



1 APRILE 2020

*La stepchild adoption e il fenomeno delle
coppie same sex nel diritto europeo
contemporaneo*

di Salvatore Aceto di Capriglia
Professore associato di Diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

La *stepchild adoption* e il fenomeno delle coppie *same sex* nel diritto europeo contemporaneo *

di Salvatore Aceto di Capriglia

Professore associato di Diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Abstract [It]: Il progresso scientifico nel campo della riproduzione umana pone al *ius civile* nuove sfide, relative alla qualificazione giuridica del rapporto esistente tra il generato tramite fecondazione assistita (o maternità surrogata) e il genitore non biologico. Da tempo la *law in action* italiana rinviene la soluzione del problematico dilemma nella forzatura della lettera della legge, ritenuta necessaria in virtù della tutela del superiore interesse del minore. Lo studio esamina le elaborazioni giuridiche delle esperienze allogene, al fine di fornire all’ermeneuta una prospettiva di riforma, di respiro eurounitario, dell’ordito normativo italiano in tema di adozioni e di filiazione.

Abstract [En]: Scientific progress about human reproduction poses new challenges for the *ius civile*, relating to the legal qualification of the relationship that exists between the newborn, conceived through assisted fertilization or surrogacy, and the non-biological parent. For some time the Italian jurisprudence has found the solution of the problematic dilemma in forcing the letter of the law, deemed necessary in the name of the minor’s superior interest. The work examines the legal elaborations of foreign legal systems, in order to provide the legal scholar with a perspective of reform of the Italian law of adoption and filiation in a Eurounitary perspective.

Sommario: 1. La morfogenesi delle moderne, complesse, comunità familiari nel rispetto del prevalente e superiore interesse “puerocentrico”, quale attuazione di un principio cardine espresso dalla giurisprudenza della CEDU. 2. Analisi comparativa. Disciplina delle tecniche di procreazione assistita nel diritto spagnolo. La costituzione del rapporto di filiazione nei casi di fecondazione eterologa. 3. Le soluzioni pragmatiche adottate dai legislatori di lingua tedesca e francese. 4. La singolare esperienza del Regno Unito tra avanguardie giuridiche e tutela del minore. 5. La filiazione nel panorama giuridico italiano alla luce della legge 40 del 2004. La pronuncia della Consulta 221 del 2019 che ribadisce la costituzionalità dei divieti soggettivi al ricorso alle PMA per le coppie omosessuali, in difesa della tenuta costituzionale e del principio di sovranità legislativa. 5.1. (*segue*) Il diritto alla genitorialità delle coppie *same sex* e l’applicazione estensiva dell’istituto dell’adozione. 6. Alcuni *law cases* in tema di riconoscimento degli atti di nascita “atipici” redatti all’estero; l’interpretazione evolutiva grazie al dibattito propositivo in tema di ordine pubblico internazionale. Il superamento, in via ermeneutica, della clausola di cui all’art. 44, lett. d), l. n. 184/1983. 7. Speculazioni critico-ricostruttive, rilevanti ai fini di una necessaria, futura, armonizzazione di una così delicata disciplina, in un’ottica eurounitaria.

1. La morfogenesi delle moderne, complesse, comunità familiari nel rispetto del prevalente e superiore interesse “puerocentrico”, quale attuazione di un principio cardine espresso dalla giurisprudenza della CEDU

La sociologia relazionale evidenzia all’attualità la pluralizzazione del concetto di comunità familiare, nel senso di una sua morfogenesi che determina nuove strutture dinamico-affettive¹. In principio, a tale

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. D. BRAMANTI, *Comunità di vita e familiari: la prospettiva sociologica*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC, 3-4-5- maggio 2018, Napoli, 2018, pp. 11 ss. Sul punto, anche F. ROTHENBACHER, *Social change in Europe and its impact on family structures*, in *The changing family. Family forms & Family*

risultato contribuì il crollo valoriale della esclusività del matrimonio quale unica situazione di vita degna di tutela per l'ordinamento giuridico. Successivamente, si è registrato il superamento del paradigma della diversità di sesso dei conviventi, sicché le *new families* sono statisticamente costituite da persone dello stesso sesso². Tali soggetti di diritto manifestano sovente un interesse, una propensione alla genitorialità che biologicamente non sono in grado di realizzare autonomamente. In prospettiva casistica, le coppie omosessuali femminili ricorrono alla tecnica della c.d. fecondazione eterologa³, ove la gravidanza viene generata in virtù di un contributo maschile proveniente da un terzo donatore anonimo.

Le coppie omosessuali maschili, invece, optano per le soluzioni offerte dalla maternità c.d. "surrogata"⁴. In questa ipotesi, l'elemento genetico maschile, proveniente da uno dei membri della coppia, viene innestato all'interno di un ovulo proveniente da una donna esterna alla coppia. A sua volta, l'embrione così prodotto viene impiantato nell'utero di una seconda donatrice, la quale darà alla luce il neonato.

Quello che si verifica nella prassi è il riconoscimento del rapporto di filiazione, da parte degli ufficiali di stato civile, tra il membro della coppia che ha fornito il contributo genetico e il bambino in virtù della discendenza biologica⁵. Problematiche invece si sono poste per il c.d. genitore di intenzione, ovverosia il o la *partner* del padre o della madre biologica dell'infante. Tale soggetto non ha alcun legame genetico col nato, pertanto un rapporto di filiazione su tali basi non può essere riconosciuto. In virtù di tali considerazioni si fa ricorso al procedimento di adozione. È in questo momento che si generano ulteriori problematiche giuridiche: difatti il sistema italiano riserva la c.d. adozione piena⁶ ai soli coniugi

Law, Oxford, 1998, pp. 3 ss.; G. WHITE, *When children have two fathers: effects of relationships with stepfathers and noncustodial fathers on adolescent outcome*, in *Journal of Marriage and Family*, 2001, pp. 155 a 167, G. CASSANO, *Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, pp. 1160 ss.

² Per una panoramica del fenomeno anche in una prospettiva di diritto delle successioni, sia consentito fare riferimento a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Le new families: prototipi contemporanei che reclamano nuove tipologie di delazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 3, pp. 990 ss.

³ La fecondazione artificiale o assistita è il processo col quale si attua l'unione dei gameti artificialmente, tramite l'osservazione al microscopio. Erroneamente il concetto è sovente confuso con quello di procreazione medicalmente assistita, che ha semantica più ampia. All'interno delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) non rientra, difatti, solo la fecondazione artificiale, ma anche la maternità surrogata e l'inseminazione artificiale. Si parla di fecondazione omologa quando il seme e l'ovulo utilizzati appartengono ai genitori del nascituro, il quale presenterà quindi un patrimonio genetico ereditato da coloro che intendono allevarlo. La fecondazione eterologa si verifica, invece, quando il seme oppure l'ovulo provengono da un soggetto esterno alla coppia. Cfr. J. TESTART, *La procréation médicalisée: un exposé pour comprendre, un essai pour réfléchir*, Paris, 1993, pp. 19 ss., specif. pp. 34 ss.

⁴ In tema di maternità surrogata si veda S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I profili critici etico-giuridici concernenti la maternità surrogata. Un confronto tra modelli*, in *Le Corti salernitane*, 1/2019, pp. 3 ss.

⁵ Il codice civile italiano non prevede espressamente il paradigma della discendenza biologica, ma si ritiene comunemente che si tratti di un presupposto inespresso delle norme di cui al Titolo VII del Libro I. Per approfondimenti, cfr. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in www.ricercagiuridica.com/sentenze/sentenza.php?num=4696 e Cass., 30 giugno 2016, n. 19599, in www.rivistafamiglia.it.

⁶ L'ordito normativo italiano conosce difatti due tipologie di adozione. La c.d. adozione legittimante o piena produce l'instaurazione di un rapporto di filiazione legittima tra il minore e l'adottante. Il primo assume il cognome del secondo, che verrà trasmesso ai suoi eredi, e si produce la genesi del rapporto parentale con la famiglia dell'adottante. Conseguentemente, si registra l'interruzione di ogni legame giuridico con la famiglia biologica, salvo che per i divieti

eterosessuali uniti in matrimonio⁷. La legge⁸ 4 maggio 1983, n. 184 conosce altresì, all'art. 44, forme di adozione in casi particolari, non piena e non rescindente il precedente rapporto di filiazione⁹. In tali peculiari ipotesi l'adozione è consentita anche all'individuo *single* e alle coppie conviventi *more uxorio*. Si è dunque cercato di fare ricorso a tale base normativa per riconoscere un rapporto di filiazione tra il convivente del genitore biologico e il figlio di costui, ma il caso in esame mal si attaglia alle quattro ipotesi disciplinate dalla norma. Simili problematiche si sono poste anche negli altri ordinamenti giuridici europei, che pure non conoscevano inizialmente una disciplina per l'adozione del figlio del convivente omosessuale. Attualmente, in quattordici Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Norvegia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Danimarca, Islanda, Malta e Austria) è consentita l'adozione piena alle coppie dello stesso sesso, senza la necessità di ricorrere a procedure particolari¹⁰. In altri cinque paesi (Germania, Croazia, Estonia e Slovenia, cui di recente si è aggiunta la Svizzera) le coppie

matrimoniali. Questa tipologia di adozione (che si suddivide in nazionale e internazionale) è consentita esclusivamente ai coniugi eterosessuali, i quali abbiano una differenza di età col minore di almeno 18 anni. L'adozione in casi particolari, non legittimante, anche detta adozione semplice ovvero ordinaria, invece, non produce l'instaurarsi di un rapporto di filiazione legittima. Il minore conserva il cognome d'origine e, pur diventando erede dei genitori adottivi, non instaura un rapporto di parentela con la famiglia degli stessi. Egli mantiene taluni obblighi nei confronti della famiglia di origine. A quest'ultima tipologia di adozione può essere equiparata, sul piano degli effetti, anche l'adozione del maggiorenne *ex artt.* 291 ss. c.c., che parimenti non recide i legami con la famiglia naturale. Per approfondimenti cfr. L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, III, *Filiazione*, Milano, 2002, pp. 575 ss.; M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2002, pp. 6 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 898 ss.; ID., *Adozione "plena, minus plena" e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 683 ss.; M. PARADISO, *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, pp. 101 ss. In giurisprudenza, si veda Cass., 30 gennaio 1998, n. 978, in *Giust. civ.*, 1998, I, pp. 1195 ss. Con specifico riguardo al caso delle coppie omosessuali, si vedano G. SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, pp. 109 ss.; A. SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 974 ss.; M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 969 ss.

⁷ Per un'analisi dell'istituto nel diritto domestico, si vedano C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI - G. FRANCHI - S. SCHIPANI, *Commentario alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Nuove leggi civ.*, 1984, 2, *passim*; C.M. BIANCA - L. ROSSI CARLEO, *Commentario alla legge 28 marzo 2001, n. 149. Modifiche alla legge 4 marzo 1983, n. 184, recante disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Nuove leggi civ.*, 2002, pp. 909 ss.; M. BESSONE - G. FERRANDO, *Minori e maggiori d'età (adozione dei)*, in *Noviss. dig. it., App.*, V, Torino, 1984, pp. 82 ss.; G. CATTANEO, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 116 ss.; R. TOMMASINI, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 2, Padova, 1993, pp. 456 ss.; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 797 ss.; A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, pp. 135 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, in G. FERRANDO, *Il nuovo diritto di famiglia*, III, *Filiazione e Adozione*, Bologna, 2007, pp. 587 ss.

⁸ Denominata "diritto del minore ad una famiglia", è comunemente nota come "legge sulle adozioni". È stata pubblicata nella G.U. del 17 maggio 1983, n. 133, serie ordinaria.

⁹ Su cui vedasi A. GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in G. BONILINI - G. CATTANEO, *Il diritto di famiglia*, III, 2° ed., Torino, 2007, pp. 455 ss.; G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, 2° ed., Milano, 2012, pp. 951 ss.; E. URSO, *L'adozione in casi particolari*, in G. FERRANDO, *Il nuovo diritto di famiglia*, III, *Filiazione e Adozione*, Bologna, 2007, pp. 765 ss.

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo, (CEDU), *X ed altri c. Austria*, Sentenza del 19 febbraio 2013, nel ricorso n. 19010 del 2007, par. 91.

omosessuali non possono accedere alle adozioni in ogni caso, ma possono legittimamente adottare il figlio (biologico o adottivo) del proprio convivente¹¹.

La problematica si intreccia con quelle relative alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), le quali non sono consentite in tutti gli Stati, e con modalità differenti. In Italia la tematica con riguardo ai limiti applicativi soggettivi è frequentemente tornata all'esame delle Corti Superiori. Recentissima è la sentenza 221 del 2019 della Consulta chiamata a pronunciarsi in merito alla ipotizzata incostituzionalità della legge 40 del 2004 nella parte in cui non consentiva l'accesso alle PMA a una coppia omosessuale femminile i cui componenti erano entrambi inabili a portare avanti una gravidanza l'una per motivi di tipo cardiaco, l'altra per impossibilità a produrre ovuli. La Corte si è pronunciata rigettando l'ipotesi di incostituzionalità¹². Nella prassi, le coppie omosessuali che non possono accedere agli innovativi strumenti procreativi nel proprio Stato di origine effettuano una vera e propria trasmigrazione verso gli Stati nei quali ciò è pienamente consentito¹³. Al ritorno nello Stato di origine, viene dunque richiesto il riconoscimento di provvedimenti e sentenze straniere che hanno ammesso il rapporto di filiazione tra genitore di intenzione e nato. Avverso questi provvedimenti viene sovente eretto l'invalidabile limite dell'ordine pubblico internazionale, quale ultimo baluardo dei valori e delle concezioni che stanno a fondamento di una determinata collettività¹⁴. Non è da escludere, su altro versante, il contrasto di dette pratiche con l'ordine pubblico comunitario, condiviso tra gli Stati membri e fondato sugli artt. 1, 2, e 3 della Carta di Nizza (CDFUE), che espressamente sanciscono la tutela della dignità umana, della vita e della integrità della persona¹⁵. Su questo peculiare crogiuolo di dilemmi giuridici è

¹¹ Per una panoramica generale della tematica si veda M.G. STANZIONE, *Omo genitorialità, adozione coparentale e interesse del minore*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, II, Napoli, 2018, pp. 1097 ss.

¹² Corte cost., sent. 221/2019 pubblicata il 30 ottobre 2019 e reperibile su cortecostituzionale.it.

¹³ Il fenomeno del "turismo procreativo" è ampiamente documentato in una rassegna di giurisprudenza belga, riportata nel documento *"La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC"*, pubblicato sul sito di questa organizzazione interstatale nel febbraio 2014. Per approfondimenti, si vedano F. G'SELL, *La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2017, 7, pp. 93-111 ; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 965 ss.; L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 1, pp. 139 ss.

