



LE UNIONI CIVILI: TRA LA FAMIGLIA “TRADIZIONALE” E NUOVI “MODELLI” DI COMUNIONE FAMILIARE.

FRANCESCA CARIMINI

SOMMARIO: 1. La l. l. 20 maggio 2016, n. 76 e la attuale conformazione della “famiglia”. – 2. Le novità introdotte dal testo legislativo. – 3. Spunti di riflessione sulla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà ed il divieto di adozione.

1. – Le unioni omoaffettive hanno ottenuto un riconoscimento formale, com’è noto, con la l. 20 maggio 2016, n. 76¹. Il tentativo di individuazione della *ratio* della disciplina di riferimento non può prescindere da talune premesse.

¹ Dopo le infruttuose iniziative legislative degli anni passati, la circostanza che, nel corso degli ultimi mesi, si sia concretizzata la possibilità di addivenire al varo di un provvedimento normativo, sfociata nell’emanazione della l. n. 76 del 2016, rappresenta certamente un elemento sintomatico dell’intervenuta maturazione di un significativo livello di condivisione in merito all’opportunità di una regolamentazione dei molteplici interessi scaturenti dalla convivenza *more uxorio* (per un primo commento al disegno di legge (c.d. “ddl Cirinnà”) da cui ha preso le mosse l’iter che ha condotto all’approvazione della L. n. 76/2016, v. F. ROMEO e C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 971 ss.; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto”*: appunti e proposte sui lavori in corso, *ivi*, 2015, p. 1014 ss.; M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, I, p. 1 ss. Cfr., anche, E. GIUSTI e F. VETTORI, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia*, articolo pubblicato in data 22 gennaio 2016, in *www.giustiziacivile.it*; G. BONILINI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, *Trattato di diritto di famiglia*, V, Torino, 2017, *passim*; M.C. BIANCA, *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, Torino, 2017, *passim*; N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 39 ss.; A. DI FEDE, *La legge 20 maggio 2016, n. 76: tra lacune di disciplina e problematiche esegetiche*, *ivi*, p. 201 ss. A questo proposito è infatti opportuno dare adeguato risalto ad una notazione di carattere metodologico: il diritto non può perseguire, in un contesto come quello delle relazioni affettive, obiettivi di carattere promozionale, come invece può - e, a volte, deve - fare in campo economico, ove l’intervento legislativo è sovente funzionale rispetto all’innescio di comportamenti virtuosi. Ogniquale volta si tratti di legiferare con riguardo a materie aventi forti ricadute nell’ambito di plurime sfere quali, tra le altre, quella etica e quella morale, si rende necessario procedere secondo interessi e scelte condivise: l’adesione a livello generale - pur nella consapevolezza della forte disarticolazione e complessità che caratterizzano la realtà sociale - è, dunque, fondamentale, in guisa che non sembra possibile fondare interventi legislativi, volti ad incidere su materie così rilevanti, sulla mera volontà di assecondare istanze di singoli “gruppi”, portatori di interessi che risultino essere espressione del tutto parziale di quanto percepito e condiviso a livello sociale.



La prima, di tutta evidenza, riguarda il più volte ribadito superamento del modello familiare tradizionale; superamento individuabile sotto un duplice profilo. La famiglia quale organo portatore di interessi superiori a quello dei suoi membri, poiché in contrasto con i principi di libertà e democrazia che ispirano il vigente ordinamento, ha lasciato il posto ad una comunità familiare, nel cui ambito lo svolgimento dei rapporti non può che avvenire nel rispetto delle libertà fondamentali al fine di consentire lo sviluppo della personalità di ogni singolo individuo. Questo il primo profilo. L'altro è quello del passaggio da un modello familiare di tipo esteso, ormai risalente, caratterizzato dalla convivenza di più generazioni di figli sottoposti all'autorità del capostipite – il *pater familias* – a quello di tipo nucleare composto dai coniugi e dai loro figli, fino poi ad arrivare ad una pluralità di “tipi”, i quali, ci offrono il panorama reale nel cui ambito la famiglia si trova a vivere nel tempo attuale. Modelli familiari dunque che si sono succeduti nel tempo, diversificati ed espressi dai diversi contesti sociali e nei diversi momenti storici.

La seconda volge lo sguardo al panorama sovranazionale, nel quale ormai da tempo è stato possibile constatare la suddetta diversificazione del modello familiare tradizionale a favore di nuove tipologie di rapporti. Lo scenario normativo mostra numerose ed eterogenee esperienze di riconoscimento, le quali si traducono in differenti modelli normativi. Con riguardo ai quali è possibile constatare due diverse opzioni da parte dei legislatori europei. Alla scelta di quanti hanno adottato una parificazione assoluta tra il modello coniugale tipico e le unioni omoaffettive, estendendo a queste ultime l'istituto del matrimonio (c.d. matrimonio egualitario) si rinvia quella di coloro che, diversamente, hanno preferito introdurre fattispecie analoghe, pur tuttavia formalmente distinte. Il legislatore, in questa ultima ipotesi, ha comunque garantito il diritto di ottenere un riconoscimento solenne e formale all'unione e, ad un tempo, l'acquisizione di uno *status* analogo a quello coniugale.

