



GILDA FERRANDO

Professore ordinario di diritto privato – Università di Genova

TRANSAZIONE NOVATIVA ED *ARS NOTARIA* *

SOMMARIO: 1. *I principi*. – 2. *Il matrimonio same-sex nella giurisprudenza costituzionale*. – 3. *Le unioni same-sex in attesa della legge*. – 4. *I limiti della situazione attuale*. – 5. *Il progetto di legge all'esame del Parlamento*. – 6. *Genitori e figli*. – 7. *Rapporti familiari di fatto e adozione in casi particolari del figlio del partner*.

1. – Diversamente da quanto accade nella gran parte dei Paesi europei, in Italia non è previsto alcun tipo di formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso: né il matrimonio (secondo il modello condiviso, tra gli altri, da Olanda, Belgio, Paesi nordici, Inghilterra, Spagna, Francia), né le partnerships (come previsto, ad esempio, in Germania o in Austria).

Le coppie dello stesso sesso, al pari di quelle conviventi di sesso diverso, sono prive di adeguata tutela con riguardo ad una molteplicità di questioni inerenti ai rapporti di coppia (specie alla fine della vita comune), nei confronti dei terzi, delle istituzioni. In realtà, per le coppie dello stesso sesso la questione che sovrasta ogni altra è quella del riconoscimento formale della dignità e del valore del vincolo di affetto e di solidarietà che le lega. Mentre le coppie di sesso diverso, se lo vogliono, possono assumere col matrimonio un vincolo efficace nei reciproci rapporti e nei confronti della società tutta, in Italia alle coppie dello stesso sesso questo diritto è negato, non è prevista la possibilità di formalizzare il vincolo di affetto, il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità. Ed è questa la principale differenza tra coppie etero ed omosessuali. Diversamente dalle prime, le coppie dello stesso sesso non possono ottenere il riconoscimento giuridico della loro unione.

Nella disciplina del codice civile la differenza di sesso tra gli sposi costituisce condizione implicita, ma sicura, per contrarre matrimonio. E conseguentemente la giurisprudenza esclude che le coppie dello stesso sesso possano contrarre matrimonio in Italia¹ od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero².

Questa situazione determina una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali. Il quadro dei principi è stato messo a fuoco in anni recenti grazie agli interventi delle supreme magistrature. La Corte Europea di Strasburgo³ ha riconosciuto anche alle coppie omosessuali il diritto

* Lo scritto riproduce, con talune aggiunte e le note, il testo della relazione svolta al Convegno del 22 gennaio 2016, organizzato dalla Fondazione Emanuele Casale, in *Avellino*, sul tema: “*I regolamenti transattivi: l'ars notaria nelle composizioni delle liti*”.

¹ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. *infra*.

² Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, cit. *infra*; Cons. Stato 26 ottobre 2015, in *articolo29.it*.

³ Corte EDU, *Schalk and Kopf c. Austria* 24 giugno 2010. Al riguardo, v. M. Meli, *Il matrimonio tra persone*



to al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), intendendo in tal modo che la loro unione costituisce “famiglia” ai sensi della Convenzione⁴. Ha inoltre offerto un’interpretazione evolutiva dell’art. 12, in relazione all’art. 9 della Carta di Nizza, tale per cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie *same sex*. A sentire la Corte, gli Stati hanno un margine di discrezionalità tale per cui possono scegliere le modalità (il matrimonio o altra forma di riconoscimento) in cui assicurare tutela alle unioni tra persone dello stesso sesso. Essi non possono, tuttavia, sottrarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione. Di qui la condanna dell’Italia, nel più recente caso Oliari⁵, dovuta proprio all’inadempimento di tale obbligo da parte del nostro legislatore.

La nostra Corte costituzionale ha escluso che la riserva del matrimonio alle coppie di sesso diverso contenuta – in modo implicito, ma inequivoco – nel codice civile contrasti con i principi costituzionali⁶. Dai principi costituzionali non può essere desunto un obbligo per il legislatore di aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Da un lato, osserva la Corte, è fuori di dubbio che i costituenti, nell’approvare l’art. 29, tennero presente il modello di famiglia tradizionale, riflesso nel codice civile e composto da un uomo ed una donna, dall’altro, è anche vero che la Costituzione “non cristallizza” un certo modello di famiglia, rendendolo immutabile.

Il fatto che l’art. 29 non imponga al legislatore di aprire il matrimonio a persone dello stesso sesso non significa che le unioni *same-sex* non siano meritevoli di tutela, rientrando nell’ambito di protezione dell’art. 2 Cost. Anzi, aggiunge la Corte costituzionale, il legislatore non solo potrebbe, ma addirittura dovrebbe prevedere una disciplina delle unioni. Infatti, se è vero che sia la Corte costituzionale sia la Corte europea non indicano nel matrimonio un’opzione costituzionalmente necessitata, ed attribuiscono al legislatore ampi spazi di discrezionalità nell’individuare i modi e i tempi in cui garantire la tutela del diritto ad un’unione riconosciuta, è anche vero che la discrezionalità del legislatore non è illimitata. Il legislatore può anche non ammettere il matrimonio, ma deve stabilire una disciplina di carattere generale per le coppie *same-sex* con la quale dare riconoscimento all’unione e garanzia ai diritti dei suoi componenti. Le unioni civili vengono incluse a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. Ad esse spetta “il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”, un riconoscimento che viene sì affidato alla discrezionalità del legislatore quanto a “tempi, modi e limiti”, ma che l’art. 2 Cost. rende costituzionalmente

dello stesso sesso. *L’incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 451 ss.

⁴ In considerazione del carattere “familiare” della relazione omosessuale, i giudici di merito hanno riconosciuto al convivente la legittimazione a chiedere l’affidamento dell’urna cineraria: Trib. Treviso 15 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 905, con nota di Cinque.

⁵ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918 con commento di Lenti, *ibidem*, II, 575.

⁶ Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, 653, con nota di Gattuso e in *Foro it.*, 2010, I, 1367, con note di Dal Canto e Romboli.



obbligato nella sua effettiva attuazione. Inoltre “l’aspirazione a tale riconoscimento” – precisa la Corte – “necessariamente postula una disciplina di carattere generale”. Tale “disciplina generale” deve essere “finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia”, anche se non è detto che tale disciplina “possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”.

La Corte di cassazione⁷, a sua volta, ha precisato che le coppie *same-sex* “possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza ... di ‘specifiche situazioni’, il diritto 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 ... applicabili nelle singole fattispecie”.

