovano in una situazione analoga alle coppie eterosessuali». Sui profili principali e le implicazioni della pronuncia, si vedano R. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 573 ss.; E. CRIVELLI, D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in M. CARTABIA, *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 67 ss.; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, n. 1, pp. 152-169; L. MAGI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista dir. int.*, 2011, n. 2, pp. 396-421; C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk and Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 643 ss.



talora più o meno palesemente presente in alcune precedenti pronunce, del possibile danno per il bambino derivante dall'aver due madri o due padri; da esso scaturisce una differente valutazione del "best interest of the children"⁸², quale elemento utilizzato a favore dell'accertamento della violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte del governo austriaco, la cui disciplina normativa, pur regolando la convivenza omosessuale, esclude le persone omosessuali dall'adozione "coparentale", in maniera discriminatoria rispetto alle persone non coniugate eterosessuali. Dopo la condanna della corte di Strasburgo, l'Austria revoca il divieto di adozione per le coppie omosessuali.

In Italia, in assenza di un adeguato dato normativo si contrappone una tendenza "riformista", culminata nella pronuncia del 29 agosto 2014 n. 299 del Tribunale per i minorenni di Roma⁸³, il quale ha riconosciuto l'adozione di una bambina di cinque anni da parte della compagna della madre naturale⁸⁴: questa in Spagna aveva preso parte a un programma di fecondazione eterologa per realizzare un progetto di genitorialità condivisa. È il primo caso in Italia di adozione di un figlio da parte di una coppia omosessuale,

⁸² Una "lettura comparata" del tema, sullo sfondo delle convenzioni internazionali, è offerta da M. E. QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti*, Bari 1995, Cap. I e II. Per una valutazione critica, cfr. M. FREEMAN, *The Best Interests of the Child? Is The Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, p. 360 ss.

⁸³ Cfr. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Redazione Giuffrè* 2014. Prima di tale sentenza, si discorreva più semplicemente di "possibile affidamento temporaneo" in vista di un reinserimento nella famiglia d'origine; in tal senso cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei minori e convivenza omosessuale*, in *www.giustiziacivile.com*, 16 marzo 2014, p. 1 ss., il quale osserva che «Il mosaico che viene dunque componendosi è forgiato da tasselli che depongono per una ricomprensione della convivenza *more uxorio*, sia etero che omosessuale, nell'ambito di quelle formazioni a chiara matrice affettiva al cui interno la personalità del minore può sicuramente trovare temporaneamente protezione e sviluppo in vista – é bene ribadirlo – di un reinserimento della famiglia di origine».

⁸⁴ Il Tribunale per i minorenni di Roma evidenzia che «(...) una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, una interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/83 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 cost.), fra cui la Corte costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia. [...] una lettura dell'art. 44, co. 1, lett. d) che escludesse dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Ed infatti, come chiarito dai giudici costituzionali (in particolare con le sentenze 348 e 349/2007 e 317/2009), l'art. 117, primo comma, della Costituzione opera come "rinvio mobile" alle disposizioni della CEDU – nell'interpretazione che ne dà la Corte europea dei Diritti dell'Uomo – che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" dalle norme nazionali».



ottenuta attraverso la c.d. “stepchild adoption”⁸⁵. La decisione del Tribunale per i minorenni di Roma ha una stretta assonanza con quanto stabilito, con sentenza definitiva “storica”, dalla Cassazione, che l’11 gennaio 2013 (sent. n. 601)⁸⁶ ha dato il via libera alla possibilità che i figli siano cresciuti da coppie omosessuali, quando non sia a rischio l’armonioso sviluppo del minore. La corte, in effetti, capovolge la presunzione del pregiudizio derivante al minore dall’identità di sesso delle figure genitoriali, ritenendo che esso debba essere di volta in volta verificato secondo le circostanze del caso concreto, meglio secondo le specifiche modalità nelle quali si svolge il rapporto familiare che coinvolge il minore⁸⁷.

⁸⁵ A titolo esemplificativo, *Cox v. Florida Dep’t of Health & Rehabilitative Serv.*, 656 So. 2D 902, 903 (Fla, 1995); *M.M.D. v. B.H.M.*, 662, A.2d 838, 857-861 (D.C. 1995).

⁸⁶ Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, con nota di M. M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*; in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193, con nota e richiami di G. CASABURI. Tale sentenza ha riconosciuto che la convinzione per cui sarebbe dannoso per un bambino vivere in una «famiglia incentrata su una coppia dello stesso sesso» è il prodotto di un puro pregiudizio, sprovvisto di prove scientifiche o statistiche». In senso analogo, v. Cass. civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, 7, p. 665 con nota di M. GATTUSO; in *Giur. it.*, 2012, p. 1767; in *Notariato*, 2012, p. 504, con nota di E. CALÒ e in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2183, con nota di C. SGOBBO, secondo cui seppure le coppie omosessuali in base all’attuale legislazione, non possono far valere il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio celebrato all’estero, tuttavia hanno diritto alla vita familiare e a vivere una condizione di coppia, con la possibilità, in specifiche situazioni, di beneficiare di un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate. Su questa sentenza, cfr. R. TORINO (cur.), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013. Si veda altresì Corte cost., 15 marzo 2010, n. 138, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1294., secondo cui: «È inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 108, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ., impugnati, in relazione agli artt. 2 e 117, primo comma, cost., nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. I rimettenti hanno, infatti, richiesto una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata, poiché l’art. 2 cost. non impone di pervenire ad una declaratoria d’illegittimità della normativa censurata, estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile per colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale. Sebbene nella nozione di formazione sociale di cui al menzionato parametro sia da annoverare anche l’unione omosessuale, spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, restando riservata alla corte, attraverso il controllo di ragionevolezza, la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni, per le quali può riscontrarsi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale. Quanto alla dedotta violazione dell’art. 117, primo comma, cost., vengono in rilievo, quali norme interposte, per il principio di specialità, gli artt. 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, i quali non impongono la piena equiparazione delle unioni omosessuali e delle unioni matrimoniali tra uomo e donna, poiché il rinvio alle leggi nazionali conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».

⁸⁷ In tale circostanza, la corte ha respinto il ricorso di un immigrato mussulmano: quest’ultimo aveva contestato la decisione con cui la Corte d’Appello di Brescia, nel 2011, aveva affidato in via esclusiva il figlio minore, che lui aveva avuto dalla sua ex compagna, alla donna, la quale nel frattempo aveva iniziato una relazione omosessuale con stabile



9. La disciplina sembra operare, allora, mediante il riferimento a due motivi fondamentali, che ne costituiscono le chiavi interpretative: da un lato, il profilo identitario, che privilegia la conservazione del rapporto genitore-figlio consolidatosi nel tempo, quale che sia il principio di verità – legale, biologica o sociale – che lo sorregge; dall'altro, quello che assicura la maggior tutela, rispetto agli altri pur degni di considerazione, all'interesse del figlio, in massimo grado quando questi non abbia raggiunto il pieno sviluppo della sua personalità e della sua autonomia.

L'opinione prende forza, tra l'altro, non soltanto dal dettato costituzionale, di cui agli artt. 30 e 31 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, ma anche dal quadro internazionale ed europeo in cui il sistema indagato si inserisce.

Se ci si sofferma sulla situazione europea, pur rinviando alle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti del bambino più volte richiamate, la normativa di riferimento si rinviene in primo luogo negli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, spesso citati nel corso dell'indagine.

Disposizioni che sono state riprese dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, negli artt. 7 e 9, cui si aggiungono la protezione giuridica, economica e sociale della famiglia (art. 33) e della maternità (art. 34).

