

**Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle  
«nuove» forme di filiazione e genitorialità\***

*di Luca Giacomelli – Assegnista di ricerca in diritto comparato, Università di Firenze*

**ABSTRACT:** The profound changes in the conception of family and parenting undermine political mediation and make the gap between legislation and social reality increasingly evident. Faced with the «aggressive» silence of a procrastinating legislator – who is unable to regulate timely and adequately these complex and unprecedented social phenomena – the task of filling this gap has fallen on the judges.

Homoparentality, with its many facets (second parent adoption, foster care, recognition of foreign judgments, access to medically assisted procreation, surrogacy), clearly shows the pressing need to overcome a legal vacuum that has serious consequences especially for the children involved. Analysing the recent Italian case-law on same-sex parenting, the paper focuses on the compliance of recognition of homoparentality with international public order, the best interests of the child, the growing centrality of intentional parenting, the pluralism of family forms, and the effects of judicial pragmatic activism.

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 1.2 La mancata regolamentazione dell’omogenitorialità nella legge sulle unioni civili – 2. Prima i bambini: i tre principali filoni giurisprudenziali in materia di riconoscimento delle «nuove» forme di genitorialità – 2.1 La «*stepchild adoption*» o, per meglio dire, l’adozione in casi particolari – 2.2 La trascrivibilità nei registri dello stato civile dell’atto di nascita con due genitori dello stesso sesso – 2.2.1 L’interpretazione costituzionalmente conforme della legge n.40 del 2004: un’ulteriore apertura a favore del riconoscimento dell’omogenitorialità – 2.3 La trascrivibilità nei registri dello stato civile delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali – 3. L’intervento della Corte costituzionale e le altre ordinanze di rimessione – 4. Osservazioni conclusive

---

\* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

## 1. Premessa

Sempre più spesso, oggi, si avverte la difficoltà – se non addirittura il timore – di confrontarsi con le «nuove» parole necessarie a descrivere e regolare la complessa fenomenologia che caratterizza la famiglia, la riproduzione e le relazioni affettive<sup>1</sup>. È una difficoltà che si trasforma in evidente incapacità, e a volte manifesta riluttanza, nel caso del legislatore italiano, il quale sembra aver abdicato al suo ruolo di decisore politico lasciando al giudice il compito di supplire alla mancanza di un quadro giuridico di riferimento, all'interno del quale disciplinare lo scarto sempre più vistoso tra realtà sociale e realtà giuridica. Omogenitorialità<sup>2</sup>, procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri sono quelle «nuove» parole che spaventano il legislatore – per ragioni legate alla necessità di acquisire il consenso politico e la maggioranza in Parlamento<sup>3</sup>, ma anche per ragioni etiche e culturali –, e che invece interrogano sempre più di frequente il giudice. La vita, infatti, procede oltre il diritto, specialmente quando questo si dimostra statico e inadeguato a fronteggiare l'incessante evoluzione della società, della tecnologia e della cultura. I rapidi avanzamenti delle possibilità offerte dalle tecniche mediche e, accanto ad essi, la veloce trasformazione della società mostrano l'arretratezza delle leggi e, viceversa, il ruolo decisivo assunto dalla giurisprudenza, sia essa costituzionale o ordinaria.

Tuttavia, se al legislatore è «consentito», per quanto criticabilmente, attendere e rinviare, al giudice invece no. Il giudice non può rifiutare di decidere. E nella inevitabile tensione tra discrezionalità legislativa e tutela dei diritti fondamentali, che una tale incertezza giuridica è venuta creare, non si può certo «biasimare» l'attivismo dei giudici che si sono trovati a dover colmare veri e propri vuoti normativi, «inventando» (nel senso del latino «*invenire*», ossia «trovare») soluzioni

<sup>1</sup> Cfr., per esempio, G.O. CESARO, P. LOVATTI, G. MASTRANGELO, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014; R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, ESI, Napoli, 2014 e L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione nell'era della tecnologia. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>2</sup> Il termine «omogenitorialità» deriva dal francese «*homoparentalité*» coniato in Francia, nel 1997, dall'Associazione dei Genitori e Futuri Genitori Gay e Lesbiche per indicare le situazioni familiari in cui un adulto, auto-definitosi omosessuale, è genitore di uno o più bambini all'interno di una unione di tipo familiare. Quando si parla di omogenitorialità può intendersi sia il desiderio di maternità/paternità di soggetti omosessuali, sia l'esistenza concreta ed attuale in un soggetto omosessuale di genitorialità biologica, con responsabilità materne/paterne nel caso di figli nati da una precedente storia affettiva eterosessuale o nati nell'ambito dell'unione di coppia omosessuale (tramite tecniche di inseminazione artificiale o attraverso una maternità sostitutiva) od anche l'attualità di una genitorialità «sociale» (mediante il ricorso ad un'adozione congiunta o, in caso di convivenza con compagna/compagno già genitore, ad un'adozione co-parentale).

<sup>3</sup> Di questo è emblematico il lungo e tortuoso cammino politico e legislativo che, dopo numerosi moniti da parte della Corte costituzionale e di Cassazione e ripetute condanne da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo, ha portato infine alla approvazione della legge sulle unioni civili. Il cosiddetto disegno di legge «Cirinnà», dal nome della sua relatrice, è stato approvato dal Parlamento, a seguito dell'apposizione del voto di fiducia da parte del Governo, l'11 maggio 2016. La legge (n. 76/2016) ha introdotto l'istituto delle unioni civili riservandolo alle sole coppie formate da persone dello stesso sesso e rappresenta la prima forma di riconoscimento legislativo della vita familiare omosessuale in Italia. Il grande assente di questa riforma è il tema della filiazione: il voto di fiducia ha comportato il sacrificio dell'articolo 5 della legge, quello che estendeva alle parti di una unione civile omosessuale – attraverso la modifica dell'art. 44, lett. b), della legge n. 184/83 – la possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico o adottivo dell'altra parte, così garantendo al bambino la stabilità e la certezza giuridica del rapporto con il genitore sociale.

giuridiche adeguate. In questo quadro anche il contributo della giurisprudenza europea è stato fondamentale non solo per i contenuti sostanziali delle pronunce ma anche per aver favorito il mutamento della coscienza sociale e stimolato l'emergere di una maggior sensibilità, nell'opinione pubblica e nel mondo politico, verso la condizione delle persone gay e lesbiche e delle loro famiglie. Il riconoscimento dei diritti per via giurisprudenziale, in un ordinamento di *civil law* come quello italiano, non può che procedere per piccole tappe e, non necessariamente, in modo lineare. Portare alla luce, quindi, le tecniche e i principi che stanno guidando l'opera di ricostruzione del diritto vigente da parte delle corti italiane è estremamente utile, anche alla luce della progressiva intensificazione dei canali di interazione tra i diversi ordinamenti e tra i giudici delle Corti supreme nazionali e straniere in un dialogo indotto dall'esigenza di dare esecuzione a principi e norme di diritto internazionale o sovranazionale ma anche dall'osmosi tra culture giuridiche la cui vocazione transfrontaliera e multiculturale si è resa sempre più concreta. È, dunque, una tutela di tipo giurisdizionale quella che è stata ottenuta dalle famiglie omogenitoriali con riguardo a taluni provvedimenti emessi in tema di affidamento di minori a coppie lesbiche e gay, di adozione co-parentale a favore del partner omosessuale o di trascrizione dell'atto di nascita del minore con due genitori dello stesso sesso.

### **1.2 La mancata regolamentazione dell'omogenitorialità nella legge sulle unioni civili**

Lo scarto che, a causa di un diritto scritto arretrato e lacunoso, è venuto a crearsi tra la realtà sociale concretamente vissuta dalle famiglie omogenitoriali e la loro totale o parziale inesistenza sul piano giuridico trasforma la loro quotidianità in una ripetuta esperienza di lesione di diritti fondamentali che riguardano tanto la vita materiale (dal diritto all'abitazione al diverso trattamento previdenziale e fiscale), quanto la vita intima e personale (dalla condizione di «clandestinità nel diritto» della propria unione all'impossibilità di veder pienamente riconosciuti i propri legami affettivi). Ciò ha conseguenze notevoli soprattutto sui figli delle persone omosessuali, i quali rischiano di pagare il prezzo più alto<sup>4</sup>. Questi non hanno pieni diritti. La rigidità delle categorie giuridiche «tradizionali» e la carenza di tutele specifiche per le famiglie omogenitoriali crea scenari ingiusti, conseguenza del mancato riconoscimento legale di uno dei due genitori – quello non biologico –, contravvenendo all'idea che sia la responsabilità e non il mero legame genetico a fondare in senso più pregnante il rapporto genitoriale. Attraversare il confine può rappresentare quindi la differenza tra l'essere riconosciuti o meno come famiglia, tra il perdere o il mantenere la custodia legale dei propri figli, tra l'aver o meno la facoltà di adottare da parte di una coppia gay e lesbica. Proprio da questo riconoscimento «a metà», giuridico ma anche simbolico, discende non soltanto la sensazione di cittadinanza di serie B (legittimando indirettamente conseguenze

---

<sup>4</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a L. GIACOMELLI, «I ragazzi stanno bene»: la famiglia omogenitoriale, i best interests of the child e il silenzio legislativo, in *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, Vol. XIII, n. 2, 2016, 45-85, 49.

omofobiche e discriminatorie) ma anche il dolore della stigmatizzazione per i figli di queste coppie che cresceranno senza la garanzia dei diritti e delle tutele previsti per tutti gli altri. E ciò diventa sempre meno giustificabile specie alla luce dell'emersione di uno spazio europeo dei diritti in cui le coppie dello stesso sesso hanno diritto all'esatta registrazione dei propri dati personali e alla continuità degli *status* legittimamente acquisiti, pur restando ferma la competenza dei singoli Stati sulle questioni del matrimonio, della famiglia e della genitorialità<sup>5</sup>.

Soltanto nel 2016, dopo un lungo e travagliato dibattito politico, il Parlamento è riuscito ad affrontare la questione dell'affettività omosessuale, approvando una legge sulle unioni civili che rappresenta la prima forma di tutela legislativa della vita familiare delle coppie gay e lesbiche<sup>6</sup>. Si è trattato di una riforma rivoluzionaria giunta dopo i numerosi moniti della Corte costituzionale (sentenze n. 138/2010 e n. 170/2014)<sup>7</sup> e le ripetute condanne della Corte europea per i diritti

---

<sup>5</sup> Si veda, per esempio, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La rilevanza notarile dei matrimoni omosessuali contratti all'estero*, 2015, reperibile all'indirizzo web: [https://www.notariato.it/sites/default/files/1-2015-e\\_0.pdf](https://www.notariato.it/sites/default/files/1-2015-e_0.pdf). L'orientamento per cui, nell'ambito della registrazione degli *status* matrimoniali in anagrafe (e delle conseguenti indicazioni del rapporto di parentela e dei dati di matrimonio) sarebbe possibile differenziare il cittadino europeo da quello italiano, perché su quest'ultimo verterebbe una sorta di veto derivante dall'impossibilità di riconoscere validamente un matrimonio con persona del suo stesso sesso, non può essere condivisibile. La sfera di protezione multilivello, nell'ambito dello spazio giuridico europeo, non può che includere anche il cittadino italiano, che diversamente si troverebbe ingiustamente discriminato. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

<sup>6</sup> Cfr., tra i molti, E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ESI, Napoli, 2016; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, n. 10, 2016, 881-888; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, n.4, 2016.

<sup>7</sup> Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro italiano*, 2010. Tale pronuncia è stata, per molte ragioni, tra le più commentate degli ultimi anni e ha ricevuto valutazioni assai diverse. Tuttavia, andando oltre il dibattito sulla reale apertura o meno a favore della causa omosessuale, è indubbio il passo in avanti compiuto dalla Corte, specie se calato nel contesto dell'ordinamento italiano fino ad allora quasi del tutto insensibile al fenomeno. E la riprova sono i riflessi che la sentenza ha avuto sulle corti italiane. La pronuncia della Corte costituzionale ha il merito di aver abbattuto il muro del silenzio e di aver fissato un principio di estrema importanza: le coppie omosessuali sono titolari del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, e il riconoscimento e la garanzia di tale diritto inviolabile postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolarne i diritti e i doveri, secondo la discrezionalità del legislatore. In altri termini, la sentenza ha il merito di aver fornito ai giudici ordinari gli strumenti argomentativi essenziali per tutelare future violazioni e discriminazioni a danno delle coppie di persone dello stesso sesso. Nel 2014 la Corte costituzionale è tornata a occuparsi, se pur indirettamente, di matrimonio tra persone dello stesso sesso, nella decisione n. 170 sul cosiddetto «divorzio imposto». La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso), perché non consentono a due coniugi «di proseguire nella loro vita di coppia pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi con conseguente rettificazione anagrafica». Ancora una volta, la sentenza conferma l'incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio «presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)». Perciò esclude che il parametro di riferimento della fattispecie in esame possa essere l'art. 29 e, di conseguenza, indirizza la questione entro il perimetro dell'art. 2. La difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio nella sentenza 170 risulta molto netta. La Corte respinge la possibilità di ammettere la sopravvivenza del matrimonio del transessuale dopo la rettificazione anche solo nei termini di una mera e circoscritta eccezione al carattere eterosessuale dell'istituto del matrimonio, che pure avrebbe continuato a valere come principio nel sistema ordinamentale, continuando a riservare l'accesso al matrimonio alle sole coppie di persone di sesso diverso: «una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda (...) equivarrebbe a

dell'uomo (*Oliari v. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e n. 36030/11)<sup>8</sup> e il cui ritardo ha pesato sulla vita di tante persone e famiglie. La conseguenza di questo silenzio normativo è stata la progressiva sostituzione della tutela giurisdizionale, più vicina e attenta alle trasformazioni della realtà sociale, a quella legislativa, arroccata ancora su un concetto monolitico e tradizionale di famiglia. Anche alla luce dell'*iter* che ha portato all'introduzione delle unioni civili, sembra che al legislatore italiano continui a sfuggire una verità di fatto, ovvero che oggi ci troviamo di fronte a un *patchwork* della famiglia, suscettibile di assumere la forma della famiglia di fatto, eterosessuale e omosessuale, con o senza figli, della famiglia «ricostruita» o «ricomposta», nella quale uno o entrambi i partner hanno avuto precedenti relazioni stabili, di tipo matrimoniale, e dalle quali hanno avuto uno o più figli, della famiglia fondata sul matrimonio, della famiglia monoparentale o mononucleare, della famiglia omogenitoriale e non solo.