2. – La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale presenta margini di ambiguità. Da un lato, infatti, include le unioni omosessuali nel perimetro di tutela dell’art. 2 Cost, al punto da imporre al legislatore un obbligo costituzionale di provvedere alla loro disciplina e tutela. Dall’altro esclude che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi integri una violazione degli artt. 3 e 29 Cost. Se è vero, infatti, che l’art. 29 Cost. non “cristallizza” un certo modello di famiglia, è però anche vero che l’art. 29 presuppone il tipo di matrimonio disciplinato dal codice civile, quello tra un uomo e una donna, riflettendosi nella differenza di sessi tra gli sposi il contenuto minimo essenziale del matrimonio secondo il modello al quale i costituenti facevano riferimento. Questi chiaroscuri della motivazione ne rendono controversa l’interpretazione: secondo alcuni il paradigma eterosessuale non potrebbe essere superato se non con legge costituzionale⁸, secondo altri, invece, basterebbe la legge ordinaria⁹.

Questo dibattito si è riaperto in seguito alla sentenza n. 170/2014¹⁰ la quale, nel dichiarare

⁷ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 588, con nota di Ferrari e Fiorato; in *Fam. dir.*, 2012, 678, con nota di Gattuso. Sulla sentenza v. anche P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 861.

⁸ In questo senso, ad esempio, Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.; Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010*, in *Rivista AIC*, 4/2011, Nella dottrina civilistica, di recente sviluppa questo tipo di argomentazioni Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, specie 115 ss.

⁹ Nella dottrina costituzionalista, ad esempio, Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010, e in *Giur. cost.* n. 3/2010. In quella civilistica v. Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2^a ed., Milano, 2011, 793 ss. Rinvio anche a Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da Cicu e Messineo e diretto da Schelesinger, 2^a ed., Milano, 2015, 213 ss., 295 ss.

¹⁰ Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2685, con nota di S. Patti. La Corte dichiara “l’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164, con riferimento all’art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di



illegittimo il c.d. “divorzio imposto” in seguito al mutamento di sesso di uno dei coniugi, nella misura in cui la legge non prevede che i coniugi possano “convertire” il matrimonio in un’altra forma di unione riconosciuta dall’ordinamento, ha ribadito l’incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio “presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)”. La differenza di sesso tra gli sposi si ribadisce essere requisito essenziale per il nostro ordinamento, dato che “la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29) è quella stessa definita dal codice civile del 1942”, nozione che, come già notato dal precedente del 2010, “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”.

Come in altra occasione si è avuto modo di argomentare con maggiore ampiezza¹¹, a mio modo di pensare va esclusa una lettura originalista dell’art. 29. Solo a patto di una inammissibile inversione della gerarchia delle fonti è possibile ritenere “costituzionalizzato” il codice civile del 1942¹². Non è la costituzione a dover essere letta alla luce del codice civile, ma se mai il contrario. Il riferimento alla nozione di matrimonio “presupposta” dal codice civile non va intesa come riferita a quella esistente al tempo della costituente. Se la nozione di matrimonio contenuta nel codice civile cambia, viene ad essere nel contempo modificato il “presupposto” cui la Costituzione fa riferimento. La Costituzione non cristallizza un dato modello di famiglia, ma consente una lettura evolutiva al passo con l’evoluzione dei tempi. L’interpretazione storicistica dell’art. 29¹³, che riferisce la tutela costituzionale non ad un modello immutabile di famiglia, ma a quello effettivamente presente in un dato contesto sociale – e che trova motivi di conferma nell’art. 2 della Costituzione che considera la famiglia, al pari delle altre formazioni sociali, come strumento di promozione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona – consente di superare queste obiezioni. Il matrimonio è istituito plasmato dalla storia ed è profondamente mutato a partire dalla seconda metà del secolo scorso, sia nella sua struttura, sia nelle sue finalità¹⁴. A sua volta, l’art. 8 Cedu, come interpretato dalla Corte europea, pur riservando ai legislatori

coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”. Pronunciandosi successivamente sul caso, la Corte di cassazione ha ritenuto che, in attesa dell’intervento del legislatore, “la caducazione automatica del matrimonio non sia ammissibile perché in contrasto con la Costituzione” (Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 780, con nota di Azzalini). Nella giurisprudenza europea, v. Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014. Al tema del “divorzio imposto” è dedicato il primo numero della rivista on line *Genius. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, I, 2014.

¹¹ Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Pol. dir.*, 2014, 359 ss.

¹² V. Rodotà, *Il diritto d’amore*, Roma-Bari, 2015, specie 126 ss.

¹³ A partire da P. Barcellona, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 780; Bessone, *Principi etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, 47 ss.; A. M. Sandulli, sub art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, I, Padova, 1992, 3 ss., 7 ss.

¹⁴ V. Rodotà, *Diritto d’amore*, cit., 49 ss.



nazionali ampi margini di discrezionalità nel disciplinare le unioni dello stesso sesso, include tuttavia tra le possibili opzioni anche quella matrimoniale.

A ciò si aggiunga che il senso del riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio risiede non nella tutela di un modello naturale ed essenzialmente immutabile di famiglia, ma nella messa al riparo della famiglia – in quanto fenomeno che ha una dimensione pregiuridica – da una eccessiva ingerenza dello Stato al suo interno¹⁵, nella stessa direzione indicata dall'art. 8 CEDU quando garantisce il “rispetto della vita privata e familiare”.

Solo in una prospettiva pubblicistica, considerando famiglia e matrimonio tutelati in una dimensione istituzionale, in vista del perseguimento di interessi superiori, potrebbe sostenersi che sia illegittimo riconoscere l'unione omosessuale, perché in tal modo si verrebbe a minare la “Famiglia” riguardata come cellula fondamentale della società, garante dell'ordine sociale e morale della nazione. Questa concezione¹⁶ appartiene ormai al passato, avendo da tempo la dottrina chiarito che nel testo costituzionale – e nell'evoluzione attuale del diritto di famiglia – la famiglia costituisce formazione sociale protetta in quanto luogo dove “fioriscono” le personalità individuali. È la persona al centro dell'universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo¹⁷. Le recenti riforme della separazione e del divorzio (l. n. 162/2014, l. n. 55/2015) accrescono gli spazi in cui può esprimersi l'autonomia dei coniugi nella soluzione della crisi coniugale, consegnando sempre più la famiglia ad una dimensione privatistica¹⁸.