La Corte di Strasburgo, nella sua attività interpretativa della CEDU, si considera garante di un ordine pubblico costituzionale europeo, basato sul riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali a ciascun cittadino degli Stati componenti l'Unione: catalogo di situazioni giuridiche essenziali alla dignità della persona e alla garanzia della personalità che deve necessariamente configurarsi come uniforme.

Tale imperativo discende infatti dalla finalità di assicurare nell'ordinamento sovranazionale la libertà di circolazione delle persone e delle situazioni che ad esse si

convivenza. Secondo l'uomo era dannoso che il minore fosse educato in un contesto omosessuale. Ma la Cassazione gli ha dato torto stabilendo che contestare tale decisione senza «certezze scientifiche o dati di esperienza», ma solo avanzando «il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» dà «per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare». Cfr. C. MAZZÙ, *L'identità come stella polare nella traversata del deserto dal non essere all'essere*, in *L'arco di Giano*, 2007, p. 33 ss., e spec. p. 34, ove si sottolinea che «[...] l'identità è divenuta oggetto della tutela, cioè un valore protetto di cui il soggetto giuridico è portatore». L'A. parla (35) di «passaggio dal piano dell'Essere a quello dell'«essere nella situazione», dell'«esserci», nella dimensione esistenziale ed irripetibile della persona che si pone in relazione con gli altri [...]» ed evidenzia (36) che «Il sistema dei rapporti contemporanei si dibatte in una contraddizione stridente: da una parte, il dinamismo delle relazioni economiche, figlie dell'apertura dei mercati e delle forme conseguenti di globalizzazione; dall'altra, la ricerca di lidi sicuri per l'approdo dell'esistenza, utilizzando lo steccato invisibile ma insuperabile delle «appartenenze», per resistere alle invasioni dei «diversi»».



ricollegano all'interno delle relazioni intessute sia con i privati che con le autorità statuali. Si tratta dunque del riconoscimento e della protezione dei diversificati "status" che possono venire man mano in considerazione, tra i quali, non da ultimi, quelli riconducibili ai rapporti familiari.

È da sottolineare, in particolare, come, alla luce della disciplina novellata nel 2012, non sia più sostenibile la tesi, avanzata sotto il vigore della precedente normativa, della preponderanza, nella filiazione matrimoniale, degli interessi di ordine pubblico riguardanti lo stato delle persone e collegati alla certezza degli *status* familiari. Come già affermavamo allora e come trova conferma, ora, nella normativa riformata, l'interesse alla certezza non può assumere posizione preminente rispetto a quelli esistenziali che entrano in gioco in tali delicatissimi rapporti e che trovano espressione, da un lato, nel concorso dei profili della verità biologica e della responsabilità nella definizione della nozione di paternità o di maternità, dall'altro nella decisiva rilevanza attribuita all'interesse del figlio a conservare lo *status* pur non conforme al vero ma che sia diventato, nel tempo, autonomo segno distintivo della propria identità personale.

La questione relativa alla nozione di *status* è una delle più antiche e controverse, ed è ben difficile darne sia pur rapidamente conto. E' opportuno tuttavia sottolineare l'accezione che si accoglie di *status*. Da tempo la nozione e in particolare quella di *status familiae* è stata sottoposta a vivace e approfondita critica, giungendo da parte di taluno a metterne in dubbio non soltanto la utilità, ma la stessa configurabilità come nozione autonoma. Certamente, se lo *status* si risolve nella nozione di «qualità» personale acquisita dal soggetto nell'uno o nell'altro settore della sua vita di relazione, esso perde sia di determinatezza che di utilità pratica. Il concetto riacquista l'una e l'altra se invece vuole significare l'individuazione della concreta posizione del soggetto nell'ambito familiare, intesa come autonomo e qualificato effetto giuridico ricollegato ad una specifica fattispecie ovvero alle circostanze obbiettive previste dalla legge.

Il rischio, d'altro canto, è di far assumere alla nozione di stato la natura di strumento idoneo al conseguimento di un fine superiore perseguito dall'ordinamento giuridico rispetto a quello dei componenti del gruppo familiare. La visione è superata e si iscrive nelle teoriche che individuavano il fondamento dello *status* nella ragione di Stato o nella ragione di famiglia, cioè nei presunti interessi superindividuali perseguiti da tali aggregati. Più volte si è dimostrato che la Costituzione italiana nell'art. 2 non consente di considerare preminente l'interesse della formazione sociale famiglia su quello della persona che ne fa parte, ma attribuisce alla famiglia, in quanto formazione sociale, lo scopo essenziale di favorire il libero ed armonico sviluppo della persona nel rispetto dei suoi diritti inviolabili. Di talché, il concetto di *status* non può divenire strumento diretto a conculcare tali diritti inviolabili in nome di un interesse superiore⁸⁸.

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, spec. p. 131 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 317 ss. Tra i numerosi scritti sulla materia, v., in particolare, P.



Emerge ancora una volta, come motivo centrale di ogni discorso sulla situazione del figlio minore, il suo interesse. Le tendenze delle legislazioni nazionali, nonché delle organizzazioni internazionali (cfr. l'art. 7 della Dichiarazione dei diritti del fanciullo dell'ONU, 20 novembre 1959 e la Dichiarazione di New York del 1989) sono tutte orientate nel senso di favorire l'attuazione di tale interesse. Quel che offre difficoltà è da un lato l'esatta individuazione di cosa si intenda per interesse del figlio minore e dall'altro la determinazione dei soggetti cui spetta il compito di prefigurarne estensione e limiti, giacché qui si avverte l'inevitabile interferenza con gli interessi di altre persone: l'eventuale conflitto o finanche il semplice coordinamento tra interessi differenti esige quantomeno l'indicazione di un criterio circa la prevalenza dell'uno o dell'altro nelle ipotesi patologiche.

È indubbio che il dato normativo si arresta alla mera enunciazione del perseguimento di tale interesse. La mancanza di una definizione legislativa non è dovuta tanto al rifiuto di fornire indicazioni in proposito quanto alla consapevole scelta di lasciare la conformazione di tale interesse alle esigenze di volta in volta manifestate dal singolo soggetto in accordo con lo svolgimento della sua personalità. Ne deriva che non è possibile pervenire ad una definizione astratta, valida per tutti i tempi e per tutti i luoghi, per ogni occasione. Sì che il criterio da seguire consiste nell'individuare in ciascuna ipotesi, secondo le circostanze ambientali in cui si trova ed agisce il minore e facendo altresì riferimento alle peculiarità di ciascuna vicenda, l'interesse che va concretamente perseguito. Tutt'al più, in linea con le valutazioni espresse dall'ordinamento giuridico, l'interesse del minore non può essere tutelato quando si identifica con l'arbitrio, con il capriccio⁸⁹.

STANZIONE, (per citare i principali in argomento) *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., *passim*; *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; *Minorità e tutela della persona umana*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, p. 758 ss.; *Dal soggetto alle persone, Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Convegno di Studio in onore del Prof. Angelo Falzea, Messina, 4-7 giugno 2002, a cura di V. Scalisi. Milano, 2004, p. 133 ss.

Analogamente, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 145 ss.; M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 197; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, *ivi*, p. 369 ss.

In generale sul tema, nella sterminata letteratura, si rinvia a P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 211.

