

## Diritto alla genitorialità fino ai suoi estremi: Stepchild adoption.

CORSO DI ALTA FORMAZIONE IN MATERIA DI DIRITTI UMANI – PALAZZO REALE, NAPOLI 12 OTTOBRE 2018.

\* \* \*

Ringrazio anzitutto il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli per l'invito rivoltomi a partecipare a questo importante convegno su temi così delicati e complessi ma di grande attualità. Sono particolarmente legato a questo foro, non solo per ragioni di appartenenza territoriale, ma anche perché credo che qui vi sia la presenza dei più autorevoli esponenti della tradizione forense.

Con riguardo al tema che mi occupa, ovvero il diritto alla genitorialità, bisogna in primo luogo chiedersi se esista nel nostro ordinamento, un diritto soggettivo alla genitorialità e quale sia dunque il suo fondamento normativo anche costituzionale.

Già la Suprema Corte di Cassazione intervenuta sul tema a metà degli anni novanta aveva ritenuto tale situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela e costituzionalmente garantita, affermando che: "*il riconoscimento di un figlio naturale minore degli anni sedici già riconosciuto da un genitore, da parte dell'altro genitore, ancorché condizionato all'interesse del minore, costituisce un diritto soggettivo primario del genitore stesso, costituzionalmente garantito dall'art. 30 Cost*" (Cass. 28/12/1994, n. 11263).

Che si tratti di un diritto soggettivo primario del genitore, trova conferma anche nella tutela della libertà personale e del diritto al pieno sviluppo della persona umana, che consentono di includere l'aspirazione ad avere figli, tra i valori di rilevanza costituzionale. L'esistenza di un diritto alla genitorialità può desumersi anche da principi fondamentali espressi da convenzioni internazionali come l'**art.8 della "Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"**, che prevede, fra l'altro, il **diritto al rispetto della vita privata e familiare di ciascuno**, norma a cui la Corte Europea per i Diritti Umani si è richiamata nella decisione del caso "*Kroon and others v. The Netherlands*" in data 27.10.1994, **dove è stata affermata l'esistenza di un vero proprio diritto alla genitorialità.**

Ma anche in tema di **procreazione medicalmente assistita** si è affrontata la questione, in particolare a proposito della possibilità di coppie tecnicamente non sterili né infertili di poter accedere alla PGD per accertate patologie

trasmissibili geneticamente al feto da parte di genitore affetto o che risulti portatore sano di tale patologia, prima che in materia intervenisse la Corte Costituzionale. La giurisprudenza di merito intervenuta sul tema, ha avuto modi di affermare l'esistenza del diritto al figlio, peraltro, sano, definito come diritto soggettivo da ascrivere tra quelli inviolabili della donna ai sensi dell'art. 2 Cost. Corollario di tale premessa argomentativa, è stato l'inserimento anche delle scelte consapevoli in materia di procreazione tra i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati (Trib. Salerno, Ordinanza del 9 gennaio 2010).

Una più recente ricostruzione normativa del diritto alla genitorialità nell'ambito del nostro ordinamento, ci viene offerta dalla Corte Costituzionale con la sentenza N. 162/2014 che è stata pronunciata all'esito del dubbio di costituzionalità sollevato dal Tribunale di Firenze nell'ambito di un giudizio ex art. 700 c.p.c., relativamente all'art. 4 co. 3 della L. 40/04, norma che disponeva il divieto assoluto di ricorrere a fecondazione eterologa, senza differenziare la disciplina a seconda del tipo di fecondazione cui era destinata la donazione (in vivo o in vitro), né tra gameti donati (ovuli o sperma); in tal modo, discriminando apertamente le coppie non in grado di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita mediante fecondazione omologa, per infertilità di uno dei due, rispetto a quelle che invece potevano realizzare il loro diritto alla genitorialità tramite la procedura medicalmente assistita non eterologa, e ulteriormente discriminando entro tale ambito, per il fatto che, in seguito al divieto della legge italiana, le coppie dotate dei mezzi economici necessari potevano ricorrere alla fecondazione eterologa in altri paesi diversamente dalle coppie meno abbienti.