Non v'è dubbio che un siffatto contesto normativo così consistente e diversificato a livello europeo rende, naturalmente, ancora più stigmatizzabile il comportamento (sino a poco fa inerte) adottato per contro dal legislatore italiano. Nei riguardi del quale si è ripetutamente sollecitato l'adempimento di un preciso obbligo costituzionale sia a livello interno sia a livello europeo². È in questo complesso ed articolato quadro che si colloca la disciplina sulle unioni civili, la quale mostra non

² V., al riguardo, a tale proposito le sollecitazioni della Corte costituzionale (rispettivamente con sentenze n. 138 del 2010, e n. 170 del 2014) che hanno esortato il Parlamento a garantire a coppie dello stesso sesso il riconoscimento e la formalizzazione dell'unione. Non di meno la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per l'inadempimento dell'obbligazione positiva di riconoscere uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali. Ad un tempo, vale sottolineare che il legislatore italiano non era tuttavia costituzionalmente obbligato all'introduzione del c.d. matrimonio egualitario; circostanza questa ribadita sia dalla Corte costituzionale sia pure dalla Corte Edu.



poche fragilità dovute (in parte) alla necessità impellente di trovare un compromesso politico adeguato, che ne consentisse l'approvazione.

Va chiarito *in primis* che la disciplina sulle unioni civili, ossia sulle relazioni omoaffettive, è stata congedata a séguito di un *iter* parlamentare travagliato nonché di un acceso scontro politico, che ha condotto entrambe le Camere ad aggirare la discussione sul merito del testo normativo per giungere alla definitiva approvazione mediante l'uso del voto di fiducia.

È obiettiva la difficoltà di commentare il testo normativo licenziato con la l. n. 76. E ciò per più di una ragione. La prima va, indubbiamente, ricercata nell'assenza di pronunce giurisprudenziali alla quale si contrappone un consistente interessamento da parte della dottrina. *In secundis* va posto in rilievo il naturale e fisiologico periodo di assestamento, che comunque segue sempre all'approvazione di una legge. Da ultimo, la prudenza che è suggerita in ragione della delicatezza della materia coinvolte.

L'avvenuto superamento del modello familiare tradizionale è testimoniato da una frantumazione della categoria dogmatica di riferimento. Sì che, come è stato evidenziato, volendo metaforicamente indicare tale frammentazione, la famiglia si trasforma da isola in arcipelago. Molteplicità, pertanto, di situazioni interpersonali, aprioristicamente indefinibili, soggette a continue e plurime modificazioni. Famiglie non fondate sul matrimonio, famiglie monoparentali, famiglie allargate e ricomposte, unioni omosessuali, famiglie adottive, famiglie affidatarie e molte altre ancora³.

2. – Volendo, seppur sinteticamente, volgere l'attenzione al testo legislativo, la legge – costituita da una confusa sequenza di 69 commi in un unico articolo – titolata *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, trae origine da esigenze diverse, perché nella realtà sociale la richiesta di una disciplina della famiglia di fatto proveniva soprattutto da chi non aveva a disposizione uno strumento alternativo per regolare il proprio rapporto, cioè le coppie omosessuali. Di qui la necessità: da un lato di riconoscere a queste ultime il diritto di contrarre matrimonio oppure di introdurre un istituto, l'unione civile, appunto, che consentisse quella regolamentazione; dall'altro di dettare una disciplina meno incisiva sulla

³ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 529, il quale, all'inizio del nuovo millennio, richiamando la celebre immagine di Jemolo della famiglia quale isola che il mare del diritto può solo lambire, evocava la figura dell'arcipelago, caratterizzata da una grande isola e da piccole isole rappresentate dai rapporti parafamiliari; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1105 ss., spec. pp. 1115 e 1116, ove, alla luce del costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negozialità e al sistema della responsabilità civile, si rileva come l'arcipelago sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terraferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridicizzazione delle relazioni familiari. Lo stesso Busnelli, a distanza di una decina di anni (F.D. BUSNELLI e M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 768 ss.) è giunto a proporre l'immagine, sulla base dell'osservazione del quadro legislativo europeo nel frattempo venutosi a creare, di una di una famiglia in frantumi.



convivenza aperta a tutte le coppie allo scopo di non violare la libera scelta dell'individuo di organizzare la propria vita.

Uniformemente al corpo normativo relativo al matrimonio, non v'è traccia, nella legge, di una disposizione che possa offrire una definizione dell'unione civile, la quale, peraltro, può qualificarsi «relazione ufficializzata di natura affettiva, intercorrente tra due persone dello stesso sesso, che si estrinseca in una convivenza, connotata da un comune progetto di vita e dalla assistenza reciproca materiale e morale».

Le unioni civili condividono con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quanto riguarda il momento costitutivo (c.d. profilo dell'atto), sia per ciò che concerne la relazione interpersonale (profilo del rapporto).