La legge n. 76, promulgata dal Presidente della Repubblica il 20 maggio 2016 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 21 maggio 2016, introduce nell'ordinamento italiano l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso quale «specifica formazione sociale» ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e disciplina anche le convivenze di fatto. La legge è entrata in vigore il 5 giugno 2016. La scelta operata dal legislatore italiano si colloca ad un livello intermedio: esclusa infatti l'estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, il legislatore ha introdotto due forme di riconoscimento della vita familiare omosessuale, dotate di diversa intensità. Da un lato, i commi da 1 a 35 dell'articolo unico che compone la legge, disciplinano l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; dall'altro, i commi 36 ss. del medesimo articolo unico consentono alle coppie – etero ed omosessuali – di far discendere dalla propria convivenza di fatto una serie di effetti giuridici, che non incidono sul riconoscimento della condizione di coppia, ma sui diritti individuali dei partner. A differenza del matrimonio e dell'unione civile, che conferiscono riconoscimento e piena rilevanza pubblica alla relazione di coppia e ai rapporti familiari che possono derivarne, la disciplina delle convivenze mantiene pertanto una più spiccata connotazione privatistica.

---

rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.» ed il legislatore è chiamato a trovare «una forma alternativa (e diversa dal matrimonio)» per garantire alla coppia, già coniugata, la protezione costituzionale dell'art. 2 ed evitarle l'approdo ad una condizione di «assoluta indeterminazione». Cfr., tra i molti, R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI E A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 3-30; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium Iuris*, n. 10, 2010, 997-1008.

<sup>8</sup> Corte europea per i diritti dell'uomo, *Oliari e Altri v. Italia*, cause n. 18766/11 e 36030/11, 21 luglio 2015. Cfr., sul punto, F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015 e L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

L'unione civile italiana si ispira al modello tedesco della *Lebenspartnerschaft*<sup>9</sup>, un istituto alternativo al matrimonio e riservato alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Come in Germania, peraltro, anche in Italia l'unione civile è istituto di diritto pubblico. Essa si caratterizza, cioè, per un elevato livello di istituzionalizzazione e per una limitata rilevanza della volontà delle parti nella concreta disciplina del rapporto (limitata alla scelta del cognome comune o del regime patrimoniale). La legge ha inteso disciplinare l'istituto dell'unione civile attraverso un rinvio a singole previsioni del Codice civile relative al matrimonio<sup>10</sup>. Ciò va a corroborare, in qualche modo, l'immagine di un istituto di diritto familiare modellato sul matrimonio – con alcune rilevanti eccezioni, specie relative al profilo dei rapporti genitoriali – e riservato alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Da un lato, per molti profili, le differenze tra matrimonio e unioni civili sono solo nominali, non di contenuto (vengono, infatti, riconosciuti tutti i diritti del matrimonio, dai diritti patrimoniali all'eredità compresa la legittima, dal diritto al mantenimento e agli alimenti al diritto alla pensione di reversibilità, dal ricongiungimento familiare alla cittadinanza italiana per lo straniero unito civilmente, dal congedo matrimoniale a tutte le prerogative in materia di lavoro, dagli assegni familiari a tutte le disposizioni fiscali), dall'altro lato – e fermo che vi sono anche differenze sostanziali di rilievo – vi è la considerazione che le parole «contano», specie con riferimento ad istituti per i quali i simboli, le definizioni e i termini assumono grande rilievo sociale (basti pensare al venir meno dell'obbligo di fedeltà dei contraenti l'unione).

Il grande assente di questa riforma è il tema della filiazione: il voto di fiducia ha comportato il sacrificio dell'articolo 5 della legge, quello che estendeva alle parti di una unione civile omosessuale – attraverso la modifica dell'art. 44, lett. b), della legge n. 184/83 – la possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico o adottivo dell'altra parte, così garantendo al bambino la stabilità e la certezza giuridica del rapporto con il genitore sociale. È interessante sottolineare, tuttavia, come al ventesimo comma del maxi-emendamento sia stato lasciato un sibillino riferimento alla filiazione adottiva che potrebbe risultare tanto più incomprensibile ove si consideri che segue alla richiamata esclusione dell'applicabilità, alla l. 184\1983, della clausola di equivalenza posta dalla stessa disposizione. Si legge, infatti, che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»<sup>11</sup>. Ora, come è noto, la l. 184\1983 nulla

<sup>9</sup> Introdotto in Germania dalla *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 16 febbraio 2001 (LPartG), consultabile all'indirizzo: <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/> (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018). Cfr., sul punto, S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. Dir.*, 2015, 958 ss.; G. REPETTO, *At Crossroads between Privacy and Community: The Legal Status of Same-Sex Couples in German, Austrian and Swiss Law*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlino, 2014, 263 ss.

<sup>10</sup> Vale segnalare, peraltro, che l'utilizzo della tecnica del rinvio è stata oggetto di una evoluzione nei diversi testi che si sono succeduti nel corso dell'esame da parte della Commissione Giustizia del Senato. Nel testo unificato infine adottato dalla Commissione il 26 marzo 2015, si sostituisce al rinvio generale una serie di rinvii specifici al codice civile. Nel corso del successivo esame parlamentare, la tecnica del rinvio è stata ulteriormente limitata, con la riproduzione pedissequa, salvo talune eccezioni (cfr. i commi 5, 13 e 25 dell'attuale formulazione del testo di legge), del contenuto di molte delle disposizioni (codicistiche o meno) già oggetto di rinvio puntuale nelle versioni precedenti.

<sup>11</sup> Art. 1, comma 20, legge n. 76 del 2016.

prevede, e nulla consente, con riferimento alle adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. Appare quindi evidente che la disposizione debba essere letta – del resto è stato espressamente riconosciuto da chi l’ha proposta – come una sorta di clausola di salvezza, volta a consentire, o meglio a non impedire, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale manifestatosi di recente, alla stregua del quale è stata riconosciuta l’adozione in casi particolari, di cui all’art. 44, lett. d) della legge sulle adozioni, a favore del co-genitore dello stesso sesso quando ciò corrisponda all’interesse del minore<sup>12</sup>.

## **2. «Prima i bambini»<sup>13</sup>: i tre principali filoni giurisprudenziali in materia di riconoscimento delle «nuove» forme di genitorialità**

La giurisprudenza che sarà esaminata nei paragrafi che seguono mette in evidenza, da un lato, il divario fra la realtà sociale e il diritto scritto e, dall’altro, l’inevitabile ruolo di supplenza svolto dai giudici. Del resto, come dimostra l’assenza nel testo sulle unioni civili di disposizioni in materia di filiazione, il legislatore ha preferito non avventurarsi in complessi processi di rielaborazione delle nozioni di famiglia e genitorialità, cosciente dei risvolti valoriali, etici e culturali e timoroso delle potenziali «derive» di una genitorialità a tutti i costi. Tuttavia le sempre più numerose modalità di instaurazione del rapporto di filiazione, stante ormai il superamento del paradigma naturalistico (e, quindi, prettamente eterosessuale), impongono al giurista una funzione «ordinante»<sup>14</sup> rispetto alla complessità della fenomenologia, al fine di assicurare anzitutto una adeguata protezione alla parte più vulnerabile del rapporto, ovverosia al minore. Così, a fronte di una legge che ha concepito l’unione civile come una relazione tra partner per i quali non è possibile – in via teorica – dare vita a rapporti di filiazione, il compito di garantire l’effettivo rispetto dei diritti dei minori che – di fatto – nascono e crescono in queste famiglie è spettato alla giurisprudenza.

### **2.1 La «stepchild adoption» o, per meglio dire, l’adozione in casi particolari**

Il primo filone giurisprudenziale da analizzare per ordine cronologico è quello relativo al riconoscimento dell’adozione del figlio, biologico o adottivo, del partner dello stesso sesso, la cd. *stepchild adoption*. Ad inaugurarla è stata una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, del 30 luglio 2014, n. 299 che ha interpretato in maniera estensiva l’ipotesi di adozione in casi

<sup>12</sup> Il riferimento è a un importante filone giurisprudenziale che ha riconosciuto e ammesso l’adozione «in casi particolari» del figlio del proprio partner, inaugurato da Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, n. 299.

<sup>13</sup> L’espressione è ripresa dal bel libro di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

<sup>14</sup> M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 1, 2015, 193.

particolari di cui all'art. 44 lett. d) della legge 184/1983. Il caso riguardava due mamme ed una bambina. La legge italiana, come noto, riconosce soltanto la mamma biologica e per tale ragione la mamma «sociale» chiedeva di essere ammessa all'adozione della minore. In seguito ad un approfondito esame della situazione di fatto (nel provvedimento si dà atto dell'indagine socio-psicologica condotta, dell'ascolto dei genitori ed anche del responsabile della scuola della bimba), il tribunale rilevava come la bambina fosse nata da un progetto genitoriale comune delle due donne, le quali erano conviventi da dieci anni, erano iscritte nel registro comunale delle unioni di fatto ed erano pure coniugate in Spagna, dove fu concepita la bambina. La scelta della mamma biologica era avvenuta soltanto in ragione della sua più giovane età. Cresciuta dalla coppia, la bimba, all'epoca della sentenza di cinque anni, riconosceva pienamente nelle due donne i propri genitori, chiamandole entrambe mamma. Le relazioni dei servizi sociali davano atto che la bambina era perfettamente inserita ed era priva di qualsiasi emergenza negativa: in concreto ed in poche parole, la bambina cresceva amata e serena.

A fronte di tale situazione di fatto, il Tribunale di Roma osserva come allo stesso non tocchi costruire alcuna nuova realtà giuridica o creare «nuovi diritti», ma soltanto di vagliare la rilevanza giuridica della situazione già esistente, verificando quale fattispecie giuridica trovi applicazione alla luce del superiore principio dell'esclusivo interesse della minore. Il giudice ha fatto ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» di cui all'art. 44, comma primo, lettera d), della legge 184/1983. Sono casi che prescindono dalla prova dello stato di abbandono del minore e realizzano l'interesse del minore ad essere adottato, pure sussistendo genitori o parenti che se ne possano prendere cura. La *ratio* profonda dell'istituto è dare veste giuridica a rapporti di fatto, fondati sull'accudimento del minore, prolungato nel tempo. Le ipotesi sub a), c) e d) sono consentite anche a chi non è coniugato e dunque anche al singolo. La motivazione della sentenza ruota giustamente tutta intorno al benessere della minore e al rapporto tra questa e l'aspirante adottante, partner della madre biologica. A dire di questo giudice, la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», presupposto per questa tipologia di adozione, dovrebbe intendersi correttamente non soltanto come «impossibilità di fatto», che ricorre quando, per esempio, l'affidamento preadottivo è rifiutato per le difficoltà caratteriali del minore o per una sua grave disabilità fisica o psichica, ma anche come «impossibilità di diritto». L'adozione *ex art.* 44, comma primo, lettera d), dovrebbe essere consentita anche a chi conviva stabilmente col genitore del minore e condivida con questo i compiti di mantenimento, istruzione ed educazione.

La decisione si distingue per almeno tre passaggi che non hanno mancato di suscitare un acceso dibattito tra gli studiosi: 1. l'assimilabilità, nell'interesse del minore, delle situazioni di genitorialità sociale del partner coniugato e del partner convivente *more uxorio* con il genitore dell'adottando; 2. l'assimilabilità delle coppie di fatto eterosessuali e omosessuali anche per quanto attiene alla genitorialità; 3. la lettura estensiva dell'art. 44, lettera d) e l'impossibilità «di diritto» di affidamento preadottivo. In particolare, il Tribunale evidenzia come il matrimonio non sia di per sé idoneo a tutelare il minore adottato meglio di quanto possa fare una convivenza *more uxorio*, stante anche il fatto che l'adozione del figlio del coniuge è possibile (e ammessa senza difficoltà) anche dopo la separazione e il divorzio della coppia, data la dissolubilità del vincolo matrimoniale. Ciò dimostra,



invero, che la *ratio* di questo istituto normativo è quella di fornire una copertura giuridica a una genitorialità sociale consolidata con il partner del genitore e favorire così l'interesse del minore alla più ampia protezione giuridica possibile. Questo punto diventa ancora più significativo in considerazione della recente riforma della filiazione (l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013) che, equiparando lo *status* giuridico di tutti figli, ha vietato ogni discriminazione che possa derivare dal dato astratto dello stato civile del genitore<sup>15</sup>.

Il giudice nega anche l'ammissibilità di qualunque discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale con riferimento alla capacità genitoriale, sociale o biologica che sia: come riconosciuto dalla Corte di Cassazione proprio in materia di affidamento di un minore a un genitore omosessuale, l'assunto per cui il corretto ed armonioso sviluppo psichico del minore possa essere garantito soltanto dal suo inserimento in una dinamica di coppia eterosessuale resta espressione di un pregiudizio (come tale inaccettabile socialmente e ancor di più privo di spessore giuridico) laddove esso non sia suffragato da adeguati riscontri scientifici o da dati di esperienza, ragion per cui – in assenza di tali riscontri – non vi è motivo per ritenere dannosa per un minore la sua permanenza all'interno di una nucleo omosessuale. Del resto, numerose sono le decisioni dei giudici di merito che hanno proceduto all'affidamento di minori a coppie formate da persone dello stesso sesso, spesso in un dialogo fruttuoso con le pronunce delle corti sovranazionali<sup>16</sup>. Pertanto, se chiunque, anche chi non è coniugato, può adottare nei casi speciali, il solo orientamento sessuale non può precludere l'accoglimento del ricorso, purché, come è stato dimostrato nel caso concreto, l'adottante abbia una capacità genitoriale adeguata a soddisfare le esigenze dell'adottando. Infine, con riferimento all'obiezione della necessità dello stato di abbandono del minore ai fini della sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 44 lettera d), l'esistenza della madre biologica (ovviamente attiva nell'accudimento della figlia) rende giuridicamente impossibile la dichiarazione di abbandono e l'affidamento preadottivo e dunque pienamente applicabile l'ipotesi di cui alla lettera d), fra l'altro azionabile anche da un singolo, come la ricorrente madre «sociale».

Questa interpretazione dell'art. 44, comma 1, lettera d) della legge sulle adozioni ad opera del Tribunale per i minorenni di Roma, e successivamente della Corte d'Appello di Roma, è stata infine avallata anche dalla Suprema Corte di Cassazione che con la sentenza n. 12962 del 26 maggio 2016, depositata in data 22 giugno 2016 ha confermato l'adozione co-parentale (cd. *stepchild adoption*) da parte del genitore sociale all'interno delle famiglie omogenitoriali. Si tratta della prima adozione co-parentale riconosciuta dalla Cassazione e pone un primo, importante, punto fermo

<sup>15</sup> Cfr., sul punto, A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017; FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012. Atti dei convegni Milano, 7 marzo 2014, Bolzano, 21 marzo 2014, Salerno, 13 giugno 2014*, Gruppo 24 ore, Milano, 2015 e M. SAPORITI, *Omogenitorialità, famiglia e «mero pregiudizio»*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2014, 247-272.