Vari e complessi sono stati i problemi affrontati dalla Corte - di cui posso solo accenarvi data la vastità delle questioni giuridiche che sono state esaminate, sia dinanzi al giudice di merito che in Consulta - la quale ha ritenuto l'illegittimità costituzionale delle norme concernenti il divieto di fecondazione eterologa contenute nella legge 40/2004 rispetto a quanto previsto dagli articoli 3, 2, 31 e 32 Cost., nonché agli articoli 29 e 117, 1° comma, Cost., in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Fondamentale, ai fini della pronuncia di incostituzionalità, è stato infatti l'accertato contrasto con l'art. 3 della Costituzione, e l'ingiustificato trattamento discriminatorio che la legge 40/2004 prevedeva per coppie che possono utilizzare la fecondazione omologa e coppie non idonee a tale procedimento, rispetto a diritti assoluti, quale il diritto alla procreazione e alla salute.

La sentenza offre molti spunti di riflessione non solo sul divieto di fecondazione eterologa, ma più ampiamente sulla ricostruzione del **diritto alla genitorialità**, secondo un'interpretazione che, pur mirando ad un generale inquadramento, lascia irrisolti alcuni profili problematici, tra cui ad es. quello di cui all'art. 12, 6° comma, legge 40/2004, sul divieto della surrogazione di maternità rispetto al quale la Corte precisa « *...in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia* ».

Tale decisione della Corte Costituzionale, risulta di fondamentale importanza ai fini della trattazione del tema oggetto del mio intervento, non soltanto perché ha ristabilito un principio di uguaglianza tra le coppie che loro malgrado si sono viste ostacolate nell'affermazione di un diritto, appunto, quello alla genitorialità e alla realizzazione di un progetto genitoriale, ma anche perché rappresenta la sintesi dei principi elaborati su questi temi eticamente sensibili in sede internazionale dinanzi alla Corte di Strasburgo. Un diritto quello alla genitorialità che, come diceva il Prof. Stefano Rodotà - che con noi e l'Associazione Luca Coscioni tante battaglie ha condiviso su questo tema ed a cui oggi piace sentirci debitori -, è stato troppo a lungo ingiustamente negato mortificando le persone e facendo rinascere la cittadinanza «censitaria» poiché solo chi era fornito di adeguate risorse finanziarie poteva recarsi all'estero e realizzare questo diritto<sup>1</sup>.

L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito ai profili discriminatori della legge 40/2004 evidenzia la necessità di considerarne più ampiamente gli aspetti che concernono generalmente il **diritto fondamentale alla genitorialità**.

Tale diritto si costituisce, nell'orientamento tradizionale della Corte di Strasburgo, al momento della nascita, che determina il legame protetto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, anche nel caso in cui manchi la coabitazione familiare, o vi sia stato ritardo nel riconoscimento da parte del padre naturale, o affidamento del figlio ad altri parenti<sup>2</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto l'esistenza del diritto alla vita familiare anche nei confronti di

---

<sup>1</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2017.

<sup>2</sup> Sent. 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90: in questo caso, si afferma che il figlio nato dall'unione di due persone non sposate si inserisce nella loro famiglia e gode di un legame garantito dall'art. 8, anche se alla nascita i genitori già non convivono più; pertanto si considera contrario all'art. 8 il diritto irlandese poiché prevede la possibilità di adozione senza il consenso del padre naturale. Si veda inoltre sul punto la sent. 21 giugno 1988, ricorso n. 10730/84, *Berrehab c. Paesi Bassi*.

una relazione esistente tra un transessuale e il figlio nato attraverso la procedura di fecondazione assistita<sup>3</sup>.

Tuttavia accanto all'esigenza fondamentale, riconosciuta dalla Corte europea, di favorire lo sviluppo del legame familiare già stabilito e di accordare una tutela giuridica tale da integrare il minore nella propria famiglia, sin dal momento della nascita, se possibile, si delinea la necessità di lasciare agli Stati il margine di apprezzamento, previsto dall'art. 8, par. 2, della Convenzione di Roma, in materie in cui le questioni giuridiche sono controverse, in mancanza di completa uniformità tra gli Stati europei<sup>4</sup>. Ciò, indipendentemente dalla natura omosessuale o meno delle coppie aspiranti alla genitorialità, anche se naturalmente i profili problematici concernenti la costituzione del legame genitoriale tramite adozione o procreazione assistita riguardano, per evidenti ragioni, più frequentemente le coppie omosessuali o i soggetti non coniugati.