Il principio personalistico, nota in altra occasione la Corte, si pone in contrasto con una concezione della famiglia “nemica delle persone e dei loro diritti”. I diritti individuali non possono essere sacrificati sull'altare di una tutela della famiglia intesa come “antagonista” rispetto ai diritti delle persone¹⁹. In una dimensione privatistica, il riconoscimento del matrimonio gay amplia la tutela di diritti prima sacrificati, ma non mette in discussione la tutela della famiglia e del matrimonio eterosessuale.

La lettura evolutiva del testo costituzionale è stata fatta propria dalla Corte di Strasburgo²⁰.

¹⁵ Aldo Moro, nel corso dell'Adunanza plenaria dell'Assemblea Costituente 15 gennaio 1947, osservò, in particolare, in relazione alla formula “la famiglia è una società naturale”, che “... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita”.

¹⁶ La cui compiuta elaborazione, si deve a A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist., con lettura di Sesta, Bologna, 1978. V. comunque, nella letteratura recente, Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, cit., 215 ss.

¹⁷ Al riguardo si leggano le belle pagine di Zatti, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, cit., 3 ss.

¹⁸ V. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, 295 ss.

¹⁹ Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, 841, con note di Ferrando e Landini.

²⁰ *Schalk. e Kopf c. Austria*, 2010, cit. La Corte di Strasburgo ha sottolineato che, laddove “il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri sia ristretto”, come accade quando “sussista una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale”, il principio di proporzionalità “non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l'obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era *necessario*



La Corte costituzionale è ambigua al riguardo²¹, mentre la Corte di cassazione è più esplicita nel riconoscere al legislatore piena discrezionalità nell'optare per il modello matrimoniale o per altre forme di riconoscimento²².

La Corte di cassazione ha successivamente contribuito ad una progressiva messa a fuoco dei principi. Se la Corte costituzionale si limita ad affermare che l'art. 29 Cost. non "cristallizza" un certo modello di famiglia, è stata la Corte di cassazione nel 2012 a precisare che tocca al "legislatore" adeguare il modello normativo: il legislatore "ordinario" (non quello costituzionale), come successivamente ha avuto modo di precisare²³.

Il fatto che la Corte costituzionale abbia ritenuto non "costituzionalmente obbligata" in riferimento all'art. 29, l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, non significa, in una sorta di ragionamento a contrario, che dalla sentenza possa desumersi un ostacolo costituzionale all'introduzione del matrimonio egualitario e tanto meno un ostacolo ad una disciplina delle unioni civili analoga a quella matrimoniale²⁴.

Altre Corti costituzionali europee (ad esempio, quella francese²⁵) hanno escluso – al pari della nostra – che nei testi costituzionali sia ravvisabile un vincolo per i legislatori nazionali ad aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Questo non ha impedito alle stesse Corti, chiamate a giudicare della conformità a costituzione delle leggi che in seguito hanno riconosciuto il matrimonio *same-sex*, di respingere le obiezioni di legittimità costituzionale delle nuove leggi, nell'assunto che le norme costituzionali, così come non impongono, neppure impediscono di riconoscere il matrimonio *same-sex*²⁶. Discrezionalità del legislatore significa proprio questo: che è riservato al Parlamento individuare, senza vincoli di ordine costituzionale, le forme di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso.

escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall'ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo".

²¹ Corte cost. n. 138/2010, cit.; Corte cost. n. 170/2014, cit.

²² Cass. n. 4184/2012, cit. Ed ancor più chiaramente, in motivazione, Cass. 6 giugno 2013, n. 14329, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21, con nota di Schuster; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di Ferrando.

²³ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. Nello stesso senso, v. già l'ordinanza di remissione sul caso del c.d. "matrimonio imposto": Cass. 6 giugno 2013, n. 14329, cit.

²⁴ "La verità è che il valore precettivo della sentenza si limita al rigetto della pretesa di incostituzionalità del matrimonio quale disciplinato dal codice del '42, ma non permette di affermare che il legislatore è non solo autorizzato, ma obbligato a disporre la sua eterosessualità. Ancor meno, evidentemente, si può da essa argomentare che, quale che sia la definizione giuridica del matrimonio e della unione civile, sia incostituzionale estendere alla seconda una parte o tutta la disciplina della prima. Conclusioni di questo genere non sono contenute né ricavabili dalla sentenza della Corte": M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 707 ss., specie, 713.

²⁵ Il Conseil Constitutionnel francese si era espresso con sentenza del 28 gennaio 2011. Al riguardo, v. Ferrari, *Lo stato giuridico delle coppie same-sex in Europa*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, Padova, 2014, 91 ss.

²⁶ Per il Belgio, v. Cour d'Arbitrage, n. 159/2004 del 20 ottobre 2004; per il Portogallo, v. Tribunal Constitucional, sent. 359/2009; per la Spagna, v. Tribunal Constitucional, sent. n. 121/2010; per la Francia, v. Conseil Constitutionnel, 17 maggio 2013, n. 2013-669 (in *Foro it.*, 2014, IV, 49 con nota di Casaburi).



Anche la Corte di Cassazione si allinea al modello “pluralistico” fatto proprio nel 2010 dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea e successivamente confermato da entrambe²⁷. Questo perché “il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda – puntualizza la Cassazione – ... sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall’inaccessibilità al modello matrimoniale ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell’alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana”²⁸. La linea è sempre quella tracciata dalla Corte costituzionale quando escludeva che la normativa vigente dia “luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”²⁹.

In Germania la legge sulla convivenza tra persone dello stesso sesso (Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG), entrata in vigore il 1° agosto del 2001, è stata nel tempo modificata per assimilare sotto ogni profilo le partnerships al matrimonio, compresa la possibilità di adozione del figlio dell’altro, cosicché si prevede che l’approdo al matrimonio costituisca il prevedibile esito di questo processo evolutivo³⁰.

Il fatto che alcuni degli Stati che inizialmente avevano optato per un riconoscimento non matrimoniale dell’unione siano poi approdati all’estensione generalizzata del modello matrimoniale (tra gli altri Francia e Inghilterra), testimonia una maggior sensibilità per l’esigenza di eguale rispetto della dignità delle persone che appare pienamente soddisfatta non solo dal riconoscimento di diritti sostanzialmente eguali (cui mirano le partnership) ma anche dalla medesima forma di riconoscimento, quella valida per tutti: il matrimonio, appunto.