¹⁴ Su queste problematiche, cfr. G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*. Per le esperienze straniere, si vedano H. MUR-WATT, *Les principes généraux en Droit International Privé français*, in *Journal du Droit International*, 1997, pp. 403 a 415; P. HAMMIE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997, pp. 1-31; K. FRANZ, *Die lebre vom ordre public (prohibitivgesetz)*, in *Abhandlung zum internationalen privatrecht*, 1928, Vol. I, pp. 161-254 ; A.J. BAUMERT, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt, 1994, *passim*; F. CADET, *L'ordre public en Droit international de la famille*, Paris, 2005, *passim*.

¹⁵ Per approfondimenti, cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la famille dans l'union européenne?*, in *Estudos em homenagem á Isabel de Magalhaes Colago*, Coimbra, 2002, pp. 159-185; A. QUINONES ESCÁMEZ, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, 18, pp. 507-529.

intervenuta a più riprese la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), oltre che una variegata tipologia di disposizioni di carattere sovranazionale. La Corte di giustizia dell'Unione europea, invece, non si è pronunciata di frequente sull'argomento, limitandosi ad affermare che non vi sono disposizioni del diritto europeo che impongano agli Stati membri di consentire o vietare le pratiche di fecondazione assistita¹⁶. La giurisprudenza della CEDU è stata, da tale punto di vista, determinante. Essa ha sempre riposto particolare attenzione e tutela al diritto del minore al riconoscimento e alla continuità delle relazioni affettive, anche svincolate da rapporti biologici ed adottivi, enunciando principi che hanno avuto influenza anche sulle decisioni dei magistrati nazionali¹⁷. La Corte ha affermato e sviluppato, fino alle estreme conseguenze, il principio della prevalenza dell'interesse del minore di età in tutte le decisioni che lo riguardano: principio vincolante per lo Stato aderente alla Convenzione a prescindere dalla natura del legame (parentale, genetico o sociale) da preservare e dal limite dettato dall'ordine pubblico¹⁸. Nel caso *X e altri c. Austria*¹⁹, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali (anche non sposate, secondo il sistema interno) fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale²⁰. Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato e non può avallarsi una disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni concrete e ponderate. Non può, pertanto, condividersi un approccio negativo allorché non vi siano

¹⁶ Corte di Giustizia, 18 marzo 2014, causa C-363/12, *Z. contro A government department*, consultabile all'indirizzo <https://curia.europa.eu>.

¹⁷ Cfr. S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla Stepchild Adoption*, in *Fam. dir.*, 2016, 11, p. 1041.

¹⁸ Con riguardo all'affermazione del principio della prevalenza del superiore interesse del minore e della nozione di vita familiare, si vedano CEDU, 13 giugno 1979, ricorso n. 683/74, *Marckx c. Belgio*; CEDU, 26 maggio 1994, ricorso n. 16969/90, *Keegan c. Irlanda*; CEDU, 22 aprile 1997, ricorso n. 21830/93, *X, Y. e Z. c. Regno Unito*. Tutte le decisioni della Corte sono rinvenibili nel database HUDOC all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁹ Sentenza del 19 febbraio 2013, nel ricorso n. 19010 del 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 519 ss., con nota di C. FATTA - M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*. Secondo l'autorevole arresto giurisprudenziale, nelle coppie omosessuali il *partner* ha diritto di adottare i figli del proprio compagno, pena la violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani, che sanciscono la non discriminazione e il diritto al rispetto della vita familiare. Cfr. R. ROSSI, *Second-parent adoption e omogenitorialità*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1, pp. 27 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, pp. 1764 ss.

²⁰ Cfr. par. 151 della sentenza. Un mese prima di questo arresto, già Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *D. fam. e persone*, 2013, 2, pp. 515 ss., ha affermato che non ci si può opporre all'affidamento e alla stabile, duratura permanenza di un minore presso una coppia omofila e convivente, situazione priva in sé di ogni pericolo, a meno che non venga data prova certa che, in una determinata fattispecie, all'omosessualità della coppia si aggiungano seri e sicuri fatti e circostanze costituenti un reale, concreto, pericolo per un sano e normale sviluppo psicofisico, morale ed educativo del minore. La decisione è altresì pubblicata in *Foro it.*, 2013, I, pp. 1193 ss., con nota di G. CASABURI, e in *Giur. it.*, 2013, pp. 1038 ss., con nota di M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 570 ss., con nota critica di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, che tende a sminuire la portata dirompente della decisione.

evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di accertamento, in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dalla omogenitorialità²¹. D'altronde, la Corte europea ha sempre affermato che le misure che rimuovono i legami familiari possono essere applicate soltanto se i genitori si sono rivelati particolarmente indegni, oppure se ricorrono altre circostanze eccezionali²². In ogni altra ipotesi, lo Stato deve agire in modo da permettere la conservazione e lo sviluppo dei legami familiari, introducendo nell'ordinamento e applicando, all'occorrenza, misure idonee²³. In un caso di filiazione formata all'estero la Corte²⁴, in assenza di qualsiasi vincolo parentale tra i pretesi genitori e il minore, e anzi proprio nell'ottica della protezione della famiglia di fatto e del superiore interesse del minore, ha ritenuto applicabile l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e ha considerato il rifiuto, da parte delle autorità italiane, di riconoscere la filiazione stabilita all'estero e le misure che ne erano seguite, come non necessarie all'interno di una società democratica nazionale. La Corte ha concluso che la stretta applicazione delle disposizioni legislative nazionali non aveva rappresentato il giusto bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati in concreto. Ogni volta che una controversia coinvolge un minore di età, l'interesse di quest'ultimo deve prevalere²⁵.

Sull'opposto versante, tuttavia, avuto riguardo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e in specie alla gestazione per sostituzione, la medesima Corte non ha esitato nell'avvalersi della tecnica giudiziale del c.d. "margine di apprezzamento degli Stati"²⁶. Quest'ultima clausola generale consente di

²¹ Per approfondimenti, G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. fam.*, 2010, 2, pp. 802 ss.

²² Cfr. CEDU, 16 luglio 2015, ricorso n. 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*, CEDU, 21 ottobre 2008, ricorso n. 19537/03, *Clemeno e altri c. Italia*, in www.giustizia.it. Vedasi altresì CEDU, 27 agosto 1996, ricorso n. 17383/90, *Johanssen c. Norvegia*, CEDU, 16 luglio 2002, ricorso n. 56547/00, *P., C. e S. c. Regno Unito*. Tutte le decisioni della Corte sono rinvenibili nello HUDOC Database all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

²³ Cfr. CEDU, 13 ottobre 2015, ricorso n. 52557/14, *S.H. c. Italia*, CEDU, 21 gennaio 2014, ricorso n. 33773/11, *Zhou c. Italia*, CEDU, Grande Camera, 6 luglio 2010, ricorso n. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, CEDU, 16 febbraio 2016, ricorso n. 72850/14, *Soares De Melo c. Portogallo*.

²⁴ CEDU, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

²⁵ Nello stesso senso CEDU, 27 aprile 2010, ricorso n. 16318/07, *Moretti e Benedetti c. Italia*. In quest'ultimo caso, una coppia aveva accolto in affido, ad un mese dalla nascita, un'infante, trattandola come figlia per i diciannove mesi successivi e, avendo proposto domanda di adozione, si era vista negare tale possibilità. La Corte di Strasburgo, ritenendo rilevante il legame che si era instaurato tra la coppia affidataria e la bambina ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, per mancanza del rispetto della vita familiare.

²⁶ Per approfondimenti, P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.; J. COT, *Margin of appreciation*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, testo disponibile su www.mpepil.com; N. SHUIBHNE, *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *European Law Review*, 2009, pp. 230 ss.; J. SWEENEY, *A «margin of appreciation» in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 27 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss.; R. ST. J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss.

lasciare spazio alla sovranità statale nelle materie in cui non vi sia un generale *consensus* tra le parti contraenti, evitando in questo modo un certo imbarazzo su questioni politicamente sensibili²⁷.

Questa lunga e risalente serie di pronunce ha imposto ai Paesi aderenti al Consiglio d'Europa un obbligo di adeguamento dei propri ordinamenti interni ai nuovi *diktat* giurisprudenziali, portatori di nuovi valori oramai riconosciuti nel contesto socio-culturale europeo.

Lo Stato italiano, anche a seguito dell'approvazione della legge sulle unioni civili²⁸, fatica a trovare un inquadramento generale dell'istituto. L'analisi dell'evoluzione delle esperienze giuridiche comparate può, da tale punto di vista, fornire un ausilio al giurista domestico che intenda, *de iure condendo*, fornire una tutela adeguata ai nuovi assetti familiari. In tale prospettiva l'analisi dell'esperienza spagnola risulta particolarmente illuminante in considerazione delle consonanze assiologiche esistenti rispetto al diritto italiano.

2. Analisi comparativa. Disciplina delle tecniche di procreazione assistita nel diritto spagnolo.

La costituzione del rapporto di filiazione nei casi di fecondazione eterologa

In Spagna²⁹ la riproduzione assistita è disciplinata dalla *ley* 26 maggio 2006, n. 14. La normativa regola le tecniche di inseminazione artificiale, fecondazione *in vitro* e trasferimento di embrioni, e all'art. 7 stabilisce espressamente che la filiazione dei nati con le tecniche di riproduzione assistita sarà regolata dalle leggi civili, salvo che per le deroghe contenute nei tre articoli successivi³⁰. I donatori dei gameti devono avere almeno 18 anni e trovarsi in buono stato di salute. Questi ultimi dovranno prestare il loro consenso personalmente. La donazione ha i caratteri della irrevocabilità, gratuità, formalità e confidenzialità. In particolare, la revoca del consenso è possibile solo quando il donante necessiti dei gameti per sé, a condizione che essi siano ancora disponibili³¹. L'atto non può avere fini commerciali o lucrativi ed è prevista esclusivamente una compensazione per le spese sostenute e il travaglio fisico sopportato. Il

²⁷ Ritiene che la Corte europea abbia abdicato alla propria responsabilità di sanzionare gli Stati che si pongono in violazione dei diritti fondamentali J. GARCIA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2010, 90, pp. 393-397. Assume posizione critica nei confronti dell'atteggiamento della Corte anche C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica*, in *Revista de Derecho Privado*, 2018, 4, p. 84, la quale sostiene che si determini esclusivamente maggiore incertezza nel campo dei diritti individuali.

²⁸ Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016.

²⁹ *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, pubblicata nel *Boletín Oficial de Estado* (BOE) n. 126 del 27 maggio 2006.

³⁰ Cfr. Art. 7, comma 1: « *la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos* ».

³¹ Cfr. Art. 5, comma 2: « *la donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor* ».

relativo contratto prevede la forma scritta *ad substantiam* con una folta presenza di oneri informativi a carico della struttura, in ossequio al principio del consenso informato³². La legge spagnola dimostra una rilevante sensibilità al riguardo, affermando che gli oneri conoscitivi devono essere assolti di modo che le informazioni risultino facilmente fruibili anche alle persone con disabilità³³. La donazione, in caso di fecondazione eterologa, sarà del tutto anonima e sarà garantita la riservatezza dei dati idonei a disvelare la identità del donante³⁴. Specificamente con riguardo alla fecondazione assistita, la legge iberica distingue la donna coniugata in matrimonio dalla donna convivente e da quella *single*. Nel primo caso, sarà necessario anche il consenso del marito, salvo che non vi sia stata la separazione legale o di fatto. La *ratio legis* appare chiara ove si consideri che l'art. 116 *Código civil* pone una presunzione di paternità nei confronti dei figli nati in costanza di matrimonio³⁵. La norma intende dunque tutelare la figura paterna, che deve essere edotta dell'operazione in corso, foriera di un nascituro nei cui confronti egli assumerà gli oneri e gli obblighi previsti dalla legge. Difatti, è sufficiente ricordare che, in materia di filiazione, l'ordinamento iberico distingue tra titoli costitutivi (*título constitutivo*) della stessa e titoli di determinazione (*título de*

³² Per mero tuziorismo si ricorda che ad oggi, soprattutto a seguito della emanazione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), il consenso informato realizza uno dei cardini della responsabilità medica. Principio originariamente modulato da numerosi arresti pretori, consiste nel diritto alla autodeterminazione del paziente in ordine alle scelte concernenti la propria salute. In sostanza il malato ha il diritto/dovere di conoscere tutte le informazioni disponibili sulla propria salute e la propria malattia, potendo chiedere al professionista sanitario tutto ciò che non è chiaro, e deve avere la possibilità di scegliere, in modo informato, se sottoporsi a una determinata terapia o esame diagnostico. Tale consenso costituisce il fondamento della liceità dell'attività sanitaria, in assenza del quale l'attività stessa costituisce reato. Il fine della richiesta del consenso informato è dunque quello di promuovere l'autonomia o libertà di scelta dell'individuo nell'ambito delle decisioni mediche. Per approfondimenti, cfr. V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *ACTA Otorhinolaryngologica Italica*, 2005, vol. 25, pp. 312 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI, *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, pp. 205 ss.

³³ Cfr. art. 5, comma 4: «*el contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad*».

³⁴ In Spagna è garantito il diritto all'anonimato dei soggetti che partecipano alle operazioni di fecondazione, destinato a entrare irrimediabilmente in frizione col diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini, affermato a più riprese dalla CEDU. La problematica ha interessato non poco la dottrina e la giurisprudenza iberiche. Una risalente pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo (STC 17 giugno 1999 n. 116, in *Tol*, 13003) ha negato che la disposizione in esame si ponesse in contrasto col principio di libera ricerca della paternità, ritenuto implicito nell'art. 39 della Costituzione. Al contrario, la dottrina ritiene che la normativa sia palesemente incostituzionale, auspicando una riforma che consenta di porre in contatto, in modo riservato, minore generato e padre o madre biologica. Cfr. J. VIDAL MARTINEZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad n. 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2000, 12, pp. 113-137; A. LÓPEZ ANCONA, *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, p. 71.

³⁵ Nell'ordinamento domestico la medesima regola è posta dall'art. 231 c.c., che apre il Capo I del Titolo VII del Libro I, dedicato alla presunzione di paternità e allo stato di figlio. Secondo tale disposizione, il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio. Si tratta di una presunzione legale che può essere vinta solo attraverso l'esperimento dell'azione di disconoscimento ai sensi dell'art. 235 c.c., anche quando vi sia stata la declaratoria di nullità del matrimonio tra i coniugi. In questo senso Cass., 8 giugno 2012, n. 9379, in www.gaud.it.

determinación). Il titolo costitutivo si riferisce al fatto che deterministicamente provoca la filiazione, ovvero la generazione oppure l'adozione. Il titolo di determinazione si riferisce al metodo legale di constatazione. Questi sono enunciati dall'art. 113 *Código civil*, secondo il quale la filiazione si accredita tramite l'iscrizione nel registro civile, ed è attestata dal documento o dalla sentenza che l'accerta legalmente, dalla presunzione di paternità matrimoniale o, in assenza dei suddetti mezzi, dal possesso di stato³⁶. L'iscrizione ha natura dichiarativa e si basa sul principio di corrispondenza tra verità legale e verità biologica³⁷. Da questo punto di vista, la tecnica della riproduzione assistita eterologa infrange fragorosamente il dogma della (presunta) discendenza biologica, ma la dottrina maggioritaria non ritiene che la legge n. 14 del 2006 abbia introdotto nell'ordinamento giuridico un nuovo titolo costitutivo della filiazione, diverso rispetto alla generazione naturale³⁸. Al contrario, la fattispecie andrebbe ascritta pur sempre all'interno della categoria suddetta, con la peculiarità che essa si determina tramite il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, potendosi discorrere in questo senso di "generazione *sui generis*"³⁹.