Ad esempio, mentre nella sentenza *Marckx*<sup>5</sup>, la Corte ha ritenuto prevalente il diritto della figlia di una madre non coniugata ad avere una normale vita familiare rispetto all'interesse dello Stato di tutelare la famiglia fondata sul matrimonio, ai fini di affermare l'obbligo per il Belgio di realizzare il riconoscimento automatico dei legami familiari (nel caso negato dalla circostanza che i legami familiari erano subordinati al riconoscimento cui era tenuta la madre), nella sentenza *X, Y e Z c. Regno Unito*<sup>6</sup>, fondandosi sulla libertà di apprezzamento degli Stati, ha negato che il diritto al rispetto della vita familiare comporti per lo Stato l'obbligo di riconoscere alla figlia di un transessuale, nata tramite fecondazione assistita, la possibilità di avere nel

---

<sup>3</sup> Sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, par. 95

<sup>4</sup> Sul margine di apprezzamento statale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano: Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, 1996; Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; Hutchinson, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 638 ss.; Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, 2002; Lugato, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 359 ss.

<sup>5</sup> Sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, par. 31: « *This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the régime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular... the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 without there being any call to examine under paragraph 2* »

<sup>6</sup> Sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, cit., par. 52

certificato di nascita l'indicazione di un padre diverso da quello biologico. In quest'ultimo caso, non viene affermato alcun obbligo positivo a carico dello Stato, lasciando dunque irrisolta la questione della rispondenza all'interesse del minore del fatto di essere registrato con il nome di un soggetto che non è il suo genitore biologico<sup>7</sup>.

La Commissione, a suo tempo, aveva dimostrato analoga incertezza nel riconoscere che il legame genitoriale al di fuori della famiglia tradizionale, si configurasse lo stesso nell'ambito di una coppia omosessuale, tramite richiesta proposta dalla convivente della madre naturale del figlio<sup>8</sup> o in seguito alla domanda di un padre biologico, rispetto al figlio nato da una madre omosessuale alla quale aveva donato il seme in base ad un accordo a termini del quale il neonato avrebbe dovuto conoscere l'identità del padre<sup>9</sup>.

Evidente allora che la tutela della «vita familiare» degli omosessuali è circoscritta esclusivamente alla relazione con i loro figli biologici, come affermato dalla Corte nel caso in cui ha condannato il Portogallo per la violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a causa della negazione ad un padre dell'autorità parentale sulla figlia nata nell'ambito di un precedente matrimonio con una donna, in ragione di una sua relazione sentimentale con un altro uomo<sup>10</sup>. È interessante notare come la Corte nel caso consideri in via di principio lecita la discriminazione operata dai giudici portoghesi, in quanto ispirata all'obiettivo di proteggere i diritti della bambina, ma non ritenga in concreto soddisfatta la condizione di proporzionalità, non avendo gli stessi giudici valutato la situazione concreta, essendosi limitati ad affermare in astratto l'opportunità per i bambini di vivere all'interno di famiglie tradizionali. Tale orientamento è stato, peraltro, confermato in un caso in cui la Corte ha ritenuto legittimo il rifiuto da parte delle autorità francesi di concedere l'adozione ad un omosessuale, in forza del margine di discrezionalità ancora riconosciuto agli Stati al fine di proteggere la salute e i diritti dei bambini<sup>11</sup>. La Corte ha, infatti, osservato che la tutela dei

---

<sup>7</sup> Per questa, e altre critiche alla sentenza in esame, si veda Rigaux, *Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1998, p. 127 ss.; Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 180 ss.

<sup>8</sup> Commissione n. 15666/89 (1992), *Kerkhoven A.M. Hinke and S. Hinke c. Paesi Bassi*.

<sup>9</sup> Commissione n. 16944/90 (1993), *J.R.M. c. Paesi Bassi*.

<sup>10</sup> Sent. 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n. 33290/96.