Di particolare rilievo il comma 20, il quale sancisce l'applicabilità all'unione civile di tutte le disposizioni (escluse quelle relative all'adozione) che si riferiscono al matrimonio o che contengano la parola "coniuge". Mentre, con riguardo al codice civile, soltanto le norme espressamente richiamate.

Una prima osservazione è che nella legge non compare mai il sostantivo "famiglia" se non sporadicamente (ad esempio al comma 12, a norma del quale le parti concordano l'indirizzo della vita "familiare"); semmai il legislatore ha preferito parlare di "bisogni comuni". L'impressione a detta di molti è quella che la legge ha voluto compiacere quanti vorrebbero il termine "famiglia" riferito esclusivamente a quella fondata sul matrimonio. In senso contrario, tuttavia, si potrebbe rilevare che il legislatore interno ed europeo fa nel tempo attuale riferimento ad una pluralità di modelli familiari entro i quali trovano agevole collocazione anche le unioni civili.

L'unione civile come atto, nella sostanza, diverge in modo relativamente limitato rispetto al matrimonio; ed è anche singolare che la legge non preveda il contenuto della dichiarazione da rendere all'ufficiale di stato civile. Le differenze più rilevanti riguardano la mancanza di un istituto analogo alla promessa di matrimonio, e l'assenza delle pubblicazioni; inoltre è assente una disposizione normativa analoga all'art. 112 cod. civ. che consenta il rifiuto del pubblico ufficiale in difetto dei presupposti di legge, con possibile dubbio di legittimità costituzionale. Analogo al matrimonio è altresì il regime di invalidità, con l'unica diversità del mancato richiamo, in tema di errore, all'art. 122, n. 1, cod. civ., che considera essenziale anche quello sull'esistenza di una anomalia o deviazione sessuale. Questo ultimo rilievo suscita più di una perplessità con riguardo allo spirito della legge. Certo è che una simile scelta deve indurre a riflettere sul punto e ad interrogarsi sulla *ratio* della normativa, la quale, a detta di molti, è soltanto un "contentino" nei confronti di una esigenza alla quale non si poteva più negare udienza ed ingresso nel sistema normativo.

3. – Particolare rilievo e precisa attualità le opzioni del legislatore relative, da un lato, alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà, e, dall'altro, al divieto di adozione.



Con riferimento alla prima questione, l'obbligo di fedeltà, appunto, è stato eliminato dalla disciplina delle unioni omosessuali uno dei doveri che, a detta di molti, fondano il nucleo essenziale del legame affettivo; quello tradizionalmente più percepito e, non a caso, più sollecitato in sede di pronuncia di addebito. Secondo alcuni si è operata una sorta di “desessualizzazione” della relazione omosessuale (la quale sta a sottintendere una implicita valutazione di promiscuità) e di qui, conseguentemente, una gerarchia tra legami affettivi che non trova alcun riscontro giuridico nei principi fondamentali⁴.

⁴ Per dirla in altri termini una mera e (assai) discutibile opzione ideologica. Il maxiemendamento, dunque, approvato dal Senato in data 25 febbraio 2016 ha operato lo stralcio dell'obbligo di fedeltà : ciò non è senza conseguenze. Nell'attuale contesto socio-familiare è in corso da tempo una evoluzione della giurisprudenza in materia di divorzio, in base alla quale la fedeltà nel matrimonio non è più intesa in senso esclusivamente sessuale, ma come l'obbligo più complesso di non violare la fiducia del partner, dovendosi preliminarmente valutare se il rapporto a due non si fosse già, prima dell'infedeltà sessuale, esaurito o svuotato di contenuti. Il legislatore, sottacendo dell'obbligo di fedeltà tra i partner dell'unione, è intervenuto nel cuore dell'*affectio* e del rapporto solidale che è alla base della comunione di vita in cui si incarna ogni autentico rapporto di coppia, adombrando ancora il tentativo infruttuoso di confinarne - quantomeno *prima facie* - la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale. Quel che risalta con più evidenza è il significato simbolico dell'omissione, operata nell'apparente non consapevolezza delle pronunce della Suprema Corte che hanno ribadito come l'obbligo di fedeltà sia volto a garantire la comunione di vita tra i coniugi, mentre la sua violazione è prova della rottura dell'irripetibile rapporto di fiducia tra i coniugi e del deterioramento dell'accordo e della stima reciproca e come tale obbligo costituisca un “impegno globale di devozione” e la base della “comunione spirituale”. I doveri enunciati dall'art. 143 cod. civ., come riformato dalla novella del 1975, sembrano essere il portato del generale impegno alla reciproca solidarietà ed espressione della comunione affettiva, spirituale, materiale su cui si fonda lo stesso vincolo. Come ha affermato Corte di merito, eliminando l'obbligo di fedeltà il modello di vita in comune ‘semplicemente non è riconoscibile come famiglia’, mentre la Cassazione successivamente adita dal coniuge tradito confermava la primazia da attribuirsi all'unione spirituale che esclude gli episodi di adulterio. Infranto il vincolo di fedeltà, secondo taluno, viene a nullificarsi l'intero complesso dei doveri di cui all'art. 143 cod. civ. che costituiscono l'essenza stessa del matrimonio e di qualsiasi stabile rapporto di coppia. Dunque l'aver escluso tale obbligo si porrebbe quale *contradictio in terminis* riguardo all'intero provvedimento istitutivo dell'unione civile, che tra l'altro contiene l'espressa previsione del dovere morale che vincola i componenti e, per quanto sopra accennato, si profila incostituzionale. Talché, in ipotesi di azione risarcitoria per illecito endofamiliare - posto che non è previsto dalla l. 76 l'istituto della separazione né, quindi, l'addebito - la Corte adita dal partner dell'unione sarebbe posta di fronte ad una duplice scelta: accordare, ove lo consenta la fattispecie, il risarcimento richiesto, ritenendo a rigor di logica integrato nel provvedimento - con riferimento ai commi 1 e 11 - il dovere di fedeltà o, al contrario, porre la questione di legittimità per violazione degli artt. 2, 3, 24 Cost. e 8 CEDU. In conclusione, lo stralcio dell'obbligo di fedeltà all'interno della legge che delinea la struttura dell'unione civile non potrebbe avere alcuna giustificazione giuridica. Si è detto che, se l'*intentio legislatoris* – sia pure come frutto di disdicevole compromesso – è da rinvenirsi nel distanziare vieppiù il rapporto *same sex* dal coniugio (quasi a sancirne una differenza ontologica, proprio nell'estromissione del valore simbolo della reciproca ed esclusiva dedizione e condivisione di vita), a contrario, alla luce della sostanziale, effettiva omologazione di entrambe le due tipologie comunque costituzionalizzate, ha svilito e leso contemporaneamente la sacralità del matrimonio. Le perplessità sin qui evidenziate sembrerebbero