⁸⁹ Imprescindibile è il riferimento a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., spec. p. 346 ss., che, per primo, ha descritto l'interesse del minore nella configurazione citata, diffusa ormai nella gran parte delle esperienze giuridiche. Cfr. ID., *Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Tomo II, Milano, 1994, p. 1767, ove l'A. sostiene che: "L'apprezzamento dell'interesse del minore dev'essere lasciato alla valutazione casistica delle circostanze presenti nell'ipotesi concreta, sì da individuare di volta in volta l'effettiva tensione di sviluppo. E mi sembra che sia la strada imboccata da tempo dalla giurisprudenza italiana. Aumentano quindi le perplessità nei confronti della definizione di cui all'art. 5 dis. legge e da un duplice punto di vista. Innanzitutto, l'interesse del minore fuoriesce sicuramente dall'ambito in cui l'identificazione con la sola relazione parentale vuole restringerlo. Il rilievo è tanto più fondato in quanto si consideri che è lo stesso disegno



Dall'altro punto di vista, il problema tocca i soggetti che dell'interesse devono individuare i contenuti. Qui, in linea generale, bisognerebbe sostenere che, siano i genitori nella fase fisiologica, sia il giudice, nella fase patologica, dall'osservatorio del figlio si tratta pur sempre di persone «estrane» rispetto a chi – quando abbia raggiunto i presupposti per assumere una decisione consapevole – deve operare una scelta che lo concerna direttamente nell'ambito delle situazioni strettamente personali. Ma il discorso va affrontato in una maniera più analitica. È già il legislatore – oltre che il costume sociale – a prevedere una serie di temperamenti al rigido principio in base al quale spetterebbe ai genitori la scelta anche in ordine alle situazioni esistenziali. Non ci si riferisce tanto ai noti esempi, quali quello del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e altri similari, quanto piuttosto all'articolato sistema delle “audizioni”, predisposto dal legislatore del '75 ed oggi generalizzato, con il nuovo termine di “ascolto” del minore.

Altre osservazioni riguardano il tipo di rapporto preso in considerazione ai fini della valutazione dell'interesse del figlio. Così, altro è se esso è guardato esclusivamente nei confronti dei genitori: soprattutto nel rapporto educativo bisogna assicurarne la prevalenza, tenendo altresì presente che esso è tutto proiettato verso il futuro, nel comporre le linee di un armonico sviluppo della persona. Altro è se l'interesse del figlio è calato nel più vasto campo dell'interesse della famiglia. E qui si rendono opportune talune precisazioni. Quando si discorre d'interesse della famiglia non si fa riferimento – per ormai diffusa convinzione e come si è avuto modo più volte di precisare – ad un interesse superiore, del gruppo, cui sia subordinato quello dei singoli membri della famiglia. Interesse della famiglia non è la sintesi, ma la somma degli interessi dei vari componenti, che proprio nell'armonizzazione realizzata nell'ambito della famiglia rinvengono idonee possibilità di adeguato sviluppo. Ne deriva che l'interesse del figlio va valutato e coordinato con quello di eventuali altri figli. Il che si può tradurre, sul piano operativo, anche in talune limitazioni o comunque in un contemperamento delle varie esigenze, in accordo altresì con le risorse economiche

di legge a prevedere specifici e interessanti ambiti di tutela per il minore, anche sulla scorta delle disposizioni della Convenzione di New York: si pensi all'intero titolo II, dal diritto alla salute specialmente con riferimento ai servizi socio-sanitari obbligatori, dal diritto alla formazione culturale e professionale con i richiami ai doveri delle istituzioni scolastiche, dal diritto all'educazione fisica ai rapporti con i mezzi di comunicazione, dove è contenuto (art. 13.1) un espresso riconoscimento della riservatezza del minore. E alla fin fine, la pretesa definizione in positivo dell'interesse del minore si risolve anch'essa – sia pure nei limiti appena denunciati – in una clausola generale, l'unica a consentire flessibilità e necessario adattamento ad una personalità in formazione, com'è quella del minore”. Si veda anche ID., *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997; G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, II, p. 1604 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema del diritto civile*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 80 ss. Più di recente, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 86 ss. e ivi ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza.



dell'intera famiglia. Così accade del resto, più in generale, allorché sono coinvolte nel discorso decisioni dei genitori relative a questioni di particolare importanza: come, ad esempio, la fissazione della residenza familiare.

10. Se le considerazioni fin qui svolte sono esatte, del tutto condivisibili sono le valutazioni della sentenza che si prende in esame relativamente al rifiuto di considerare “famiglia” soltanto quelle che dall'unione di persone di sesso differente vede la nascita di un figlio.

L'assunto, per la corte, violerebbe il diritto fondamentale di autodeterminarsi e di formare una famiglia così come scaturente dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 31, e 32 cost., la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale, che, tuttavia, a nostro avviso, per gli intrecci tra le fonti concorrenti nazionali e sovranazionali di rango superiore, si traducono nella stessa nozione di ordine pubblico costituzionale.

Occorre accertare, allora, se nel concorrere degli interessi e dei valori – che nell'ipotesi si fronteggiano, per il necessario bilanciamento da disegnare, nell'«equilibrio delle libertà» da costruire, vi siano principi e valori essenziali da salvaguardare che si oppongano alla riconoscibilità dello *status filiationis* così formato oppure vi siano, al contrario, soltanto delle mere «opzioni legislative», in ambiti nei quali, come quelli disciplinati dalla l. n. 40 del 2004 o dell'art. 269, comma 3, cod. civ., non vi siano «rime costituzionali obbligate».

Nel quadro normativo nazionale e internazionale, in cui l'ordinamento italiano si colloca, è ampio il novero delle possibili alternative per il legislatore, come del resto sottolinea la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, più volte ricordata.

Poiché in «questi temi eticamente sensibili» il legislatore ha il dovere di individuare, nel rispetto della dignità della persona, un «ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze»: in tal senso si pronuncia il giudice delle leggi. Ma, se ne deduce, se la discrezionalità del legislatore è così ampia, allora non esiste un vincolo costituzionale che imponga il diniego della cogenitorialità nelle unioni omosessuali.

Da qui l'enunciazione del principio di diritto secondo cui “l'atto di nascita straniero (valido, nella specie, in base ad una legge in vigore in un altro paese della UE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica riproduttiva non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla l. n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate”.

Resta l'ostacolo maggiore, quello della innegabile riprovazione del legislatore italiano, ampiamente giustificata dal fondamentale rinvio all'art. 2 cost. di tutela della dignità personale, nei riguardi della pratica della maternità surrogata.



Ma in proposito la corte, riferendosi esplicitamente, altresì, ad altre decisioni di corti supreme straniere, in un ulteriore esempio di “cross fertilization”, utilizza la stessa nozione di genitorialità che in altri studi si era tentato di tracciare e sembra condividerla.

Infatti, nel caso in esame non è rinvenibile un’ipotesi di maternità surrogata bensì un vincolo relazionale sorto all’interno di un progetto comune di vita che comprende anche la nascita di un figlio. A questo figlio le madri si legano sia per i fattori genetico e biologico sia in una prospettiva di assunzione di responsabilità genitoriale non dissimile da quella che può sgorgare da un’unione eterosessuale – ad esempio tra persone che siano assolutamente relativamente infertili – o che si addice ad un legame adottivo.

Il divieto di acquisizione degli *status* parentali nei confronti del terzo donatore qui si applica solamente a colui il quale ha fornito il gamete maschile.

Da questi legami e da questo progetto di vita scaturisce un rapporto di filiazione che non si regge soltanto sulla fonte costitutiva – in questo caso il matrimonio contratto all’estero tra le due madri -, ma anche sull’assunzione di responsabilità, sul rapporto educativo, sul legame affettivo, in un contesto in cui sono individuabili, nell’ambito dello *status filiationis* così costituito, sia il profilo della verità che quello della responsabilità.

Ne deriva l’ulteriore principio di diritto: «Il caso non costituisce una ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un’ipotesi di genitorialità realizzata all’interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna per averlo l’una partorito e l’altra trasmesso il patrimonio genetico».