<sup>11</sup> Sent. 26 maggio 2002, *Fretté c. Francia*, ricorso n. 36515/97. Su tale aspetto si veda in particolare Willoughby Stone, *Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in Fretté v. France to Backtrack on Protection from*

diritti degli adottandi costituisce una fondata giustificazione per escludere determinate categorie di persone dal godimento del diritto di adottare, come previsto dall'ordinamento francese, riconoscendo così un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali anche alla luce dell'assenza di accordo, nella comunità scientifica, sugli effetti dell'adozione posta in essere da persone omosessuali<sup>12</sup>.

Nel caso *E.B. c. Francia*<sup>13</sup>, la grande camera della Corte europea modifica tale orientamento, con riguardo a un soggetto che aveva una stabile relazione omosessuale e che intendeva adottare un minore. In questo caso, la Corte valorizza il fatto che il rigetto della domanda da parte delle autorità interne si sia fondato, in realtà, sul fatto che il richiedente fosse omosessuale. È, dunque, la considerazione che alla base del provvedimento di rigetto della domanda si pongano ragioni fondate sull'orientamento sessuale dell'adottante ad indurre la Corte ad affermare la violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea. Se, infatti, la legislazione francese ammette l'adozione da parte del *single*, il divieto opposto all'adozione di persona omosessuale, e fondato sul suo orientamento sessuale, contrasta con le disposizioni anzidette.

Nel caso *Gas e Dubois c. Francia*<sup>14</sup>, concernente una coppia omosessuale unita da un PACS francese, all'interno della quale una delle *partners* aveva chiesto l'adozione del figlio dell'altra, nato con le tecniche di fecondazione artificiale, le autorità nazionali avevano rifiutato l'adozione ritenendola contraria all'interesse superiore del minore: la Corte europea esclude la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevede che i conviventi abbiano diritti identici a quelli delle persone coniugate, consentendo l'adozione alla coppia sposata, ma non alla coppia unita in base ai patti<sup>15</sup>.

---

Discrimination on the Basis of Sexual Orientation, Connecticut Public Int. Law Journal, 2003, Paper 9, [http://lsr.nellco.org/uconn\\_cpilj/9](http://lsr.nellco.org/uconn_cpilj/9).

<sup>12</sup> Sent. 26 maggio 2002, *Fretté c. Francia*, cit., par. 41.

<sup>13</sup> Sent. 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, ricorso n. 435466/02. Su di essa, si veda la nota di *Falletti*, *Famiglia e diritto*, 2008, p. 221.

<sup>14</sup> Sent. 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07. Su di essa si veda Johnson, *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v. France*, *Modern Law Review*, 2012, p. 1136 ss.

<sup>15</sup> Il superiore interesse del minore, sancito espressamente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, è ricostruito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel quadro dell'art. 8 della Convenzione del 1950 e applicato secondo tale lettura anche dalla giurisprudenza di molti paesi, ad es. Trib. Bruxelles, 6 aprile 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1171 ss.

Il **superiore interesse del minore** assume un ruolo più significativo in una successiva sentenza, pronunciata il 19 febbraio 2013 nel caso ***X e altri c. Austria***<sup>16</sup>, in cui la Corte afferma che **l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione non può ritenersi perseguire uno scopo legittimo**. Secondo la Corte, infatti, non può esservi dubbio che, in assenza di *common ground* tra gli Stati rispetto a questioni moralmente o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento spettante agli Stati è ampio, ma tale margine si riduce progressivamente quando entra in gioco la discriminazione fondata su ragioni di orientamento sessuale, dato che, tra l'altro, il sistema austriaco ammette l'adozione da parte di un *single*, anche se omosessuale, riconoscendo così che un minore può essere allevato da una coppia omosessuale.

La sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale esclude, dunque, che a seguito dell'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa possa estendersi il diritto alla genitorialità a donne non coniugate e a coppie omosessuali. Tale decisione non considera, inoltre, come estraneo alla materia oggetto del giudizio il caso dei soggetti che intendono esercitare il loro diritto alla genitorialità, recandosi all'estero, e intraprendendo una procedura di maternità surrogata, aggirando così il divieto della legge, sul quale, appunto, la sentenza 162/2014, come si è detto, non incide in alcun modo nel senso che permane il divieto di cui all'art. 12, 6° comma, della legge 40/2004.

Come è noto, tale prassi è ormai frequentemente utilizzata, con il conseguente problema della trascrivibilità degli atti di nascita dei minori nati all'estero in seguito alle pratiche ivi consentite di surrogazione e al rilascio di certificati di filiazione validamente formati in base alla legge straniera.