In realtà la non previsione di siffatto obbligo risulta essere un problema privo di reale fondamento. *In primis* è opportuno interrogarci sul “significato”, o meglio sul “contenuto” della fedeltà. Se con essa vogliamo intendere una fedeltà nel senso di (in)sussistenza di relazioni parallele o se, diversamente, (e questa seconda opzione sembra maggiormente condivisibile) essa sia espressione di un contenuto e di valori più ampi. Se così è, allora, la fedeltà è scelta individuale di ogni singolo individuo, e come tale mal si presta ad essere imbrigliata in una norma, per di più di tipo regolamentare. È inconcepibile, che nel tempo attuale, la fedeltà al proprio *partner*/marito/compagno possa (esclusivamente) dipendere da una imposizione da parte del legislatore. La questione va affrontata sotto una prospettiva diversa: invece di interrogarci sulla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà con riferimento alle unioni omoaffettive, sembra più opportuno interrogarsi sull’effettiva opportunità del mantenimento di un siffatto obbligo nelle famiglie fondate sul matrimonio. D’altro canto, la medesima violazione dell’obbligo, come è noto, non sempre *sic et simpliciter* integra gli estremi della causa di addebito nella separazione. È il giudice infatti, che, caso per caso, valuta il rilievo della violazione al fine di verificare se la separazione è un effetto diretto e immediato dell’infedeltà, o piuttosto se quest’ultima, a sua volta, risulta essere l’effetto di una crisi già in atto. La questione appare più formale che sostanziale. Piuttosto che alla nozione – ormai troppo scontata e generica – di fedeltà, il legislatore dovrebbe esprimersi, (anche) con riguardo alla famiglia fondata sul matrimonio, in termini di “rispetto”. Rispetto appunto del coniuge e, conseguentemente, in senso più ampio della persona in quanto tale. La dignità e l’onore debbono comunque essere valori da attuare (non soltanto non violare) in concreto nello svolgimento di qualsivoglia unione basata sull’*affectio*, e sulla condivisione di un progetto di vita comune. La loro violazione, per ipotesi, dovrà essere valutata caso per caso, ben potendo una eventuale infedeltà rappresentare appunto causa di lesione alla persona ed alla sua dignità e ciò a prescindere dalla previsione di una disposizione normativa⁵.

Con riguardo, invece, al divieto di adozione preliminare e necessario appare un richiamo alla riforma della filiazione del 2012, la quale ha posto il fondamento

trovare conferma ulteriore volgendo lo sguardo ad altre differenti esperienze normative a livello europeo. In altri ordinamenti, come in quello francese, il dovere di fedeltà concernente i coniugi con la *loi Toubira* è esteso *naturaliter* anche al matrimonio egualitario; oltreoceano, in *common law* nordamericano, la Corte Suprema degli Stati Uniti il 26 giugno 2015 osservava, che le coppie omosessuali che desideravano accedere al matrimonio – che embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family – erano motivate dalla considerazione e dal rispetto nutrito per l’istituto tanto prestigioso che intendevano onorare.