11. Mentre in passato la volontà di fondare una famiglia si manifesta sistematicamente attraverso l’istituzione matrimoniale, oggi la nascita di un figlio spesso contraddistingue tale volontà di fondazione: anche sotto questo aspetto l’opposizione tra filiazione legittima e filiazione naturale ha perduto la sua funzione originaria.

La possibilità che si profili un bivio sulla strada del rapporto familiare, laddove genitorialità biologica e legale non coincidano, sembra confermata se si osserva che la qualifica di genitore biologico non comporta automaticamente l’attribuzione delle situazioni giuridiche complesse, composte di diritti e doveri, normalmente associate dall’ordinamento alla genitorialità. Parallelamente, colui che è considerato genitore, sotto un profilo legale, potrebbe non essere il genitore biologico del bambino⁹⁰.

In tale prospettiva, la ricostruzione di un diritto all’identità, correlato alla vicenda della filiazione naturale, non può non porre al centro l’interesse del figlio ad esprimere una preferenza, certo non capricciosa ma radicata su evidenze di fatto, tra diverse verità, a

⁹⁰ Cfr. E. STEINER, *op. cit.*, p. 2 ss.



favore di quella che più si avvicina alle esigenze di vita del minore. L'opzione di sancire la preminenza dell'una o dell'altra realtà sulle caratteristiche identitarie del figlio, infatti, potrebbe concorrere in maniera diversa e spesso contrastante allo sviluppo della sua personalità e il dilemma va risolto tenendo conto del concreto interesse della parte, per definizione, più vulnerabile e provvista di più deboli strumenti per far valere le proprie ragioni.

Emerge sempre più forte la consapevolezza che un nuovo attore recita il suo ruolo nella commedia familiare, ed è la famiglia ricostituita, che non concerne soltanto la nuova coppia, ma altresì, ed è il profilo più delicato, i figli dell'uno e dell'altro conviventi con il nuovo compagno del genitore, che vi sia oppur no tra di essi un vincolo matrimoniale. Il che ha due conseguenze. L'una, maggiormente evidente e nel solco della tradizione, si traduce in un approccio più consapevole alla questione della spartizione dei compiti legati alla potestà dei genitori, che inizia a scavalcare i confini fino ad allora consueti della dicotomia titolarità-esercizio. L'altra ancora latente ma che si avverte in numerosi aspetti della nuova disciplina come bisogno di regolamentazione, e non soltanto nell'ordinamento francese⁹¹, riguarda le funzioni che assume nella quotidiana convivenza con il minore il partner, coniuge o convivente, del genitore.

I sociologi allora ricorrono a un nuovo termine: quello di "genitorialità", prima nel modo attenuato di "monogenitorialità", poi perdendo per strada il prefisso "mono". La genitorialità intesa come funzione sarebbe da distinguere dal mero fatto di "essere genitore". L'una può essere ed è anche in via di diritto disgiunta dall'altra. E del resto molti esempi offre in tal senso l'ordinamento, oltre che la vita. Ma tutti riportano al profilo identitario. Si giunge così all'ultimo passo, che compie la corte ma che si era delineato nei miei precedenti studi in argomento, che lega filiazione, interesse del minore e identità.

«Profondissimo è divenuto il pozzo dell'identità e su questo troppi giuristi evitano ancora di sporgerci»⁹², essa è, perlopiù, territorio della filosofia, delle scienze sociologiche, di

⁹¹ Sul tema interessanti riferimenti e ricche indicazioni di dottrina e giurisprudenza in E. RICHARD, *Réflexions sur le domaine d'application du principe de coparentalité*, Thèse doctorale, Lille, 2009, *passim* e spec. p. 183 ss. Cfr., altresì, anche in prospettiva comparatistica, i saggi raccolti in AA. VV. *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, cit.; adde F. DELECOURT, *L'enfant dans les recompositions familiales*, Thèse doctoral, Lille, 1994. Per l'approccio sociologico, cfr. P. LEGENDRE, *Le dossier occidental de la parenté*, Fayard, 1988 nonché M. SEGALÉN, *Sociologie de la famille*, Paris, VI ed., 2008, *passim* e spec. p. 95 ss. e F. DE SINGLEY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, II ed., 2002, *passim* e spec. p. 82.

⁹² Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, p. 298. Si veda, altresì, F.D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, p. 7 ss. Per l'A., il lungo silenzio del diritto sul tema dell'identità personale che ha contraddistinto l'epoca delle grandi codificazioni, nonché buona parte del secolo passato, era dovuto essenzialmente alla scarsità di connessioni col diritto positivo. Invero, tanto il Code Napoleon che il BGB trascurano volutamente tale profilo, confinandolo nel giuridicamente irrilevante. Nel primo, il perseguimento di un diritto di tutto il popolo francese, che superasse i particolarismi forieri, fino a quel momento, di privilegi e immunità, sacrifica



quelle psicologiche, abituate a calarsi negli abissi della mente dell'uomo, a maneggiare l'incandescente materia dei sentimenti.

Di un ritorno del diritto ai sentimenti si discorre oramai da lungo tempo in dottrina, da quando per l'uomo moderno, anzi post-moderno⁹³, si delinea l'esigenza di un diritto a misura della persona, che si modelli quanto più possibile sulla realtà dei fatti, senza ignorarne la complessità costringendola in schemi forzati.

È l'ideale prosieguo del percorso che ha condotto dal soggetto alla persona, con il profilo che ne emerge dalla Costituzione del 1948, consentendo ad essa, con il proprio patrimonio identitario, di intaccare rompere innervare di sé la dura superficie dell'astrazione giuridica. La concezione soggettivistica ha ormai da tempo assolto il suo compito: affermare l'eguaglianza di ciascuno dinanzi alla legge, livellando le diversità sotto il manto della soggettività giuridica. Il punto di svolta è ben evidente nell'art. 3 cost., allorché tale norma, pur sancendo al primo comma il principio di eguaglianza formale, fa entrare la realtà dei fatti, trasportata prepotentemente nel secondo comma dalla menzione degli «ostacoli di ordine economico e sociale» che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

l'*identité* della persona in nome dell'*égalité* di tutti i *citoyens*, celati da un'unica e indistinta *volonté du peuple*. Nel secondo, allo scopo di porre fine alla frantumazione delle consuetudini locali, che avevano a lungo impedito la medesima elaborazione di un unico codice civile, il sacrificio dell'identità personale si compie in nome della realizzazione di una *Gleichheit* assolutizzata nello Stato unitario, nel quadro di un'*Allgemeiner Teil* orientata all'astrazione della *Rechtsfähigkeit*. Particolarmente significativa, in tale contesto, appare la svolta del codice civile italiano del 1942 che prevede due norme nuove, rispetto al codice del 1865: l'art. 6, che introduce il diritto al nome, inteso come qualcosa di più di un mero segno distintivo e l'art. 10 sulla tutela dell'immagine, dal contenuto innovativo, poiché svincola la riparazione di un pregiudizio all'immagine della persona dall'esistenza di un danno al suo onore o alla sua reputazione. Si tratta delle prime aperture ad una tutela dell'identità personale, che, com'è noto, si svilupperà soltanto nella seconda metà del XX secolo, sulla scia dell'elaborazione angloamericana, fino a scontrarsi con l'attuale problema della *multiple identity*.