<sup>16</sup> Si vedano, per esempio, M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, nn.7-8, 2016, 976 ss. e G. CURCIO, L. TROVATO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì*, in *Minorigiustizia*, n.1, 2017, 153-159. In senso critico, per completezza, si segnala invece A. ARAGNO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no*, in *Minorigiustizia*, n.1, 2017, 146-152.

nell'intricato dibattito che negli ultimi anni agita la questione della genitorialità omosessuale<sup>17</sup>.

Due gli snodi principali della motivazione degli Ermellini: 1) l'adozione in casi particolari nell'ambito di una coppia omosessuale non determina in astratto un conflitto di interessi tra genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice; 2) tale modello adottivo prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammesso sempreché alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il superiore interesse del minore (*best interests of the child*).

La Corte esclude, innanzitutto, la sussistenza in astratto di un conflitto di interessi fra il minore e il proprio genitore biologico. La Procura aveva evidenziato la potenzialità di tale conflitto, assumendo che fosse conseguente alla relazione sentimentale che univa la madre legale alla madre sociale e richiedendo pertanto che la minore fosse difesa in giudizio da un curatore speciale. La questione, peraltro senza precedenti specifici, consisteva nello stabilire se, nell'ambito di un rapporto di convivenza di coppia, la domanda proposta da uno dei due partner per l'adozione del figlio dell'altro, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184/1983, determinasse *ex se* un conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra il minore e, in questo caso, la madre legale. Nel ricostruire il quadro normativo italiano, alla luce anche delle fonti internazionali (*in primis*, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996), la Suprema Corte ha evidenziato che nei casi di conflitto soltanto potenziale spetta al giudice di merito il potere-dovere di verificare in concreto la situazione di incompatibilità di interessi del genitore-rappresentante legale e del minore e che, nel caso di specie, deve ritenersi infondata. Infatti, diversamente da quanto sostenuto dalla Procura Generale, deve escludersi che nel procedimento di adozione in casi particolari – essendo questo mirato a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive e continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di cura, educazione e assistenza analoghi a quelli genitoriali – possa ravvisarsi una situazione di conflitto di interessi *in re ipsa*. Il giudice di merito, inoltre, aveva trattato espressamente la questione escludendo la necessità della nomina di un curatore speciale, accertando in concreto l'assenza di incompatibilità d'interessi. Anche perché, pare il caso di sottolinearlo, o si ritiene che sia proprio la relazione sottostante (coppia dello stesso sesso) ad essere potenzialmente dannosa e contrastante con l'interesse del minore – incorrendo, come puntualmente fa notare la Corte di Cassazione, in una valutazione negativa e aprioristica dell'orientamento sessuale dei partner della coppia che ha natura discriminatoria e è non sostenuta da alcuna evidenza scientifica (si veda, Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza 8 novembre 2012 – 11 gennaio 2013, n. 601) – oppure si esclude la configurabilità in via generale e astratta di

<sup>17</sup> Per un ulteriore approfondimento si vedano, fra i molti, G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2016, 1213 ss.; S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, n.2, 2016, 102-130; G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra (Nota a Cass. 22 giugno 2016, n. 12962)*, in *Foro Italiano*, 2016, 2342; M. GATTUSO, A. SCHILLACI, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in *www.articolo29.it*, 2017. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

una situazione di conflitto di interessi nell'ambito del paradigma adottivo.

Nella seconda parte della sentenza, la Corte di Cassazione affronta invece la questione dell'interpretazione dell'art. 44, comma 1, lettera d), affermando che «la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» deve essere intesa come impossibilità anche giuridica, e non solo di fatto. Infatti, l'esistenza della madre biologica (ovviamente attiva nell'accudimento della minore) rende giuridicamente impossibile la dichiarazione di abbandono e l'affidamento preadottivo e dunque pienamente applicabile l'ipotesi di cui alla lettera d), fra l'altro azionabile anche da un singolo, come la ricorrente madre «sociale». Una soluzione, questa, che appare pienamente conforme sia alla lettera che alla *ratio* della legge, la cui interpretazione restrittiva ostacolerebbe in una molteplicità di situazioni – ivi compresa quella *de qua* – il perseguimento del massimo benessere possibile del minore (leggasi *best interests of the child*) che, come non mancano di ricordare sia il giudice di merito, sia il giudice di legittimità, deve essere sempre il principio guida in ogni decisione che riguarda il bambino. Alla luce del testo e della *ratio* della disposizione, conclude la Suprema Corte, l'interpretazione «restrittiva» invocata dalla Procura Generale e fondata sulla qualificazione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» come mera «impossibilità di fatto» non può essere accolta. Vero è che tale norma ha avuto in passato un'interpretazione restrittiva, secondo la quale si richiederebbe un'impossibilità solo «di fatto», riferendosi inevitabilmente solo a quei minori abbandonati (o in stato di semi-abbandono) per i quali, per esempio per ragioni di età o di salute, non sia possibile reperire una coppia aspirante all'adozione legittimante. Tuttavia, tale interpretazione restrittiva è stata poi oggetto di ripensamento da parte della giurisprudenza (cfr. Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza n. 626/2007; Corte d'Appello di Firenze, sentenza 1274/2012; cfr., anche, Corte cost. n. 198/1986). In particolare, l'adozione sarebbe possibile anche nel caso in cui l'impossibilità di affidamento preadottivo sia solo «di diritto», cioè nel caso in cui l'affidamento preadottivo sia precluso dal fatto che il minore non si trova in stato di abbandono essendo presente un genitore che dello stesso si occupa in modo adeguato. Soltanto in questo modo diventa possibile tutelare l'interesse del minore (anche non in stato di abbandono) al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi e alla stabilizzazione dei legami affettivi che, di fatto, sono per lui importanti punti di riferimento (cfr., Corte cost., sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383, secondo cui la *ratio* dell'effettiva realizzazione degli interessi del minore consente l'adozione per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» anche quando i minori «non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili»).

Secondo la Suprema Corte, tale interpretazione più estensiva è pienamente conforme alla *littera legis*, che prevede come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, comma 1, lettera d) l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non la sussistenza di una situazione di abbandono (richiesta invece per l'adozione piena e legittimante)<sup>18</sup>. Essa altresì consente di realizzare l'interesse superiore del minore in linea con la *ratio legis*, in quanto il legislatore

<sup>18</sup> In senso critico si veda, per esempio, I.M. PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016.

prevedendo la lettera d) come clausola residuale per tutti quei casi speciali non inquadrabili nella disciplina della adozione legittimante e non rientranti nelle altre e più specifiche ipotesi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 44, ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e le persone che già si prendono cura di lui, continuativamente e stabilmente, al fine di realizzare effettivamente gli interessi del minore. Dunque, coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica e adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità «di diritto» di procedere all'affidamento preadottivo, lasciando al giudice la verifica delle condizioni di cui all'art. 44 e se l'adozione realizza in concreto il superiore interesse del minore (leggasi il massimo benessere possibile per quel determinato minore)<sup>19</sup>.

A partire dalla prima sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, sono seguite altre pronunce da parte di altri Tribunali che, nella maggior parte dei casi, hanno seguito la medesima argomentazione e sono giunti al medesimo risultato<sup>20</sup>. Meritano di essere segnalate, in particolare, la decisione del Tribunale per i minorenni di Bologna che con sentenza del 6 luglio 2017 ha messo in risalto come, per effetto dell'espresso riferimento alla «vita familiare» contenuto nel comma 12 dell'articolo 1 della legge sulle unioni civili, tali coppie debbano essere considerate alla stregua di vere e proprie famiglie, «così offrendo all'adozione in casi particolari, un substrato relazionale solido, sicuro, giuridicamente tutelato», e quella della Corte d'Appello di Napoli, che con sentenza del 4 luglio 2018 ha riformato la decisione di primo grado – nella quale si evidenziava come, trattandosi di persone non coniugate, la responsabilità genitoriale si concentrerebbe solo in capo all'adottante sicché il consenso all'adozione da parte del genitore biologico, ignorando tale circostanza, sarebbe viziato – ritenendo piuttosto che, alla stregua delle generali disposizioni del codice civile, la responsabilità genitoriale rimane in capo anche al genitore biologico che la esercita insieme al genitore sociale adottante<sup>21</sup>.

Per completezza espositiva si devono segnalare anche alcune pronunce di segno contrario che hanno cioè negato l'ammissibilità dell'adozione in casi particolari nell'ambito della coppia

<sup>19</sup> Per un approfondimento sul significato e sulla funzione della clausola dei *best interests* si rimanda a L. GIACOMELLI, *(Re)Interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in *Atti del Convegno del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici"*, Giuffrè, Roma, 2014, 467-483 e E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, op. cit.

<sup>20</sup> Così, Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 dicembre 2015; Tribunale per i minorenni di Venezia, sentenza del 31 maggio 2017, n. 90 (tuttavia, il giudice veneziano – pur aderendo all'orientamento maggioritario – tiene a precisare (in maniera criticabile ad avviso di chi scrive) che le due mamme sono (e, si intende, dovranno essere) consapevoli della necessità che «i figli si relazionino con persone di orientamento non omosessuale»); Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenze del 31 agosto 2017, del 19 dicembre 2017 n. 4635 (entrambe confermano l'applicabilità dell'art. 44, lett. d) della legge 184/1983 anche nel caso di impossibilità «giuridica» di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo almeno un genitore biologico che ne ha cura e per il sussistere dell'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale «di fatto» instauratosi con l'altra figura genitoriale, seppure dello stesso sesso); Corte d'Appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015; Corte d'Appello di Milano - Sezione V delle Persone, dei Minori e della Famiglia, sentenza del 9 febbraio 2017; Corte d'Appello di Torino, sentenza del 27 maggio 2016 e Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 13 luglio 2018 e depositata il 10 ottobre 2018.

<sup>21</sup> Cfr., per un approfondimento, M. GATTUSO, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

omoaffettiva. Il Tribunale per i minorenni di Milano nella sentenza del 13 settembre 2016, depositata il 17 ottobre 2016, ha infatti ritenuto che le ipotesi di cui all'art. 44 lettere a), c) e d) si riferirebbero tutte a situazioni che hanno alla base «l'abbandono o gravi carenze delle figure genitoriali», circostanza che non si riscontrerebbe nella fattispecie in esame in quanto il bambino era perfettamente accudito dal genitore biologico. Il divieto di adozione in casi particolari verrebbe così a riferirsi a qualsiasi tipo di coppia di fatto (sia eterosessuale che omosessuale) e dunque non sarebbe discriminatorio. Inoltre, la Corte ha sostenuto di considerare implicita nello stralcio della *stepchild adoption* nella legge sulle unioni civili la volontà del legislatore di delimitare i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari, ravvisando in questo un ulteriore elemento per negare la domanda del ricorrente. Similmente ha statuito anche il Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza dell'11 settembre 2015, e il Tribunale per i minorenni di Palermo, sentenza del 3 luglio 2017. In particolare, quest'ultimo ha ritenuto che l'adozione in casi particolari non produca gli effetti dell'adozione co-parentale di cui agli artt. 48 e 50 della legge n. 184/1983. Secondo il giudice siciliano, il genitore biologico avrebbe prestato un consenso «viziato» in quanto inconsapevole dell'effetto abdicativo della propria responsabilità genitoriale: infatti, dalla norma che afferma che nell'ambito del matrimonio la responsabilità spetta ad entrambi i coniugi (l'uno genitore biologico, l'altro adottivo) viene implicitamente dedotta la conseguenza che fuori dal matrimonio la responsabilità possa o addirittura debba non essere congiunta.

## ***2.2 La trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita con due genitori dello stesso sesso***

Un secondo, importante quanto controverso, filone giurisprudenziale in materia di omogenitorialità è quello relativo alla trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati di nascita formati all'estero e recanti l'indicazione di due genitori dello stesso sesso. Si tratta di coppie omosessuali che hanno fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (nel caso di due donne) o alla gestazione per altri (nel caso di due uomini) in Paesi stranieri dove ciò è consentito dalla legge e che, al rientro in Italia, chiedono la trascrizione dell'atto di nascita dei loro figli nei registri dello stato civile.

La prima questione che viene in rilievo è la riconoscibilità nell'ordinamento italiano degli atti di nascita formati nel Paese straniero in conformità alle sue leggi. Qui, l'interprete si ritrova in una dimensione per così dire *ex post*, cioè in un assetto fattuale già significativamente delineato, riguardo al quale si tratta di sondare la possibilità, nel sistema interno, di attribuire corrispondente riconoscimento e consistenza sul piano degli effetti giuridici. La seconda questione, intrecciata con la precedente, è quella relativa alla normativa di riferimento, al fine di individuare i principi e le regole applicabili ai figli generati tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita e a quelli nati a seguito di gestazione per altri (di seguito, gpa).

Anzitutto è opportuna una premessa. Considerata la natura particolarmente restrittiva della legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita (di seguito, pma), la n. 40 del 2004, non

sorprendono i dati raccolti in diverse cliniche operanti in Paesi europei quali Belgio, Repubblica Ceca, Slovenia, Danimarca, Svizzera e Spagna in base ai quali la percentuale più alta di pazienti stranieri che si sottopongono a tali trattamenti appartiene a cittadini italiani. Ostacoli, quelli posti dalla legge sulla pma, che nonostante il graduale smantellamento a cui è stata sottoposta dalla giurisprudenza<sup>22</sup>, rimangono insormontabili soprattutto per una specifica categoria della popolazione: le coppie dello stesso sesso. Infatti, se è vero che a seguito dell'introduzione della legge sulle unioni civili, le coppie omosessuali possono formalizzare la loro unione anche in Italia, è altrettanto vero che esse restano completamente escluse da ogni possibilità di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità. Anche la legge sulla pma non fa eccezione, riservando il ricorso a tali tecniche soltanto alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi. Il cd «turismo procreativo» rappresenta pertanto l'unica alternativa possibile. Questa necessità, tuttavia, assume contorni differenti a seconda che sia una coppia di donne o una coppia di uomini a perseguire tale progetto di genitorialità. Infatti, nel primo caso, le aspiranti genitrici devono aggirare il divieto di cui all'art. 5 della legge n. 40/2004 che esclude le donne single e le coppie dello stesso sesso dai soggetti legittimati a ricorrere alla pma. Sarà dunque sufficiente recarsi all'estero, dove la normativa non prevede tali divieti, e mettere in pratica una fecondazione di tipo eterologo, utilizzando lo sperma di un donatore e gli ovociti della partoriente o dell'altra donna così da garantire un legame biologico con entrambe. Il parto può anche avvenire in Italia. Nel secondo caso, invece, gli aspiranti genitori incontrano maggiori difficoltà, trovandosi costretti a ricorrere alla gestazione per altri in un Paese che lo consente. Il bambino nascerà quindi all'estero e l'atto di nascita, in conformità con la *lex loci*, indicherà i «committenti» come genitori legali del nato.