⁵ D’altra parte la violazione potrà comportare pretese risarcitorie nell’ambito del c.d. illecito endofamiliare – a tale proposito la Cassazione (sentenza n. 15481 del 2013 ha reputato configurabile un simile illecito anche all’interno dell’unione di fatto) ed altresì la valutazione ai fini del *quantum* dell’assegno dovuto alla parte economicamente più debole (il comma 25 della l. n. 76 richiama appunto l’art. 5 della l. sul divorzio).



dell'uguaglianza solidale in seno alla famiglia ampliando i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto "figlio senza aggettivi". La l. n. 76 del 2016 delinea una disciplina comunque positiva riguardo alla dimensione del rapporto di coppia, ma è silente in relazione ai connessi e ineludibili rapporti parentali⁶.

Il legislatore ha perseguito l'intento di differenziare matrimonio ed unione civile; nel comma 20 esclude infatti l'estensibilità alle parti delle disposizioni della l. n. 84 del 1983 (aggiungendo che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»).

A tale "chiusura" non corrisponde, tuttavia, un egual atteggiamento da parte della giurisprudenza, la quale ha sposato un diverso orientamento rispetto a questa materia. Al riguardo alcune pronunce appaiono assai significative.

In applicazione dell'art. 44, lett. b), l. n. 184 del 1983, un recente indirizzo della giurisprudenza ha accolto la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero⁷.

A fronte del diverso scenario legislativo rispetto a quello giurisprudenziale viene ancor più da domandarsi se la scelta del legislatore sia una scelta giusta; o meglio se essa sia o no condivisibile sotto il profilo della tutela dell'interesse del minore. Quest'ultimo deve sempre prevalere rispetto a qualsivoglia esigenza che si trovi a convivere con esso. E se è vero che con un siffatto interesse occorre confrontarsi, poiché è il nocciolo duro della questione in oggetto, ne seguono talune considerazioni.

⁶ Invero l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti, sostanzialmente, come si è anticipato, proprio al rapporto di filiazione. In sede di approvazione della legge n. 76/2016 al Senato era stato soppresso l'art. 5 del testo presentato dalla relatrice, sen. Cirinnà, che attraverso una modifica dell'articolo 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983 n. 184, interveniva in materia di adozione in casi particolari, consentendo alla parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio del partner. Si era affermato, infatti, anche al di fuori dell'aula parlamentare, che l'ammissione della *stepchild adoption* avrebbe potuto agevolare il ricorso alla "maternità surrogata", oggi ammessa - con diverse modalità, presupposti e conseguenze - in vari Paesi, ma vietata, nell'ordinamento italiano, dalla l. 40/2004, che in particolare, all'art. 12, n. 6, sanziona la commercializzazione di gameti o di embrioni.

⁷ In generale è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi ove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore. È stato riconosciuto, infatti, l'affidamento del figlio, in caso di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale; l'affidamento familiare, ex art. 4, l. 184/1983, ad una coppia omosessuale; il riconoscimento dello *status filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione medicalmente assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità. L'esigenza di tutela del minore emerge, peraltro, anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra coppie del medesimo sesso, riconosce sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* cod. civ., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto a mantenere un rapporto significativo con i figli, secondo un calendario di incontri stabilito.



Di contro alla scelta adottata dal legislatore, con riguardo al delicatissimo tema della filiazione, di non dare asilo al diritto dei membri della coppia omosessuale a divenire genitori, si giustappone l'opera di supplenza e, per certi versi, creatrice dei giudici⁸, che si avvalgono degli strumenti forniti dall'ordinamento al fine di garantire una copertura giuridica a situazioni di fatto, mediante la costituzione o attraverso il riconoscimento in Italia dello stato giuridico di figlio, con i relativi diritti⁹.

In generale è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi ove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore. È stato riconosciuto, infatti, l'affidamento del figlio, in caso di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale; l'affidamento familiare, *ex art. 4, l. n. 184 del 1983*, ad una coppia omosessuale; il riconoscimento dello *status filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione medicalmente assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità¹⁰.

Nel nostro ordinamento, com'è noto, possono essere ravvisati due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore e

⁸ Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 679, con nota favorevole di G. SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, p. 109, con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in www.dirittocivilecontemporaneo.com, con nota critica di G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale e interesse del minore*, Trib. Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, p. 589, con nota di A. SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 974, con nota di M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore* (adozione incrociata da parte di una coppia di co-mamme) e Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015 (adozione in casi particolari a favore del compagno del padre biologico del figlio generato con GPA (gravidanza per altri) all'estero), in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, p. 969, con nota di M. FARINA, *In senso contrario*, v. Trib. min. Piemonte Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, p. 205 ss., con nota di A. NOCCO, *reformata da App. Torino, 27 maggio 2016*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 822, con nota di M. FARINA. *In senso favorevole all'adozione*, v. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, p. 1135, con commento di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione, n. 12962 del 2016*, *ibidem*, II, p. 1213.

⁹ M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO e M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai d.d.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 gennaio 2017*, Milano, p. 238 ss. ed *ivi* ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

¹⁰ L'esigenza di tutela del minore emerge, peraltro, anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra coppie del medesimo sesso, riconosce sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* cod. civ., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto a mantenere un rapporto significativo con i figli, secondo un calendario di incontri stabilito.



quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione¹¹.