Proprio con riferimento al ricorso alla gestazione per altri (g.p.a.) nel caso di coppie *same sex*, la Corte EDU nelle sentenze *Menesson c. Francia* (Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e *Labassee c. Francia* (Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), ha ravvisato la violazione del diritto alla vita privata del minore, in conseguenza del diniego di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero a seguito di ricorso alla g.p.a., vietata dall'ordinamento francese. Secondo la Corte EDU, in particolare, gli effetti del mancato riconoscimento *dello status filiationis* validamente formato all'estero riguardano soprattutto i minori, il cui diritto alla vita privata — *«che implica che ognuno debba poter costruire*

---

<sup>16</sup> Sent. 19 febbraio 2013, *X e a. c. Austria*, ricorso n. 19010/07. Sul punto **Campiglio**, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, Riv. dir. int. priv. proc., 2009, p. 589 s

*e veder riconosciuta la propria identità personale, anche sotto il profilo dello status filiationis»* — risulta pertanto violato.

Anche nel nostro ordinamento, già prima della c.d. Legge Cirinnà (L. n. 76/2016) che ha istituito le unioni civili tra coppie di fatto anche dello stesso sesso, alcune decisioni dei giudici di merito, confermate poi dalla Suprema Corte di Cassazione, hanno riconosciuto la possibilità alle coppie omosessuali di procedere all'adozione del figlio del partner.

Il modello normativo all'interno del quale si è sviluppato il percorso giurisprudenziale che ha portato in Italia all'affermazione del diritto alla genitorialità anche in favore di persone dello stesso sesso, è stato individuato nell'adozione in casi particolari (artt. 44 e ss. L. 184/83). Si è partiti dalla possibilità di ricorrere all'**adozione in favore del convivente *more uxorio* del genitore** che aveva costruito con il minore solidi legami affettivi in un contesto familiare non fondato sul matrimonio ma all'interno di unioni tra persone di sesso diverso, per estendere **i medesimi principi** all'interno di **famiglie composte da persone dello stesso sesso**, nelle quali per di più il minore era frutto di un progetto genitoriale condiviso, e non di precedenti relazioni eterosessuali di uno dei componenti della coppia. La pronuncia "apripista" è stata del Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, confermata in grado d'appello (App. Roma, 23 dicembre 2015)<sup>17</sup> e poi dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962)<sup>18</sup>. La Suprema Corte ha avallato l'interpretazione dell'art. 44 lettera d) della Legge sulle adozioni che consente l'adozione coparentale (cd. *stepchild adoption*) da parte del genitore sociale all'interno delle famiglie omoparentali. La Corte esclude, innanzitutto, la sussistenza di un conflitto di interessi fra la bambina e la propria mamma, conflitto paventato dalla Procura che aveva proposto ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello di Roma, assumendo che fosse conseguente alla relazione sentimentale che legava la madre legale alla madre sociale e richiedendo pertanto che la minore fosse difesa in giudizio da un curatore. La questione giuridica peraltro risultava posta in questi termini per la prima volta in occasione di una controversia concernente una coppia omosessuale, quando non era stata mai prospettata in questi termini, dal 1983 ad oggi, in fattispecie del tutto analoghe concernenti coppie eterosessuali.

---

<sup>17</sup> v. **G. Sapi**, *Stepchild adoption: ammissibile l'adozione del figlio del partner se risponde all'interesse del minore*, in *IlFamiliarista.it*

<sup>18</sup> v. **A. Fasano**, *Anche la Cassazione riconosce la stepchild adoption*, in *IlFamiliarista.it*



In secondo luogo, la Corte di cassazione affronta la questione dell'interpretazione dell'art. 44 lettera d), affermando che l'impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo deve essere intesa come impossibilità anche giuridica, e non solo di fatto.

Data tale soluzione interpretativa, consegue inevitabilmente che l'applicabilità di tale istituto, se è riconosciuta alle coppie eterosessuali, debba essere applicato anche a quelle omosessuali, stante il divieto di discriminazioni fra conviventi etero ed omosessuali, affermato con chiarezza dalla Corte di Strasburgo proprio con riguardo all'adozione coparentale (Corte Edu, *X e altri c. Austria*).