Al rientro di queste famiglie in Italia si è dunque posto il problema di consentire la trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati di nascita al fine di attribuirgli piena consistenza sul piano giuridico anche nell'ordinamento interno. Il bisogno fondamentale cui il diritto deve fare fronte, in particolare, è quello di tutelare in maniera piena ed effettiva il minore, garantendo il suo diritto fondamentale alla conservazione del suo *status filiationis* e alla stabilità dei rapporti affettivi con coloro che se ne prendono cura.

Con decreto del 29 ottobre 2014, la Corte di Appello di Torino ha ordinato, per la prima volta, la trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato da due donne in Spagna<sup>23</sup>. La coppia di donne aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa in Spagna: la madre italiana aveva trasferito il

---

<sup>22</sup> Si ricordino, a titolo di esempio, le ben note sentenze n. 162/14 e 96/2015 con le quali la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità – rispettivamente – del divieto di fecondazione eterologa e del divieto di accesso alla pma con diagnosi preimpianto per le coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Per un approfondimento si vedano M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014, 13 ss.; M. C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e per le parti unite civilmente*, in *GenIUS*, n. 1, 2018, 85-100.

<sup>23</sup> Cfr., tra gli altri, G.N. LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio dei coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Diritto civile contemporaneo*, n. 2, 2015, 1-15 e S. CELENTANO, *La trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale*, in *Questione Giustizia*, 2015.

proprio ovulo alla madre spagnola che, dopo la fecondazione con seme proveniente da un donatore anonimo, aveva portato a termine la gravidanza. La coppia successivamente aveva divorziato e il Tribunale di Barcellona aveva statuito l'affidamento condiviso del figlio. La madre italiana, volendo tornare in Italia, aveva richiesto quindi la trascrizione dell'atto di nascita del figlio alle autorità locali così da ottenere il riconoscimento legale del suo rapporto di filiazione anche in Italia e poter portare il proprio bambino con sé legittimamente. Il Tribunale di Torino aveva però negato la trascrizione perché in contrasto con l'ordine pubblico: infatti, secondo la legge italiana, la madre è soltanto colei che partorisce il bambino, in questo caso la madre spagnola, e dunque al figlio non poteva essere riconosciuta nemmeno la cittadinanza italiana per il principio dello *ius sanguinis*.

La Corte di Appello smentisce la decisione di primo grado, rilevando che il perseguimento del massimo benessere possibile del minore è principio fondamentale dell'ordinamento italiano e che, nel caso di specie, questo può essere raggiunto solo consentendo al bambino di mantenere uno stabile rapporto con entrambe le madri, tenuto conto anche che senza tale trascrizione il minore non potrebbe ottenere la cittadinanza italiana e non potrebbe quindi venire in Italia con la madre italiana. In via preliminare viene sottolineato come la procedura disciplinata dall'ordinamento dello stato civile (D.P.R. n. 396/2000), ai fini della trascrizione dell'atto, sia finalizzata soltanto a regolare l'attività di certificazione, mentre l'individuazione del rapporto di filiazione deve desumersi nel caso in esame secondo le norme del diritto internazionale privato. Ne consegue che lo stato di figlio, in base all'art. 33, deve essere determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita, e che lo status di figlio legittimo acquisito alla luce della legge nazionale di uno dei due genitori non può essere contestato che alla stregua di detta legge. Ora, nel caso in esame, il minore è nato in Spagna e, secondo la legge spagnola, è figlio legittimo di entrambe le madri e, poiché vige certamente nel nostro sistema il principio del *favor filiationis* (confermato dall'art. 13, comma terzo, l. 218/1995 che consente il rinvio alla legge straniera «soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione»), il minore deve essere ritenuto, anche per l'ordinamento italiano, figlio di entrambe le madri ed ha, dunque, assunto la cittadinanza italiana *ius sanguinis* in quanto figlio (anche) di madre italiana<sup>24</sup>.

Ad avviso dei giudici di secondo grado, inoltre, è da escludere che la trascrizione del certificato di nascita possa essere impedita dai principi dell'ordine pubblico internazionale. I giudici rammentano al riguardo come tali principi, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, debbano intendersi come «principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un dato periodo

---

<sup>24</sup> Dopo la decisione della Corte d'Appello di Torino, gli Uffici Anagrafe di altri comuni (Roma e Napoli) hanno iniziato a trascrivere l'atto di nascita di bambini di coppie dello stesso sesso sposate all'estero, senza che fosse stata intrapresa alcuna azione giudiziaria. L'Anagrafe di Roma, con provvedimento in data 4 febbraio 2015, ha provveduto alla trascrizione del certificato di nascita di un bambino di tre anni, nato a Buenos Aires, da una madre italiana e da una madre argentina, in seguito a procreazione medicalmente assistita. Il minore ha acquisito la cittadinanza italiana ed un cognome composto dal cognome di ciascuna madre. Similmente a Napoli, con provvedimento del 30 settembre 2015, il figlio di due donne sposate in Spagna da dieci anni e residenti a Barcellona risulta ora avere anche sui certificati italiani due mamme e ha potuto così ottenere il passaporto e la cittadinanza italiani.

storico» e fondati su esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, «di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale». Fra i principi che concorrono a determinare l'ordine pubblico internazionale ricorrono, allora, anche quelli desumibili dalla Convenzione europea dei diritti umani secondo l'interpretazione delle Corti europee, oltre che ovviamente quelli desunti dalla Costituzione e dai principi fondamentali dell'ordinamento posti a garanzia dei diritti fondamentali. Non sorprende, quindi, il richiamo alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, – che ha riconosciuto alle coppie omosessuali il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia e di ottenere il riconoscimento e la garanzia di tale diritto inviolabile secondo la discrezionalità del legislatore –, seguito dalla menzione della decisione della Corte di Strasburgo che ha sancito espressamente che l'art. 12 CEDU ricomprende, seppur non in termini di riconoscimento del diritto, anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso e che una coppia omosessuale convivente, con una stabile relazione di fatto, rientra a tutti gli effetti nella nozione di famiglia, come vi rientrerebbe la relazione eterosessuale nella medesima condizione. Un dialogo tra Corti, questo, già fatto proprio dalla Corte di Cassazione, anch'essa qui richiamata, che, nella sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, in tema di trascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all'estero<sup>25</sup>, ha chiarito la possibilità di adire i giudici comuni per ottenere, ove necessario, un trattamento omogeneo a quello previsto per la coppia coniugata.

Dunque, sarebbe proprio per il rispetto dell'ordine pubblico internazionale che l'ordinamento è tenuto a trascrivere il certificato di nascita del minore nato regolarmente all'estero, allorché solo così è possibile «garantire copertura giuridica a una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse del bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri»<sup>26</sup>. Ciò che rileva essere valutato ai fini dei *best interests of the child* è la relazione verticale tra il bambino e la madre «sociale», la quale deve essere tenuta distinta dal rapporto orizzontale tra le due donne. Richiamando inoltre i precedenti della Corte europea per i diritti umani – i casi *Menesson v. Francia*, *Labassee v. Francia* e *X & Altri v. Austria* – la Corte d'Appello torinese ha evidenziato che la mancata trascrizione dell'atto darebbe luogo a un grave pregiudizio per il minore, comprimendo il suo diritto all'identità personale e rendendo claudicante il suo *status* giuridico.

Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte di Cassazione, la quale – rigettando i ricorsi proposti dal Procuratore generale della Repubblica e dal Ministero degli interni avverso il decreto della Corte torinese – ha confermato la posizione delineata dai giudici di secondo grado non rinvenendo ragioni ostative alla trascrivibilità dell'atto di nascita. Con sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, gli ermellini hanno fissato alcuni principi di grande rilevanza che, in mancanza di una disciplina legislativa, aggiungono un ulteriore tassello al frammentato mosaico che tutela l'omogenitorialità. Infatti, questa pronuncia segna una progressiva evoluzione del concetto di ordine

<sup>25</sup> Corte di Cassazione, Sez. I civ., sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184.

<sup>26</sup> Corte d'Appello di Torino, decreto del 29 ottobre 2015, 66.



pubblico, alla luce del superiore interesse del minore<sup>27</sup>. Viene, infatti, offerta una ricostruzione del concetto di «ordine pubblico», da intendersi come scritto precedentemente quale «ordine pubblico internazionale»: «tale più aperta concezione si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»<sup>28</sup>.

Pertanto, il giudice nazionale chiamato a compiere la verifica di compatibilità con l'ordine pubblico di un atto straniero, non deve valutare la conformità o la difformità della disciplina straniera rispetto a quella interna, ma solo se sussista un contrasto tra l'atto straniero e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Così delineati i termini (e i confini) del proprio giudizio, la Corte entra nel merito, affrontando la questione della compatibilità dell'atto di nascita con la «tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e formare una famiglia, valori [...] già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale»<sup>29</sup>. Il riconoscimento e la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza, non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero. Tale diritto – prosegue la Corte – è strettamente connesso con quello alla vita privata e all'identità, non solo fisica, ma anche personale e sociale del minore, come ripetutamente sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza è diffusamente richiamata; a ciò deve aggiungersi che il diniego di trascrizione, impedendo la continuità dello *status* di figlio rispetto alla madre di nazionalità italiana, precluderebbe al minore l'acquisto della cittadinanza italiana, e negare al minore la continuità della relazione giuridica con entrambe le madri radicherebbe una violazione dell'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti dell'UE, che sancisce il diritto a mantenere rapporti

<sup>27</sup> Cfr., sul punto, I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIUS*, n. 1, 2017, 70-76; 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), 2016. In senso critico, specialmente con la nozione di ordine pubblico internazionale offerta dalla Suprema Corte si veda, tra gli altri, G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in [www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it), n. 4, 2016. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

<sup>28</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

significativi con entrambi i genitori, indipendentemente – all’evidenza – dal loro sesso o orientamento sessuale. Né può ostare il rilievo che la nascita del minore sia avvenuta a seguito del ricorso ad una pratica di procreazione medicalmente assistita non consentita dalla legge italiana. «Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico» afferma la Corte, «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 [...] Vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»<sup>30</sup>. Né, infine, può essere assunto a principio inderogabile di ordine pubblico quello secondo cui, nel nostro ordinamento, madre è colei che partorisce, enunciato all’art. 269 c.c. L’attribuzione della maternità può essere inquadrata «in una cornice più ampia, aperta alla rilevanza centrale della trasmissione del patrimonio genetico ma anche, entro certi limiti, al rilievo del concetto di ‘responsabilità genitoriale’ specie quando, come nella specie, la non coincidenza tra parto e trasmissione del patrimonio genetico consegua ad un peculiare progetto genitoriale nell’ambito di una coppia omosessuale»<sup>31</sup>.

Alla luce di una tale ricostruzione, diventa sempre più evidente la consapevolezza che la nozione di vita familiare debba essere declinata in concreto, avuto riguardo ai rapporti che si instaurano nell’ambito della comunità familiare, e che meritano tutela, nell’equilibrio tra gli interessi coinvolti, con particolare riguardo a quello del minore. E tale nozione, afferma significativamente la Corte, «neppure presuppone necessariamente la discendenza biologica dei figli, la quale non è più considerata requisito essenziale della filiazione», come affermato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 162/14, in tema di tecniche di pma eterologa. Piuttosto che ad elementi di carattere biologico, la radice della meritevolezza di riconoscimento e tutela del vincolo familiare è dunque ricondotto – anche per le coppie omogenitoriali – alla «fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie»<sup>32</sup>.

A questo esito approdano anche le altre, sempre più frequenti, pronunce in tema di trascrizione dei certificati di nascita stranieri<sup>33</sup>. Merita, tuttavia, segnalare altre tre importanti decisioni che, pur confermando l’orientamento maggioritario, aggiungono, ad avviso di chi scrive, qualche elemento

<sup>30</sup> *Idem*, par. 8.3.

<sup>31</sup> *Idem*, par. 11.1.

<sup>32</sup> *Idem*, par. 12.1.

<sup>33</sup> Così, Corte d’Appello di Torino, decreto del 29 ottobre 2014; Corte d’Appello di Milano, decreto del 28 dicembre 2016 (che riforma la pronuncia in senso contrario del Tribunale di Milano, decreto del 12 maggio 2016); Tribunale di Livorno, decreto 12 dicembre 2017; Tribunale di Perugia, decreto del 9 febbraio 2018, confermato da Corte d’Appello di Perugia, decreto del 7 agosto 2018; Tribunale di Roma, decreto dell’11 maggio 2018 (che ordina la rettifica dell’atto di nascita formato negli Stati Uniti di un minore nato da gpa nell’ambito di una coppia di uomini, ritenendolo non contrario all’ordine pubblico, nell’accezione confermata dalla Cassazione, e conforme al superiore interesse del minore alla luce anche del quadro sovranazionale e internazionale); Tribunale di Torino, decreto dell’11 giugno 2018; Corte d’Appello di Venezia, ordinanza 28 giugno 2018.

in più a quanto finora detto. Il Tribunale di Napoli, con sentenza dell'11 novembre 2016, su una vicenda molto simile a quella affrontata dalla Suprema Corte, nel valutare la compatibilità dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri si sofferma sull'introduzione in Italia dell'istituto delle unioni civili. In particolare, scrive il giudice, «l'accertamento della genitorialità fondato su una materialità diversa da quella biologica ma ad essa riconducibile in forza del rapporto esistente tra le due donne» è da ritenersi compatibile con l'ordine pubblico, «specialmente alla luce del fatto che anche nell'ordinamento nazionale è ora previsto un istituto [...] assimilabile a quello matrimoniale, con la conseguenza di consentire, nell'interesse del figlio, che si veicoli dall'una all'altra donna, la capacità, già dimostrata nella convivenza di fatto, di svolgere il compito di genitore, pur se priva della qualifica di partoriente». L'esistenza, in altre parole, di un progetto di genitorialità condiviso tra le due donne manifesta in modo molto chiaro la volontà della madre non biologica di ricorrere alla pma eterologa. Il diniego di trascrivere l'atto, dunque, avrebbe come conseguenza principale quella di turbare l'interesse del minore – nonché di pregiudicare la sua identità – soprattutto in presenza di un modello familiare idoneo alla sua crescita, realizzato attraverso l'integrazione tra il dato fisico (la madre partoriente) e il dato spirituale (l'assunzione della responsabilità genitoriale da parte della madre sociale, coniugata alla prima).