Pertanto sembra non frapporsi ostacolo alcuno a che la responsabilità genitoriale¹² venga ad essere esercitata da una coppia di genitori dello stesso sesso. Ciò in quanto, secondo la prospettiva indicata, non sembrano esserci certezze scientifiche o dati di esperienza tali da comprovare che sia dannoso, per l'equilibrato sviluppo del bambino, il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale; in altri termini l'assoluta chiusura risulterebbe essere il frutto di un mero pregiudizio, in forza del quale si dà per scontato ciò che invece è tutto da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino¹³.

¹¹ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit. Il fatto che l'assenza di stato di abbandono costituisca il presupposto comune a tutte le ipotesi contemplate dall'art. 44, si desume intanto dall'*incipit* della norma. Va inoltre tenuto presente l'art. 11, comma 1, l. n.184 ove si dice che, in relazione al minore orfano di entrambi i genitori, e privo di parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi, il Tribunale per i minorenni deve dichiarare lo stato di adottabilità "salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44", confermando, dunque, che la formalizzazione dei rapporti affettivi già esistenti ha carattere prioritario rispetto all'adozione (piena) a favore di una coppia di estranei. L'adozione semplice viene riguardata come strumento per garantire la continuità delle relazioni affettive del minore e renderne possibile la formalizzazione. Da questo punto di vista, osserva la S.C., essa si pone in linea di continuità con i recenti interventi normativi in tema di filiazione ed adozione. Anche la riforma della filiazione, stabilendo soltanto per il figlio l'imprescrittibilità delle azioni di impugnativa della paternità e prevedendo, invece, per gli altri legittimati un termine "tombale" di cinque anni, esprime un'opzione che "evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figli". Ed altrettanto deve dirsi a proposito della l. n. 40 del 2004 che preclude il disconoscimento al marito che abbia dato il consenso alla fecondazione eterologa della sua compagna. In modo ancor più significativo la riforma dell'adozione ad opera della l. n. 173 del 2015 intende garantire il diritto delle bambine e dei bambini alla continuità delle relazioni affettive privilegiando l'adozione piena da parte di coloro che hanno accolto i bambini in affidamento familiare. La stessa disciplina dell'adozione in casi particolari dà rilevanza alle relazioni familiari già esistenti tra adottante e adottato. Al riguardo, la S.C. fa notare che l'art. 57, comma 3, lett. a) - nel testo sostituito dalla l. n. 149 del 2001, art. 29 - stabilisce che «il tribunale per i minorenni, al fine di verificare, oltre alla sussistenza dei requisiti normativi astratti, anche l'effettiva rispondenza dell'adozione richiesta all'interesse del minore, deve operare una specifica valutazione della 'idoneità affettiva' del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono».

¹² Sul tema della responsabilità genitoriale, mi sia consentito rinviare a F. CARIMINI, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, in *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione* a cura di R. Pane, Napoli, 2014, p. 111 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³ Cass, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, c. 1038 con nota di M. WINKLER. In coerenza con questi principi, con affermazione di grande rilievo, la Corte conclude che, dato che all'adozione *ex art. 44* possono accedere sia persone singole, sia coppie non sposate, «l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto («da constatata impossibilità di affidamento preadottivo»), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner». Questi argomenti sono stati apertamente messi in discussione da due recenti sentenze del



Pur in assenza di norme specifiche, sul piano del diritto effettivo si è pervenuti alla scelta di privilegiare il rapporto di fatto creatosi all'interno del nucleo familiare omogenitoriale tra il figlio biologico di una delle due parti della coppia e l'altra parte¹⁴.

Tribunale per i minorenni di Milano (Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in www.rivistafamiglia.it, che ha negato l'adozione incrociata da parte di una coppia di mamme; Trib. min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268, in www.osservatoriofamiglia.it, che ha negato l'adozione da parte del compagno della madre). Tali pronunce – nella pur ampia e argomentata motivazione – si basano su un'interpretazione rigidamente letterale dell'art. 44 che non tiene conto dell'evoluzione normativa dell'istituto e soprattutto della complessiva evoluzione del diritto di famiglia, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale: così G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.cortedicassazione.it. L'a. sottolinea che esse si fondano su alcune premesse erranee: da un lato che anche l'adozione in casi particolari sia ammissibile solo in presenza di una situazione di abbandono, intesa, peraltro, non nel senso indicato dall'art. 8 l. adoz., ma come "grave carenza delle figure genitoriali", situazione che invece non sussiste nel caso di bambino accudito dal proprio genitore e dal suo compagno. Si tratta di una nozione di abbandono atecnica del tutto estranea al tessuto normativo della l. n. 184, dove invece la definizione di situazione di abbandono – in quanto mancanza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, non dovuta a causa di forza maggiore transitoria (art. 8) – ha un significato assai più ristretto. L'adozione in casi particolari, va invece ribadito con chiarezza, non presuppone come requisito necessario l'abbandono del minore. In secondo luogo il Tribunale per i minorenni di Milano ritiene che l'adozione in casi particolari a favore del compagno non coniugato della madre o l'adozione incrociata a favore delle comamme non sarebbe ammissibile dato che, anche per l'adozione in casi particolari, il modello di riferimento è costituito la famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio. Ma questo non corrisponde al dato normativo. E' vero che il legislatore ha riservato l'adozione piena di minore abbandonato ad una coppia di coniugi, nell'assunto che sia prioritaria "l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori" (Corte cost. n. 198 del 1986, e v. anche Corte cost. n. 183 del 1994). Nell'adozione in casi particolari, invece, il modello matrimoniale non è quello di riferimento. L'istituto viene costruito sulla falsariga dell'adozione tradizionale, ora riservata alle persone maggiori di età. Analoga è la disciplina dei consensi e assensi, identici gli effetti.