A questa decisione della Cassazione, hanno fatto seguito numerose pronunce conformi di merito rese in prevalenza all'interno di coppie femminili, in cui la compagna della madre chiedeva l'adozione del figlio che l'altra aveva avuto, una volta costituita la famiglia ricorrendo alla procedura di fecondazione assistita, ovviamente all'estero, posto che la l. n. 40/2004 impone anche oggi, che la procreazione medicalmente assistita, di tipo eterologo, avvenga su richiesta di una coppia, sposata o meno, ma comunque composta da persone di sesso diverso (Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015)<sup>19</sup>. Lo stesso Tribunale minorile di Roma aveva accolto una domanda proveniente dal compagno del genitore di un bimbo, nato a seguito di surrogazione di maternità; avverso quella pronuncia proponeva impugnazione la Procura generale presso la Corte d'appello di Roma, che tuttavia veniva dichiarata inammissibile (App. Roma, 23 novembre 2016)<sup>20</sup>.

In questo contesto, diverse poi sono state le pronunce, sia di legittimità che di merito, che hanno riconosciuto tanto la **validità di atti di nascita formati all'estero** in cui un **bimbo** era stato **dichiarato figlio di due donne, ovvero due uomini** (Cass. civ., 15 giugno 2017, n. 14878)<sup>21</sup>, quanto l'esecutività di sentenze straniere in cui il rapporto di filiazione (anche adottiva) era stato riconosciuto all'interno di coppie dello stesso sesso (App. Trento, 23 febbraio

---

<sup>19</sup> v. **E. Minolfi**, *Adozione del figlio minore del partner in una coppia same sex*, in *IFamiliarista.it*; App. Torino, 27 maggio 2016, v. *Stepchild adoption: il sì della Corte d'Appello di Torino in una coppia di donne*, in *IFamiliarista.it*; Trib. min. Bologna, 31 gennaio 2017; App. Milano, 9 febbraio 2017, v. **M. Winkler**, *Adozione in casi particolari e coppie dello stesso sesso: si pronuncia la Corte d'appello di Milano*, in *IFamiliarista.it*

<sup>20</sup> v. **L. Cosmai, A. Figone, A. Simeone, V. Tagliaferri**, *Maternità surrogata: inammissibile l'impugnazione di una stepchild adoption da parte della procura generale presso la Corte d'Appello*, in *IFamiliarista.it*.

<sup>21</sup> v. **G. Cardaci**, *È trascrivibile l'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri*, in *IFamiliarista.it*; Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, v. **A. Fasano**, *La Costituzione non vieta alle coppie dello stesso sesso di generare figli*, in *IFamiliarista.it*

2017)<sup>22</sup>. La Corte chiarisce che l'unico requisito necessario ai fini del riconoscimento del provvedimento in oggetto nell'ordinamento italiano è la compatibilità all'ordine pubblico, da individuarsi nel rispetto dei «principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario» inclusi quelli previsti nei «trattati fondativi e dalla carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo» (Corte di Cassazione, sent. n.19599/2016). Nel caso di specie viene in rilievo la tutela dell'interesse superiore del minore nel senso di «poter conservare lo status di figlio riconosciutogli in un atto validamente formato in un altro Stato». Sussiste perciò in capo ai minori il diritto a conservare lo *status filiationis* acquisito all'estero, la cui perdita consisterebbe in un evidente pregiudizio per i medesimi in termini di identità familiare e per il padre a cui venga inibita la possibilità di assumere obblighi genitoriali nei loro confronti.

In relazione alle questioni sollevate dal Procuratore Generale, la Corte non ritiene che il divieto per le coppie omosessuali di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita in Italia costituisca un motivo sufficiente per negare il riconoscimento di un provvedimento regolarmente adottato in un altro Stato. Il che conferma come il dato genetico non sia più elemento necessariamente costitutivo dello *status filiationis* e nel contempo come possa configurarsi una genitorialità riferita anche a due persone dello stesso sesso.