La Corte d'Appello di Trento, con ordinanza del 23 febbraio 2017, ha stabilito il riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero che stabiliva la sussistenza di un legame genitoriale tra due minori nati grazie alla gestazione per altri – nel quadro di un progetto di genitorialità in coppia omosessuale – ed il loro padre non genetico. Per la prima volta un giudice di merito dispone la trascrizione di un certificato di nascita straniero recante due padri che hanno fatto ricorso alla gpa. Ancora una volta sono ribaditi i due argomenti fondamentali a sostegno della richiesta dei ricorrenti: 1) compatibilità tra la trascrizione dell'atto di nascita straniero e l'ordine pubblico «internazionale»; 2) esigenza di garantire i *best interests of the child* e dunque tutelare i suoi diritti fondamentali tra cui quello alla continuità dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori; 3) assoluta indifferenza delle tecniche di procreazione cui si sia fatto ricorso all'estero rispetto al diritto del minore al riconoscimento dello *status* di figlio nei confronti di entrambi i genitori che lo abbiano portato al mondo, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte chiarisce come l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non sia di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero, dovendosi escludere «che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato»<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Corte d'Appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017, 17-18. Per un commento più approfondito si rinvia a G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corriere giuridico*, n. 7, 2017, 946-952; C.E. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e preminente interesse del minore*, in *Corriere giuridico*, n.7, 2017, 952-968 e M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica sentenza della Corte d'Appello di Trento*, in *Quotidiano giuridico*, 2017.

Di grande rilievo è poi la sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017, nella quale la Corte di Cassazione affronta per la prima volta il tema della compatibilità tra la legge sulle unioni civili e le regole in materia di filiazione. Il caso riguardava una coppia di donne, coniugate e residenti all'estero, che chiedevano la rettificazione dell'atto di nascita straniero, originariamente trascritto solo come figlio della partoriente, con l'indicazione di entrambe le madri. In primo e secondo grado veniva tuttavia rigettata la richiesta, sostenendo che la rettificazione comportasse necessariamente il riconoscimento della validità del loro matrimonio anche in Italia, ipotesi questa contraria all'ordine pubblico. La Corte di Cassazione, nel dare ragione alle ricorrenti, ha ricostruito la disciplina dell'omogenitorialità nell'ordinamento nazionale, facendo chiarezza su alcuni approdi giurisprudenziali che, a questo punto, possono dirsi consolidati: I) la piena legittimità dell'interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d), della legge sulle adozioni; II) la non contrarietà all'ordine pubblico (da leggersi in chiave internazionalistica) dell'indicazione di due genitori dello stesso sesso sull'atto di nascita straniero; III) il fatto che l'ordinamento interno vieti il ricorso alla pma da parte di coppie dello stesso sesso e il ricorso alla gpa non osta alla trascrizione o alla rettificazione del certificato di nascita del minore nei registri dello stato civile, dovendosi avere riguardo anzitutto dei *best interests of the child* e, dunque, del diritto del minore alla continuità del suo *status filiationis*; IV) la responsabilità genitoriale non discende più unicamente dalla verità biologica ma anche e soprattutto dalla serietà della volontà ad assumersi tale responsabilità. «All'unicità dello stato di figlio corrisponde, ormai, una pluralità di titoli della filiazione: la generazione, l'adozione, l'assunzione di responsabilità verso il nato»<sup>35</sup>.

Dunque, sebbene la legge non contempli la genitorialità omosessuale, l'approccio pragmatico dei giudici – sia di legittimità che di merito – evidenzia e risponde all'esigenza di conservare il progetto familiare della coppia, realizzato con consapevolezza e responsabilità, soprattutto allo scopo di proteggere il minore e i suoi diritti, tra cui quello di mantenere le relazioni affettive create e consolidate.

Molto interessante, infine, è anche la decisione del Tribunale di Milano del 24 ottobre 2018, con la quale è stato ordinato agli ufficiali di stato civile del Comune di rettificare l'atto di nascita di una bambina nata negli Stati Uniti con l'indicazione di entrambi i padri. In un primo momento, l'atto di nascita era stato trascritto nei registri dello stato civile con il solo nome del padre biologico conformemente all'originario certificato di nascita. Successivamente i genitori avevano chiesto e ottenuto dall'autorità americana la rettifica dei documenti anagrafici della figlia affinché risultassero i nomi di entrambi i padri. Ma il Comune di Milano aveva rifiutato di rettificare l'atto di nascita italiano e di aggiungere il secondo genitore. Il Tribunale, all'esito di una accurata ricostruzione del concetto di ordine pubblico nell'evoluzione della giurisprudenza italiana e sovranazionale, ha aderito al principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 19599/2016 ed ha confermato che non è contraria all'ordine pubblico (internazionale) la trascrizione dell'atto di nascita con due padri. Il Tribunale ribadisce come la rettificazione dell'atto

<sup>35</sup> G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2015, 260.

di nascita corrisponda ai *best interests* del bambino rispetto alle conseguenze giuridiche ad essa connesse. Tra queste conseguenze, il giudice cita i «diritti alla bigenitorialità, alla certezza giuridica, all'unicità della propria condizione giuridica e sociale e dunque all'identità personale, nonché alla stabilità dei legami acquisiti fin dalla nascita nel contesto familiare».

### **2.2.1 L'interpretazione costituzionalmente conforme della legge n. 40 del 2004: un'ulteriore apertura a favore del riconoscimento dell'omogenitorialità**

Bisogna, da ultimo, dare conto anche di alcune recenti pronunce di merito che, per la prima volta, hanno disposto che l'ufficiale di stato civile è obbligato a firmare l'atto di nascita del bambino riconoscendo la doppia maternità sin dall'inizio. Questo alla luce di un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

Il Tribunale di Pistoia, con decreto del 5 luglio 2018, ha ordinato per la prima volta la formazione *ab initio* di un atto di nascita recante l'indicazione di due madri di un minore nato in Italia, in applicazione diretta della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Il giudice pistoiese ha ritenuto applicabili gli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 ad una coppia di persone dello stesso sesso, affermando che la responsabilità genitoriale della madre non biologica sorge per effetto della prestazione del consenso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Le due ricorrenti, unite civilmente dal 2016, avevano intrapreso la scelta di attuare un progetto di genitorialità condiviso mediante il ricorso in Spagna alla pma. Successivamente, la coppia si era presentata dinnanzi il proprio comune di residenza per dichiarare la nascita del figlio ma si era vista opporre il diniego del sindaco alla dichiarazione di riconoscimento congiunto perché ritenuto in contrasto con i principi e le condizioni di acquisizione dello *status filiationis* vigenti nell'ordinamento italiano. Veniva, dunque, proposto ricorso avverso tale rifiuto ai sensi dell'art. 95, comma 1, D.P.R. n. 396/2000, chiedendo la correzione dell'atto di nascita esistente e la sua integrazione con l'indicazione delle due ricorrenti come madri del minore e l'attribuzione a quest'ultimo del doppio cognome. Questa decisione, che interviene per colmare un altro vuoto normativo lasciato scoperto dal legislatore italiano nonostante la legge sulle unioni civili (n. 76/2016), può essere compresa e correttamente inquadrata soltanto se si tengono a mente alcune premesse fondamentali: anzitutto, una giurisprudenza consolidata che riconosce l'idoneità genitoriale delle coppie omosessuali alla luce dei *best interests of the child* e che abbandona un concetto di filiazione basato sul solo dato biologico e, in secondo luogo, una rinnovata sensibilità e solidarietà civile di molte amministrazioni locali che negli ultimi mesi hanno preso posizione e ordinato la trascrizione nei registri di stato civile italiani di molti bambini nati in famiglie omogenitoriali.

La decisione in commento aggiunge un nuovo e ulteriore tassello al complesso mosaico giurisprudenziale sin qui tratteggiato. Anzitutto si conferma la «nuova» visione della genitorialità, già emersa nella giurisprudenza italiana, nella quale l'assunzione di responsabilità da parte dei

genitori diventa un elemento centrale del momento procreativo e si affianca al dato meramente biologico e genetico. È indifferente il modo in cui si è venuti al mondo rispetto al diritto fondamentale del bambino alla genitorialità, e ancor più alla bigenitorialità (art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Pertanto, «il figlio voluto dalla coppia omosessuale attraverso il ricorso alla pma deve trovare tutela anche sotto il profilo giuridico»<sup>36</sup>. È proprio su quest'ultimo aspetto che la sentenza del Tribunale di Pistoia si fa innovatrice e, in una certa misura, rivoluzionaria: interpreta in maniera costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata l'art. 8 della legge n. 40/2004 affermando che «i bimbi nati in Italia a seguito di tecniche di pma eseguite all'estero sono figli della coppia di donne che hanno prestato il consenso manifestando inequivocabilmente di voler assumere la responsabilità genitoriale sul nascituro quale frutto di un progetto di vita comune con il partner e di realizzazione di una famiglia»<sup>37</sup>.

Per meglio comprendere questo passaggio è opportuno fare un passo indietro: come è noto, l'articolo 5 della legge n. 40/2004 stabilisce che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Non possono, pertanto, avere accesso alle tecniche di pma, sia di tipo omologo che eterologo, le donne single, quelle in età avanzata, nonché le coppie composte da persone dello stesso sesso. Tuttavia, in relazione a queste ultime, è di chiara evidenza che, sino alla declaratoria di incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, intervenuta con sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, l'impossibilità di avvalersi di tecniche di procreazione artificiale per le coppie omosessuali derivava in via automatica dalla delimitazione delle pratiche ammesse alle sole tecniche di tipo omologo, ossia di quelle che utilizzano i gameti, maschile e femminile, dei componenti la coppia. In questo senso, avrebbe potuto ritenersi superflua la previsione normativa, stante l'ovvia impossibilità per la coppia omosessuale di utilizzare i propri gameti, ai fini del ricorso a tecniche di procreazione artificiale omologhe. L'annullamento del divieto di pma eterologa si riverbera, però, in modo fondamentale sul modello di famiglia prefigurato dal legislatore del 2004, attraverso la rigida delimitazione delle categorie aventi accesso alle tecniche di inseminazione artificiale; ammettendo la donazione di un gamete esterno alla coppia per finalità procreative, il legame biologico tra i suoi componenti cessa di assurgere ad elemento imprescindibile della famiglia, che, piuttosto, si apre a modelli familiari differenziati, ma accomunati dalla preminenza assegnata al fattore affettivo e intenzionale. Se, dunque, si assume che sia venuto meno il nesso tra procreazione e famiglia tradizionale – fondata sul matrimonio eterosessuale – ci si può interrogare sulle conseguenze che una simile novità, fatta entrare ancora una volta da un giudice e nel silenzio del Parlamento, produce se posta a raffronto con la nozione di famiglia elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Schalk & Kopf v. Austria*, ricorso n. 30141/04), poi seguita dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 138/2010.

Detto altrimenti, se «famiglia» lo è anche quella composta da persone dello stesso sesso e, a

<sup>36</sup> Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018, par. 5.2.

<sup>37</sup> *Idem*, par. 5.10.

fronte dell'unico ostacolo che le è connaturato, ossia la possibilità di procreare naturalmente, la legislazione attuale consente di ovviarvi tramite le tecniche eterologhe, ma allo stesso tempo ne circoscrive l'impiego alle sole coppie eterosessuali, viene a profilarsi una questione di discriminazione, specialmente alla luce dell'accezione di «famiglia» delineata dalla giurisprudenza italiana ed europea. A ciò si aggiunga che la legge italiana impone di riconoscere che i figli nati con pma (anche eseguita all'estero) siano riconosciuti in Italia come «figli della coppia che ha prestato il consenso» a tale pratica, manifestando la consapevole volontà di assumere la responsabilità genitoriale<sup>38</sup>. L'art. 8 della legge 40/2004 è chiaro nel dire che chi nasce con tali tecniche è figlio della «coppia» che lo ha voluto.

Nel momento in cui la legge n. 76/2016 riconosce espressamente che i legami affettivi di «coppia» giuridicamente rilevanti riguardano tanto le coppie di diverso che dello stesso sesso (art. 1, comma 36), ritenere che la «coppia» cui fa riferimento la normativa sulla pma debba essere necessariamente di sesso diverso non è più sostenibile, specialmente se si considera che la legge n. 40/2004 non viene esclusa dall'applicazione della clausola generale antidiscriminatoria di cui al comma 20, art. 1, della legge sulle unioni civili<sup>39</sup>. Una interpretazione restrittiva dell'art. 8 della legge 40/2004 implicherebbe oggi forzatura del tenore letterale della norma, guidata da un mero pregiudizio ideologico. La strada è stata aperta dall'amministrazione di Torino che, per la prima volta, ha proceduto alla registrazione di certificati di nascita di minori nati in Italia da genitori dello stesso sesso, sostenendo la compatibilità con la lettera della legge nazionale (in particolare alla luce del combinato disposto delle leggi n. 40/2004 e n. 76/2016) che, come detto, impone di considerare i figli nati con pma eterologa (o con gestazione per altri) figli della coppia, anche dello stesso sesso, che li ha messi al mondo (e così anche i comuni di Milano, Sesto Fiorentino e altri). L'aspetto predominante è pertanto il consenso che «rappresenta l'assunzione consapevole ed irrevocabile della responsabilità genitoriale da parte di entrambi i componenti della coppia e costituisce il fulcro del riconoscimento dello stato giuridico del nato e del concetto di genitorialità legale, come contrapposta alla genitorialità biologica»<sup>40</sup>. In questo senso la decisione si armonizza perfettamente all'interno del dialogo giurisprudenziale in tema di omogenitorialità, facendo seguito a un'altra

<sup>38</sup> Cfr., per esempio, M.R. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, 3-26; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI (a cura di), *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Utet, Torino, 2018, 93-219. Come osservato da Bianca «la filiazione derivante da procreazione medicalmente assistita è infatti rapporto di filiazione il cui fondamento è l'atto di consenso» sicché la previsione di un criterio certo di determinazione della filiazione appare diretto ad assicurare il diritto ad uno *status* familiare certo e irretrattabile, funzionale alla stessa serenità esistenziale ed affettiva del nato.

<sup>39</sup> Art. 1, comma 20, legge n. 76 del 2016: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» (corsivo aggiunto).