La soluzione sembra suggerita anche dall'art. 7 della legge, che rimanda espressamente alle norme del Codice civile. L'art. 8, comma 1, della legge n. 14 del 2006 afferma, poi, che qualora la donna sia coniugata, né lei né il marito potranno impugnare la presunzione di paternità del figlio nato in costanza di matrimonio a seguito delle tecniche di fecondazione⁴⁰, ciò anche se si tratti di fecondazione eterologa in cui la paternità legale non corrisponda a quella biologica. La *ratio* della norma è chiaramente quella di garantire il diritto del minore ad un nucleo familiare stabile e certo, senza che egli possa subire discriminazioni in virtù di una scelta compiuta dai genitori in modo consapevole, espresso e determinato. *Ergo*, in Spagna, sia nel caso di fecondazione omologa che eterologa, si produrrà (in modo pressoché automatico) l'iscrizione del rapporto di filiazione a carico del marito, ai sensi dell'art. 44 della legge sul registro civile (legge n. 20 del 21 luglio 2011)⁴¹. L'ordinamento giuridico interno consente altresì il

³⁶ Per mero tuziorismo si ricorda che il possesso di stato è, secondo la teoria generale del diritto, quel complesso di fatti e situazioni dai quali si perviene all'esistenza di un corrispondente titolo, dunque all'esistenza di una determinata situazione giuridica. Nell'ordinamento civile italiano, i titoli di determinazione sono disciplinati dall'art. 236 c.c., a norma del quale la filiazione si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. In mancanza di questo titolo, sarà sufficiente il possesso continuo dello stato di figlio.

³⁷ Cfr. R. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, 1993, pp. 15 ss.

³⁸ Per queste considerazioni si veda il pregevole lavoro di J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, pp. 301 ss.

³⁹ Cfr. J. INIESTA DELGADO, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, in M. YZQUIERDO TOLSADA - M. CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de familia*, Cizur Menor, 2011, p. 747.

⁴⁰ "Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación"

⁴¹ Nella dottrina spagnola, si vedano M. NAVARRO CASTRO, *Ad art. 44 LRC, Inscripción de nacimiento y filiación*, in J.A. COBACHO GÓMEZ - A. LECIÑENA IBARRA, *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, 2012, pp. 690-692; R. VERDERA SERVER, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA, Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, in J.A.

matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴², ma la disposizione di cui all'art. 8, comma 1, non è stata estesa anche alla coniuge della donna che ricorra alla fecondazione eterologa. Pertanto, non si produrrà automaticamente una presunzione di “paternità” ma l'art. 7, comma 3, prescrive che la donna può esprimere il consenso, se non separata legalmente o di fatto, a che si produca l'iscrizione nel registro civile con gli effetti previsti dalla legge⁴³. È possibile osservare dunque che lo Stato iberico non necessita, da questo punto di vista, di fare ricorso alle procedure di adozione, quando la coppia sia unita in matrimonio conformemente alle disposizioni del *Código civil*.

Difatti, qualora la coniuge presti il suo consenso, si produrrà in ogni caso la nascita del rapporto di filiazione (seppur in modo non automatico) come accade in caso di coppia eterosessuale coniugata. Il consenso deve essere prestato al momento della nascita del bambino e può essere formalizzato nel documento che attesta il consenso alla riproduzione assistita, innanzi all'ufficiale di stato civile, oppure in un atto pubblico. È necessario allora distinguere il consenso prestato al momento del ricorso alla tecnica di fecondazione eterologa e quello prestato per la costituzione del rapporto di filiazione. Il primo non ha alcun effetto sull'instaurazione di detto rapporto, che richiede necessariamente la manifestazione del secondo. In ossequio ai principi generali, il consenso deve essere libero, spontaneo, non coartato ed esente da vizi⁴⁴. Qualora la donna non sia coniugata, ma solo convivente con un uomo, non necessita del consenso di questi per ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa. Ciò nonostante, il secondo comma dell'art. 8 acconsente a che tale assenso sia comunque prestato, spontaneamente e anteriormente all'impianto dell'ovulo fecondato da terzo donatore. Secondo la *law in action*⁴⁵, il consenso può essere desunto anche da comportamenti inequivoci, quali ad esempio la firma del documento presentato da parte della clinica. Qualora ciò avvenga, si ritiene generalmente che l'iscrizione del rapporto di filiazione possa avvenire in virtù del disposto dell'art. 44, comma 7, n. 2 della legge sul registro civile, per mezzo del mero possesso di stato determinato dai comportamenti concludenti del padre o della madre⁴⁶.

COBACHO GÓMEZ - J.J. INIESTA DELGADO, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, 2007, pp. 266-267, p. 272.

⁴² La legge n. 13 del 1 luglio 2005 modifica l'art. 44 del codice civile spagnolo consentendo l'accesso all'istituto matrimoniale alle persone dello stesso sesso. La legge è stata pubblicata nel BOE n. 157 del 2 luglio 2005.

⁴³ Cfr. art. 7, comma 3: “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁴⁴ In una pronuncia (SAP, Islas Baleares 31 marzo 2014, in *Aranzadi Civil*, 2014, p. 654), il consenso prestato dalla coniuge fu impugnato poiché prestato, secondo la ricorrente, in una condizione di fragilità mentale determinata dal dominio che, sopra di essa, esercitava la donna partoriente. Il Tribunale respinse tale domanda rinvenendo prove in senso contrario nelle condizioni di vita della coppia, che avevano pianificato da tempo il ricorso alla fecondazione eterologa ancor prima del matrimonio. Cfr. J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁵ Cfr. STSJ Cataluña, 22 dicembre 2008, in *Tol* 1548432.

⁴⁶ Cfr. l. n. 20 del 21 luglio 2011, art. 44, comma 7, n. 2: “cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia”.

Pertanto, secondo la dottrina prevalente⁴⁷, il consenso prestato dal convivente non costituisce un titolo di determinazione della filiazione, bensì un impedimento all'eventuale impugnazione della stessa. Anche in questo caso, dunque, si ha uno *iatius* tra verità biologica e verità legale, che nell'ordinamento spagnolo possono convivere pacificamente. In tale prospettiva il consenso prestato all'impianto dell'ovulo fecondato costituisce un atto di responsabilità, consistente nell'impegno ad assumere come proprio il figlio nato tramite tale tecnica, in ossequio a una pianificazione familiare comune⁴⁸. Ciò nonostante, talune problematiche sono insorte dall'interpretazione del disposto dell'art. 8, comma 2, che fa espressamente salve le azioni di reclamazione di paternità. Il dettato è stato inteso nel senso di escludere che il donante del contributo genetico maschile possa venir meno al suo diritto-dovere di anonimato, richiedendo il riconoscimento del figlio. Al contrario, si reputa che tale azione possa essere esercitata dalla madre qualora il o la convivente rifiuti il riconoscimento, contrariamente all'atto di assenso già prestato in sede di impianto dell'ovulo⁴⁹. Relativamente al caso di donna convivente con persona dello stesso sesso, il diritto vivente sovente riconosce che il consenso prestato dalla convivente femminile possa valere come indizio del possesso di stato ai fini del riconoscimento della maternità ai sensi dell'art. 131 c.c.⁵⁰. Difatti, il Tribunale Supremo⁵¹ ha accolto una tale domanda presentata dalla *ex* coniuge della madre del bambino. L'assenso prestato, in quel caso, alla inseminazione artificiale era di particolare significanza, poiché costituiva la volontà libera e manifesta di entrambe le litiganti di essere progenitrici. Un tale consenso doveva dunque essere apprezzato ai fini del riconoscimento del possesso di stato, il quale emergeva anche da altri comportamenti concludenti. A titolo esemplificativo, la *ex* coniuge aveva altresì attivato iniziative giudiziali volte a mantenere il contatto con la minore, ottenendo l'instaurazione di un regime di visite a suo favore. Inoltre, aveva dato vita a un procedimento di adozione. Secondo le rilevanze testimoniali, nel corso dell'anno precedente, la donna aveva condiviso la sua vita con la minore in qualità di madre. In un caso simile, il Tribunale Supremo ha acconsentito al riconoscimento della maternità in favore della convivente della madre in virtù del medesimo possesso di stato⁵². Ciò nonostante, una parte della dottrina

⁴⁷ Cfr. J.J. INIESTA DELGADO, *op. cit.*, pp. 777-778; R. VERDERA SERVER, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁴⁸ Cfr. J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, p. 322.

⁴⁹ Per un arresto pretorio si veda SAP Alicante, 23 dicembre 2014, in *Aranzadi Civil*, 2015, p. 275. La Corte accolse l'azione di reclamazione presentata dalla madre del bambino, generato artificialmente tramite il contributo dell'uomo con cui ella conviveva. Il giudice ritenne di poter accogliere la domanda sulla base del consenso prestato dall'uomo al momento della fecondazione, ma è da notare che in tal caso si verteva in materia di fecondazione omologa ove la verità biologica trovava piena corrispondenza in quella legale. Cfr. J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 131 del Codice civile spagnolo, chiunque vi abbia interesse può agire al fine del riconoscimento del rapporto di filiazione in virtù del possesso di stato.

⁵¹ STS, 5 dicembre 2013, in *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2013, p. 7566, commentata da J. ALVENTOSA DEL RIO, *Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de Estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, 18, pp. 400-419.

⁵² STS, 15 gennaio 2014, in *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2014, p. 1265.

iberica ritiene che la componente giurisprudenziale forzi eccessivamente tale dato giuridico, ritenendo più confacente e dogmaticamente corretto il riconoscimento normativo di una nuova tipologia di filiazione che abbia come titolo costitutivo il procedimento di fecondazione assistita⁵³.

3. Le soluzioni pragmatiche adottate dai legislatori di lingua tedesca e francese

Particolare interesse suscitano, poi, le esperienze dei paesi di lingua tedesca e francese. Infatti ai sensi del §1591 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) è considerata madre di un minore la donna che lo ha partorito. Anche nella nazione tedesca dunque prevale il criterio della discendenza biologica, a discapito di quella genetica (in caso di ovocita donato da terza donna) e di quella sociale. Al contrario, alla madre genetica non è riconosciuto alcuno *status* giuridico nei confronti del bambino⁵⁴. Il vincolo di filiazione padre-figlio si stabilisce, invece, tramite il §1592, n.1, BGB, ponente una presunzione di paternità del nato in costanza di matrimonio, anche in mancanza di un legame biologico in tal senso. Per i nn. 2 e 3 del medesimo paragrafo, i nati fuori dal vincolo coniugale possono essere riconosciuti tramite apposito atto pubblico o proponendo azione giudiziale⁵⁵. Con riferimento alla fecondazione eterologa, il padre non biologico non può essere obbligato al riconoscimento della paternità, pertanto il ricorso a tale pratica è condizionato al preventivo assenso di tale ultimo soggetto. Nell'ordinamento tedesco non esiste una legge sulla procreazione medicalmente assistita, e la materia è solo parzialmente disciplinata dalla Legge sulla tutela dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz*) del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° gennaio 1991⁵⁶.

In concreto, sono le linee guida dei medici a disciplinare compiutamente il fenomeno⁵⁷. La legge in esame vieta e sanziona penalmente la c.d. ovodonazione, ovverosia la fecondazione di un ovulo che non venga poi utilizzato per la donna cui appartiene, oltre che la maternità surrogata⁵⁸. Inoltre, la c.d. *Adoptionsvermittlungsgesetz* (la legge che disciplina la mediazione nel campo delle adozioni)⁵⁹ vieta l'attività

⁵³ Sono di questa opinione E. FARNÒS AMORÒS, *La filiación derivada de reproducción asistida*, in *Anuario de derecho civil*, 2015, p. 27, M.S. QUICIOS MOLINA, *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcellona, 1997, p. 62 e J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, p. 326.

⁵⁴ Cfr. P. PASSAGLIA - E. BOTTINI - C. GUERRERO PICÒ - S. PASETTO - M.T. RÖRIG, *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it, p. 25.

⁵⁵ I presupposti e le modalità di tale riconoscimento sono disciplinati dai successivi §§ 1593-1595 BGB.

⁵⁶ In *BGB*, I S, 2746, reperibile all'indirizzo: <https://www.bgb.de/xaver/bgb/>

⁵⁷ Particolare risalto assumono specificamente le Linee guida modello per la effettuazione della procreazione assistita del 17 febbraio 2006, formulate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici, un atto dotato, per gli stessi, di carattere vincolante. Per approfondimenti, cfr. A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità: Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, pp. 72-73.

⁵⁸ La dottrina alemanna si innesta invece su opposte posizioni, ritenendo del tutto lecito il ricorso alla maternità surrogata in casi di infertilità o sterilità della coppia, tale tecnica non ledendo il fondamentale diritto alla dignità umana. Per approfondimenti, cfr. M. HERDEGEN, *Art. 1 LF*, in T. MAUNZ - G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 86° ed., München, 2019, n. 101. Contrari H. MANGOLDT - F. KLEIN - C. STARCK, *Art. 2 LF, comma 2 in ID., Kommentar zum Grundgesetz: GG*, VII ed., München, 2018, n. 107.