⁹³ E. JAYME, *Pos-modernismo e direito da família*, *Boletim da Faculdade de Direito* 78, 2002, p. 213; J.J. LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de famille, post-modernité ou pré-déclin?*, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 133 ss. L'illustre giurista Paolo Grossi, nella *Lectio Doctoralis* "La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno" tenuta all'Università di Macerata il 12 giugno 2013, afferma: «Mi è capitato più volte nello stretto giro di questi ultimi anni, di usare, a proposito del Novecento giuridico, l'aggettivo "post-moderno" e di usarlo sempre con un sottostante duplice sentimento, in sé fortemente contraddittorio perché esprime allo stesso tempo un grosso disagio ma anche una ferma convinzione. Disagio per essere quell'aggettivo, almeno a una prima apparenza, privo di contenuti specifici; convinzione, per avere, pur nella sua innegabile genericità il pregio di segnalare un profilo rilevantissimo a chi vi guardi con occhi attenti al divenire e al trasformarsi di un'esperienza giuridica: che si sta lasciando cioè alle spalle un ben definito terreno storico quale mondo di ieri – appunto il moderno – e che ci si sta inoltrando in un terreno ancora non ben definito, ma altro e diverso. L'aggettivo post-moderno, insomma, applicato al Novecento giuridico, ha il pregio di puntualizzare con efficacia che in esso non prosiegue impassibile la modernità, ma che si va maturando, lentamente e progressivamente, un tempo marcato da caratteri nuovi, i quali a loro volta segnalano sommovimenti nel profondo delle stesse fondazioni socio-politico-giuridiche».



In una prospettiva in cui la persona è posta al centro del sistema, l'identità costituisce il presupposto sostanziale su cui si fonda l'idea medesima di diritto, che riposa sulla concezione dell'uomo come essere stabile e regolare, le cui caratteristiche definiscono un essere continuo e uguale a se stesso. Ciò si riflette nella prima operazione di riconoscimento che il diritto compie attribuendo alla persona un nome: l'identificazione si fonda sulla supposizione di un'identità susgiacente, un soggetto stabile e costante malgrado i cambiamenti nel corpo e le trasformazioni dello spirito.

I filosofi da sempre si interrogano sul problema dell'identità dell'uomo e continuano a farlo nonostante l'incapacità di rinvenirne la definizione, un criterio che ne individui le caratteristiche essenziali, senza più costruirla come un'entità sostanziale inscritta nell'essere, ferma e immutabile nel tempo, una sorta di una rassicurante quanto indifferenziata *memeté*.

David Hume, nel rifiutare tale impostazione, discorreva di un sentimento d'identità, definibile come l'intima convinzione dell'esistenza della propria identità, risultante da operazioni complesse grazie alle quali si attribuisce a determinati fatti e circostanze dell'esperienza proprietà di rassomiglianza, di causalità, di contiguità, che li unificano e riconducono a sistema⁹⁴. Se per Hume, tale sentimento corrisponde alla presa d'atto che l'identità non può esistere se non come illusione, nel pensiero moderno di Paul Ricoeur esso serve a fondarne una nuova concezione, che egli rinviene nel risultato della continua dialettica tra *ipse* e *idem*, vale a dire tra la percezione di sé come essere unico e la continuità del soggetto nel tempo e nello spazio⁹⁵, ricomprendendo in essa la possibilità del cambiamento. Così interpretata, la nuova concezione d'identità si iscrive in una prospettiva diacronica, definendosi come il sentimento della persona di rimanere la medesima attraverso il tempo⁹⁶.

È possibile tracciare un ideale parallelo con l'evoluzione della nozione giuridica di identità⁹⁷, affrancatasi oramai dalle teorie pubblicistiche-amministrativistiche, che la

⁹⁴ Il filosofo scozzese scrive: «For my part, when I enter most intimately into what I call *myself*, I always stumble on some particular perception or other, of heat or cold, light or shade, love or hatred, pain or pleasure. I never can catch *myself* at any time without a perception, and never can observe anything but the perception» in D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Book I, Part. IV, Section VI *Of personal identity*, ed. L. A. Selby-Bigge, 2ª ed., P. H. Nidditch, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 252.

⁹⁵ P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, II, *La configurazione del racconto di finzione*, Milano, 1987. Agli occhi dell'A. la nozione di identità deve affrancarsi dall'esclusivo riferimento alla permanenza dell'*idem*, che pur la fonda etimologicamente, per rinvenirsi nella dialettica tra il sé (*ipse*) e l'identico, nel senso dell'estremamente somigliante. La nozione di "identità narrativa" assume, pertanto, una funzione mediatrice che consente di porre in essere tale dialettica.

⁹⁶ D. GUTTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, 2000, *passim*.

⁹⁷ Sul dibattito riguardante i contenuti del diritto all'identità della persona e i suoi labili confini rispetto ad altri diritti della personalità, quali, in particolare, diritto all'immagine e diritto alla reputazione, si vedano in prospettiva generale, R. TOMMASINI, *L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*,



riconducono al mero insieme dei dati anagrafici della persona (nome, sesso, data e luogo di nascita, caratteristiche fisiche e così via)⁹⁸ e più gradualmente da quelle che la rinvergono esclusivamente nella sua corretta identificazione da parte della società⁹⁹.

Agli orientamenti fondati su un riconoscimento formale della persona si contrappone la visione individualistica, per cui si accredita rilevanza al dato interiore, alla proiezione personale di sé verso l'esterno. L'emergere di sempre più numerose istanze identitarie – legate a fattori sociali, religiosi, sessuali, tecnologici¹⁰⁰ – ha introdotto nella nozione di identità personale la tensione dialettica tra la sfera interiore della persona e le manifestazioni di essa nella sua esperienza di vita, in particolar modo, le sue relazioni sociali.

Si tratta, a ben vedere, della trasposizione in tale ambito del principio personalistico per cui l'uomo è al centro del diritto non come individuo isolato bensì come *homo situé* in un complesso di relazioni, essenziali allo sviluppo della sua personalità (art. 2 cost. it.; art. 1 II GG; art. 10.1, cost. spagn.).

in, *Il diritto all'identità personale*, a cura di G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, Padova, 1981, p. 84 ss.; AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, 1985; V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 363 ss.; M. COSTANTINO, *Oggetto e tutela dell'esclusività dell'immagine di sé*, in Id., *Rischi temuti, danni attesi, tutela privata*, Milano, 2002, p. 257 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; di recente cfr. anche N. IRTI, *Parte III. La persona e la famiglia*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. I, Milano, 2007, p. 212 ss.

⁹⁸ L'orientamento dottrinale che avvalorava il superamento della concezione "anagrafica" dell'identità personale è anticipato da Adriano De Cupis, per il quale l'identità personale costituisce un diritto soggettivo della personalità e si sostanzia nell'interesse della persona ad apparire, nell'ambito sociale, per quello che essa realmente è. La portata innovativa della sua teoria risiede nel non circoscrivere la tutela dell'identità personale ai segni distintivi attribuiti dall'ordinamento per individuare una data persona (nome, pseudonimo e così via), bensì nell'estendere siffatta tutela alle ipotesi di offesa all'identità personale che prescindono da un uso illegittimo di tali segni, come nel caso in cui si distorce la rappresentazione di una persona, omettendo elementi reali o aggiungendo elementi irreali. Si delineano, così, le due dimensioni dell'identità personale: da un lato l'interesse all'identificabilità della persona, dall'altro alla corretta rappresentazione sociale della personalità. Si vedano, in particolare, A. DE CUPIS, *La verità nel diritto*, in *Foro it.*, 1952, e in *Teoria e pratica del diritto civile*, p. 175; ID., *Tutela assoluta dell'individualità personale*, in *Foro it.*, 1955; ID., *I diritti della personalità*, Milano, 182, *passim* e spec. p. 403.

⁹⁹ Secondo siffatta impostazione, l'identità personale "costituisce una sintesi della 'storia' di ciascun soggetto che consente ai consociati di identificarlo con una persona ben precisa la cui vita passata e presente è caratterizzata da talune vicende", cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *voce Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IX, Torino, 1993, p. 294.