Anche in questo caso, pertanto, l'operazione di bilanciamento dovrà essere necessariamente condotta considerando la fattispecie nel suo complesso: e questo pare lo spirito che ha guidato la decisione della Corte Costituzionale con la recente sentenza N. 18 dicembre 2017, n.272, che nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, sollevata dalla Corte d'Appello di Milano<sup>23</sup>, ha escluso qualunque automatismo nella

---

<sup>22</sup> v. **G. Cardaci**, *Riconoscimento in Italia del parental judgment costitutivo del legame di filiazione tra due bambini e il padre non genetico*, in *IlFamiliarista.it*; Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017, v. **R. Rossi**, *Adozione all'estero da parte di coppia omogenitoriale: riconosciuta a tutti gli effetti*, in *IlFamiliarista.it*).

<sup>23</sup> Il giudice rimettente, in particolare, dubitava della legittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui non consente al giudice — in sede di decisione sull'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità — di accogliere l'impugnazione solo ove essa sia effettivamente corrispondente all'interesse del figlio. Si veda per un commento della decisione **A. Schillaci**, in *Giurisprudenza Costituzionale*, nota a Corte Costituzionale, 18 dicembre 2017, n.272, “Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale.”.

prevalenza di un interesse sull'altro, auspicando una attenta valutazione comparativa da parte del giudice del merito.<sup>24</sup>

Quindi alla luce di tale premessa, ci si chiede se anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 76/2016 è sempre ammissibile il ricorso all'art.44, lett. d, l. n. 184/1983 per l'adozione del figlio del partner, all'interno di una coppia *same sex*?

La risposta non può che essere, a mio avviso, positiva, a meno di non rendere del tutto irragionevole il sistema di regole vigenti e costringere i soggetti di tali vicende a rivolgersi alla Cedu per vedere garantiti i propri diritti.

L'instaurazione di un **rapporto giuridico di filiazione** non presuppone necessariamente l'esistenza di un legame genetico tra genitore e figlio. Già la l. n. 431/1967 aveva introdotto nell'ordinamento la c.d. “**adozione speciale**”, che attribuiva al minore (di età fino ad otto anni, nel testo originale di legge) che versasse in stato di abbandono, lo *status* di figlio “legittimo” di una coppia coniugata, ritenuta idonea a farsi carico della sua crescita, educazione e mantenimento. Come noto, la l. n. 184/1983 ha modificato in più punti quella disciplina, prevedendo accanto all'adozione “legittimante” (oggi “piena”, a seguito dell'unificazione dello *status filiationis*, operata dalla l. n. 219/2012), quella **in casi particolari di cui agli artt. 44 e ss., l. n. 184/1983**, strutturata sul modello dell'adozione di maggiorenni, ma nella prospettiva di garanzia dell'interesse del minore. La scindibilità tra dato biologico e dato reale è stata sempre più confermata dalla l. n. 40/2004, che, pur vietando (prima dell'intervento della Consulta) il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, escludeva (ed esclude) il ricorso alle

---

<sup>24</sup> Secondo Cass. civ., sez. I, sent. n. 19599/16, infatti, «non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico [...] per giustificare discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia». Secondo la Corte di cassazione, infatti, il divieto del ricorso alla p.m.a. per le coppie dello stesso sesso «non esprime un valore costituzionale superiore ed inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico» (par. 10.2). Su questa sentenza v. tra i molti, **I. Rivera**, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIus*, 2017, fasc. 1, 70 ss., nonché, se si vuole, **A. Schillaci**, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) 3 ottobre 2016; in prospettiva critica cfr. **F. Angelini**, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in **S. Niccolai - E. Olivito**, *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 31 ss. e **C. Tripodina**, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di «ordine pubblico internazionale» come varco per la realizzazione dell'«incoercibile diritto» di diventare genitori*, ivi, 119 ss.

azioni “demolitive” dello *status*, quando vi sia stato accordo dei genitori per accedere ad esse e realizzare un progetto genitoriale.

In conclusione mi sembra di poter dire che l’affermazione del diritto alla genitorialità anche nelle coppie omosessuali esula da questioni che, secondo la giurisprudenza vivente ed il diritto vigente, riguardano aspetti secondari della vicenda (gli orientamenti sessuali dei componenti di una coppia). Assume pertanto un ruolo preminente la **valorizzazione dell’interesse specifico del minore ad avere due genitori**, a prescindere dall’orientamento sessuale di questi ultimi.

Avv. Angelo Calandrini