⁵⁹ Legge del 2 luglio 1976, entrata in vigore il 1° gennaio 1977, in *BGB*, I S. 1762.

di mediazione tesa a procurare madri surrogate, mentre non vengono punite le madri per sostituzione o i genitori che hanno dato l'incarico di mediazione (questi possono tuttavia essere ritenuti responsabili per un illecito amministrativo)⁶⁰. La normativa del 1976 non disciplina espressamente la procreazione di tipo eterologo, ma non oppone alcun divieto a tale tipo di fecondazione, salvo il limite derivante dal divieto di ovodonazione e di fecondazione *post mortem*, sancito nell'art. 4, comma 1, n° 3. L'unica condizione legittimante la pratica risulta essere la presenza del consenso del donatore e di quello della donna, entrambi maggiorenni e capaci di intendere e di volere⁶¹. Quanto alla trascrizione degli atti di nascita redatti all'estero a seguito di procedimenti di maternità surrogata, la giurisprudenza alemanna ha tenuto un atteggiamento assai restrittivo. La Suprema Corte federale ha infatti sempre negato la ammissibilità della trascrizione di siffatti documenti, non rinvenendo in ciò una lesione di diritti fondamentali. In primo luogo, il divieto di maternità surrogata si pone quale norma di ordine pubblico, e *in secundis* non viene pregiudicata la sfera giuridica del minore che continua a vivere nel proprio nucleo familiare. Ciò che si nega è esclusivamente il riconoscimento dello *status* giuridico della filiazione biologica, cui può comunque porsi rimedio attraverso l'istituto adottivo⁶². Con specifico riguardo alla problematica questione dell'adozione da parte delle coppie omosessuali, essa si lega in tale contesto a fil doppio con la disciplina in materia di unioni civili e matrimonio. In Germania le prime furono formalizzate a partire dal 2001, con l'adozione del *Eingetragene Lebenspartnerschaft*. In quella risalente normativa fu previsto il c.d. "piccolo potere di cura del *partner*" nei confronti dei figli del convivente. L'istituto, pur somigliando in parte alla responsabilità genitoriale, se ne discostava per la mancanza di pienezza, poiché una tale potestà era delimitata esclusivamente ad ambiti predeterminati⁶³. Nel 2004 fu poi approvata la legge che consentiva a uno dei membri della coppia di adottare il figlio biologico dell'altro⁶⁴. In presenza del consenso del genitore naturale e dei servizi sociali, tale procedura consentiva un'adozione piena, determinante una integrale e completa responsabilità genitoriale⁶⁵. Fu grazie poi all'energico attivismo del Tribunale federale

⁶⁰ Per approfondimenti, cfr. D. CONRAD-GRAF, *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG)*, in J.P. GRAF - M. JÄGER - P. WITTIG, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, München, 2011, pp. 1047 ss.

⁶¹ Cfr. M.T. RÖRIG, *op. cit.*, p. 24.

⁶² Di recente, BGH, 20 marzo 2019, XII ZB 530/17, in <https://de.openlegaldatal.de> OLG Düsseldorf, 17 marzo 2017, II-1 UF 10/16, in www.justiz.nrw.de. Per una sinottica ricapitolazione delle pronunce, si veda D. MOSSERI, *Mater semper certa. La Cassazione tedesca mette un punto sull'utero in affitto*, Il Foglio, 30 aprile 2019.

⁶³ Per approfondimenti, cfr. F.B. D'USSEAU, *Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, pp. 375-386.

⁶⁴ *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*, del 15 dicembre 2004, in *BGBI.*, 2004, I, p. 3396, in vigore dal 1 gennaio 2005.

⁶⁵ Cfr. C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e riforme*, in *Famiglia*, 2016, p. 82; G. VARANESE, *La Germania e i matrimoni dello stesso sesso (Eheöffnungsg)*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2018, 7, p. 7.

costituzionale tedesco l'equiparazione della coppia omosessuale, così disciplinata, a quella eterosessuale unita in matrimonio, attraverso una serie di pronunce ampliative dei diritti e dei doveri⁶⁶.

In modo particolare, con sentenza del 19 febbraio 2013⁶⁷, il Tribunale costituzionale federale ha ampliato la possibilità di ricorrere alla c.d. *stepchild adoption* (*Stieftadoption*) o adozione coparentale anche ai casi in cui tra genitore (convivente omosessuale) e figlio non vi sia un legame biologico, ma meramente adottivo. In breve, si acconsentiva a che un minore, già adottato da uno dei membri della coppia, potesse essere adottato anche dall'altro. Le norme della legge sulla unione civile tedesca vennero dunque dichiarate incostituzionali per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della *Grundgesetz* (*GG*): in tale frangente non veniva in rilievo il confronto tra coppie eterosessuali e omosessuali, bensì il raffronto tra figli naturali e figli adottivi di un genitore omosessuale. La Corte alemanna sottolineava che la declaratoria di incostituzionalità si imponeva in vista del superiore interesse del minore. L'adozione da parte del *partner* migliora la situazione giuridica del bambino in caso di cessazione del rapporto per morte di un genitore o per separazione. In questa ultima eventualità, in particolare, essa crea degli obblighi di assistenza e di alimenti in capo all'altro convivente e la possibilità di prendere in considerazione l'attaccamento emotivo del bambino⁶⁸.

Una adozione da parte di entrambi i genitori li farebbe apparire uguali agli occhi del bambino, mentre il fatto che un figlio adottato da un *partner* non abbia un legame giuridico con il convivente del genitore adottivo potrebbe essere interpretato da quest'ultimo come rifiuto della sua persona e come dimostrazione di non essere abbastanza importante per essere accettato dal *partner* del genitore. Da ultimo, con legge del 2017, il Parlamento tedesco ha consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, rendendo le disposizioni in materia di unione civili obsolete e anacronistiche⁶⁹. Attraverso l'accesso al matrimonio, all'attualità, le coppie omosessuali tedesche possono usufruire pienamente dell'adozione c.d. congiunta. L'orientamento del Tribunale federale tedesco fu seguito a breve distanza anche dalla

⁶⁶ Per una efficace sintesi delle innovazioni giurisprudenziali, si faccia riferimento a G. VARANESE, *op. ult. cit.*, e A. GATTI, *Un focus sull'adozione da parte di coppie dello stesso sesso in Germania a seguito della sentenza del 19 febbraio 2013 del Tribunale federale costituzionale tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 novembre 2014, reperibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it. Dapprima si è riconosciuto un identico trattamento in materia di diritti successori, di pensione di reversibilità e di reddito imponibile del nucleo familiare, poi in materia di imposta sull'acquisto di immobili e di retribuzione degli impiegati pubblici.

⁶⁷ BVerfG, 19 febbraio 2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, in *NJW*, 2013, p. 847 ss. L'importanza di tale decisione è stata colta esattamente da F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 1105 ss, spec. 1116, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti.

⁶⁸ Cfr. BVerfG, *sent. cit.*, §85.

⁶⁹ La legge (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* del 20 luglio 2017) è stata pubblicata nel *BGBI.*, I, 28 luglio 2017, p. 2787 ss. Per un primo commento su questo importante provvedimento legislativo cfr. D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, in *FamRZ*, 2017, p. 1284 ss.

Corte costituzionale austriaca⁷⁰, che dichiarò incostituzionale la norma che permetteva l'adozione coparentale soltanto ai coniugi (necessariamente di sesso diverso, secondo la legge austriaca), escludendo i *partners* registrati dello stesso sesso. Per la Corte tale disciplina configurava una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, poiché sembrava indicare una idoneità *a priori* della coppia eterosessuale all'adozione, dandone invece per presupposta la mancanza per la coppia dello stesso sesso. Il divieto assoluto precludeva, infatti, la possibilità stessa di valutazione del caso concreto da parte del giudice, mentre è invece difficile, secondo i giudicanti, sostenere che l'adozione congiunta corrisponda all'interesse del bambino solo se attuata da una coppia eterosessuale. La CEDU, al contrario, con pronunciamento a Grande Camera, ha ritenuto esente da vizi la normativa sulle tecniche di PMA, considerate non in contrasto con l'art. 8 CEDU ancorché proibisca sia la maternità surrogata che la fecondazione eterologa, salvi i casi di infertilità assoluta e insuperabile⁷¹.

In Svizzera, poi, è consentita la fecondazione omologa ed eterologa, mentre è precluso l'accesso alla ovodonazione e alla maternità surrogata. Il divieto assume gravidanza tale da essere incluso nella Costituzione federale (*ex art. 119.2.d*), che proibisce ogni forma di donazione di embrioni e di gestazione per sostituzione. La legge federale sulla procreazione medicalmente assistita⁷² rafforza il divieto con due previsioni penali, volte a sanzionare con la reclusione e con la multa l'intermediazione e il ricorso a tale pratica (*ex artt. 4 e 31*). Pertanto, la disciplina elvetica della filiazione appare simmetrica rispetto al diritto italiano, prevedendosi una presunzione di paternità per i figli nati in costanza di matrimonio (la maternità, invece, viene attribuita alla donna che ha partorito). Al di fuori di esso, il padre biologico può riconoscere il minore mediante dichiarazione innanzi all'ufficiale di stato civile, per testamento o proponendo apposita azione giudiziale⁷³. L'art. 299 del Codice civile elvetico prevede poi che il coniuge sia tenuto ad assistere l'altro in maniera appropriata nell'esercizio della potestà genitoriale esercitata nei confronti del figlio, derivando da questo dovere di assistenza anche un diritto di rappresentanza legale, quando le circostanze lo richiedano. La legge federale del 17 giugno 2016 in materia di adozioni, entrata in vigore il 1 gennaio 2018, consente al *partner* omosessuale l'adozione del figlio (naturale o adottivo) dell'altro⁷⁴.

⁷⁰ *Verfassungsgerichtshof*, 11 dicembre 2014, G 119-120/2014-12, in http://www.articolo_29.it, con commento di F.B. D'USSEAUX, *La Corte Costituzionale austriaca sancisce l'ammissibilità dell'adozione congiunta da parte di coppie registrate dello stesso sesso*.

⁷¹ Cfr. CEDU, 3 novembre 2011, S.H. c. Austria, ricorso n. 57813/00. Ancora una volta i giudici di Strasburgo hanno posto in rilievo quanto, in una materia eticamente sensibile, assuma centralità il margine di discrezionalità concesso agli Stati contraenti. Cfr. L. BEDUSCHI - A. COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 novembre 2011.

⁷² Legge del 18 dicembre 1998, entrata in vigore il 1° gennaio 2001 e pubblicata in RU, 2000, 3055, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.admin.ch/opc/it/>

⁷³ Cfr. artt. 252 ss. Codice civile svizzero, disponibile all'indirizzo: <https://www.admin.ch/opc/it/>

⁷⁴ LF 17 giugno 2016 (adozione), pubblicata in RU, 2017, pp. 3699 ss. Con la nuova legge anche alle coppie omosessuali viene concessa la possibilità di adottare il figlio o la figlia del proprio *partner*. Questa misura permette di eliminare le

Anche in Svizzera e in Austria, dunque, il cammino verso una piena tutela della genitorialità omosessuale sembra giunto ad uno stadio avanzato e quasi completo.

Volgendo lo sguardo alla nazione francese, il cui ordinamento civile ha tradizionalmente ispirato quello domestico, si riscontra che la disciplina della filiazione in nulla differisce da quella italiana⁷⁵. L'art. 311-20 *Code civil* prescrive che i coniugi o i conviventi che vogliano ricorrere ad una procedura di procreazione medicalmente assistita dovranno preventivamente prestare il loro assenso alla costituzione del rapporto di filiazione innanzi a un notaio, che dovrà renderli edotti circa le conseguenze giuridiche di tale manifestazione di volontà. Essa, una volta perfezionata, inibisce il disconoscimento della paternità o l'impugnazione dell'atto di nascita; la disposizione assicura la certezza del diritto e salvaguarda il nucleo familiare così formatosi. Inoltre, è sempre ammessa l'azione di accertamento della maternità o della paternità ai sensi degli artt. 328-331 *Code civil*⁷⁶. L'ordinamento giuridico cisalpino consente il ricorso alla fecondazione assistita, omologa ed eterologa, a tutte le coppie unite in matrimonio, anche omosessuali⁷⁷. È invece severamente proibito il ricorso alla maternità surrogata⁷⁸. Il Comitato Nazionale di Etica francese statui, in una sua Opinione sulla materia, che tale pratica poteva agevolmente essere strumentalizzata per

disparità di trattamento e di proteggere giuridicamente la relazione fra bambino e *partner* del genitore biologico o adottivo. È necessario il consenso dell'altro genitore, a meno che sia sconosciuto, assente da molto tempo o incapace di intendere. Queste nuove norme sono destinate ai figli delle coppie omosessuali nati grazie a gravidanze surrogate o inseminazione artificiale ricorrendo a un donatore. La prima pratica in Svizzera è proibita, la seconda è ammessa, a talune condizioni, solo per le coppie sposate. Con la novella, poi, viene abbassata l'età per adottare, da 35 a 28 anni. La durata minima del matrimonio passa da 5 a 3 anni, lasso di tempo che vale anche per i *partner* registrati e i concubini. Inoltre, non vi è più un'età massima per adottare. Altro aspetto importante del progetto è che si permette ai genitori biologici di ricevere informazioni sul bambino dato in adozione, sempre che quest'ultimo acconsenta a tale richiesta una volta maggiorenne. Il bambino adottato gode già del diritto assoluto di conoscere le proprie origini. Il Parlamento ha tuttavia deciso di creare una base legale per i servizi di ricerca e di estendere questo diritto ai fratelli e alle sorelle biologiche.

⁷⁵ L'art. 310-1 *Code civil* espressamente statuisce che la filiazione è legalmente accertata, alle condizioni previste dal capo II del Titolo VII del Libro I, attraverso un atto di riconoscimento spontaneo da parte del padre o della madre, ovvero per effetto della legge o per il possesso di stato continuato e notorio.

⁷⁶ Per approfondimenti, cfr. C. SIFFREIN-BLANC, *Chapitre II. L'affaiblissement du caractère institutionnel du système de parenté*, in ID., *La parenté en droit civil français: Étude critique*, Aix-Marseille, 2009, pp. 221-281., D. FENOUILLET, *La filiation plénière, un modèle en quête d'identité*, in AA. VV., *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Paris, 1999, pp. 509 ss.

⁷⁷ Antecedentemente all'anno 2013, in cui è stato istituzionalizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, le coppie omosessuali non godevano del diritto di accesso a tali onerose pratiche. Ad oggi invece è stato rimosso ogni ostacolo, di modo che ogni tipo di coppia sposata possa vivere senza discriminazione la propria aspirazione alla genitorialità. Per un resoconto storico dell'evoluzione normativa francese, cfr. ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti, 26 gennaio 2011*, vol. 1, 17, disponibile on line (in lingua francese) alla pagina <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3111-tL.asp>.