¹⁴ Altro elemento significativo di cui tener conto è che la genitorialità non è soltanto ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico. Da un lato, attraverso la procreazione assistita di tipo eterologo, ora ammessa nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in www.cortecostituzionale.it) che ha dichiarato illegittimo il divieto, nei casi di infertilità si può divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia. D'altro lato, si afferma, specialmente nelle attuali famiglie allargate o ricomposte, e trova riconoscimento da parte della giurisprudenza la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo. La scissione tra filiazione genetica e filiazione giuridica, prima riscontrabile solo nell'istituto dell'adozione, diviene il risultato di un più ampio processo evolutivo al quale contribuiscono anche le nuove tecniche di riproduzione assistita e da cui non si può prescindere nell'affrontare il tema qui oggetto di esame. La forte sensibilità giuridica e morale che emerge dalla legge di riforma della filiazione, la quale pone al centro del rapporto genitori-figlio l'interesse di quest'ultimo ad un'equilibrata crescita e a un sano sviluppo psico-fisico, proclamando, da un lato, i suoi diritti tra cui, principalmente, il diritto all'amore, e configurando, dall'altro, in luogo della potestà, la responsabilità



La decisione in merito alla “giuridicizzazione” del rapporto ovvero all’accoglimento della domanda di adozione in casi particolari deve essere presa dal giudice considerando preminentemente il superiore interesse del minore¹⁵. Si è giustamente affermato¹⁶ che sul tema due profili appaiono fondamentali: quello del diritto del minore alla famiglia¹⁷ da un lato, e quello del diritto di ascolto del minore e di coloro i quali partecipano alla comunità familiare. Il diritto alla famiglia ed il diritto di ascolto¹⁸ sono due conquiste che la disciplina dei rapporti familiari ha raggiunto già da tempi

genitoriale, deve orientare e guidare anche nella materia in esame. In particolare, si dovrà privilegiare la soluzione che assicuri al minore la stabilità delle relazioni affettive e il calore familiare di cui ha bisogno indispensabile nel suo processo di formazione.

¹⁵ Così come previsto all’art. 57, commi 1 e 2, l. n. 184 del 1983, e, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (v. art. 3, comma 1), resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, e nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 24, comma 2). L’adozione in casi particolari ha trovato fondamento nelle recenti pronunce dei giudici sulla lett. *d*), comma 1, dell’art. 44 della legge sull’adozione, attraverso un’interpretazione estensiva della disposizione normativa. Presupposto richiesto per l’applicazione della norma è “l’impossibilità di affidamento preadottivo”, che, originariamente, si riferiva a situazioni di impossibilità di fatto legate a particolari condizioni fisiche, psichiche, di età (minore quasi maggiorenne) degli adottandi in stato di abbandono per i quali fosse stata dichiarata l’adottabilità. Secondo l’interpretazione ora seguita, invece, l’impossibilità di affidamento preadottivo viene intesa anche quale impossibilità giuridica, come tale riscontrabile in tutti i casi in cui manchi la situazione di abbandono del minore perché convivente con il proprio genitore e da esso assistito moralmente e materialmente. La “forzatura” interpretativa risponde all’esigenza di ampliare l’ambito di applicazione dell’istituto, distanziandolo maggiormente dai rigorosi requisiti richiesti per l’adozione piena, anche in ragione degli effetti più limitati che da esso derivano. L’adozione in casi particolari, infatti, non si sostituisce, ma si aggiunge al rapporto di filiazione originario che permane. È pertanto richiesto l’assenso dei genitori dell’adottando e, quindi, anche dell’altro genitore, se esiste, estraneo alla coppia omosessuale, il cui eventuale rifiuto non potrà essere superato ove eserciti la responsabilità genitoriale (art. 46, commi 1 e 2). V., A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in www.altalex.com.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, p. 250. V., in tema, altresì, G. RECINTO, *La genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, *ivi*, p. 61 ss.

¹⁷ V., con riguardo al diritto del minore ad essere amato ed avere una famiglia, C.M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Milano, 2005, p. 95 ss.; ID., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5° ed., Milano, 2014, p. 335 ss.; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 119 ss.