<sup>40</sup> Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018, par. 5.3.

significativa pronuncia della Corte d'appello di Napoli che, nel confermare la legittimità della *stepchild adoption* in coppie omosessuali, ha precisato che si tratta pur sempre di una tutela minimale che l'ordinamento non può negare ad una relazione che sarebbe comunque degna di più ampia tutela sin dall'inizio<sup>41</sup>. Qui, il caso riguardava la richiesta della madre non biologica di adottare *ex art. 44 lett. d)* della legge n. 184/1983 il figlio, nato mediante pma di tipo eterologo eseguita all'estero. In maniera non scontata, la corte partenopea si spinge a rilevare che «la partner della madre biologica (siano le due o meno civilmente unite) non è una sorta di terzo genitore, come può configurarsi con riferimento alle cd. famiglie ricomposte (etero o omosessuali), in cui il minore è nato da una precedente relazione del genitore biologico (sicché il rapporto affettivo, per quanto significativo, si è creato *ex post*, appunto con un soggetto estraneo alla coppia che lo ha generato); (...) di contro, ella è il secondo genitore, l'unico che il minore possa avere, e svolge tale ruolo – evidentemente – addirittura da un momento precedente al concepimento, avendo contribuito alla sua generazione (non importa se solo con la prestazione del relativo consenso: ella – ed è dato dirimente – se ne è assunta la responsabilità *ab origine*)»<sup>42</sup>. Come a dire che, in effetti, l'adottante non diventerà sua madre, poiché lo è già sin dalla sua nascita, avendo espresso, sia pure all'estero, il consenso di cui all'art. 6 della legge n. 40/2004 e che quindi in forza dell'art. 8 della stessa legge il bambino è già figlio di entrambi i membri della coppia.

Il sistema normativo va dunque riletto alla luce del principio dei *best interests of the child* e del nuovo orizzonte di valori in materia familiare e genitoriale, dovendosi affermare che «lo *status filiationis* è regolarmente costituito nei confronti di entrambe le donne che compongono la coppia tutte le volte in cui sia stata utilizzata una tecnica di pma anche senza i requisiti oggettivi e soggettivi fissati dalla normativa interna», ciò in quanto «le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti della legge [...] non possono ricadere su chi è nato»<sup>43</sup> e sui suoi diritti fondamentali, tra i quali quello di vedersi riconosciuto come figlio delle due mamme che hanno legittimamente manifestato il loro consenso ad assumere la responsabilità genitoriale.

Il decreto del Tribunale di Pistoia conferma con molta chiarezza che l'azione amministrativa di sindaci e ufficiali di stato civile è pienamente fondata e doverosa: questa sentenza annulla infatti il diniego opposto dal sindaco e dall'ufficiale di stato civile e ordina la formazione di un atto di nascita nuovo, che indica sin dall'inizio l'esistenza di due mamme. Il Tribunale ordina al sindaco di annullare l'atto di nascita esistente, indicante un solo genitore e dunque errato, disponendo la sua sostituzione col nuovo atto di nascita «con indicazione delle due ricorrenti come madri». Dunque, il principio di tutela del superiore interesse del minore, da un lato, e il divieto di discriminazione tra figli nati da coppie etero o omosessuali che abbiano fatto ricorso alle tecniche della pma di tipo eterologo, dall'altro, impone il riconoscimento di entrambe le madri e l'assegnazione di pari dignità e rispetto al contesto familiare in cui il minore è accolto, cresciuto, educato e amato. «Nell'attuale contesto sociale e giuridico», precisa la Corte, «non è possibile affermare che l'instaurazione di

<sup>41</sup> Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 4 luglio 2018, n. 165.

<sup>42</sup> *Idem*, par. 6.

<sup>43</sup> Corte di Cassazione, Sez. I civ., sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599.



relazioni genitoriali tra genitori dello stesso sesso ed il figlio frutto del loro progetto di famiglia costituisca un pregiudizio per il minore, dato che ciò non ha alcuna evidenza scientifica – ed anzi l'amore di due genitori omosessuali è equivalente a quello di due genitori eterosessuali nella misura in cui consente al figlio di crescere in un ambiente coeso e tutelante quale quello familiare –, né risulta essere vietato a livello costituzionale»<sup>44</sup>. Non è dunque facendo finta che queste famiglie non esistano che si tutelano e salvaguardano i minori; anzi, è proprio la loro invisibilità agli occhi dell'ordinamento giuridico che preclude a quei bambini, come ha ricordato anche la Corte suprema americana nella sentenza *Windsor*, di «comprendere, in seno alla comunità e nella vita quotidiana, l'integrità delle loro famiglie, e la loro vicinanza e armonia con le altre famiglie, con effetti assai rilevanti sulla loro serenità, sul loro sentirsi parte della società e sulla stessa qualità della loro vita familiare»<sup>45</sup>. La vera discriminazione è quindi la disparità di trattamento che l'ordinamento giuridico perpetua nei confronti dei figli di coppie omosessuali che continuano a vivere in condizioni di precarietà, rispetto ai figli di coppie eterosessuali, cui sono riconosciuti automaticamente pieni diritti e massima tutela. Ad essere leso è il diritto di ciascun minore alla stabilità dei rapporti affettivi e familiari già formati (in Italia o all'estero). Il passo da una situazione di massima protezione ad una situazione di massima indeterminatezza è breve, anzi brevissimo: il solo fatto, per esempio, di perdere il genitore «biologico» o, meno drammaticamente, di attraversare il confine italiano può rappresentare lo sgretolamento del legame giuridico tra il figlio e un genitore. Considerare le famiglie omogenitoriali diverse dalle altre famiglie equivale a discriminare i loro bambini. Equivale, in altri termini, a violare l'articolo 2 della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia del 1989 che stabilisce che gli Stati debbano rispettare i diritti del bambino «a prescindere dalla razza, dal colore, dal sesso (...) dalla nascita o da ogni altra condizione sua o dei suoi genitori».

Similmente ha statuito anche il Tribunale di Bologna, con decreto del 6 luglio 2018, sostenendo che il principio di tutela del superiore interesse del minore e la lettura della legge n. 40 del 2004 alla luce della clausola antidiscriminatoria generale enunciata al comma 20 dell'articolo 1 della legge sulle unioni civili consentono di riconoscere e tutelare anche la genitorialità fondata sul consenso all'accesso alle tecniche di pma senza discriminazione per le coppie dello stesso sesso. Vengono richiamate le sentenze della Corte costituzionale n. 162 del 2014, della Cassazione n. 19599 del 2016 e della Corte di Strasburgo e viene affermato che i componenti della coppia che hanno prestato il consenso alla pma devono essere considerati genitori di quel bambino, indipendentemente dal loro sesso. Dunque, tanto che la nascita sia avvenuta all'estero o che sia

<sup>44</sup> Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018, par. 5.5. È interessante inoltre sottolineare che il giudice pistoiese ha ritenuto di poter decidere immediatamente senza attendere la risoluzione della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pisa, con ordinanza del 14 marzo 2018, e nella quale sono rimesse al vaglio della Consulta una serie di norme che non consentono di formare in Italia un atto di nascita in cui vengono riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso. Per un approfondimento si rimanda, tra gli altri, a M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, 255-303.

<sup>45</sup> *United States v. Windsor*, 570 US \_\_ 2013, 23.

avvenuta direttamente in Italia (e quindi si richieda di formare *ab origine* l'atto di nascita del minore), dovrà essere accolta la domanda di trascrizione (o formazione) del certificato anche se proveniente da una coppia dello stesso sesso, così come dovrà essere parimenti accolta anche la richiesta di imposizione del doppio cognome in applicazione della sentenza n. 286 del 21 dicembre 2016 della Corte costituzionale<sup>46</sup>.

### **2.3 La trascrivibilità nei registri dello stato civile delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali**

Il terzo filone giurisprudenziale in materia di omogenitorialità riguarda infine la trascrizione nei registri dello stato civile dei provvedimenti stranieri di adozione e dunque di quelle pronunce che hanno disposto l'adozione congiunta di un minore a una coppia dello stesso sesso secondo il diritto interno del Paese straniero. Tale giurisprudenza è stata aperta dal Tribunale per i minorenni di Firenze, con due decreti del 7 e dell'8 marzo 2017, mediante i quali è stata ordinata la trascrizione di due sentenze (una inglese e l'altra statunitense) che avevano disposto l'adozione piena di un minore a favore di due coppie di uomini di cittadinanza italiana ma residenti in quei Paesi<sup>47</sup>.

Il Tribunale di Firenze riconduce correttamente queste fattispecie alla previsione di cui all'art. 36, comma 4 della legge n. 184/1983, a norma del quale «l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione»<sup>48</sup>. Infatti, diversamente dai casi di adozione internazionale pronunciata all'estero<sup>49</sup> e dai casi di adozione straniera pronunciata

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sentenza del 21 dicembre 2016, n. 286. Per un commento approfondito si suggerisce N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n.4, 2017.

<sup>47</sup> Cfr., per esempio, M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in *www.diritticomparati.it*, 2017. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

<sup>48</sup> Per «convenzione» la legge fa riferimento alla Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, approvata a L'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata dall'Italia con legge n. 476 del 31 dicembre 1998.

<sup>49</sup> In tal caso viene in gioco l'art. 41, comma 2, della legge n. 218/95 che, nel fare salve le disposizioni speciali in materia di adozione di minori, rinvia, per l'effetto, alle corrispondenti disposizioni della legge n. 184/1983, e dunque ai suoi artt. 35 e 36, relativi, in generale, al riconoscimento di provvedimenti pronunciati all'estero, aventi ad oggetto adozioni internazionali (vale a dire adozioni, pronunciate all'estero, di minori stranieri che debbano trasferirsi in Italia al seguito degli adottanti, soggette alla disciplina della Convenzione dell'Aja del 1993). Secondo tali previsioni, in estrema sintesi, il riconoscimento spetta direttamente al Tribunale per i minorenni e non all'ufficiale di stato civile e il controllo assume caratteri di maggiore severità, dovendosi verificare che il provvedimento non contrasti con i «*principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore*», ed anche che non ricorrano le condizioni di cui all'art. 35, comma 6 (tra cui, per ciò che qui rileva, la circostanza che l'adozione sia stata pronunciata a favore di soggetti non in possesso dei requisiti per adottare previsti dalla legge italiana). Tale disposizione si giustifica alla luce dell'esigenza, richiesta dalla stessa presenza di obblighi

all'estero a favore di cittadini stranieri<sup>50</sup>, qui ci troviamo di fronte a una sentenza che dispone l'adozione a favore di adottanti che, seppur cittadini italiani, risiedono all'estero assieme al minore.

Anche nel caso di riconoscimento di provvedimenti stranieri ai sensi dell'art. 36, comma quarto, della legge n. 184/1983, il giudice è chiamato a verificare la compatibilità dei suddetti provvedimenti con i principi della Convenzione e, più in particolare, ai sensi dell'art. 24 della medesima Convenzione, con l'ordine pubblico da valutarsi alla luce del superiore interesse del minore.

Pertanto – come, del resto, sempre avviene in materia internazionalprivatistica e come chiarito, da ultimo, dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 19599 del 2016, relativa alla trascrizione di atto di nascita straniero recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso – il concetto di ordine pubblico va declinato nei termini, più ampi e comprensivi, di ordine pubblico «internazionale». Non deve aversi riguardo meramente alla conformità del provvedimento straniero con la normativa interna intesa nel suo complesso, bensì piuttosto alla sua conformità rispetto ai «principi fondamentali della Costituzione o [a] quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale»<sup>51</sup>.

Alla luce di questo concetto ampliato di ordine pubblico, il giudice è tenuto a valutare il rispetto dei principi universali di tutela dei diritti fondamentali che emergono dalla Costituzione, dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli altri obblighi internazionali e sovranazionali in un sistema integrato e multilivello che va oltre i confini dello stato. Naturalmente, a tale controllo deve poi unirsi, sempre ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja, quello della compatibilità della trascrizione del provvedimento con il superiore interesse del minore. Quest'ultimo, sebbene sia un principio sfuggibile e, talvolta vago, qui è ben ancorato a una serie di diritti la cui garanzia e tutela contribuisce in maniera decisiva a soddisfare i *best interests* del minore e, dunque, alla realizzazione del suo massimo benessere possibile. Si tratta più in particolare del diritto fondamentale del minore a conservare il proprio *status filiationis* validamente formatosi all'estero, del diritto alla stabilità dei suoi legami affettivi, del diritto all'identità personale, del diritto al nome, del diritto a non essere discriminato.

Ed, infatti, il tribunale fiorentino è molto chiaro sul punto sottolineando come «non si possa ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori,

---

internazionali in materia, di evitare che possa essere aggirata la disciplina relativa all'adozione internazionale di minori. Così Corte costituzionale, sentenza n. 76 del 2016.

<sup>50</sup> In tal caso viene in soccorso l'art. 41, commi 1 e 2, della legge n. 218/95 che comporta la trascrizione del provvedimento da parte dell'ufficiale di stato civile, previo controllo della compatibilità di esso con l'ordine pubblico e possibilità di adire il giudice ordinario (Corte d'appello in grado unico, ai sensi dell'art. 67 della medesima legge n. 218) e che concerne unicamente (come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 76/2016) i provvedimenti pronunciati all'estero e aventi ad oggetto l'adozione di minore straniero, interno o esterno alla coppia, da parte di cittadini stranieri (cd. adozione «nazionale» straniera). Così Corte d'Appello di Genova, ordinanza n. 1319, del 1 settembre 2017.

<sup>51</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

qualora fosse disconosciuto il loro legittimo status di figlio dei ricorrenti solo in quanto in una situazione (omosessualità) che ne inibisce la possibilità di unirsi in matrimonio in Italia e, quindi, di poter legittimamente adottare nel nostro paese; di tale condizione, a loro non imputabile, non possono subire conseguenze negative i bambini che hanno un diritto fondamentale a conservare lo status legittimamente acquisito all'estero; vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»<sup>52</sup>. A questo si aggiungano le lesioni derivanti dalla violazione del diritto del minore alla vita privata e familiare, all'identità personale che sarebbe stravolta dal mancato riconoscimento del provvedimento, con gravi conseguenze concernenti la possibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari e di circolare liberamente nel territorio italiano.

L'assenza di una disciplina certa in materia di filiazione e genitorialità all'interno di coppie omosessuali non può ritenersi espressione di un divieto, tantomeno costituzionale, per le coppie dello stesso sesso «di accogliere e anche di generare figli»<sup>53</sup>, non essendo l'orientamento sessuale una condizione di per sé pregiudizievole<sup>54</sup>, e né può rappresentare un ostacolo al perseguimento del superiore interesse del minore.