⁷⁸ Già Cour de Cassation, Assemblée plénière, 31 maggio 1991, 90-20105, in *Bull. civ.*, 1991, 4, p. 5, statui che le pratiche di maternità surrogata (*gestation pour autrui*) si ponevano in contrasto con l'ordine pubblico e con il principio di indisponibilità del corpo umano e dello status della persona. L'orientamento fu recepito nella successiva legge del 1994 sulla bioetica (Loi n° 94-653 del 29 luglio 1994, relativa al rispetto del corpo umano, pubblicata nel JORF del 30 luglio 1994), che ha aggiunto l'art. 16-1 al *code civil*. Secondo la lettera di detto articolo, il corpo umano non può essere oggetto di diritti patrimoniali. L'art. 16-7 del *code*, addizionato dalla medesima normativa, sancisce che tutte le convenzioni relative alla procreazione e alla gestazione per conto di terzi sono nulle.

fini commerciali, ponendosi in contrasto con la dignità umana e provocando gravi ferite emotive nei minori così generati⁷⁹. Il Codice penale francese sanziona, anche per tali motivi, il ricorso a tale pratica con la pena della reclusione e con severe multe⁸⁰. Già in tempo risalente la Francia era stata sanzionata dalla CEDU per non aver consentito l'adozione ad una donna omosessuale *single*⁸¹. L'art. 343-1 del *Code civil* consente infatti l'adozione piena anche agli individui non sposati, purché abbiano compiuto i 28 anni d'età. Il rifiuto opposto dai giudici francesi alla richiesta della donna si fondava meramente sul suo orientamento sessuale, atteggiamento ponentesi in contrasto con l'art. 14 della Convenzione, giustificatore della condanna inflitta in quella sede. Pertanto, già a partire dal 2008 e per il tramite dell'intervento pretorio, l'adozione da parte dell'omosessuale era consentita, in quanto *single*. Le coppie omosessuali conviventi, in un periodo antecedente alla legalizzazione del matrimonio, venivano assoggettate, da questo punto di vista, alla previsione dell'art. 377 del *Code civil*. A norma di quest'ultimo, i genitori possono delegare a terzi, e dunque anche al coniuge o al convivente omosessuale⁸², taluni doveri parentali. Tale delega di potestà deve essere concessa tuttavia dal giudice e non è un mero effetto dell'accordo tra genitore e terzo o della legge⁸³. Successivamente alla formalizzazione del matrimonio omosessuale⁸⁴ non residua alcun ostacolo all'adozione del figlio del *partner*, che in Francia è consentita alle coppie unite in matrimonio, indipendentemente dall'orientamento sessuale⁸⁵. Ad oggi, dunque, le coppie omosessuali unite in matrimonio beneficiano, in Francia, dell'adozione coparentale, mentre le coppie omosessuali conviventi possono giovare del disposto dell'art. 377 *Code civil* al fine di delegare alcune potestà al c.d. genitore di intenzione non biologico. Da ultimo, è da segnalare che anche il formante giurisprudenziale francese si è orientato verso il riconoscimento di un rapporto giuridico tra figlio e genitore di intenzione nel caso di maternità surrogata. La Suprema Corte francese, con una recente decisione⁸⁶, ha per la prima volta richiesto un parere consultivo alla CEDU, in virtù del nuovo protocollo

⁷⁹ Opinione n. 110 emessa il 1° aprile 2010, consultabile al seguente indirizzo: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110_eng.pdf.

⁸⁰ Le condotte di intermediazione e di ricorso alla maternità surrogata con alterazione di *status* del minore sono punite dagli artt. 227-12 e 227-13 del codice penale d'oltralpe. Per approfondimenti, cfr. M.S. AVILA HERNÁNDEZ, *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, in *Cadernos de Dereito Actual*, 2017, 6, pp. 313-344.

⁸¹ CEDU, 22 gennaio 2008 E.B. c. Francia, ricorso n. 43546/02, in www.osservatoriocedu.eu. Per approfondimenti, cfr. E. FALLETTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo da parte del single omosessuale*, in *Fam. dir.*, 2008, 3, pp. 224 ss., J. LONG, *I giudici di Strasburgo socchiodono le porte dell'adozione agli omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 6, pp. 672 ss.

⁸² In questo senso, Cour de Cassation, 24 febbraio 2006, 04-17090, in www.legifrance.gouv.fr.

⁸³ Per approfondimenti, cfr. S. VERONESI, *op. cit.*, p. 1039.

⁸⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, pubblicata nel JORF n°0114 del 18 maggio 2013, p. 8253

⁸⁵ Per un'analisi del fenomeno si veda B. PERREAU, *The Politics of Adoption: Gender and the Making of French Citizenship*, in *French Politics, Culture & Society*, 2015, vol. 33, n. 3, pp. 150 ss.

⁸⁶ Cour de Cassation, Assemblée plénière, 5 ottobre 2018, n. 638, in www.courdecassation.fr.

n.16 alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali⁸⁷. Il caso affrontato dai giudici francesi vedeva due coniugi eterosessuali recarsi all'estero per usufruire della maternità surrogata, espressamente vietata dalla legge interna. La Corte di Cassazione francese chiede, dunque, con il primo quesito, se rientri nell'ambito del margine di apprezzamento concesso allo Stato ai sensi dell'art. 8 CEDU la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato all'estero da maternità surrogata, quando vi sia indicata la madre committente come madre di diritto, accettando invece la trascrizione per quanto riguarda il padre con il quale vi è un legame biologico. Con il secondo quesito, il giudice francese chiede altresì se, in caso di risposta affermativa, la possibilità per la madre di intenzione di adottare il figlio del proprio coniuge, ove egli sia padre biologico dello stesso, stabilendo così un legame di filiazione, possa consentire allo Stato di rispettare pienamente l'art. 8 della Convenzione.

La CEDU dichiara⁸⁸ che una generale ed assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con la madre committente è incompatibile con il superiore interesse del minore, il quale richiede che sia effettuata una valutazione in ragione delle specifiche circostanze del caso. I giudici di Strasburgo ricordano tuttavia che, con riferimento alla maternità surrogata, e quando si tratti di questioni eticamente e moralmente delicate che coinvolgono diversi interessi, il margine di apprezzamento dello Stato può e deve essere ampio. Pertanto la Francia può legittimamente porre in essere misure che scoraggino i propri cittadini dal recarsi all'estero per giovare di pratiche vietate nel territorio nazionale. Tuttavia, una siffatta limitazione non può mai prodursi a discapito del soggetto minore, quando è in gioco il suo diritto fondamentale alla identità personale. Si precisa che la necessità di consentire il riconoscimento del legame di filiazione con la madre non implica necessariamente che gli Stati siano obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i dettagli del certificato di nascita redatto all'estero. La scelta per consentire tale riconoscimento rientra nel margine di discrezionalità degli Stati e non deve necessariamente prodursi immediatamente, ma anche solo al consolidamento di una situazione di fatto accertata e verificata. Una soluzione per riconoscere tale relazione può essere così rinvenuta nel procedimento di adozione. In tale procedura, secondo la CEDU, sarà valutato il superiore interesse del minore nel caso concreto⁸⁹. Il

⁸⁷ Il protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è consultabile al seguente indirizzo: <https://www.echr.coe.int>. Entrato in vigore il primo agosto del 2018, proprio in virtù della ratifica eseguita dalla nazione francese, consente in via del tutto innovativa alle più alte Corti nazionali di richiedere pareri consultivi alla Corte Europea nelle materie disciplinate dalla Convenzione. Le richieste, a norma dell'art. 1 del protocollo, possono concernere esclusivamente questioni inerenti a principi generali. Il parere non ha natura vincolante per il giudice nazionale richiedente, che può assumere la propria decisione anche in senso contrario rispetto a quest'ultimo. Per approfondimenti, cfr. E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, *passim*, I. ANRÒ, *Il protocollo n° 16 alla cedu in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1, pp. 189 ss.

⁸⁸ CEDU, 11 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁸⁹ Cfr. parr. 47-51 parere cit.

percorso verso l'adozione del figlio del convivente (*stepchild adoption*), anche in caso di coppia omosessuale maschile che faccia ricorso alla maternità surrogata, sembra dunque oramai priva di ogni ostacolo⁹⁰.

4. La singolare esperienza del Regno Unito tra avanguardie giuridiche e tutela del minore

Di assoluta peculiarità appare l'esperienza di *Common law*, che si caratterizza per la mancanza di un copioso diritto scritto e per la prevalenza del formante giurisprudenziale. Il Regno Unito costituisce una delle più evolute avanguardie giuridiche in materia di adozione, ammettendo, oramai da oltre tre lustri, l'applicazione dell'istituto anche alle coppie omosessuali conviventi e agli individui singoli. Si avverte *in subiecta materia* l'estrema difficoltà della ricostruzione dogmatica in ragione dell'assenza di un codice civile. I *common lawyers* hanno, per tale motivo, diffusamente richiamato le ricostruzioni di *Civil law*, maggiormente coerenti e sistematiche⁹¹. In via propedeutica, si definisce filiazione nel diritto civile inglese il rapporto giuridico sussistente tra il bambino e il padre o la madre⁹². Per secoli l'istituto della filiazione in Inghilterra è rimasto ancorato a quello del matrimonio: solo il nato da coniugi eterosessuali uniti nel sacro vincolo poteva giovare del riconoscimento della c.d. filiazione legittima, dalla quale discendeva in via immediata il diritto di successione nei beni dei genitori. Il criterio matrimoniale risultava talmente centrale da obliterare qualsivoglia pur astratto diritto spettante ai c.d. figli illegittimi, nati al di fuori del matrimonio sebbene geneticamente discendenti dal medesimo stipite. La forte rigidità del *Common law* nei suoi primi secoli di vita è il precipitato storico della corrispondente struttura della società feudale⁹³. Si registrò come *ubi consistam* che madre fosse la partoriente del bambino, in quanto criterio certo di verifica della discendenza biologica. Padre del nato era colui al quale la donna era vincolata matrimonialmente, a prescindere dalla reale discendenza genetica da costui. In tal guisa si assicurava la certezza nelle

⁹⁰ Per approfondimenti, si vedano R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019, A.M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: La Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*, in www.diritticomparati.it, C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 235 ss., E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in www.giudicedonna.it, 2017, 1, M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 6 febbraio 2019.

⁹¹ Per queste osservazioni cfr. R. LECKEY, *Filiation*, in A. POPOVICI, L. SMITH, *McGill Companion to Law*, reperibile all'indirizzo <https://www.mcgill.ca/companion/list/filiation>.

⁹² Tale relazione viene tecnicamente definita, soprattutto nel *Common law* di matrice americana, "parentage". Per approfondimenti cfr. J. SINGER, *Marriage, Biology and Paternity, the Case for Revitalizing the Marital Presumption*, in *Maryland Law Rev.*, 2006, vol. 65, pp. 246 ss.; T. GLANNON, *Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, in *West Virginia Law Rev.*, 1999, vol. 102, pp. 547 ss.; M. STRASSER, *Legislative Presumptions and Judicial Assumptions: on Parenting, Adoption, and the Best Interest of the Child*, in *University of Kansas Law Rev.*, 1996, vol. 45, pp. 49 ss.

⁹³ Per tali considerazioni, si veda E.S. BINAVICE, *Adoption and the Law of Descent and Distribution, A Comparative Study and a Proposal for Model Legislation*, in *Cornell Law Rev.*, 1966, vol. 51, n. 2, pp. 152-192. Difatti, l'Inghilterra fuoriuscita dalla battaglia di Hastings, prevalente-mente normanna, adottò presto come sistema di governo la monarchia di tipo feudale, che fondava il proprio funzionamento sulla trasmissione delle terre e dei beni in via diretta al primogenito di sesso maschile.

successioni e nel trasferimento di ricchezze. La medesima esigenza giustificò una significativa discrasia rispetto al sistema di *Civil law*: ovverosia il totale rigetto dell'istituto adottivo che, nel *Common law*, non trovava alcuna cittadinanza. Mentre nell'Europa continentale l'istituto continuò a trovare applicazione anche in età intermedia sulla base delle ceneri del diritto romano⁹⁴, in Inghilterra venne percepito come una pericolosa deriva dal principio generale, in quanto foriera di instabilità e incertezze.

L'istituto adottivo del *Common law* moderno trova le sue origini nei movimenti di riforma del XVI e XVII secolo, i quali si focalizzarono sull'emancipazione dei minori orfani o disagiati⁹⁵. Attraverso questi ultimi l'adozione venne plasmata quale istituzione altruistica di promozione del benessere del minore, ciò che valeva a distinguerla nettamente dall'adozione di stampo romanistico⁹⁶. Attualmente la materia è compiutamente disciplinata dall'*Adoption and Children Act* del 2002⁹⁷, che ha sostituito integralmente le disposizioni dell'*Adoption Act* del 1976⁹⁸ e del *Children Act* del 1989⁹⁹. L'art. 49 della legge del 2002 ermeticamente statuisce che la domanda di adozione può essere presentata da una coppia o da un singolo, purché maggiorenni d'età e residenti (o abitualmente domiciliati) nelle isole britanniche. Non si fa riferimento né a una necessaria diversità sessuale degli adottanti, né al vincolo coniugale. Difatti tali requisiti non vengono affatto richiesti dalla legislazione inglese, che a partire da tale fondamentale atto (e a differenza della legge vigente negli anni Settanta¹⁰⁰) ha pacificamente ammesso l'adozione da parte di

⁹⁴ Quest'ultimo ammetteva pacificamente l'istituto adottivo, anche se tratteggiato in modo significativamente diverso rispetto all'adozione legale dell'età contemporanea. Legato in modo imprescindibile alla sfera politica e sociale, l'istituto permetteva a chi adottava di assicurarsi un erede ed una discendenza: spesso, inoltre, garantiva la persistenza della dinastia a colui il quale non riusciva a soddisfare questa necessità mettendo al mondo figli naturali, non avendo la possibilità di sostenere gli oneri economici necessari al loro sostentamento. A livello politico, l'adozione era spesso adoperata come metodo, alla pari della politica matrimoniale, mediante il quale intrecciare alleanze e rapporti di collaborazione. Per approfondimenti cfr. B. DUSI, *Il diritto civile italiano: Filiazione e adozione*, Napoli, 1907, *passim*; M. GIGLIOLA DI RENZO VILLATA, *L'adozione tra medio evo ed età moderna: un istituto al tramonto?*, in *Mélanges de l'École française de Rome*, 2012, reperibile all'indirizzo <https://journals.openedition.org>.

⁹⁵ Esempio plastico del mutare della coscienza collettiva rispetto ai valori dell'età vittoriana è il celeberrimo romanzo di Charles Dickens "*Oliver Twist*", pubblicato nel 1837. In esso l'Autore denuncia il sistema educativo dell'età vittoriana, rappresentando la reale condizione dei ceti meno abbienti nelle grandi città come Londra. Dickens criticò molto il sistema apparentemente funzionale dell'educazione dei bambini più poveri negli orfanotrofi, dove i fanciulli erano costretti a svolgere dure mansioni senza compensi. Questa diffusa critica rispetto alle discriminazioni del passato portò anche alla riforma del diritto minorile inglese. Per approfondimenti cfr. F. DONOVAN, *The Children of Charles Dickens*, London, 1968, *passim*; ID., *Dickens and Youth*, London, 1968, *passim*.

⁹⁶ Per tali osservazioni cfr. E.S. BINAVICE, *op. cit.*, p. 155.

⁹⁷ Pubblicata nel *UK Public General Acts*, 2002, 38, in <http://www.legislation.gov.uk>.

⁹⁸ In *UK Public General Acts*, 1976, 36, in <http://www.legislation.gov.uk>.

⁹⁹ In *UK Public General Acts*, 1989, 41, in <http://www.legislation.gov.uk>.