¹⁸ L’ascolto del minore, potenziato dalla riforma della filiazione (v., in particolare, art. 315 *bis*, comma 3, l. n. 219 del 2012), svolge un ruolo importante in quanto consente al giudice di esaminare il rapporto concretamente istaurato dal punto di vista del diretto interessato, il quale ha il diritto di essere ascoltato se ha compiuto i dodici anni anche se di età inferiore purchè capace di discernimento. Qualora il minore abbia raggiunto il quattordicesimo anno di età, è inoltre richiesto il suo consenso all’adozione (art. 45, comma 1, l. ad.). L’adozione in casi particolari risulta quindi funzionale al riconoscimento giuridico dei diritti del figlio nei confronti del *partner* del proprio genitore che svolga esso stesso un ruolo genitoriale, pur non essendo legato da vincoli genitoriali.



relativamente recenti, e che si sono sviluppati in maniera molto positiva in special modo in tema di adozioni in casi particolari. Sí che, come si è avuto modo di constatare anche da parte dei giudici per i minori si è assistito a qualche “forzatura”, nel senso che essi hanno tenuto conto *in primis* dell’interesse superiore del minore rispetto a soluzioni di natura formale: v’è la coscienza che il minore, in tutte le vicende che lo riguardano, va tutelato a tutto campo, tanto che i suoi interessi sono destinati a prevalere anche su quelli degli stessi genitori¹⁹.

Preliminare, rispetto al tema, è porsi l’interrogativo sulla genitorialità in sé per sé considerata. Ed allora risulta estremamente chiara la circostanza che l’essere genitori è un desiderio; un desiderio legittimo, apprezzabile, condivisibile appieno. Il divenire padre o madre costituisce forse l’esperienza piú coinvolgente, profonda, e definitiva della vita umana, rappresentando un legame destinato a durare per sempre. È un bisogno umano. Come l’amore, la salute, l’amicizia, il sentirsi sostenuto. Non v’è difficoltà alcuna a comprendere che qualsiasi uomo o donna possa avvertire la necessità di dare la vita e di crescere dei figli. Se ciò è vero, tuttavia è altrettanto vero che la genitorialità non può essere letta in chiave di diritto. In altri termini questo bisogno umano profondo, che è parte integrante della persona in quanto tale, va rispettato, tutelato nonché garantito ma sempre nella consapevolezza che non si tratta di un diritto. E non è questa una considerazione limitata alle coppie omoaffettive, pare infatti, nella medesima logica, da riferire pure alle coppie eterosessuali, sí che, vi sarebbe la necessità di guardare con una certa prudenza anche le moderne tecniche di fecondazione assistita.

Detto ciò, conseguentemente, il “divieto” legislativo va, *in primis*, interpretato al di là di ogni spirito polemico. Non si tratta, come invece evidenziato da molti, di disconoscere l’idea della genitorialità delle persone omosessuali e/o transessuali, sulla convinzione che essi siano inidonei a crescere dei figli. Si tratta tuttavia di porre a confronto due interessi che si trovano a convivere, quello della coppia desiderosa di crearsi una famiglia con prole e quello del minore²⁰. Nella valutazione e comparazione di siffatti interessi non è possibile escludere aprioristicamente che essi possono anche risultare tra loro confliggenti ed allora, in questo caso, non può non prevalere a tutto campo la tutela del secondo a fronte della soccombenza del primo. Sotto il profilo indicato va posto in rilievo che una legislazione a maglie strette in materia potrebbe forse creare seri problemi sotto il profilo della tutela effettiva; meglio appare la scelta di una normativa per principi, sí che caso per caso potrà essere rintracciata la soluzione piú aderente all’ipotesi concreta.

Se è vero come è vero che la persona umana non conosce limiti, che ad essa va accordata la piú ampia tutela, è altresí indubbio che essa conosce limiti posti

¹⁹ P. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*

²⁰ R. PICARO, *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, in *Quaderni di diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2017, *passim* ed *ivi* ampia bibliografia.



nell'interesse di un'altra persona. Ed è questo il punto, la chiave di volta della questione che ci troviamo ad affrontare.

La problematica della genitorialità non può essere affrontata in chiave di diritto, semmai in chiave di libertà. Poiché a differenza del diritto (che esprime comunque un interesse egoistico ed individuale) la libertà evoca la nozione di responsabilità. La libertà responsabile è quella che non può non essere esercitata nel rispetto di altre libertà. Conseguentemente, la particolare attenzione nei confronti del minore, che non è più considerato «oggetto», ma «soggetto», suggerisce la concreta attuazione, oltre che il rispetto, della sua dignità e della sua attitudine²¹.

²¹ È un punto sul quale bisogna riflettere nella consapevolezza che le soluzioni proposte non possono non avere riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, per cui ogni fatto è un fatto a sé; l'auspicio è quello di individuare, sistematicamente ed assiologicamente, volta per volta il rimedio più ragionevole e più adeguato, tenuto conto che il principio di eguaglianza, al quale troppe volte si fa riferimento, non esclude quello di differenziazione se (per ipotesi) in concreto dovessero sussistere i presupposti per una differenziazione.