¹⁰⁰ Con il trasformarsi dell'*homo oeconomicus* in *homo tecnologicus* si fa avanti in dottrina l'idea di un'identità elettronica, quale modo in cui la persona si manifesta nella dimensione elettronica e dei nuovi media. Sul punto, da ultimo, N. IRTI, *op. cit.*, p. 213, che discorre di "corpo elettronico"; ma v. già in tal senso, S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Roma-Bari, 2004.



La nuova prospettiva si fonda, dunque, non più sulla mera identificazione da parte della società¹⁰¹, bensì sulla ricerca della coincidenza tra la proiezione della persona nella vita sociale, la traccia che essa lascia esteriormente ed oggettivamente e la percezione che abbia di sé, riconoscendo, in tal modo, un diritto di essere uguali a se stessi¹⁰².

Si può discorrere, pertanto, di un passaggio dall'identificazione all'identità e da questa ad un sentimento d'identità, nutrito direttamente dal desiderio di conoscere la propria discendenza¹⁰³, per cui su di esso si appunta la medesima tutela riservata ai diritti fondamentali sanciti nel patto tra consociati e posti al centro del continuo dialogo tra corti interne e sovranazionali. In tal modo, dalla *freedom from* della prima stagione delle tutela civilistica dell'identità personale si trascorre alla *freedom to* – anzi alle *freedoms to* – della nuova concezione che tanto deve alla elaborazione delle Corti costituzionali nel continuo dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: al contenuto statico e negativo della prima, si aggiunge un contenuto dinamico e positivo, comprendente un comportamento attivo del suo titolare

Criterio ispiratore è il prevalente interesse del minore, da intendere non come mera proclamazione d'intenti, bensì come principio guida effettivo individuato nel caso concreto come interesse dello specifico bambino di cui si tratta, attraverso una valutazione oggettivo-relativa del giudice. In siffatta prospettiva vanno letti gli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York, che sanciscono il diritto del figlio di conoscere, nella misura del possibile, i propri genitori (art. 7)¹⁰⁴, considerato quale presupposto necessario per la costruzione

¹⁰¹ v. M. DOGLIOTTI, *Persone e famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, tomo I, Torino, 1999, p. 99.

¹⁰² Imprescindibile è il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale italiana 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1668; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 867; in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 526; in *Giur. cost.*, 1994, p. 95, con nota di A. PACE; in *Fam. dir.*, 1994, p. 135, con nota di G. SERVELLI, *Rettifica degli atti di stato civile e mantenimento del cognome*. La Corte sancisce che l'art. 2 cost. riconosce e garantisce il diritto all'identità personale, ponendolo così tra i diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della persona umana: "Si tratta del diritto ad essere se stesso, con il relativo bagaglio di convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenzia, al tempo stesso qualificandolo, l'individuo. L'identità personale costituisce dunque un bene per sé stessa, a prescindere da, anzi proprio in forza di 'pregi e difetti' caratterizzanti evidentemente ogni soggetto: a ciascuno, è dunque, riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata, indipendentemente da qualsivoglia situazione sociale ed economica".

¹⁰³ Così, D. GUTTMANN, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁴ L'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo stabilisce che: «il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide».



dell'identità personale (art. 8)¹⁰⁵, nonché l'art. 30 della Convenzione dell'Aja¹⁰⁶, che prevede l'obbligo per gli Stati firmatari di «conservare con cura le informazioni in loro possesso sull'origine del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre e i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia e, dall'altro, quello di assicurare l'accesso del minore o del suo rappresentante legale a tali informazioni, nella misura in cui sia consentito dalle leggi dello Stato»¹⁰⁷.

La Corte di Strasburgo ha contribuito a delineare il contenuto del diritto di conoscere le proprie origini a partire dal caso *Gaskin c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, che puntualmente richiama anche la pronuncia in esame, in cui discorre di un “interesse primordiale” della persona a ricevere le informazioni necessarie a conoscere e a comprendere la propria infanzia e i propri anni di formazione, quale manifestazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU)¹⁰⁸.

La riconduzione della questione nell'alveo dell'art. 8 CEDU apre la strada alle pronunce successive in cui la Corte continua a plasmare la nozione di vita privata e familiare, ampliandone la portata fino a ricomprendere nel concetto di vita familiare non soltanto le relazioni derivanti dal matrimonio, ma anche il legame di fatto, fondato sulla costanza di vita e sull'affetto posti alla base del rapporto¹⁰⁹ e ad includere in quello di vita privata l'integrità fisica e psicologica di un individuo, gli aspetti dell'identità fisica e sociale e, in certa misura, il diritto di stringere relazioni con i suoi simili, ricollegandosi idealmente all'art. 8 della Convenzione di New York che ricomprende nella nozione di identità le relazioni familiari del fanciullo.

¹⁰⁵ La norma dell'art. 8 Convenzione di New York prevede che: «gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile». È significativo che la norma riconduca alla nozione di identità personale del fanciullo, oltre alla nazionalità e al nome, le relazioni familiari che a lui fanno capo.

¹⁰⁶ La Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale è firmata a L'Aja il 29 maggio 1993 ed è ratificata in Italia con l. 31 dicembre 1998, n. 476.

¹⁰⁷ In argomento, P. VERDIER-M. DUBOC, *Retrouver ses origines, L'accès au dossier des enfants abandonnés*, 2ème ed., Paris, 2002, *passim*.

¹⁰⁸ Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 488. La Corte ha seguito la linea della Commissione che aveva sostenuto che: «il rispetto della vita privata impone di permettere a ciascuno di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano e che vietare a priori e senza giustificazioni l'accesso a tali informazioni costituisce una violazione dell'art. 8 della Convenzione». Sull'*arrêt* in parola, v. F. NICOLAS-MAGUIN, *L'enfant et les sortilèges: réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines*, in *Dalloz*, 1995, p. 75 ss.

¹⁰⁹ Sia consentito il rinvio alla giurisprudenza citata in M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”*, in *Fam. e dir.*, n. 2, 2012, p. 201 ss. Si veda, altresì, M.G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, in questa Rivista.



Al centro del nuovo sistema delineato dalle riforme in materia familiare, come si è visto, si pone ora la filiazione con il suo triplice carattere: la funzione generatrice, che inserisce il figlio in una linea di sangue; la funzione “istituzionale”, che lo individua come appartenente a quella determinata famiglia e gli conferisce i segni distintivi ad essa relativi; la funzione genitoriale, per cui ai genitori è attribuito un complesso di diritti e doveri nei confronti del figlio. I profondi mutamenti della prima stagione di riforme non erano giunti, però, a scuotere dalle fondamenta il diritto della filiazione come è accaduto negli ultimi due decenni con l'avvento del progresso scientifico che ha permesso all'uomo di padroneggiare la procreazione attraverso svariate tecniche, per cui ci si chiede se giungerà a porre in discussione anche uno dei caratteri fondamentali dell'istituto giuridico della filiazione: l'unicità del vincolo che lega il figlio ai propri genitori, tanto che già in dottrina si inizia a discorrere di “multigenitorialità”, mutuando ancora una volta un nuovo termine dal linguaggio dei sociologi.

Se è vero che le elencate funzioni della filiazione possono essere distribuite tra più persone – è il caso della filiazione adottiva, di quella ottenuta attraverso tecniche di fecondazione eterologa, delle famiglie ricomposte ove il nuovo compagno della madre o del padre svolge di fatto le funzioni di genitore –, è necessario tenere ben distinti i piani su cui esse si svolgono: quello delle origini, legato alla ricerca dell'identità; quello della filiazione in senso stretto, legato alla costituzione di un vincolo giuridico nascente dal fatto biologico della procreazione ovvero dal consenso prestato all'adozione o alla procreazione assistita; infine, quello della genitorialità, legato alla responsabilità di chi si assume il dovere di crescere ed educare un figlio da “genitore”, attraverso lo svolgimento delle funzioni genitoriali.