¹⁰⁰ In precedenza, la legge del 1976 consentiva l'adozione alle sole coppie sposate, implicitamente escludendo in tal modo i *partner* omosessuali, giacché nel Regno Unito per questi ultimi era previsto il solo istituto dell'unione civile. La legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso è avvenuta in Inghilterra, Scozia e Galles tra il 2013 e il 2014, vale a dire successivamente all'emanazione dell'*Adoption and Children Act* del 2002. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso nel Nord Irlanda verrà legalizzato a partire dal gennaio del 2020, a seguito della entrata in vigore del *Northen Ireland (Executive Formation etc) Act* del 2019. L'atto legislativo è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/22/notes/division/2/index.htm>.

chiunque, singolo, convivente o sposato, con persona di diverso o dello stesso sesso. Da tale punto di vista può considerarsi come il Regno Unito sia stato il primo Stato europeo ad aprire l'adozione (di tipo pieno e legittimante) anche alle persone omosessuali, unite o meno in matrimonio, rappresentando l'esperienza giuridica che per lungo tempo e ancora oggi costituisce il punto di riferimento per tutte le legislazioni inerenti al diritto di famiglia che vogliono porsi in una prospettiva progressista. Al complessivo quadro avanguardista faceva tuttavia eccezione il Nord Irlanda. Tale regione, a seguito dell'accordo del Venerdì santo del 1998, ha ampi margini di autogoverno e un parlamento proprio¹⁰¹. A tale zona geografica dunque non poteva applicarsi la nuova legislazione del 2002, rimanendo in vigore per essa il *The Adoption (Northern Ireland) Act* del 1987¹⁰². Tale atto normativo consentiva l'adozione, nei suoi artt. 14 e 15, esclusivamente alle coppie unite in matrimonio o a persone singole. Tuttavia non era prevista l'adozione congiunta da parte di conviventi, eterosessuali ovvero omosessuali.

La legislazione, considerata in contrasto con l'art. 14 della CEDU (statuente il principio di non discriminazione)¹⁰³, fu portata all'attenzione della *House of Lords*¹⁰⁴. L'autorevole consesso¹⁰⁵ si soffermò, in via pregiudiziale, sul valore che le norme e i principi elaborati dalla Carta e dalla Corte di Strasburgo assumono nel diritto interno. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce infatti un Trattato internazionale le cui norme, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non sono direttamente vincolanti per lo Stato membro che l'abbia ratificato¹⁰⁶, essendo i giudici nazionali liberi di dare una propria interpretazione dei principi in essi enucleati (salva la possibilità di incorrere in una pronuncia di condanna in caso di interpretazione completamente vanificante del

¹⁰¹ Il Trattato di pace è consultabile al seguente indirizzo: <https://peacemaker.un.org/uk-ireland-good-friday98>.

¹⁰² Pubblicato in *Northern Ireland Orders in Council*, 1987, n. 2203, e reperibile al seguente indirizzo: <http://www.legislation.gov.uk/nisi/1987/2203/contents/made>.

¹⁰³ Si rammenta per mero tuziorismo che il diritto alla non discriminazione vieta sia le situazioni in cui persone (o gruppi di persone) nella stessa posizione ricevono un trattamento diverso, sia le situazioni in cui persone (o gruppi di persone) in posizioni diverse ricevono il medesimo trattamento. Per approfondimenti, cfr. AA.VV., *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2011, *passim*; R. O' CONNELL, *Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*, vol. 29, n. 2, pp. 211 ss.

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 35, par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte di Strasburgo non può essere adita dai ricorrenti qualora essi non abbiano esaurito previamente le vie di ricorso interne, intese quali accesso ad un tribunale amministrativo, civile o penale, comprensivo degli appelli alle Magistrature Superiori e alle Supreme Corti. Nel diritto inglese, sino al primo ottobre del 2009 la *House of Lords* (la Camera alta del Parlamento) svolgeva altresì funzioni di giudice di ultima istanza per numerose questioni inerenti il diritto anglosassone. Successivamente a tale data la giurisdizione è stata trasferita alla Corte Suprema del Regno Unito, in applicazione del *Constitutional Reform Act* del 2005. Per approfondimenti cfr. G. DYMOND, *The Appellate Jurisdiction of the House of Lords*, London, 2009, *passim*.

¹⁰⁵ *In Re G (Adoption: Unmarried Couple)* [2008] UKHL 38, [2009] 1 AC 173, reperibile al seguente indirizzo: <https://publications.parliament.uk>.

¹⁰⁶ È da segnalare tuttavia che il Regno Unito è stato, unitamente alla Francia, il paese che maggiormente ha contribuito alla stesura del testo definitivo della Convenzione, e ha direttamente recepito nell'ordinamento interno talune delle disposizioni, emanando il *Human Rights Act* del 1998. Per approfondimenti cfr. S. MAFFEI, *Human Rights Act 1998: il Regno Unito incorpora la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel proprio ordinamento interno*, in *L'indice penale*, 2001, n. 3, pp. 1439 ss.

precetto). Tuttavia, alla luce della sempre crescente importanza di tale Corte internazionale e al fine di realizzare l'armonizzazione del diritto tra tutti gli Stati membri, nonché per dissuadere in futuro la Corte a censurare la normativa inglese, l'interpretazione operata dai Giudici di Strasburgo deve essere tenuta in conto dalle Corti nazionali che si trovino a dare applicazione alle disposizioni domestiche. A tal proposito l'autorevole consesso sottolineò come tale corpo magistratuale avesse da tempo optato per una posizione progressista, adoperando tecniche ermeneutiche di tipo evolutivo. Pur riconoscendo che in materia di adozione da parte di persone omosessuali vige un margine di discrezionalità degli Stati, la medesima Corte di Strasburgo ha affermato che il diniego opposto da un giudice nazionale all'adozione non può mai risultare discriminatorio, alla luce di situazioni analoghe disciplinate dalla medesima norma che siano state sottoposte alla Corte¹⁰⁷. Pertanto, se l'adozione è consentita, in un determinato ordinamento, sia a persone sposate che singole, il rifiuto di essa non può essere opposto alla persona omosessuale che decida di adottare singolarmente o congiuntamente al *partner*, fondandosi una tale decisione sul mero orientamento sessuale dell'istante¹⁰⁸. Spostando l'attenzione sulla norma censurata, ovvero sia l'art. 14 della legge adottiva nordirlandese, deve dunque valutarsi se tale disposizione risulti discriminatoria ai sensi dell'art. 14 CEDU. Al fine di dare risposta a tale quesito, è necessario interrogarsi, secondo l'autorevole consesso, sul se l'impossibilità di adottare per le persone omosessuali sia una misura proporzionale al raggiungimento del fine posto dalla norma, cioè la realizzazione del superiore interesse del minore¹⁰⁹. Se tale risulta la stella polare della legislazione esaminata, la disciplinata dettata dall'art. 14 della stessa risulta invero irragionevole. Infatti preclude al giudice ogni valutazione in merito alla concreta idoneità della persona (omosessuale od eterosessuale) a realizzare il *best interest of the child*. Invero, ogni valutazione in tal senso dovrebbe essere effettuata indipendentemente dall'orientamento sessuale dell'individuo, ma considerando in concreto la sua attitudine alla genitorialità¹¹⁰. Conseguenza della pronuncia è stata la declaratoria di incompatibilità *in parte qua* del diritto nordirlandese con le disposizioni convenzionali poste dalla CEDU.

¹⁰⁷ Il riferimento è a *E.B. c. Francia*, ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008 in <http://www.osservatoriocedu.eu/Database/Sentenze/EB%20c%20Francia.pdf>.

¹⁰⁸ Tale era il caso della legge nordirlandese del 1987, che consentiva pacificamente l'adozione alle persone sposate e singole ma non ai conviventi. Per approfondimenti cfr. B. DICKSON, B. GORMALLY, *Human Rights in Northern Ireland: The Committee on the Administration of Justice Handbook*, London, 2015, pp. 438 e ss., G. SHANNON, R. HORGAN, G. KEEHAN, C. DALY, *Adoption - Law and practice under the Revised European Convention on the Adoption of Children*, Strasbourg, 2013, *passim*, NORTHERN IRELAND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Alternative Care and Children's Rights in Northern Ireland*, in: <http://www.nihrc.org/uploads/publications>.

¹⁰⁹ Difatti, è lo stesso art. 9 dell'*Adoption Act* nordirlandese a prescrivere che, in ogni decisione riguardante l'adozione del minore, deve essere sempre e irrimediabilmente privilegiato il suo interesse, inteso quale garanzia a una infanzia serena e alla stabilità e armoniosità dell'ambiente familiare.

¹¹⁰ In tal senso si esprimeva, ancor prima della pronuncia in esame, U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, London, 1999, *passim*.

Il Regno Unito presenta altresì una avanzata disciplina in materia di fecondazione eterologa e maternità surrogata. Correntemente, vige lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008¹¹¹. Quest'ultimo ha emendato sia lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990¹¹² che lo *Human Reproductive Cloning Act* del 2001¹¹³. La normativa nel suo complesso istituisce una Autorità amministrativa indipendente, ovverosia la *Human Fertilization and Embryology Authority* (HFEA), il cui precipuo compito è quello di vigilare sulle pratiche di fecondazione assistita e di rilasciare le relative licenze alle cliniche che desiderino offrire tali tipologie di servizi sanitari¹¹⁴. Le sezioni 3, 3ZA e 4 della normativa del 1990 regolano le autorità giuridicamente qualificate che possono avere ad oggetto gli embrioni e i gameti. Possono essere impiantati nell'utero femminile esclusivamente quei gameti ed embrioni che risultino "autorizzati" (*permitted*), intendendosi per tali gli elementi biologici impiantati da una clinica in possesso di licenza e per gli scopi determinati dalla legge, ovverosia la cura della infertilità¹¹⁵. Il testo originario risalente alla legislazione del '90 vietava l'impianto di gameti che non provenissero dal *partner* della donna, pertanto vietandosi la fecondazione eterologa con conseguenze discriminazione delle coppie omosessuali.

La novella del 2008 ha abrogato tale inciso rendendo possibile l'accesso sia alla fecondazione omologa che a quella eterologa, sia da parte di coppie eterosessuali che omosessuali. In verità, tuttavia, non si richiede espressamente che la richiedente sia coniugata, convivente o unita civilmente, pertanto è ammissibile il ricorso ai trattamenti anche per le donne singole¹¹⁶. Ciò che si richiede è esclusivamente la maggiore età e la capacità di intendere e di volere, con la quale prestare il consenso in forma scritta¹¹⁷. Si

¹¹¹ In *UK Public General Acts*, 2008, 22, e reperibile al seguente indirizzo: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/notes/contents>.

¹¹² In *UK Public General Acts*, 1990, 37, in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37>.

¹¹³ In *UK Public General Acts*, 2001, 23, in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/23>.

¹¹⁴ Per approfondimenti cfr. AA.VV., *The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, in *BioMed Research International*, 2014, in <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/>.

¹¹⁵ Sembra che nella legislazione inglese la nozione di infertilità possa interpretarsi estensivamente, fino a ricomprendervi i casi relativi a coppie omosessuali non abili a concepire naturalmente. Per approfondimenti cfr. S.F. SCHULTZ, *Surrogacy Arrangements: Who Are the Parents of a Child Born through Artificial Reproductive Techniques*, in *Ohio NUL Rev.*, 1995, vol. 22, pp. 273 e ss.

¹¹⁶ Cfr. C. BLACKSTOCK, *No need for fathers in IVF treatment says fertility chief*, in *The Guardian*, 21 gennaio 2004. Reperibile all'indirizzo <https://www.theguardian.com>. Per approfondimenti, M. BRAZIER, *Liberty, responsibility, maternity*, in *Current Legal Problems*, vol. 52, pp. 359-391; ID., *Being human: Of liberty and privilege*, in *The legal, medical and cultural regulation of the body: Transformation and transgression*, London, 2009, pp. 1-14; M. FORD, *Nothing and not-nothing: Law's ambivalent response to transformation and transgression at the beginning of life*, in *The legal, medical and cultural regulation of the body: Transformation and transgression*, London, 2009, pp. 21-47.

¹¹⁷ Per approfondimenti circa l'*informed consent* si vedano COMMITTEE ON BIOETHICS, *Informed Consent, Parental Permission, and Assent in Pediatric Practice*, in *Pediatrics*, 1995, vol. 46, n. 2, pp. 314 ss.; N.M.P. KING, *A history and theory of informed consent*, New York, 1986, *passim*; J. KATZ - A.M. CAPRON, *The silent world of doctor and patient*, Baltimore, 2002, pp. 7 ss.; L. CUTTER, *Walter Reed, Yellow Fever, and Informed Consent*, in *Military Medicine*, 2016, vol. 181, n.1, pp. 90 ss.; K. CHALIL MADATHIL - R. KOIKKARA - A.K. GRAMOPADHYE - J.S. GREENSTEIN, *An Empirical Study of the Usability of Consenting Systems: iPad, Touchscreen and Paper-based Systems*, in *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*, 2011, vol. 55, pp. 813 ss.

prevede altresì che la donna sia dettagliatamente informata circa le modalità, i rischi, i costi dell'operazione e delle sue possibili conseguenze. La determinazione del rapporto di filiazione¹¹⁸ è regolata dalle sezioni 33 e seguenti della legge del 2008. Madre del minore è colei la quale abbia partecipato alla procedura di inseminazione artificiale o fecondazione *in vitro*, e che per tale via abbia dato luce al neonato. Ai sensi della sezione 35, è padre colui il quale risulti sposato con la madre al tempo della fecondazione, qualora il gamete provenga dal medesimo individuo. Tale disposizione risulta totalmente coerente col principio della verità biologica, tuttavia le seguenti sezioni 36 e 37 pongono delle regole derogatorie. Difatti, al di fuori di quanto disposto dalla sezione 35, un soggetto di sesso maschile può essere considerato giuridicamente padre del bambino ogni qual volta egli abbia prestato il proprio consenso alla fecondazione anche in un periodo anteriore. Questo consenso dunque va a integrarsi con quello della madre. In tal modo l'individuo assume su di sé tutti gli oneri e gli obblighi derivanti dalla legge, purché tra il medesimo e la madre del bambino non sussistano legami che impedirebbero la celebrazione del matrimonio (ovverosia, rapporti di parentela o di affinità). Tale peculiare figura inerente al rapporto giuridico di filiazione viene denominata “genitorialità convenzionale” (*agreed parenthood*)¹¹⁹. Il Regno Unito dunque scardina, per la prima volta in Europa, il paradigma della discendenza biologica per sostituire a quest'ultima una discendenza del tutto “negoziale”, basata sull'accordo avente forma scritta tra le parti, che si assumono la responsabilità genitoriale di istruire, mantenere ed educare il nascituro, con una dinamica simile (in tale prospettiva) all'istituto adottivo, al quale, peraltro, il diritto anglosassone non

¹¹⁸ Sulla genesi della filiazione nelle coppie omosessuali si vedano M. SMIETANA - S. JENNINGS - C. HERBRAND - S. GOLOMBOK, *Family Relationships in gay father families with young children in Belgium, Spain and United Kingdom*, in AA. VV., *Relatedness in Assisted Reproduction*, Cambridge, 2014, pp. 192 ss.; D. AMRAM, *Homosexuality and Child Custody through the Lenses of Law: Between Tradition and Fundamental Rights*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 15, n. 1, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.ejcl.org//151/art151-1.pdf>.