Se in Europa prevale un modello pluralistico, altrove si avverte una maggiore sensibilità per i valori di pari dignità e non discriminazione al punto che sono state ritenute illegittime le leggi statuali che riconoscevano il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi. Negli USA, alcune Corti nazionali prima (ad esempio quella della California³¹) e la Corte Suprema Federale³² poi, hanno dichiarato ille-

²⁷ Successivamente il modello pluralistico è ripreso in Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014 e in Corte cost. n. 170/2014, entrambe relative alla questione del divorzio del transessuale.

²⁸ Cass, 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

²⁹ Ad esempio, Corte cost. n. 404/1988; Corte cost. n. 8/1996; Corte cost. n. 121/2004.

³⁰ V. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. dir.*, 2015, 958.

³¹ Corte Suprema della California Re: Marriage Cases, 15 maggio 2008. La Corte suprema della California, pronunciandosi sulla legge statale che riconosceva il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi, aveva ritenuto questa disciplina contraria all’*equal protection clause*, in quanto ingiustificatamente lesiva di un diritto fondamentale. Il fatto che la legge sulle partnerships attribuisse alle coppie omosessuali praticamente gli stessi diritti che nascono dal matrimonio non è stato considerato sufficiente, in quanto è il nome stesso “matrimonio” a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie omosessuali al riconoscimento di pari dignità e rispetto delle coppie da esse costituite. La traduzione dei passi essenziali si legge in *Fam. dir.*, 2008, 761, con nota di FALETTI.

³² Con sentenza del giugno 2013 (*United States v. Windsor* 570 US (2013)), la Corte Suprema Federale ha dichiara-



gittimo il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio, riguardato come diritto fondamentale.

3. – Nell’attuale contesto, dunque, non è riconosciuta in Italia la possibilità di formalizzare il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità tra persone del medesimo sesso. Le regole applicabili sono quelle che hanno il loro fondamento nell’esistenza di una situazione di “convivenza”. Al riguardo si può osservare come il legislatore da un lato non disciplina le unioni nel timore che in tal modo si affermino principi di ordine generale e che il matrimonio ne risulti svilito. Dall’altro, tuttavia, con interventi di settore, viene ad equiparare la posizione del convivente (senza distinzione alcuna tra conviventi etero od omosessuali) a quella del coniuge in una pluralità di rapporti con i privati, con i pubblici poteri, in quelli con i figli (l. n. 219/2012, d.lgs. n. 154/2013) e talvolta, quando sussiste una condotta violenta, anche in quelli di coppia. Si pensi, ad esempio alla disciplina dei congedi parentali (l. n. 53/2000, d.lgs. n. 151/2001), amministrazione di sostegno (l. n. 6/2004), donazione di organi (l. n. 91/1999), violenza in ambito domestico (l. n. 154/2001, artt. 342 *bis* e 342 *ter*, c.c.), di assicurazione RCA [v. art. 129, co. 2, lett. b), l. n. 209/2005, codice delle assicurazioni], per limitarci a qualche riferimento essenziale, dove il convivente viene considerato al pari al coniuge³³.

A sua volta, la giurisprudenza si è incaricata di dare una risposta ai numerosi problemi che insorgono nei rapporti tra conviventi ed in quelli con i terzi. Anche in mancanza di un intervento del legislatore, l’interpretazione proposta dalle Corti può avere rilevanti conseguenze sul diritto applicato. Fin da ora le coppie possono infatti “adire i giudici comuni per far valere, in presenza di ‘specifiche situazioni’, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata”³⁴. In mancanza di una disciplina specifica, i giudici applicano le regole generali del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento. È vero che la casistica si riferisce alle coppie di sesso diverso, ma è anche vero che nei rari casi in cui le coppie dello stesso sesso si sono rivolte ai giudici, sono state applicate

rato l’illegittimità costituzionale del *Defense of Marriage Act* del 1996 secondo il quale, ai fini dell’applicazione delle norme federali, il termine matrimonio doveva riferirsi soltanto alle coppie eterosessuali (al riguardo, v. E. Ceccherini, *Quando l’eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same-sex marriage alla luce della sentenza Windsor*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico*, cit., 155 ss.). Con la più recente sentenza del 26 giugno 2015 (*Obergefell v. Hodges*, in www.articolo29.it) la Suprema Corte Federale ha affermato che il diritto al matrimonio costituisce diritto fondamentale insito nella libertà della persona, di modo che, ai sensi delle clausole del giusto processo e dell’eguale protezione, le coppie del medesimo sesso non possono essere private di quel diritto e di quella libertà. Al riguardo, v. F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 588. Per un approfondimento del diritto nord americano, v. D’Amico, Nardocci, Winkler, *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d’America*, Milano, Franco Angeli, 2014.

³³ E si consideri inoltre la disciplina in materia di edilizia residenziale pubblica (l. n. 179/1992), o di interventi a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (l. n. 302/1990).

³⁴ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, cit.



le stesse regole giurisprudenziali a proposito, ad esempio, di contribuzione alla vita comune, risarcimento del danno da uccisione, o di contratto di locazione³⁵.

In realtà la prevalente casistica giurisprudenziale relativa a coppie dello stesso sesso ha ad oggetto un altro ordine di questioni: quello del riconoscimento stesso dell'unione, questione che, come notavamo in apertura, costituisce il problema centrale per le coppie dello stesso sesso³⁶. Nell'attuale contesto normativo si esclude che le coppie dello stesso sesso possano contrarre matrimonio in Italia³⁷ od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero³⁸. Maggiori aperture si riscontrano sul versante del riconoscimento del diritto all'unità familiare quando sussistano elementi di internazionalità e venga chiesto il ricongiungimento familiare o il diritto, per i cittadini dell'unione, di circolare liberamente, trasferendosi con il proprio compagno³⁹.

4. – Questa situazione determina una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali⁴⁰. Già nella sentenza del 2010 la Corte costituzionale aveva sottolineato la doverosità dell'intervento del legislatore, e successivamente lo ha richiamato all'obbligo di provvedere “con la massima sollecitudine”⁴¹. A sua volta la Corte europea osserva che “la tutela attualmente disponibile non solo è carente nel contenuto, nella misura in cui non provvede alle esigenze fondamentali della coppia”. È anche carente per i modi in cui viene realizzata in quanto dipende “dall'atteggiamento dei giudici (o a volte anche degli organi amministrativi) nel contesto di un paese che non è vincolato dal sistema del precedente giudiziario”. La Corte ritiene che “la ripetuta inosservanza da parte del legislatore delle pronunce della Corte costituzionale ... indebolisca potenzialmente la responsabilità della magistratura e nel caso di specie abbia lasciato gli interessati in una situazione di incertezza giuridica”. Le conclusioni della Corte sono una dura condanna del legislatore italiano “in assenza di un interesse prevalente della comunità allegato dal Governo italiano con il quale bilanciare i fondamentali interessi dei ricorrenti sopra identificati, ed alla luce delle conclusioni delle Corti nazionali sulla materia, che sono rimaste inascoltate, la Corte ritiene che il Governo italiano abbia ecceduto il suo margine di apprezzamento ed abbia mancato di adempiere la sua obbligazione positiva di assicurare che i ricorrenti potessero

³⁵ Si rinvia a L. Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, specie, 36 ss.