Similmente ha stabilito anche la Corte d'Appello di Genova nell'ordinanza n. 1319 dell'1 settembre 2017, sebbene in riferimento a una adozione «nazionale» estera. Precisa la Corte, infatti, che l'adozione nazionale estera non è un'adozione internazionale: va riconosciuta automaticamente e, se contestata, competente è la Corte d'Appello del luogo di attuazione e non il Tribunale per i minorenni. Il caso riguardava due uomini, uno italo-brasiliano e l'altro franco-brasiliano, uniti in matrimonio in Brasile e a favore dei quali era stata disposta l'adozione congiunta di un minore secondo le leggi brasiliane. Nel provvedimento straniero si ordinava, contestualmente, la trascrizione nei registri dello stato civile di un Comune italiano della sentenza stessa e del certificato di nascita del minore. Il Comune, sulla base dell'erroneo convincimento che si trattasse di adozione internazionale necessitante il vaglio del Tribunale per i minorenni, aveva dichiarato la propria incompetenza e, per l'effetto, rifiutato di procedere alle richieste trascrizioni. Il coniuge italo-brasiliano aveva, quindi, presentato ricorso sostenendo che, essendo un'adozione nazionale estera, si sarebbero dovuti applicare gli artt. 65 e 67 della legge sul diritto privato internazionale n. 218 del 1995.

Il giudice genovese richiama la sentenza n. 76/2016 nella quale la Consulta ha chiarito che vanno tenute distinte, quanto a natura del vaglio e relativa competenza, l'adozione nazionale interna e quella internazionale, le quali sono regolate, rispettivamente, dai commi 1 e 2 dell'art. 41 legge 218/1995. Ne segue che i provvedimenti del primo tipo sono riconoscibili automaticamente e vanno presentati all'ufficiale dello stato civile per la trascrizione. Per i provvedimenti relativi all'adozione internazionale, invece, restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei

---

<sup>52</sup> Tribunale per i minorenni di Firenze, decreto del 7 marzo 2017, par. 3.3.

<sup>53</sup> *Idem*, par. 4.

<sup>54</sup> Corte di Cassazione, Sez. I civ., sentenza dell'11 gennaio 2013, n. 601.

minori (art. 41, comma 2, l. 218/1995). Più in particolare la norma di riferimento è l'art. 65 che riguarda i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità. Ne segue che le uniche condizioni che devono sussistere sono la competenza dell'autorità, la non contrarietà all'ordine pubblico e il rispetto dei diritti essenziali della difesa. Il punto più controverso è nuovamente il concetto di ordine pubblico che, conferma la Corte d'Appello, deve essere interpretato nel senso più ampio di ordine pubblico «internazionale». In quest'ottica, l'ordinamento italiano deve essere ritenuto aperto a ogni regime estero che non contrasti con i principi fondamentali interni: la limitazione dell'adozione ai coniugi (e, indirettamente, alle coppie eterosessuali) – sebbene inderogabile – non ha tuttavia carattere di fundamentalità e dunque non può essere considerata un impedimento alla trascrizione del provvedimento straniero in parola.

L'altro concetto che la Corte richiama è quello dei *best interests of the child*. La questione dell'interesse del minore è, infatti, strettamente connessa con quella dell'ordine pubblico internazionale<sup>55</sup>. Peraltro, questa correlazione è positivizzata anche dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. In particolare, si prevede che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale possano non essere riconosciute «se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto» (art. 23 lett. a)). Una correlazione, questa, che non è sfuggita neppure alla Corte di Cassazione la quale, nell'ambito di un caso riguardante due cittadine italiane residenti all'estero, che chiedevano la rettificazione dell'atto di nascita di un minore a seguito di fecondazione assistita, ha individuato come riferimenti primari per la ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale gli artt. 8, 12, 14 CEDU (vita familiare, matrimonio, non discriminazione) e la Dichiarazione ONU sui diritti del fanciullo (*UN General Assembly Resolution 1386 (XIV)* del 10 Dicembre 1959). In particolare, quest'ultimo strumento valorizza il prevalente interesse del minore a «beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni [...] in modo da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale, in condizioni di libertà e di dignità» (art. 2). Il concetto di ordine pubblico internazionale, dunque, va letto tenendo conto del superiore interesse del minore che trova nel «diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici [...] all'interno del nucleo familiare»<sup>56</sup> la sua concretizzazione.

Un'ulteriore conferma della validità di questo orientamento giurisprudenziale è giunto anche dalla Corte di Cassazione che, con sentenza n. 14007 del 31 maggio 2018, ha stabilito che non è contraria all'ordine pubblico la trascrizione delle sentenze straniere con le quali un giudice francese

<sup>55</sup> Cfr., tra i molti, A. NOCCO, *Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di "famiglia", con l'aiuto dei principi internazionali*. Nota a Corte d'appello di Milano, 9 febbraio 2017, in *GenIUS*, n. 2, 2017, 119-138; G.N. LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex"*, op. cit.

<sup>56</sup> Così in Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenze del 13 giugno 1979, *M. v. Belgio*, del 26 maggio 1994, *K. v. Irlanda*, del 27 aprile 2010, *M e B. v. Italia*, e del 27 gennaio 2015, *P. e C. v. Italia*.

aveva disposto a favore di due donne, sposate secondo la legge francese, l'adozione reciproca dei rispettivi figli, avuti attraverso la fecondazione eterologa. Al riguardo la Corte ha sottolineato come il principio del superiore interesse del minore opera come un limite alla clausola di ordine pubblico, che va quindi valutata in relazione al diritto del minore a vivere in modo stabile in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali. Al fine di escludere la compatibilità con l'ordine pubblico, ha affermato la Corte, non rileva nemmeno il dato dell'inserimento dei minori nel contesto di una famiglia costituita da una coppia omosessuale e delle possibili ripercussioni negative sul piano della crescita e dell'educazione, considerate come meri pregiudizi ininfluenti. Secondo la Corte, l'orientamento sessuale della coppia non incide «sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale».

### **3. L'intervento della Corte costituzionale e le altre ordinanze di rimessione**

Un primo intervento della Corte costituzionale sul tema dell'omogenitorialità è fornito dalla sentenza n. 76 del 7 aprile 2016 con la quale la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale promossa dal Tribunale per i minorenni di Bologna in tema di riconoscimento delle *stepchild adoptions*<sup>57</sup>. Il caso in esame riguardava la richiesta di riconoscimento di un'adozione di un minore, disposta negli Stati Uniti, a favore di una donna anch'essa cittadina statunitense che poi aveva acquisito anche la cittadinanza italiana. Per lungo tempo l'adottante e la madre biologica della bambina avevano convissuto, dapprima come coppia di fatto, successivamente, nel quadro di un rapporto di *domestic partnership* e infine, a seguito del matrimonio contratto dalle due donne nel 2013, come coppia sposata. Nell'ordinanza di rimessione del 10 novembre del 2014, il Tribunale per i minorenni di Bologna avanzava sospetti di incostituzionalità degli artt. 35 e 36 della legge n.184 del 1983 – come interpretati secondo il diritto vivente – per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 (diritto alla vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Tali disposizioni, secondo l'autorità remittente avrebbero impedito al giudice di valutare se, nel caso concreto, rispondesse all'interesse del minore adottato il riconoscimento del provvedimento straniero, a prescindere dal fatto che il matrimonio fosse inidoneo a produrre effetti in Italia, come nel caso di matrimoni fra persone dello stesso sesso. Ad opinione del giudice *a quo*, infatti, l'adozione di minori stranieri a istanza di cittadini italiani residenti all'estero, disciplinata dall'art. 36 comma quarto, non può aver luogo in Italia nel caso in cui risulti contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, richiamati dall'art. 35 comma terzo, fra i quali rientra quello secondo cui l'adozione è permessa solo ai coniugi uniti in un

---

<sup>57</sup> Cfr., tra gli altri, E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n.3, 2014.

matrimonio tradizionale, essendo il matrimonio fra persone dello stesso sesso improduttivo di effetti giuridici nel nostro ordinamento. Secondo i giudici costituzionali, la legge n. 184 regola il riconoscimento delle adozioni internazionali, mentre le disposizioni generali di cui agli artt. 64, 65, 66 della legge n. 218/1995, oltre a riferirsi all'adozione non legittimante, cioè di maggiorenni o di minori in casi particolari, e all'adozione all'estero di minori italiani, regolerebbero le adozioni interne ad ordinamenti stranieri, ovvero quelle di minori stranieri pronunciate all'estero a favore di adottanti stranieri.

Il quesito formulato dal Tribunale per i minorenni di Bologna viene pertanto dichiarato dalla Corte costituzionale inammissibile in ragione dell'erronea qualificazione del caso di specie, che non è riconducibile alla tipologia di riconoscimento di cui al secondo comma dell'art. 41 della legge n. 218/1995, bensì a quella di cui al 1° comma della medesima disposizione. Si tratta, infatti, di un'adozione «nazionale straniera» e non di una «adozione internazionale», dato che tale ultima tipologia di adozione presuppone – secondo la Convenzione dell'Aja del 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale – che gli aspiranti genitori e il minore risiedano in Stati diversi. Alla luce della diversa qualificazione effettuata, la Consulta evidenzia come, nel caso di specie, il Tribunale per i minorenni di Bologna avrebbe dovuto dichiarare la domanda inammissibile poiché il riconoscimento dei provvedimenti di adozione interni ad uno Stato straniero devono essere presentati direttamente all'ufficiale per lo stato civile per la trascrizione e soltanto, in caso di diniego, impugnati davanti alla Corte d'Appello competente, rispettivamente ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile e dell'art. 67 l. n. 218/1995.

Questa pronuncia, al di là del dibattito dottrinale che si è aperto intorno al più o meno favorevole regime di riconoscimento delle adozioni «interne a Stati stranieri» rispetto alle adozioni che ricadono nell'ambito di applicazione della legge n. 184/1983<sup>58</sup>, non ha tuttavia aggiunto o chiarito molto rispetto al frammentato mosaico della tutela dell'omogenitorialità. Forse la Consulta avrà modo di farlo nelle prossime decisioni che la attendono, stante la presenza di almeno due ordinanze di rimessione su questioni legate alla genitorialità omosessuale sollevate dai Tribunali di Pisa e di Pordenone<sup>59</sup>. Il Tribunale di Pisa, in particolare, con ordinanza del 15 marzo 2018, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma risultante dal combinato disposto degli artt. 449 c.c., 29, comma secondo, del D.P.R. n. 396/2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*), dell'art. 250 c.c. e degli artt. 5 e 8 della legge n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui non

---

<sup>58</sup> Si veda, tra gli altri, L.S. RUNCHELLA, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione co-parentale per coppie dello stesso sesso*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2016. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

<sup>59</sup> Tribunale di Pordenone, ordinanza del 2 luglio 2018. Il giudice ha qui sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 della legge n. 40/2004, nella parte in cui limitano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle sole coppie formate da persone di sesso diverso, escludendone così le coppie di donne. La legge n. 40/2004 torna dunque all'esame della Corte costituzionale, che sarà nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una delle previsioni restrittive che costellano la legge e che, nel corso degli anni, sono state oggetto di severe censure.

consente all'ufficiale di stato civile di formare l'atto di nascita di un bambino, cittadino straniero, con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, qualora ciò sia corrispondente allo *status* a questo riconosciuto dalla sua legge nazionale, applicabile in base all'art. 33 della legge n. 218/1995. In altre parole, il rimettente chiede la rimozione del divieto, desunto in via interpretativa, alla formazione di un atto di nascita recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso ma con riferimento allo specifico caso di un minore di nazionalità straniera acquisita per nascita dal genitore gestazionale. Si tratta dunque di valutare se, nell'esposizione e nel dispositivo, il richiamo alla legge nazionale del minore in base al rinvio alle norme sulla filiazione dell'art. 33 della legge n. 218/1995 costituisca una interpretazione nel senso favorevole alla ammissibilità della formazione dell'atto in questione di cui si intenda richiedere l'avallo interpretativo. I parametri sono gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117 Cost., con parametro interposto artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989. Il ricorso origina dal diniego dell'ufficiale di stato civile del Comune di Pisa di ricevere la dichiarazione di riconoscimento congiunto del minore da parte di due donne – l'una madre gestazionale e cittadina statunitense, l'altra madre intenzionale e cittadina italiana – e formare l'atto di nascita in conformità allo *status filiationis* sussistente nei confronti di entrambe ai sensi della legge nazionale del minore. Il Tribunale toscano, nel sollevare tale questione, muove evidentemente dal presupposto che la formazione di un atto di nascita con l'indicazione di due genitori del medesimo sesso sia preclusa dall'ordinamento italiano. Infatti, il rinvio alla legge nazionale del Paese di nascita del minore non potrebbe operare nel senso di consentire all'ufficiale di stato civile di formare un atto di nascita con l'indicazione di due madri, a ciò ostando la norma oggetto della questione di legittimità costituzionale, ritenuta «norma di applicazione necessaria» ai sensi e per gli effetti dell'art. 17 della legge n. 218/1995.

Un primo aspetto critico riguarda il convincimento del giudice secondo cui «sarebbero di applicazione necessaria non solo e non tanto le norme relative alla mera formazione dell'atto, ma anche quelle che individuano il suo contenuto, precludendo l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, nel corpo dell'atto o mediante annotazione a margine di una contestuale o successiva dichiarazione di riconoscimento del figlio»<sup>60</sup>. Più in particolare, è suscettibile di critica (e passibile di dichiarazione di inammissibilità da parte della Corte costituzionale) il ritenere che «la struttura dell'atto – oggetto delle disposizioni che ne disciplinano la formazione – si spinga sino ad imporre inderogabilmente l'indicazione di due genitori di sesso diverso, financo quando una diversa indicazione sia imposta – sul piano sostanziale (e non già sul piano della mera formazione o struttura dell'atto – dal criterio di attribuzione della filiazione sancito dalla legge nazionale applicabile sulla base della norma di conflitto rilevante nel caso di specie (e cioè l'art. 33 della legge n. 218/1995)»<sup>61</sup>. È evidente, infatti, che una diversa lettura sulla natura della norma avrebbe consentito la piena operatività del criterio di collegamento, con conseguente riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti di entrambe le madri.

<sup>60</sup> A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018, par. 2. (Ultimo accesso: 31 ottobre 2018).

<sup>61</sup> *Ibidem*.