¹¹⁹ Si riporta, ai fini di una maggiore chiarezza, il testo della sezione 37 della legge sulla fecondazione assistita del 2008: “*The agreed fatherhood conditions referred to in section 36(b) are met in relation to a man (“M”) in relation to treatment provided to W under a licence if, but only if,—*

(a) M has given the person responsible a notice stating that he consents to being treated as the father of any child resulting from treatment provided to W under the licence,

(b) W has given the person responsible a notice stating that she consents to M being so treated,

(c) neither M nor W has, since giving notice under paragraph (a) or (b), given the person responsible notice of the withdrawal of M's or W's consent to M being so treated,

(d) W has not, since the giving of the notice under paragraph (b), given the person responsible—

(i) a further notice under that paragraph stating that she consents to another man being treated as the father of any resulting child, or

(ii) a notice under section 44(1)(b) stating that she consents to a woman being treated as a parent of any resulting child, and

(e) W and M are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

A notice under subsection (1)(a), (b) or (c) must be in writing and must be signed by the person giving it.

A notice under subsection (1)(a), (b) or (c) by a person (“S”) who is unable to sign because of illness, injury or physical disability is to be taken to comply with the requirement of subsection (2) as to signature if it is signed at the direction of S, in the presence of S and in the presence of at least one witness who attests the signature”.

necessita di ricorrere¹²⁰. Difatti tale tipologia di filiazione è direttamente determinata dalla legge, scaturendo da ciò una maggiore certezza delle situazioni giuridiche. Sembra potersi affermare allora che il *Common law* anglosassone, unitamente al diritto spagnolo, costituiscono una delle poche esperienze giuridiche capaci di prescindere dall'adozione, proponendo un sistema giuridico più aderente alle nuove esigenze storico-sociali. Inoltre, la sezione 41 statuisce che, conversamente, non deve essere considerato padre del nascituro il donante del gamete maschile (in caso di fecondazione eterologa). La disposizione testimonia nuovamente come non rilevi la mera discendenza biologica, bensì la concreta volontà della donna (ed eventualmente del o della *partner*) di assumere su di sé le obbligazioni genitoriali. L'elemento ancor più innovativo dell'avanguardistica legge è insito nella sezione 42, recante la disciplina della filiazione in caso di donna unita civilmente o sposata con altra donna. Nella ipotesi in cui una delle due *partners* abbia fatto ricorso alle procedure di PMA in costanza del matrimonio o della unione civile, l'altra donna si considera essere a tutti gli effetti genitrice del nato, salvo che non risulti che essa non avesse prestato il proprio consenso a tale operazione. Tale fenomenologia giuridica viene definita dal legislatore anglosassone quale "genitorialità femminile convenzionale", del tutto speculare alla genitorialità convenzionale maschile e a essa equivalente, confermando in ciò la primaria rilevanza della volontà e della situazione concreta rispetto al vetusto paradigma della discendenza biologica¹²¹. Difatti, ai sensi della successiva sezione 45, quando entrambe le donne sono dichiarate genitrici del nato, alcun individuo di sesso maschile potrà essere riconosciuto quale padre. Con tale disposto normativo, il diritto inglese dimostra di prescindere totalmente dal paradigma del nucleo familiare governato dalla bigenitorialità eterosessuale. In ultimo è da menzionare che la stessa legge consente, diversamente dalla maggioranza degli orditi normativi europei, anche la fecondazione artificiale *post mortem*¹²². Anche in tal caso potrà prodursi un rapporto giuridico di filiazione tra il minore e la persona premorta rispetto alla procedura di fecondazione assistita, purché risulti che quest'ultima abbia prestato il consenso quando era in vita.

¹²⁰ Più in generale sull'argomento si vedano P. SAITTA, *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea*, in *Quaderni del Cirsdig*, 2006, n. 18, pp. 3 ss.; C. CERSOSIMO, *La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di common law nordamericano*, in www.familia.it, 4 aprile 2019; E. BERNHARDT - F. GOLDSCHIEDER, *Gender Equality, Parenthood Attitudes, and First Births in Sweden*, in *Vienna Yearbook of Population Research*, 2006, vol. 4, pp. 19 ss.

¹²¹ Per approfondimenti, cfr. B.E. BOULT, *The need to define the terms 'parent' and 'parenthood'*, in *Med Law*, 1990, 9, 4, pp. 1028-1035, M.B. KING, *Homosexuality and Parenthood*, in *British Medical Journal*, 1991, vol. 303, n. 6797, pp. 295 e ss., G. FOND - N. FRANC - D. PURPER-OUAKIL, *Homosexual parenthood and child development: present data*, in *Encephale*, 2012, vol. 38, n.1, pp. 10 e ss.

¹²² Per cui si veda in Italia A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, *passim*. F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, pp. 102 e ss., ne esclude la liceità. T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, pp. 23 e ss., ne ammette l'operatività in presenza di speciale autorizzazione. Sul punto anche G. GIAIMO, *Il consenso inespresso a essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 2, pp. 855 ss.

Similmente a quanto accade tramite il testamento, dunque, vi è una sopravvivenza della volontà anche per il tempo in cui la persona abbia cessato di vivere¹²³.

Nella prospettiva della fecondazione omologa ed eterologa, dunque, può ravvisarsi nel *Common law* anglosassone una tutela dell'individualità umana completa e priva di lacune, sia con riguardo alle figure genitoriali coinvolte che al bambino, il cui interesse deve sempre e comunque prevalere. Le prime vedranno soddisfatto il loro desiderio di genitorialità, il secondo potrà godere di un nucleo familiare stabile e certo senza la necessità di ricorrere ad applicazioni analogiche di casi simili o altri bizantinismi giuridici.

5. La filiazione nel panorama giuridico italiano alla luce della legge 40 del 2004. La pronuncia della Consulta 221 del 2019 che ribadisce la costituzionalità dei divieti soggettivi al ricorso alle PMA per le coppie omosessuali, in difesa della tenuta costituzionale e del principio di sovranità legislativa.

Il nostro impianto giuridico generale, in ossequio alle disposizioni della Costituzione e del Codice civile in materia, esprime il principio generale della bigenitorialità biologica eterosessuale¹²⁴. Il paradigma dell'uomo e della donna come base fondante della famiglia viene sancito, secondo una interpretazione tradizionale¹²⁵, dall'art. 29 Cost., per cui la famiglia è una società naturale fondata sul matrimonio, nonché dagli articoli del Codice civile che espressamente fanno riferimento al marito e alla moglie¹²⁶. Questa impostazione sembra poi confortata da una pronuncia della Consulta¹²⁷, secondo la quale presupposto dell'istituto matrimoniale è la diversità di sesso dei nubendi. Secondo la lettera, quindi, di tale autorevole arresto, l'uguaglianza dei sessi è causa d'inesistenza del matrimonio, anche se parte della dottrina¹²⁸ ritiene che si tratti di una causa di invalidità. In ultimo, un indizio è tratto anche dalla disciplina delle adozioni, che riserva quella c.d. piena ai soli coniugi eterosessuali coniugati in matrimonio. Non c'è chi non vede

¹²³ Sulla tematica, per il diritto inglese, si veda S. SIMANA, *Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2018, 5, 2, pp. 329-354, A. SHEILA - M. MCLEAN, *Post-Mortem Human Reproduction: Legal and Other Regulatory Issues*, in *J. L. & Med.*, 2002, 9, pp. 429-437, H. YOUNG, *Presuming Consent to Posthumous Reproduction*, in *J. L. & Health*, 2014, pp. 68-78, J.D. HANS - B. DOOLEY, *Attitudes Toward Making Babies... With a Deceased Partner's Cryopreserved Gametes*, in *Death Studies*, 2014, vol. 38, pp. 571 e ss.

¹²⁴ Per approfondimenti, cfr. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla techno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, pp. 104 ss.

¹²⁵ Cfr. R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29 Cost.*, in AA.VV., *La "società naturale" e i suoi "nemici" – Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2014, pp. 40 ss.; D. PISAPIA, voce *Famiglia*, in *Nov. dig. it.*, VII, Torino, 1965, pp. 48 ss.; V. POCAR - R. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998, pp. 33 ss.; R. BIN, *Radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 10, pp. 1066 ss.

¹²⁶ Argomenta dagli artt. 107, 143, 143bis, 156bis c.c., concernenti rispettivamente la forma della celebrazione, i diritti e i doveri reciproci dei coniugi e il cognome della moglie.

¹²⁷ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in www.cortecostituzionale.it.

¹²⁸ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019, pp. 340 ss.; F. ANELLI, *Il matrimonio. Lezioni*, Milano, 1998, *passim*.

che¹²⁹, nel corso degli ultimi decenni, tale principio generale assiologico sembra in via di progressivo sgretolamento¹³⁰.

Una prima deroga al paradigma della genitorialità biologica si è registrata a seguito di un parziale stravolgimento della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita¹³¹. L'impianto originario della normativa consentiva la sola fecondazione omologa, ovverosia quella praticata attraverso gameti provenienti dai membri della coppia¹³². Ne derivava che il bambino nato da tale pratica era, necessariamente, biologicamente discendente dai committenti¹³³. Questo sistema fu novato da una avanguardistica pronuncia della Consulta¹³⁴. La Corte ha dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa (contenuto negli artt. 4, comma 3, e 9, commi 1 e 3) nella parte in cui non consente l'accesso a tale tecnica alle coppie che soffrano di condizioni patologiche

¹²⁹ Utili spunti in S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in AA.VV., *La tutela penale della persona della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001, p. 62.; R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, pp. 101 ss.

¹³⁰ Per un quadro generale dello stato delle new families in Italia si veda F. BERTOCCHI, *The State of Studies and Research on the Homosexual Parent Family in Italy*, in *Italian Sociological Review*, 2017, vol. 7, n.3, pp. 275 ss.

¹³¹ Pubblicata nella G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004. Cfr. *ex plurimis*, E. DOLCINI, *Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale*, in *Il divieto di donazione di Gameti tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, di M. D'Amico- B. Liberali (a cura di), Milano 2012., p. 11 ss.; ID, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 1555 ss.; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *loc. ult. cit.*, p. 1530 ss.; S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in *Riv. Ass. It. Costituzionalisti*, 2010, p. 5 ss.

¹³² Possono accedervi esclusivamente i soggetti maggiorenni, ma necessariamente uniti in matrimonio e devono allegare documentazione medica che fondi la richiesta su acclarate cause di sterilità o infertilità. Il perimetro applicativo dell'istituto risulta dunque particolarmente ristretto, essendo poi ammessa (salvo casi eccezionali) la sola fecondazione omologa. Sembra opportuno effettuare una lettura comparativa con il diritto iberico, come sottolinea anche A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in A. RUGGERO, *Scritti in onore di Gabriele Silvestri*, III, Torino, 2016, p. 2319, laddove in Spagna, dove si riscontrano minori limiti applicativi (come da noi ampiamente esplicitato in precedenza) e l'individualismo sembra prevalere su altri interessi pur costituzionalmente protetti. Si tratterebbe, secondo l'illustre Autore, di una comprensibile reazione collettiva a decenni di dittatura franchista e alla conseguente oppressione culturale. Sul punto, si veda inoltre E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C.M. Mazzoni - S. Rodotà - S. Zatti, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano 2011, p. 1596 ss. U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia* 2004, p. 494-495.

¹³³ Il Tribunale di Roma, con ordinanza dell'8 agosto 2014 (reperibile su: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/10992.pdf>) si è occupato di un drammatico caso concernente un fatale scambio di embrioni avvenuto presso un noto ospedale della Capitale. Due coppie avevano deciso di fare ricorso alle tecniche di procreazione assistita consentite dalla legge 40 del 2004, ma per un errore umano venne impiantato a ciascuna delle donne l'embrione dell'altra coppia. Solo una delle gravidanze venne portata a termine, e la madre genetica agì per far riconoscere i propri diritti di maternità sul bambino. Il Tribunale enunciò che, quando la filiazione vede due titoli concomitanti (quello biologico e quello genetico), è al primo che deve essere data prevalenza. In ossequio ai principi generali del Codice civile, si considera madre quella uterina, che ha effettivamente dato alla luce il bambino. I giudici hanno dunque rigettato la domanda proposta da parte attorea, evidenziando che è proprio nell'utero che si crea un legame simbiotico tra donna e bambino.

¹³⁴ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento critico, si veda C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 1117 ss.

di sterilità o infertilità assolute o irreversibili. In questi peculiari casi il divieto in esame si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con gli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, sul presupposto che il divieto di realizzare la fecondazione eterologa collide con il diritto (che a tutti deve essere egualmente garantito) di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli, espressione anche del diritto all'autodeterminazione individuale. In questa prospettiva, la Corte, pur negando l'esistenza di un nesso imprescindibile tra il diritto alla creazione di una famiglia e l'esercizio del diritto alla procreazione (essendo quest'ultimo soltanto un'opzione liberamente praticabile dalla coppia che costituisce il nucleo familiare) ha sottolineato come il progetto di formazione di una famiglia, caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dal legislatore, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra *a fortiori* la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. Per tale ragione, non è ritenuto ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango¹³⁵. Dunque in Italia, a differenza che in Spagna, la fecondazione eterologa non è ammessa in ogni caso, ma è possibile farvi ricorso solamente in caso di sterilità irreversibile. Sarebbe opportuno chiedersi se, in ossequio a un principio di non discriminazione, nei casi di sterilità irreversibile possano rientrare anche le coppie omosessuali, per le quali l'infertilità sarebbe *in rerum natura*.

La possibilità di una interpretazione estensiva di una norma generata da una sentenza ablatoria della Consulta appare di ardua praticabilità. Tuttavia è da segnalare che il Tribunale di Bolzano¹³⁶ aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge n. 40 del 2004, nonché dell'art. 1, commi 1, 2, e 4 della medesima normativa. Le disposizioni venivano censurate nella parte in cui non consentivano l'accesso alla fecondazione eterologa alla coppia omosessuale che, nel caso di specie, appariva afflitta da taluni problemi di sterilità. Una delle due donne, infatti, soffriva di una patologia cardiaca che le impediva di portare avanti una gravidanza, mentre l'altra era impossibilitata a produrre ovuli propri. Per questi motivi, avevano chiesto di poter ricorrere alla fecondazione eterologa, ove l'ovulo della donna "sana" sarebbe stato fecondato con il contributo di un terzo donatore, di modo che la gestazione potesse essere portata avanti dall'altro membro della coppia. Sulla vicenda si è atteso il

¹³⁵ Per approfondimenti, si veda V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.diritto penale contemporaneo.it; cfr. inoltre E. LA ROSA, *Il divieto irragionevole di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 12, pp. 2827 ss.; G. CASABURI, *'Requiem' (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in *Foro it.*, 2014, 9, pp. 2343 ss.; G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corr. giur.*, 2014, 8/9, pp. 1068 ss.