La filiazione si presenta allora come realtà complessa, impossibile da costringere nelle sole dimensioni biologica e legale; esistono invece molteplici dimensioni di verità, legate all'affetto, al *tractatus*, allo scorrere del tempo, in altre parole al rapporto che si svolge tra genitore e figlio.

Se a partire dagli anni settanta, la scelta compiuta dagli ordinamenti di non imporre più il modello tradizionale di famiglia, incentrato sul matrimonio, a più di quarant'anni da quelle riforme, in un contesto sociale e culturale profondamente mutato, la frantumazione ormai compiuta di quell'unico modello in una miriade di realtà familiari genera istanze di certezza e stabilità. La famiglia è divenuta incerta¹¹⁰: filiazione e genitorialità acquistano un ruolo preponderante, con la funzione essenziale di inserire un bambino in una data famiglia, vale a dire in una struttura stabile e coerente nello svolgersi del tempo, in grado di assicurare il suo futuro¹¹¹.

¹¹⁰ L'espressione è di L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, *passim* e spec. p. 12 ss.

¹¹¹ C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français – Étude critique*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2009, *passim*.



Nel panorama attuale che vede accentrarsi il modello della famiglia incerta – non più stabile – e per conseguenza della “famiglia ricostituita”, il perno attorno al quale si svolge il rapporto genitori-figli e cui si ancora la perennità della “genitorialità” è per l'appunto l'effettività del rapporto e dunque la conservazione in termini di “cogenitorialità”.

A tale principio si aggiunge l'altro, altrettanto basilare e che informa di sé l'intera disciplina sulla condizione giuridica del minore, che accentua e sovraordina l'interesse del figlio, specie se minore, a tutti gli altri interessi che si confrontano in tema di accertamento dello *status*. Infatti, se il figlio è minore, massima garanzia richiede la sua personalità in formazione anche sotto il profilo identitario e l'assenza di pregiudizi alla sua persona; se il figlio è maggiore di età, entra in campo la tutela della sua personalità ancora una volta sotto il profilo identitario. Rilievo essenziale assume il fatto che si sia consolidato nel tempo un rapporto genitore-figlio, basato sull'*affectio* e sull'assunzione di responsabilità genitoriale, cui non è possibile sottrarsi se non con i limiti e il rispetto dei presupposti rigidi stabiliti dalle stesse normative, delle quale peraltro quei principi si prospettano altresì come criteri interpretativi.

La disciplina sembra operare, allora, mediante il riferimento a due motivi fondamentali, che ne costituiscono le chiavi interpretative: da un lato il profilo identitario, che privilegia la conservazione del rapporto genitore-figlio consolidatosi nel tempo, quale che sia il principio di verità – legale, biologica o sociale – che lo sorregge; dall'altro quello che assicura la maggior tutela, rispetto agli altri pur degni di considerazione, all'interesse del figlio, in massimo grado quando questi non abbia raggiunto il pieno sviluppo della sua personalità e della sua autonomia.

L'opinione prende forza, tra l'altro, non soltanto dal dettato costituzionale, di cui agli artt. 30 e 31 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, ma anche dal quadro internazionale ed europeo in cui il sistema indagato si inserisce.

Se ci si sofferma sulla situazione europea, pur rinviando alle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti del bambino più volte richiamate, la normativa di riferimento si rinviene in primo luogo negli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, più volte richiamati nel corso dell'indagine.

Disposizioni che sono state riprese dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, negli artt. 7 e 9, cui si aggiungono la protezione giuridica, economica e sociale della famiglia (art. 33) e della maternità (art. 34).

La Corte di Strasburgo, nella sua attività interpretativa della CEDU, si considera garante di un ordine pubblico costituzionale europeo, basato sul riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali a ciascun cittadino degli Stati componenti l'Unione,



catalogo di situazioni giuridiche essenziali alla dignità della persona e alla garanzia della personalità che deve necessariamente configurarsi come uniforme¹¹².

Tale imperativo discende infatti dalla finalità di assicurare nell'ordinamento sovranazionale la libertà di circolazione delle persone e delle situazioni che ad esse si ricollegano all'interno delle relazioni intessute sia con i privati che con le autorità statuali. Si tratta dunque del riconoscimento e della protezione dei diversificati "status" che possono venire man mano in considerazione, tra i quali, non da ultimi, quelli riconducibili ai rapporti familiari.

È ben noto, infatti, il processo attraverso il quale la libertà di circolazione diventa la base per riconoscere la titolarità di situazioni soggettive di natura non esclusivamente patrimoniale, come per l'appunto i diritti fondamentali esistenziali e sociali¹¹³. Questi, in virtù dell'art. 6 Trattato UE, diventano obiettivi finalizzati al processo d'integrazione europea e, in quanto tali, mediante l'interpretazione conforme e quella teologica, incidono necessariamente sui rapporti giuridici anche quando questi ultimi non siano di esclusiva competenza delle Istituzioni e degli organismi sovranazionali¹¹⁴.

Non sorprende, pertanto, che i rapporti familiari, più di altri espressione della persona e della personalità, e che la persona accompagnano nello spazio giuridico europeo, siano oggetto peculiare dei fenomeni descritti.

Si afferma da tempo come conseguenza del processo d'integrazione europea, l'individuazione di alcuni principi di diritto familiare sovranazionale, destinati dunque ad armonizzare le normative – e l'applicazione delle medesime da parte degli operatori del diritto, nei Paesi che fanno parte dell'Unione¹¹⁵.

¹¹² In tal senso anche R. CIPPITANI, *Riforma dello status e fonti comunitarie*, in AA.VV., *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 119 ss. e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹¹³ Da tempo – ancor prima dell'approvazione della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona –, la Corte di giustizia europea proclama l'appartenenza all'ordinamento comunitario dei diritti fondamentali: CGCE, 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, in Racc. 1969, p. 419. Successivamente precisa che tra i principi generali del diritto comunitario sono compresi i diritti fondamentali della persona anche se non previsti esplicitamente nei Trattati, ma in quanto sanciti dalle Costituzioni degli Stati dell'Unione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo da questi sottoscritta. Il punto è pacifico in dottrina: per tutti, V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia, 2010, *passim*.

¹¹⁴ Per ulteriori argomentazioni cfr. R. CIPPITANI, *op. cit.*, p. 122 ss.

¹¹⁵ È d'obbligo, in proposito, il rinvio a E. JAYME, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *FamRZ*, 1981, p. 221 ss. Sembra deviare in qualche modo dalla tradizione continentale il diritto inglese, ancora gravato dalle pesanti discriminazioni in pregiudizio dei figli nati al di fuori del matrimonio. Infatti, l'irrelevanza giuridica dei figli non matrimoniali venne attenuata soltanto agli inizi del ventesimo secolo, quando si riconobbe l'esistenza di un legame giuridico tra la madre e il figlio naturale, tenendo il padre indenne da ogni conseguenza. Soltanto con il *Family Law Reform Act* del 1969 si consente ai figli naturali di succedere ai propri genitori. La parificazione avviene con il *Family Law Reform Act* del 1987 e il *Children Act* del 1989, ma con una singolare soluzione. Si proibisce al legislatore ogni riferimento alla nascita nel matrimonio oppure



Il primo di tali principi si può configurare nel senso della necessità di operare per il riconoscimento giuridico dei rapporti familiari “nella sostanza”, ovvero indipendentemente dalla loro qualificazione formale da parte dello Stato di appartenenza: in tal senso vengono letti ed operano l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e l’art. 8 CEDU.