³⁶ Rinvio al mio *Il matrimonio*, cit., specie, p. 295 ss.

³⁷ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

³⁸ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, cit.; Cons. Stato 26 ottobre 2015, in *articolo29.it*.

³⁹ V., ad esempio. Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 589, con nota di Ferrari e Fiorato. Più diffusamente, al riguardo, Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione alla liberazione, alla dignità*, Padova, 2015, specie, 185 ss.

⁴⁰ Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit. E v. anche *Vallianatos c. Grecia* 8 novembre 2013; *X c. Austria*, 19 febbraio 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 519, con nota di Fatta e Winkler.

⁴¹ Corte cost. n. 170/2014, cit.



disporre di uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali”⁴².

Per il legislatore italiano vi è dunque un’obbligazione positiva di introdurre una disciplina delle unioni con il matrimonio o con altra forma “equivalente”. La legge, quale che sia il nome che si voglia dare alle unioni – partnerships, unioni registrate, unioni civili o altro – deve dunque assicurare ad esse – in quanto “famiglie” ai sensi dell’art. 8 della Convenzione (Shalk and Kopft) – una tutela equivalente al matrimonio, il che significa, come in altra occasione la Corte ha avuto modo di precisare, una somiglianza molto stretta con il matrimonio⁴³. Anche la nostra Corte costituzionale (n. 138/2010), d’altra parte, ha indicato nel matrimonio il riferimento in relazione al quale eventualmente valutare la ragionevolezza di lamentate mancanze di tutela.

Il legislatore deve quindi garantire alle coppie dello stesso sesso una tutela analoga a quella del matrimonio, vale a dire una modalità di formalizzazione del vincolo che le parti intendono pubblicamente assumere con effetti corrispondenti a quelli del matrimonio.

5. – Nelle sue linee di fondo, la disciplina delle unioni civili contenuta nel testo del progetto di legge attualmente all’esame del Parlamento si uniforma a queste indicazioni⁴⁴. La costituzione dell’unione avviene, alla presenza di due testimoni, innanzi all’ufficiale di stato civile il quale ne cura la registrazione nell’archivio di stato civile. La procedura è più agile di quella prevista per il matrimonio, essendo omessa la fase della pubblicazione. Per quanto riguarda la celebrazione, poi, a fronte della dichiarazione delle parti, non è prevista quella dell’ufficiale di stato civile, cosicché emerge la natura squisitamente consensuale dell’atto. Analoghi al matrimonio sono anche impedimenti e condizioni. Anche gli effetti dell’unione civile sono simili a quelli del matrimonio, talvolta richiamati mediante parafrasi dei corrispondenti articoli del codice civile, altra volta per diretto rinvio alle disposizioni codicistiche. Per la disciplina del codice civile vale il principio che trovano applicazione solo le norme espressamente richiamate, restando così escluse quelle relative ai rapporti tra genitori e figli. Per quanto riguarda le leggi speciali, invece, vale il principio opposto, nel senso che le leggi speciali, con l’eccezione dell’adozione, si applicano anche ai partner di unioni registrate ogni volta in cui la legge riporti le parole “coniu-

⁴² Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit.

⁴³ v. *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014. La sentenza si riferisce ad un caso di mutamento di sesso di persona coniugata la quale lamentava che fosse imposta la conversione del matrimonio in unione registrata. La Corte esclude la violazione della Convenzione dato che, secondo la legge finlandese, le differenze tra matrimonio e unione registrata sono marginali.

⁴⁴ V. il progetto unificato n. 2801, in tema di “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” nel testo dell’ottobre 2015, Relatrice Sen. Cirinnà, modificato poi con il c.d. Maxi emendamento approvato con voto di fiducia dal Senato il 26 febbraio 2016. Si considera in questa sede, solo il capi I dedicato delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, non il capo II dedicato alla disciplina della convivenza non formalizzata tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso.



ge”, “coniugi” (art. 3, c. 4). Ne risultano immediatamente applicabili, tra le altre, le discipline in materia assistenziale, previdenziale, pensionistica, sanitaria.

La principale differenza tra matrimonio ed unioni civili riguarda i rapporti con i figli: non vengono richiamate la presunzione di paternità (art. 231), la disciplina degli effetti del matrimonio nei confronti dei figli (artt. 147, 148 c.c.), l’adozione. Nei rapporti di coppia, si segnala la facoltà di scelta del cognome comune, in tal modo anticipando quella che potrebbe essere la nuova disciplina del cognome dei coniugi. Il maxi emendamento ha inoltre espunto la fedeltà dal novero dei diritti e doveri reciproci ed ha inoltre previsto una disciplina più snella dello scioglimento del matrimonio che può essere chiesto direttamente, senza passare attraverso la previa separazione legale, (c.d. “divorzio immediato” o “diretto”), ferma restando una pausa di riflessione di tre mesi.

Va poi sottolineata la norma (non presente nella precedente stesura del disegno di legge) che prevede la conversione in unione civile del matrimonio in seguito alla rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, quando essi non vogliano divorziare (art. 7). Tale norma risponde alla richiesta espressamente formulata dalla Corte costituzionale⁴⁵, ponendo fine alla situazione di “stallo”, cui ha offerto una risposta interinale la Corte di cassazione⁴⁶.

Nelle sue linee essenziali, il progetto si conforma ai principi costituzionali interni ed europei nell’interpretazione datane dalle supreme magistrature⁴⁷. A successivi decreti delegati è affidata la messa a punto delle questioni in tema di ordinamento di stato civile, diritto internazionale privato, e tutte quelle modificazioni e integrazioni necessarie per il coordinamento con le leggi vigenti (art. 8).

6. – Il punto più discusso è quello dell’adozione da parte del partner del figlio dell’altro. Mentre il testo Cirinnà prevedeva la possibilità di adozione in casi particolari del figlio del partner, analogamente a quanto previsto per il figlio del coniuge (art. 44, lett. b), l. n. 184/1983)⁴⁸, questa disposizione è stata stralciata dal maxi emendamento. In tal modo cade la parte più qualificante del progetto ed ancora una volta sono i più deboli, i bambini, a far le spese delle mediazioni e dei compromessi della politica.