Un secondo punto critico riguarda, come già anticipato sopra, il presupposto da cui muove il Tribunale, ovvero l'impossibilità di formare, applicando il diritto italiano, un atto di nascita indicandovi due genitori dello stesso sesso. Leggendo le motivazioni della doglianza sembra lasciata sullo sfondo la questione dei *best interests of the child* e del diritto fondamentale del minore alla continuità del suo *status* di figlio, fulcro argomentativo invece dell'intera giurisprudenza in materia di trascrivibilità dei certificati di nascita stranieri. Il *focus* è spostato sulla relazione orizzontale che lega il genitore biologico e quello intenzionale e sulla non neutralità della normativa nazionale in materia di filiazione che, stanti i riferimenti a «padre» e «madre» e la centralità dell'istituto matrimoniale come alveo privilegiato per la crescita di un figlio, renderebbe inammissibile l'omogenitorialità. Un'impostazione opposta, si potrebbe dire, rispetto all'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme che altri giudici – Tribunali di Pistoia e di Bologna – hanno dato con riferimento, per esempio, alla legge n. 40 del 2004, interpretando il consenso rilasciato dalla «coppia» alla pma in maniera *gender neutral* e ciò a tutela esclusiva del nascituro (essendo in tale prospettiva che, anzitutto, deve essere interpretato lo speciale criterio di costituzione dello *status filiationis* ivi contemplato). Nella prospettiva ribaltata del Tribunale di Pisa, invece, non ci può essere spazio per una tale interpretazione: infatti, leggendo i criteri di attribuzione dello *status filiationis* nell'ottica della composizione della coppia che è legittimata ad accedere alle tecniche procreative artificiali è automatica la non applicabilità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 al caso concreto. Se il rimettente avesse seguito il solco argomentativo incentrato sul superiore interesse del minore già percorso da altre corti probabilmente non avrebbe avuto motivo di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Emergono dunque più passaggi critici della lettura dell'ordinanza, alcuni dei quali riflettono proprio il fatto che una tematica così importante e delicata è stata del tutto lasciata alla giurisprudenza che non può che procedere per piccole tappe e in maniera non lineare. Emblematico è anche il richiamo al concetto di ordine pubblico: il Tribunale di Pisa sottolinea che «qualora l'atto di nascita fosse stato formato all'estero, lo si sarebbe potuto trascrivere in Italia e dare giuridico rilievo alla filiazione»<sup>62</sup> ciò alla luce della non contrarietà all'ordine pubblico internazionale così come interpretato e definito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (così Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 e 14 giugno 2017, n. 14878). Eppure, nonostante una copiosa giurisprudenza in tal senso, la partita non pare affatto chiusa con riguardo alla compatibilità con l'ordine pubblico della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero con genitori dello stesso (si veda l'ordinanza del 22 febbraio 2018 con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite tale questione).

La Corte costituzionale dovrà dunque tornare a pronunciarsi sulle nuove forme di genitorialità, ed in particolare sugli effetti del ricorso a tecniche di pma in coppia omogenitoriale, dopo la sentenza n. 76/2016 e soprattutto dopo la sentenza n. 272/2017, con la quale la Corte ha fornito qualche chiarimento in più relativamente al bilanciamento tra interesse del minore alla

<sup>62</sup> Tribunale di Pisa, ordinanza del 15 marzo 2018, 35.

conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero, *favor veritatis* e modalità di procreazione<sup>63</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive

Maturata la consapevolezza che, in conseguenza del turismo procreativo e delle possibilità (offerte dalla scienza) per gli aspiranti genitori di soddisfare le proprie ambizioni procreative, i divieti e le limitazioni giuridiche sono divenute chiaramente inefficaci, l'atteggiamento dei giudici nazionali si è contraddistinto per un crescente «pragmatismo»: di fronte a una realtà sociale complessa e sempre più lontana dal dato normativo, è toccato alle corti tentare di colmare quel vuoto. Una supplenza resa necessaria dal silenzio legislativo e imposta dal bisogno indefettibile di dare risposte giuridiche adeguate alle istanze di tutela dei minori nati mediante tali tecniche. Si è assistito, pertanto, a un progressivo abbandono di orientamenti restrittivi e proibizionistici (pregiudizievole più dei diritti del minore che non dei genitori che hanno frodato la legge) in favore di un approccio *laissez-faire*.

Questo atteggiamento è il risultato di due processi connessi: il primo, consistente nella presa di coscienza dell'esistenza e della diffusione di una vasta gamma di tecniche procreative e, dunque, della pluralità di modi di diventare genitori (mediante procreazione, adozione o prestazione del consenso); il secondo, consistente nella assoluta centralità del principio (o standard) dei *best interests of the child* che impone un bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco tale da assicurare il massimo benessere possibile per quel minore.

---

<sup>63</sup> Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 271. La pronuncia, concernente la necessità di contemperare il principio della verità biologica con quello dell'interesse del minore nell'ambito dell'azione di stato di cui all'art. 263 del codice civile, offre interessanti spunti di riflessione sulle tematiche connesse alla trascrizione dei certificati di nascita stranieri. Il caso, infatti, riguardava, un caso di surrogazione di maternità, attraverso ovodonazione, realizzata all'estero. Il certificato di nascita del bambino, riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, era stato regolarmente trascritto in Italia. La Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni aveva avviato delle indagini nel corso delle quali era emerso il ricorso alla gestazione per altri e aveva quindi avviato il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, conclusosi con una dichiarazione di non luogo a provvedere, avendo il test genetico confermato la paternità biologica di colui che aveva effettuato il riconoscimento. Su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale per i minorenni di Milano aveva autorizzato poi l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale e nominato un curatore speciale del minore. La decisione che ha dichiarato che il minore non è figlio della donna che lo aveva riconosciuto si è fondata sulla disposizione di cui all'art. 269, terzo comma, cod. civ. e sulla contrarietà della legge straniera che prevedeva il contratto di surrogazione all'ordine pubblico (l. 218/1995). Nel giudizio d'appello, la Corte sollevava questione di legittimità costituzionale. Il dubbio di costituzionalità atteneva, in particolare, all'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore. Per un approfondimento si rimanda a G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2018.

In piena armonia con la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, i giudici italiani sono interessati prima di tutto a valutare la reale situazione del minore (la sua esperienza, il contesto familiare in cui vive, le relazioni che ha sviluppato) al fine di accertare cosa meglio potrà soddisfare i suoi bisogni futuri. Irrilevanza del modo in cui è nato, da un lato, e irrilevanza del tipo di relazione orizzontale che lega i suoi genitori, dall'altro, poiché il *focus* è la posizione e il benessere del figlio. Ciò è evidente nella lettura internazionalistica che la giurisprudenza ha fornito del concetto di «ordine pubblico»: è la bussola dei *best interests of the child* ad aver orientato i giudici in questa direzione, spingendoli oltre i ristretti confini nazionali. È un diritto oltre lo Stato, è il caso di dirlo, quello che emerge da questa giurisprudenza che scardina anche un altro assunto diffuso, ovvero l'eccezionalismo del diritto di famiglia: la preservazione della consolidata affettività, il mantenimento del proprio *status filiationis* e la tutela dell'identità personale del minore superare l'interesse statale di garantire il rispetto della legge.

L'altra conseguenza di questo approccio interpretativo è l'affievolimento dello storico ruolo di filtro in entrata della clausola dell'ordine pubblico: è ancora una volta un diritto oltre lo Stato quello rilevante ai fini della valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico. Il fatto che il minore sia nato attraverso una pratica vietata dall'ordinamento – sebbene, come ribadito dal Tribunale di Milano nella pronuncia del 24 ottobre 2018, si tratti di una scelta non derivante da principi fondamentali costituzionalmente obbligati ma da un punto di equilibrio a livello legislativo regolabile diversamente – non comporta la contrarietà dell'atto straniero all'ordine pubblico. L'affermazione di questi diritti «esige a sua volta una rilettura profonda degli istituti e dei canoni su cui si è tradizionalmente fondato il diritto della filiazione, unitamente ai valori e ai principi cardine sanciti a livello costituzionale interno e sovranazionale»<sup>64</sup>.

Appare chiara anche la predisposizione al dialogo dei giudici italiani che, in un'ottica relazionale, si sono inseriti nei processi di revisione e rielaborazione critica in materia familiare sviluppati in seno alla Corte europea per i diritti dell'uomo. Dalla nuova concezione plurale di «famiglia», quale comunità di affetti concretamente vissuti dai soggetti coinvolti, all'estensione del principio di non discriminazione per far posto all'omogenitorialità, sino alla sostanzializzazione dei *best interests of the child* per chiarirne e uniformarne contenuto e funzione, nella costante ambivalenza tra principio generale e astratto applicato alla categoria generale dei «minori» e clausola di flessibilizzazione del sistema per la tutela del singolo «minore» coinvolto.

Se dunque il pragmatismo dei giudici, determinato dall'esigenza irrinunciabile di tutelare il superiore interesse del minore, si impone sulla legge o sul suo silenzio, è pur vero che permangono certe criticità, alcune legate alla natura controversa di certe pratiche procreative, altre legate alle modalità fraudolente con le quali, aggirando i divieti interni, vi si fa ricorso. Si pensi, in particolare, alla gestazione per altri. Senza entrare nel merito del dibattito<sup>65</sup>, si pone anzitutto la questione dello

<sup>64</sup> G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, in *La nuova giurisprudenza civile e commerciale*, n. 3, 2017, 372.

<sup>65</sup> Si vedano, per esempio, le opinioni non sempre concordanti di autori quali G. BALDINI, *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze University Press, Firenze, 2016; A.

sfruttamento del corpo della donna: la collaborazione della donna, che sia un dono o una prestazione d'opera, resta eticamente discutibile. È autodeterminazione o sfruttamento del corpo? Si aggiunge, inoltre, anche un problema di neo-colonialismo. Infatti, sarà pur vero che qualcuno ricorre alla gpa in California o in Canada, ma molti vanno in India e in altri Paesi in via di sviluppo, riproponendo una dinamica se non razzista certamente classista. È abbastanza evidente che la dinamica economica rimanga comunque centrale nella questione della surrogazione. Non ci sono studi sufficienti per dire se solo le persone povere si prestano ad essere surrogate, ma sicuramente solo quelle ricche possono surrogare. In terzo luogo, tutte le trascrizioni dei certificati di nascita stranieri (sia da gpa, sia da pma) fino ad ora effettuate in Italia condividono un certo grado di dispotismo del fatto compiuto. La coppia si è recata all'estero, con la consapevolezza di aggirare uno o più divieti interni, rientra in Italia con il minore e pone il giudice di fronte al fatto compiuto. In presenza di un minore non si può che trascrivere, per tutte le ragioni sopraesposte. Ancora una volta prevale il pragmatismo delle corti che nel fare da ponte tra diritto e società scelgono, giustamente a parere di chi scrive, di tutelare prima di tutti il minore che rappresenta il soggetto più vulnerabile della vicenda. Per quanto dispotico possa essere il comportamento degli aspiranti genitori a farne le spese non può essere il bambino, così come non può subire le conseguenze pregiudizievoli di un legislatore inerte. Porre al centro dell'attenzione il minore, con i suoi bisogni e i suoi diritti, è attualmente la via più giusta.

A questo riguardo, di chiarimento potrà forse essere la posizione che assumerà la Corte europea per i diritti dell'uomo a seguito del rinvio pregiudiziale ad opera della *Cour de Cassation* francese proprio in materia di legittimità di un atto di nascita straniero derivante da gestazione per altri<sup>66</sup>. La corte francese, con l'*Arrêt* n. 638 del 5 ottobre 2018, è stata la prima a dare applicazione al Protocollo n.16 addizionale alla CEDU. In un'ottica collaborativa e relazionale viene sottoposta alla Corte di Strasburgo una duplice richiesta di parere preventivo: 1) Rifiutare la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di una maternità surrogata gestazionale in quanto designa come sua «madre legale» la «madre intenzionale», ammettendo invece quella dell'atto in cui designa il «padre intenzionale», padre biologico del bambino, uno Stato parte supera il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'articolo 8 della CEDU? A questo proposito, è necessario distinguere tra se il bambino è concepito o meno con i gameti della «madre intenzionale»? 2) In caso di risposta affermativa a una

---

RUGGERI, C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, n. 1, 2017, 138-148; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 79-114; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018; M. NISTICÒ, *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2016, 373 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016, 174; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2016, 128. Sulla questione delle conseguenze penali si veda infine D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, n. 4, 2017, 1358-1373.

<sup>66</sup> Cour de Cassation, 5 ottobre 2018, Arrêt n° 638.

delle due domande precedenti, la possibilità per la cd. madre intenzionale di adottare il figlio del coniuge, padre biologico, soddisfa i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione?

La vicenda riguarda il caso *Menesson v. Francia*, deciso dalla Corte europea con sentenza del 26 giugno 2014, che aveva dato ragione a due genitori i quali avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in California e che dopo la nascita di due gemelli, registrati negli Stati Uniti, avevano chiesto la trascrizione all'autorità consolare francese<sup>67</sup>. In Francia, tuttavia, la coppia non era riuscita a far trascrivere la sentenza statunitense, che riconosceva il rapporto di filiazione con i genitori legali (il padre lo era anche per via biologica), perché contraria all'ordine pubblico e a valori fondamentali. La Corte europea, riconosciuto il margine di apprezzamento degli Stati nelle scelte sulla fecondazione in vitro ed escludendo così una violazione del diritto alla vita familiare dei genitori proprio perché gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità e possono vietare la maternità surrogata, ha però accertato la violazione del diritto alla vita privata dei figli tenendo conto che le autorità nazionali non hanno considerato il superiore interesse del minore. L'impatto che determinerà il parere della Corte europea, in materie sensibili come quelle connesse con la gestazione per altri, ancora lontane dall'essere perimetrare, potrebbe essere particolarmente significativo, contribuendo a uniformare la diverse giurisprudenze e a dettare maggiore chiarezza in un contesto ancora così frammentato e controverso<sup>68</sup>.

È evidente, infatti, l'esigenza di un nuovo modello, fondato sulla valorizzazione della intenzionalità del progetto genitoriale e, contemporaneamente, capace di riconoscere l'importanza di ogni altra componente relazionale e soggettiva rilevante nel progetto riproduttivo che ne costituisce la premessa essenziale ed al quale il progetto genitoriale si connette in una saldatura necessaria; un modello alternativo e complementare a quelli della filiazione biologica e adottiva che al momento non riesce ad emergere convincentemente dagli svolgimenti e dalla riscrittura della legge 40/2004, che resta vincolata alle premesse della configurazione di un quadro normativo meramente «imitativo» della filiazione naturale, né tantomeno dal divieto *sic et simpliciter* della gestazione per altri. «Nuove» parole, dunque, necessarie per non negare alla radice la possibilità di un soddisfacente inquadramento, anche giuridico, di una esperienza articolata di relazioni che si intrecciano intorno a progetti riproduttivi e genitoriali complessi.

---

<sup>67</sup> Cfr., per un commento approfondito, M. M. GIUNGI, *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2014, 953 ss.

<sup>68</sup> Così, per esempio, D. ROSANI, "The best interests of the parents". *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti Supreme e silenzio dei legislatori*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, 109-134.