Ancora più rilevante è l’aggancio compiuto dalla Corte EDU tra l’esistenza del rapporto genitore-figlio anche soltanto sul piano dell’effettività – in difetto del relativo riconoscimento formale – e il principio altrettanto fondamentale, anche sul piano sovranazionale della garanzia dell’interesse del minore, in un’epoca che non si esita a definire come quella del “diritto paidocentrico”¹¹⁶: questa volta è il giudice del Lussemburgo¹¹⁷ a sancire che l’obbligo del rispetto della vita privata e familiare dev’essere costruito intorno alla garanzia dell’interesse del minore, che diventa il fulcro dell’ordine giuridico comunitario ben oltre l’ambito delle relazioni familiari, ai sensi dell’art. 24, § 2, della Carta dei diritti fondamentali.

Sulla base dell’interesse del minore, la giurisprudenza della Corte EDU impone di abbandonare la classica dicotomia *favor veritatis-favor legitimatis*, che non può continuare a dominare la fase costitutiva del rapporto di filiazione né tantomeno la vicenda estintiva.

Se da un lato la Corte, fin dal caso Marckx, in base al principio di non discriminazione, condanna e continua nel tempo a condannare le legislazioni nazionali che fanno dipendere da un atto discrezionale di riconoscimento la costituzione del vincolo giuridico tra madre e figlio – accomunando nella condanna Francia e Italia –, dall’altro afferma che il rispetto della vita familiare, nella sua concezione sostanziale, comporta la prevalenza della filiazione in senso biologico o in senso sociale su ogni forma di presunzione¹¹⁸.

no, ma non si equiparano le posizioni dei genitori rispetto ai figli comuni. Infatti, se non vi è matrimonio, soltanto la madre acquisisce immediatamente la *parental responsibility* in conseguenza della nascita, mentre il padre la ottiene soltanto se fa espressa richiesta di essere menzionato nell’atto di nascita, oppure se stipula con la madre una convenzione che distribuisce tra i genitori poteri e obblighi o ancora, in caso d’impossibilità di un accordo, rivolgendosi al giudice perché sia lui a dirimere il conflitto in nome del best interest del figlio. Rimane dunque una sensibile differenziazione di tutela tra figli matrimoniali e non matrimoniali: cfr., in materia, G. BILÒ, *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell’ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 204, p. 831 ss., nonché G. GIAIMO, *The status of the child nell’ordinamento giuridico inglese: brevi raffronti comparatistici*, in AA. VV., *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 181 ss.

¹¹⁶ L’espressione, famosissima e assai citata, è di J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 1980, p. 370.

¹¹⁷ CGCE, 27 giugno 2006, C-540/03, Parlamento/Consiglio, in Racc. 2006, p. I-5769, punto 58.

¹¹⁸ Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi, cit.



Pertanto, come logica conseguenza, nel caso *Chavdarov v. Bulgaria*¹¹⁹ si riconosce al padre biologico il diritto di costituire relazioni genitoriali basate sull'*affectio* e l'assunzione di responsabilità attraverso l'affidamento, anche quando non sia possibile contestare la paternità legale.

Al contrario, la mancata convivenza e l'assenza di relazioni affettive protratte nel tempo non consentono di ricorrere all'art. 8 CEDU. In ogni caso, pur non avendo rilievo come *status*, il rapporto di filiazione di sangue è fondamento per la garanzia del diritto di conoscere le proprie origini, pur bilanciato con quello opposto dell'anonimato di chi procrea, eventualmente riconosciuto dalla legislazione nazionale.

In altre parole, il criterio primario che scaturisce dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia è quello secondo cui nel nome dell'interesse del minore e sulla base dell'assunzione di responsabilità genitoriale, la dimensione sociale e affettiva della filiazione riceve garanzia non soltanto rispetto alla dimensione legale, ma anche nei confronti della stessa verità biologica.

12. In questo quadro argomentativo si inserisce l'affermazione della corte secondo cui anche il figlio nato da due madri va tutelato nel suo diritto a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito e garantito in quello altrettanto essenziale alla continuità dei rapporti affettivi.

Afferma decisamente che l'art. 31 cost. non esclude alcun modello di cogenitorialità.

Rinvia argomenti fondati sul forte legame tra identità genetica, biologica e identità personale, garantita sul piano interno e internazionale dal riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini sia nei confronti dell'adottato sia, in alcune esperienze nei confronti del nato da procreazione eterologa.

¹¹⁹ Corte EDU, 21 dicembre 2010, ricorso n. 35159/09: la decisione concerne il caso di un cittadino bulgaro, cui era stato negato il diritto di ottenere il riconoscimento della paternità nei confronti di tre minori nati dalla sua relazione con una donna sposata durante il periodo in cui i due convivevano. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha preliminarmente evidenziato come gli Stati membri godano di un certo margine di apprezzamento nel disciplinare la filiazione, area assai delicata e complessa poiché coinvolgente gli interessi di genitori, figli e parenti, nonché questioni di carattere morale, etico, sociale e religioso. Con particolare riferimento poi alla legittimazione del padre biologico ad agire contro la presunzione di paternità del marito, invocato dal ricorrente, la Corte continua a ritenere che qui vi sia spazio per la discrezionalità del legislatore statale, poiché come manca tuttora un consenso sulla questione tra gli Stati firmatari della convenzione. La Corte, pertanto, ritiene non contrastante con l'art. 8 CEDU, la legislazione bulgara nella parte in cui non consente al padre naturale di promuovere alcuna azione di disconoscimento di paternità, ma per altro verso riconosce che essa è da considerarsi confacente al superiore interesse del minore e dunque tale da imporre l'affidamento dei minori al padre naturale con il quale si sono instaurati legami familiari basati sull'*affectio* e sulla responsabilità genitoriale.



Respinge, sulla base delle decisioni dianzi citate, l'assunto secondo cui un grave *vulnus* per il minore deriverebbe dall'essere accolto, curato ed educato in una famiglia omosessuale che si configuri come formazione sociale meritevole di tutela nella quale i suoi componenti svolgano la propria personalità nel rispetto della dignità personale, della democraticità e dei vincoli di solidarietà familiare.

Il superiore interesse del minore che deve guidare ogni decisione che lo concerna si sostanzia nel caso in esame nella conservazione dello *status* riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea.

Il diritto alla continuità di tale *status*, afferma il giudice supremo, è conseguenza immediata del *favor filiationis* ed è implicitamente sancito dall'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York, laddove si discorre di «diritto del fanciullo a preservare la propria identità...».

Ricorda come per la Corte EDU, così come emerge dalle numerose sentenze dianzi citate, vi sia stretta relazione tra il diritto alla vita privata e quello all'identità anche e soprattutto del minore, poiché la filiazione «è elemento essenziale dell'identità delle persone», come lo è il diritto alla conservazione del cognome nonché alla nazionalità.

Che anzi grave pregiudizio deriverebbe proprio dalla situazione di "incertezza giuridica"¹²⁰ in cui lo costringerebbe il mancato riconoscimento della cittadinanza italiana e dei diritti e obblighi ad essa correlati.

Nel contesto più generale, dal quale si son prese le mosse nel presente studio, risulta confermato che la normativa e l'esperienza giurisprudenziale concorrono a delineare un sistema armonico e soprattutto teso a fornire una soluzione adeguata ai rilevanti problemi dell'ora presente.

¹²⁰ E si richiama in proposito la decisione della Corte EDU, *Mennesson c. France*, 26 giugno 2014, cit.