Nel testo approvato dal Senato si precisa tuttavia che “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti” (comma 20).

⁴⁵ Corte cost. n. 170/2014, cit.

⁴⁶ Cass. n. 8097/2015, cit.

⁴⁷ Per una serie di rilievi in tal senso si segnala M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, cit.

⁴⁸ L’art. 44 della l. n. 183/1984 – che disciplina la c.d. “adozione del minore in casi particolari” – veniva modificato nella sua lettera b) – adozione da parte del coniuge del genitore – prevedendo che l’adozione possa essere effettuata, oltre che dal coniuge, anche dall’altra parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. Il disegno di legge modifica esclusivamente l’art. 44, cosicché restano invariate le altre condizioni richieste dalla legge per tale tipo di adozione, vale a dire il consenso dell’adottante e dell’adottato che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età (art. 45), il consenso dell’altro genitore (art. 46), l’accertamento, da parte del Tribunale per i minorenni, della sussistenza del preminente interesse del minore nelle forme e con le modalità previste dall’art. 57.



Nel silenzio del legislatore, dovranno essere ancora una volta i giudici a garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale. Ma la giurisprudenza solo in modo imperfetto può attuare quel diritto alla “propria famiglia” che la l. n. 184/1983, nel suo primo articolo garantisce ad ogni bambino, dove la “propria” famiglia non è quella ipotizzata in modo generale ed astratto dal legislatore, ma quella reale che la vita ha dato a ciascuno di loro.

La rassegna della giurisprudenza che in questi anni, sempre più numerosa, si confronta con i problemi che si pongono nelle famiglie arcobaleno, sia nel fisiologico svolgersi del rapporto sia nel momento della crisi, conserva dunque ancora attualità ed interesse. È noto come, nell’attuale silenzio normativo, le questioni più delicate riguardano proprio i rapporti tra genitori e figli. In assenza di una disciplina legislativa, il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale è affidata all’intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti. Non è infrequente la presenza di figli in famiglie omosessuali. Può trattarsi del figlio nato da precedenti matrimoni o unioni, o del figlio frutto di un progetto comune e generato con inseminazione eterologa o maternità surrogata all’estero (a seconda che si tratti di coppie formate da due donne o da due uomini)⁴⁹. Uno dei genitori ha un legame anche biologico con il bambino, l’altro è legato al bambino da vincoli psico-sociali di responsabilità. La richiesta di formalizzazione del rapporto mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie).

È proprio la focalizzazione dell’attenzione su ciascun bambino, sulla effettività della situazione in cui ciascuno si trova, sui suoi bisogni essenziali a suggerire ai giudici la risposta ai casi concreti volta a volta sottoposti alla loro attenzione.

Talvolta la questione riguardava l’affidamento del figlio in seguito alla rottura del matrimonio. La convivenza della madre con altra donna non è stata considerata di ostacolo all’affidamento esclusivo, mancando qualsiasi evidenza scientifica che una l’omosessualità della madre e la convivenza con la sua compagna possa influenzare negativamente la crescita del figlio⁵⁰. Anche il provvedimento di affidamento familiare (art. 4, l. n. 184/1983) ad una coppia gay è stato ritenuto ammissibile, in quanto costituiva la soluzione più idonea a realizzare l’interesse del figlio nello specifico contesto⁵¹.

In altri casi le questioni riguardavano il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* con-

⁴⁹ Nella letteratura sociologica, v. Barbagli e Colombo, *Omosessuali moderni*, Bologna, 2007; Bosisio e Ronfani, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015. Per quanto riguarda gli aspetti psico-sociali, v. Lingiardi, *Citizen gay. Affetti e diritti*, Milano, 2007.

⁵⁰ Cfr. Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2012, 170, con nota di Ruscello), V. anche sulla sentenza Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 893.

⁵¹ Trib. Min. Palermo 4 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 351; Trib. Min Bologna 31 ottobre 2013, *ivi*, 2014, 273, con nota di F. Tommaseo.



seguito all'estero. Quando le coppie dello stesso sesso ricorrono alla fecondazione assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità, si pone il problema del riconoscimento in Italia dello *status* nei confronti di due madri o di due padri, cosa che da noi non è prevista. In Italia la Corte d'appello di Torino, ha ammesso il riconoscimento dello *status* di una bambina nata in Spagna con fecondazione eterologa da una coppia di donne lesbiche, ivi coniugate, e ivi registrata come figlia di entrambe⁵². Anche la Corte d'appello di Milano ha riconosciuto lo status conseguito in Spagna da una bambina nata per fecondazione eterologa da una coppia di donne ivi coniugate ed adottata dalla co-madre con adozione "piena", secondo quanto prevede la legge spagnola, escludendo qualsiasi contrasto con l'ordine pubblico derivante da un tale riconoscimento⁵³.

Altre volte, in applicazione dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero⁵⁴. Si è infatti ritenuto, da un lato, che la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", secondo l'interpretazione ormai corrente, vada intesa non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche in quello di impossibilità "di diritto" – intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione "piena" –; dall'altro che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma "minor", corrisponda al preminente interesse del bambino, riguardato come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale.

Problemi ancor più complessi si pongono nel caso in cui, nonostante il divieto contenuto nella l. 40/2004, i partners facciano ricorso alla maternità surrogata all'estero. Al momento, tuttavia, la casistica nota si riferisce a coppie di sesso diverso⁵⁵.

⁵² App. Torino 29 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 822, con nota di M. Farina. Contro la sentenza ha fatto ricorso in Cassazione il PM.

⁵³ App. Milano 1° dicembre 2015. In un caso analogo di domanda di riconoscimento di adozione piena pronunciata negli USA il Trib. Min. Bologna (10 novembre 2014, in *www.articolo29.it*) solleva la questione di legittimità costituzionale "degli artt. 35, 36 della l. n. 184/1983 nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)". La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (v. Comunicato stampa del 24 febbraio 2016).

⁵⁴ Trib. Min. Roma 30 luglio 2014, Trib. Min. Roma 22 ottobre 2015, in *www.articolo29.it*. Nella giurisprudenza della Corte Europea, v. Corte EDU, *X c. Austria*, 19 febbraio 2013, cit.; *Gas e Dubois c. Francia* 15 marzo 2012.

⁵⁵ La Corte europea di Strasburgo ha condannato la Francia in quanto il mancato riconoscimento dello *status* acquisito all'estero nei confronti del padre biologico lede il diritto del figlio alla propria identità, come aspetto della vita familiare (Corte EDU *Mennesson c. Francia*, *Labassee c. Francia* 26 giugno 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 12, 1122, con nota di C. Campiglio). In Italia la "portabilità dello stato" era già stata ammessa da App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, III, 589, con nota di C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*.

La tutela è più forte nel caso in cui uno dei genitori che hanno voluto il figlio sia anche genitore genetico: almeno lui può riconoscerlo e garantirgli in questo modo uno stato certo, anche se unilaterale (Trib. Min. Milano 6 settembre



Altre volte ancora, a venire in primo piano sono le questioni che insorgono alla rottura della convivenza tra partner dello stesso sesso, quando il genitore “biologico” nega il diritto dell’altro di continuare a frequentare il bambino, un diritto che talvolta i giudici hanno riconosciuto sulla base di un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 337 *bis* c.c.⁵⁶.

Nella situazione attuale i diritti del bambino non ricevono un’attenzione ed una tutela adeguata alla loro rilevanza costituzionale. Il “diritto giurisprudenziale” da solo, è la Corte europea a farlo notare⁵⁷, non offre una tutela adeguata. Il dibattito parlamentare si è purtroppo focalizzato sulla condotta dei genitori, prospettandosi da alcuni come preminente l’esigenza di rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all’estero. In tal modo si ripropone quella logica – che speravamo ormai espunta dal sistema) – per cui il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i genitori viene condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute “devianti”. Se questa logica è venuta meno anche nel caso di genitori incestuosi (v. art 251 cc.), perché deve essere riproposta nel caso di ricorso alla gestazione per altri in quei Paesi (come il Canada e la California) che la ammettono e la disciplinano?

L’evoluzione del sistema e della giurisprudenza delle Supreme Corti offre agli interpreti ed al legislatore indicazioni in altre direzioni. Vale la pena di ricordare alcuni principi base dell’attuale diritto della filiazione che possono guidare il nostro ragionamento.

L’attuale sistema, nell’evoluzione che lo ha segnato, dai codici di stampo ottocentesco alla disciplina vigente, considera il bambino come persona, fin dalla nascita titolare di diritti propri,

2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 712, con nota di Turlon). Più problematica ove manchi il legame biologico con entrambi. Il rischio è infatti che possano scattare nei confronti dei genitori provvedimenti limitativi della responsabilità parentale (Art. 333 c.c.) (Trib. Min. Milano 1° agosto 2012, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 712, con nota di Turlon), o vengano instaurati procedimenti di impugnazione del riconoscimento (Trib. Min. Milano 1° agosto 2012, cit. il quale, nell’autorizzare l’azione ex art. 263 prescinde completamente da ogni valutazione dell’interesse della minore che ormai da 15 anni viveva con la madre), o di adottabilità (Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.* 2014, I, 3408, con nota critica di Casaburi. E v. anche Cass. 8 novembre 2013, n. 25231, in *Foro it.*, 2014, I, 59, con nota di Casaburi). La Corte europea, tuttavia, in un caso di maternità surrogata all’estero in cui il figlio non aveva alcun rapporto genetico con i genitori committenti, ha condannato l’Italia in quanto i giudici interni, non attribuendo alcuna rilevanza allo stato conseguito all’estero e pronunciando l’adozione del minore, non avrebbero sufficientemente considerato l’interesse di questi e l’esigenza di rispetto della sua vita familiare – da intendere come rapporti familiari effettivamente esistenti a prescindere dal loro riconoscimento legale (Corte EDU *Paradiso e Campanelli c. Italia* 27 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 9, I,834, con nota di Shuster). In argomento, da ultimo, v. Querci, *La maternità “per sostituzione” fra diritto interno e carte internazionali*, in *Fam. dir.*, 2015, 1142 ss. E v. già Corti, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, 1491 ss.

⁵⁶ Trib. Palermo 15 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 1780 con nota di Casaburi, che ha riconosciuto il diritto di due minori di mantenere un rapporto stabile e significativo con la mamma sociale, priva cioè di legami biologici con gli stessi, prevedendo in caso di separazione dei genitori dello stesso sesso un calendario di incontri che consenta a quest’ultima di tenere con sé i figli per alcuni giorni alla settimana. In senso contrario v. App. Palermo (ord.) 31 agosto 2015, che solleva la questione di legittimità costituzionale dell’art. 337 *bis* c.c. nella parte in cui non riconosce il diritto del bambino di conservare rapporti significativi non solo con i parenti, ma anche con il “genitore sociale”.

⁵⁷ Corte EDU, *Oliari c. Italia* (2015), cit.



la cui tutela non può essere condizionata da finalità “altre”, assunte come corrispondenti ad un “superiore” interesse. In particolare il diritto allo *status* dei figli non può essere condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute “devianti”.

Anche nei casi di condotte dei genitori riguardate dal legislatore come particolarmente gravi, e come tali penalmente sanzionate, è infatti ormai escluso che ne possano derivare automatiche conseguenze sullo *status* dei figli e sul rapporto con i genitori. Si pensi alla nuova disciplina dell'accertamento di filiazione nel caso di genitori incestuosi, accertamento non più legato alla qualità della condotta (buona o mala fede dei genitori), ma esclusivamente all'interesse del bambino (art. 251 c.c.)⁵⁸. Si pensi alla condanna per alterazione di stato: la Corte costituzionale ha escluso che la sanzione accessoria della decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori possa costituire un effetto automatico della condanna, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla⁵⁹.

A sua volta, la legge n. 40/2004 (art. 9), pur vietando la fecondazione eterologa, ha poi disciplinato lo *status* del figlio nato con il ricorso a questa pratica alla luce del principio di responsabilità dei genitori e di tutela del preminente interesse del bambino⁶⁰. Il divieto di impugnazione della paternità da parte dell'uomo che ha dato il consenso all'inseminazione della sua compagna tiene ferma la genitorialità del padre sociale, pur in assenza di legame biologico, nell'assunto che il diritto del bambino alla certezza e stabilità dello *status* prevalga sul principio di “verità” genetica della filiazione.

La legge di riforma della filiazione (l. n. 219/2012, d.lgs. n. 154/2013) ha attribuito piena ed eguale dignità allo stato di figlio, si tratti di figlio generato – nel matrimonio o al di fuori di esso – o di figlio adottato (artt. 74, 315 c.c.), con ciò indicando nella generazione il fondamento non esclusivo della filiazione che può attingere anche a valori psico-sociali di responsabilità. Nel prevedere, poi, un termine tombale di prescrizione (5 anni dalla nascita) per l'azione di impugnazione della paternità da parte del marito (art. 244 c.c.) o compagno della madre (art. 263 c.c.) ha ulteriormente valorizzato la genitorialità fondata su valori psicosociali di responsabilità piuttosto che sulla derivazione genetica.

Nuova disciplina della parentela e nuova sistematica della responsabilità dei genitori scolpiscono con evidenza il fatto che il baricentro della famiglia si è spostato dal matrimonio alla filiazione. Nella disciplina di riforma, la tutela del figlio porta con sé la tutela delle relazioni in cui si svolge la sua personalità. I diritti dei figli, sono diritti che si incardinano nella relazione (art. 315 bis): quella tra i genitori, anche se non sposati, nel fisiologico svolgersi della vita fami-

⁵⁸ Al riguardo, v. già Corte cost. n. 494/2002, cit.

⁵⁹ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7.

⁶⁰ V. Corte cost. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, I, 802, con mio commento *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 2014, II, 392.



liare (art. 316 c.c.) e nel momento della crisi del loro rapporto (art. 337 *bis* ss. c.c.); quella con i nonni e gli altri parenti, secondo quanto dispongono gli artt. 315 *bis* e 317 *bis*.

A veder bene, la riforma 2012/2013 si colloca nel solco di una tendenza di più ampia portata di cui si sono fatti interpreti la Corte europea dei diritti dell'uomo e, di riflesso, anche i giudici interni.

Schematizzando, la riforma ci indirizza su due prospettive di indagine: da un lato ci possiamo chiedere in che misura la perdita di centralità del matrimonio (iniziata con la riforma della filiazione e proseguita con il “divorzio rapido” (l. n. 162/2014) e con il “divorzio breve” (l. n. 55/2015), si accompagna alla crescente rilevanza di rapporti familiari di fatto, non formalizzati nel matrimonio.

Dall'altro possiamo verificare in che misura l'affermarsi dei diritti del bambino (diritto allo *status*, all'identità, alla salvaguardia della vita familiare) porta ad ampliare la nozione di famiglia (e la relativa tutela) anche a rapporti parentali in passato considerati *border line*.

La perdita di centralità del matrimonio si accompagna al riconoscimento dei diritti del bambino e del loro carattere preminente. Non si accetta più che in nome di un interesse superiore possano essere sacrificati i diritti delle persone, quelli del figlio in modo particolare.

7. – La tutela del preminente interesse del figlio porta la Corte europea a declinare in termini estremamente ampi il concetto di vita familiare secondo un approccio concreto e funzionale che parte dall'effettività del rapporto genitoriale e familiare per riconoscere tutela a tutti i soggetti che di esso sono protagonisti. Ne risultano concetti di “famiglia” e “vita familiare” fluidi, attenti alle diverse situazioni che si presentano nella realtà sociale. La famiglia, par di capire, è quella che la vita ha dato a ciascuno e non quella che il legislatore stabilisce una volta per tutte. Di questo approccio si ritrovano molteplici esempi, si pensi soltanto ai casi *Wagner c. Lussemburgo* (2007)⁶¹ e *Negreponis c. Grecia* (2011)⁶², *Moretti e Benedetti c. Italia* (2010)⁶³ in materia di adozione, ai casi *Menneson e Labassee c. Francia* (2011)⁶⁴ in tema di maternità per sostituzione. Il principio di ordine pubblico sul quale orientare le decisioni è quello del preminente interesse del minore che prevale su quelli fatti valere volta a volta dagli Stati in materia di adozione o di PMA e che impone agli Stati di garantire il rispetto della vita familiare anche mediante il riconoscimento nello Stato nazionale dello *status* conseguito all'estero.

Attraverso i figli esce dall'ombra la molteplicità delle relazioni in cui si svolge la loro personalità e che (almeno) per questo meritano tutela. La tutela dell'interesse del bambino richiede garanzia della continuità delle relazioni affettive, anche quando si tratti di rapporti familiari di

⁶¹ Sentenza 28 giugno 2007.

⁶² Sentenza 3 maggio 2011.

⁶³ Sentenza 27 aprile 2010.

⁶⁴ Sentenze 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia* e *Labassee c. Francia*.



fatto, come di recente conferma la legge sul “diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare” (l. n. 173/2015).

L’adozione in casi particolari è stata introdotta dal legislatore del 1983 (l. n. 184/1983, artt. 44 ss.) proprio per rendere possibile la formalizzazione del rapporto genitore-figlio in situazioni in cui non sarebbe possibile pronunciare l’adozione piena ed in cui, tuttavia, l’adozione risponde all’interesse del bambino in quanto sussiste già una relazione significativa tra minore e adottante⁶⁵. La flessibilità della disciplina ne ha reso possibile l’applicazione in una grande varietà di situazioni e la stessa Corte europea la ha ritenuta talvolta preferibile all’adozione piena proprio per la sua attitudine a salvaguardare la pluralità di relazioni significative per la crescita del bambino⁶⁶. L’adozione del figlio del partner dello stesso sesso intende rendere possibile una pronuncia del giudice nel preminente interesse del minore. Il giudice, nel pronunciare l’adozione in casi particolari nei confronti del partner del genitore, deve, secondo la regola generale (art. 57, l. n. 184/1983), verificare che l’adozione in casi particolari corrisponda all’interesse del minore, tenuto conto in ciascun caso della specifica situazione esistenziale del bambino.

La valorizzazione dei legami familiari di fatto, secondo la dottrina elaborata dalla Corte europea di Strasburgo, il rifiuto della logica sanzionatoria, secondo i principi ormai sanciti dalla riforma della filiazione, offrono un contributo rilevante ad una discussione scevra da pregiudizi che tenga conto dell’interesse del bambino concreto, inserito nella trama di relazioni in cui la vita lo ha collocato.

⁶⁵ Rinvio a Ferrando, *L’adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 679 ss. Più in generale cfr. Dogliotti, *L’adozione in casi particolari*, in *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, 517 ss.; Collura, *L’adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. II, *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti e Mantovani, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, 951 ss.; Urso, *L’adozione in casi particolari*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, vol. III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, 765 ss.

⁶⁶ Corte EDU, *Zhou c. Italia* 21 gennaio 2014.