¹³⁶ Trib. Bolzano, ord. 3 gennaio 2019, n. 60, pubblicata in G.U. n. 17 del 24 aprile 2019. In data 18 giugno 2019 la Consulta si è riunita per la discussione e con il deposito della sentenza avvenuto il 30 ottobre dello stesso anno ha sancito perentoriamente che la questione di incostituzionalità è infondata.

pronunciamento della Consulta che, ove fosse stato espresso in senso positivo, avrebbe costituito un primo passo verso una evoluzione normativa più aperta alle esigenze di tali nuove tipologie di famiglia. Difatti, all'attualità il ricorso a tali pratiche per le *new families* è precluso dalla lettera dell'art. 5, che richiede la diversità di sesso dei coniugi o dei conviventi, con espressione che si porrebbe in frizione col divieto di discriminazione (anche sessuale) posto dall'art. 14 CEDU¹³⁷. La Consulta¹³⁸ ha fermamente respinto la questione di incostituzionalità sottolineando che ben diverse sono le situazioni che si vengono a creare all'interno di una coppia omosessuale per la quale l'infertilità è *ontologicamente* esiziale, ed una coppia eterosessuale affetta da cause di infertilità non superabili¹³⁹. Il giudizio del legislatore non è oggetto di valutazione della Corte salvo che nei casi di irragionevolezza, che nella questione *de qua* non viene ravvisata¹⁴⁰. Nel ribadire la costituzionalità del divieto, si afferma che la scelta di avere figli non è obbligatoria perché si possa parlare di famiglia¹⁴¹. I giudici non ravvisano alcun contrasto con i principi sanciti dalla CEDU laddove la tutela della famiglia omosessuale è pur sempre garantita, ma le forme e le modalità utilizzate restano di competenza della scelta legislativa nazionale. Scopo della italiana legge 40 al tempo della sua promulgazione era quello di aiutare le coppie eterosessuali affette da problemi di sterilità ad avere figli, non quello di offrire a qualsivoglia formazione familiare ed in ogni caso diritto alla genitorialità. Il principio di fondo, base oggettiva per l'applicabilità delle tecniche di PMA *ex art. 5* L.40/2004, per il quale, generalmente, si ritiene che l'ambiente "migliore" per garantire la crescita di un minore sia sempre la famiglia nella quale vi siano due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e di età idonea a procreare è fermo e granitico, come pure confermato dalla lettera dell'art. 29 della Cost.: nonostante ciò possa sembrare anacronistico e a prescindere dalle effettive potenzialità della donna sola, della coppia omosessuale ovvero eterosessuale in età avanzata di crescere validamente i figli. Per quanto attiene al ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari, nonché la *vexata quaestio* del riconoscimento di atti di nascita prodotti all'estero dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello

¹³⁷ Cfr. art. 14 CEDU: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione". Peraltro la Corte Costituzionale italiana ha espressamente negato tale violazione nella sentenza 221 del 2019.

¹³⁸ Sent. 221/2019, depositata il 30 ottobre 2019 e reperibile sul sito web della Corte medesima.

¹³⁹ Par. 12 sent. cit. "Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale."

¹⁴⁰ Par. 13.1 sent. cit. "il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza".

¹⁴¹ Cfr. par. 13.1 sent. cit.

stesso sesso, questi non possono essere considerati come inficanti la validità delle conclusioni espresse¹⁴²: il principio è lapalissiano. Laddove il minore sia già nato, è obbligo dello Stato garantirgli una famiglia, una stabilità affettiva, e il permanere dello *status filiationis*. Ben diverso è il caso di un bambino che deve ancora nascere. *In nuce* la Corte ritiene che rientri pienamente nell'esercizio della potestà legislativa porre dei limiti soggettivi all'utilizzo delle PMA, che siano il frutto di una percezione di istanze sociali che, aggiungiamo noi, bene potrebbero evolversi in futuro, ma che all'attualità presentano delle differenti visioni in caso di coppie eterosessuali rispetto a quelle omosessuali. Ulteriori censure erano proposte dai giudici rimettenti, tra i quali figurava il già citato fenomeno del turismo procreativo che andava a configurare una violazione dell'art. 3 Cost. Al riguardo la Consulta ha sottolineato come la possibilità di eludere un divieto recandosi all'estero, non configurava una incostituzionalità dello stesso, neppure l'ordinamento nazionale può pensare di adeguarsi sempre alla norma internazionale più permissiva solo al fine di garantire una supposta parità di trattamento¹⁴³.

A seguito del doveroso approfondimento sulla recentissima pronuncia dei giudici della Consulta si rende necessaria l'analisi di altri aspetti peculiari della normativa municipale. Anche quando vengano poste in essere pratiche di fecondazione eterologa, l'art. 9 comma 1 prescrive che il coniuge o il convivente, il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità. Si tratta di una norma dettata a tutela del minore, al quale deve essere assicurata una identità certa e un nucleo familiare stabile. Similmente, il secondo comma impedisce alla donna di non essere nominata, poiché il minore ha diritto alla conoscenza delle proprie origini¹⁴⁴. A norma dell'art. 8, difatti, i nati a seguito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6. Il formante legislativo italiano, similmente a quello spagnolo, nega il ricorso alle pratiche di maternità surrogata¹⁴⁵. L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 prevede l'impiego di tale tecnica come fattispecie di reato, implicante la condanna alla pena della reclusione da tre mesi a due anni e della multa da seicentomila a un milione di euro. Ogni contratto che abbia a oggetto la maternità surrogata è nullo

¹⁴² Cfr. par. 13.2 sent. cit.

¹⁴³ Cfr. par. 14 sent. cit. *“In assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia”*.

¹⁴⁴ Da tale punto di vista sembra che l'ordinamento italiano si ponga in posizione più garantista dei diritti del minore rispetto al sistema giuridico spagnolo.

¹⁴⁵ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I profili critici etico-giuridici*, cit.

per contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico (nullità qualificata come virtuale ai sensi del comma 1 dell'art. 1418 c.c.)¹⁴⁶.

5.1. (segue) Il diritto alla genitorialità delle coppie *same sex* e l'applicazione estensiva dell'istituto dell'adozione

Alla luce di questi limiti, le possibilità per le coppie omosessuali di realizzare la propria aspirazione alla genitorialità, in Italia, sono dunque assai più ristrette che, ad esempio, nella penisola iberica, essendo vietata sia la fecondazione eterologa che la maternità surrogata. Per tale motivo è ancor più frequente il fenomeno del trasferimento all'estero (che spesso coinvolge anche coppie eterosessuali, nel caso di maternità per surrogazione), con conseguente richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto dall'ufficiale straniero nel registro dello stato civile italiano. La *quaestio iuris* della riconoscibilità del rapporto giuridico di filiazione ha interessato a più riprese il formante giurisprudenziale, che si è diviso, nel tempo, in due orientamenti contrapposti. Cronologicamente, una primissima ed embrionale apertura alla rilevanza dello *status* giuridico delle coppie omosessuali scaturì da una pronuncia della Cassazione¹⁴⁷ del 2012. In epoca antecedente alla emanazione della legge sulle unioni civili (risalente al 2016), la Suprema Corte negò che potesse essere trascritto il matrimonio *same sex* contratto all'estero. Tuttavia, quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia¹⁴⁸ e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni i conviventi omosessuali potevano adire i giudici ordinari per rivendicare, in presenza di "specifiche situazioni", il diritto ad un

¹⁴⁶ Per approfondimenti cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, *passim*, M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2003, pp. 266 ss., M. MORI, *Questioni di bioetica*, Roma, 1988, pp. 94 ss. Per una pronuncia che dichiara *ex professo* la illiceità del contratto si veda Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. civ. comm.*, 1990, pp. 357 ss., con commento di A. LIACI.

¹⁴⁷ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. dir.*, 2012, p. 665, con nota di M. GATTUSO. Sulla sentenza v. anche P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861. Più in generale sul tema, G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1171 ss., e A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, *ivi*, pp. 1819 ss.

¹⁴⁸ Già riconosciuto da Corte. cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 2, pp. 361 ss., e in *Giur. cost.*, 2010, p. 1064, con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*; in *Foro it.*, 2010, I, pp. 1361 ss., con nota di F. DEL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Iustitia*, 2010, pp. 311 ss., con nota di M. COSTANZA, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, in *Resp. civ.*, 2010, pp. 1491 ss., con nota di L. MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 537 ss., con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Per approfondimenti, cfr. M.C. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, relazione svolta al convegno "Persona e comunità familiare" 1982-2012, in www.comparazionediritto.civile.it. Sul punto anche N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 845 ss., R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, II, pp. 527 ss., L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, pp. 137 ss.

trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti. A seguito di quel fondamentale pronunciamento si statuì che l'omosessualità, di per sé considerata, non è contraria all'ordine pubblico interno o internazionale. Ragionando in senso opposto si determinerebbe una irragionevole discriminazione in virtù dell'orientamento sessuale, vietata sia dalla Carta fondamentale che dalle normative eurounitarie e convenzionali.

Un'ulteriore evoluzione rispetto al riconoscimento del rapporto di filiazione avvenne l'anno successivo¹⁴⁹. La vicenda concerneva l'affidamento di un bambino, figlio di un padre di religione musulmana e di una madre *ex* tossicodipendente, che aveva intrapreso una relazione sentimentale ed una convivenza con un'operatrice della propria comunità di recupero. Il Tribunale per i minorenni aveva stabilito, con decisione confermata in appello¹⁵⁰, l'affidamento in via esclusiva alla madre, tenendo conto del comportamento violento del padre che aveva aggredito entrambe le donne e dell'interruzione dei rapporti con il figlio, nonostante fosse stato delegato ai servizi sociali di regolamentare gli incontri del minore con il genitore. La prima sezione civile della Suprema Corte rigettò il ricorso presentato da quest'ultimo, che si doleva della carenza motivazionale della decisione di merito, avendo essa omesso di valutare se una coppia omosessuale potesse garantire un adeguato sviluppo del bambino. I giudici sottolinearono, al contrario, che alla base delle doglianze dell'uomo non erano state poste certezze scientifiche o dati esperienziali, bensì il mero pregiudizio che fosse dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino la circostanza di vivere in una famiglia composta da una coppia omosessuale. In tal modo si dava per scontato ciò che invece era da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino¹⁵¹. In un brevissimo lasso di tempo seguì il celebre arresto della CEDU, *X e altri c. Austria*¹⁵², che ricalcava le medesime linee motivazionali. A seguito di tali rilevanti pronunce sia nazionali che internazionali, l'orientamento progressista riceveva accoglimento e si trasponeva nelle decisioni dei tribunali di merito. La prima storica sentenza che ammise, nel territorio italiano, l'adozione del figlio della convivente omosessuale è del Tribunale per i minorenni di Roma¹⁵³. Il caso riguardava una bambina generata

¹⁴⁹ Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, *cit.*

¹⁵⁰ Cfr. C. App. Brescia, 26 luglio 2011, n. 858 in www.aiaf-avvocati.it.

¹⁵¹ Cfr. pp. 8-9 *sent. cit.*

¹⁵² Per cui si rimanda *supra*. In un successivo arresto giurisprudenziale, la *Grande Chambre* della medesima Corte (sentenza del 7 novembre 2013, n. 29831, in *Guida dir.*, 2013, 47, pp. 103 ss.) ha ribadito che gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per persone dello stesso sesso. Tuttavia, ogni qual volta disciplinino forme giuridiche simili per le coppie eterosessuali, non possono che garantire anche ai conviventi *same sex* i medesimi diritti (ivi compreso, eventualmente, anche quello alla genitorialità e all'adozione). Per approfondimenti, R. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, 4, pp. 573 ss.

¹⁵³ Trib. minorenni Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, pp. 109 ss., con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1533 ss., con nota critica di R.

attraverso tecniche di fecondazione eterologa compiute in Spagna. Mentre una delle due donne risultava madre biologica della nata, in quanto realizzatrice della gestazione avvenuta con proprio ovulo, l'altra non vantava alcun titolo giuridico di relazione con la bambina, *causa petendi* della richiesta di adozione. Il Collegio sottolineava che, nel nostro ordinamento, solamente l'adozione legittimante richiede l'unione in matrimonio dei due coniugi, mentre le adozioni in casi particolari di cui all'art. 44 l. n. 184/1983 sono consentite anche alle persone singole. L'istituto dell'adozione in casi particolari, difatti, nasce con l'intenzione di facilitare il procedimento di adozione nel superiore interesse del minore che si trovi in peculiari situazioni di difficoltà¹⁵⁴. In modo particolare, l'art. 44 prevede quattro tipologie di adozioni, definite semplici ovvero ordinarie: quella del minore orfano di padre e di madre (lett. a), quella del figlio del coniuge (unito in matrimonio, lett. b), quella del bambino disabile ed orfano (lett. c), e infine quella in cui vi sia impossibilità di affidamento preadottivo (lett. d). Il Tribunale ritiene di poter applicare esattamente la lett. d) del prefato articolo, il quale presenta una elasticità tale da ben attagliarsi alla fattispecie dell'adozione del figlio del convivente omosessuale, e ciò a tutela del superiore interesse del minore e del suo diritto ad una famiglia stabile e duratura¹⁵⁵. Difatti, la "impossibilità di affidamento preadottivo" non si riferirebbe ai soli casi di impossibilità di fatto, a causa di peculiari patologie psicofisiche del bambino, o in virtù di altre evenienze, ma anche alle impossibilità di diritto. Rientrerebbe nella categoria delle "impossibilità di diritto" anche il caso dell'adozione del figlio del convivente omosessuale, poiché il bambino gode già di un genitore naturale (quello biologico), dal quale deriva, di necessità, l'impossibilità di affidamento e la scaturente dichiarazione dello stato di adottabilità. Allo stesso modo, i casi di adozione semplice, a differenza di quella legittimante, non richiedono necessariamente uno stato di abbandono¹⁵⁶.

CARRANO - M. POZZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*, e in *Fam. dir.*, 2015, pp. 574 ss., con nota di M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*. Sulla decisione indicata si veda anche il commento adesivo di M. WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del tribunale per i minorenni di Roma in materia di second-parent adoption, all'interno di una realtà omogenitoriale*, rinvenibile in www.giustiziacivile.com, 13 novembre 2014, e l'accurata disamina critica di G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, pp. 1335 ss.

¹⁵⁴ Cfr. pp. 2-3 sent. cit.

¹⁵⁵ Cfr. pp. 4-5 sent. cit.

¹⁵⁶ Questo principio era già stato enunciato, in precedenza, da Trib. Milano, 28 marzo 2007, n. 626, in www.personaedanno.it. Nel caso deciso dai giudici meneghini, facendo leva sul medesimo principio, fu concessa l'adozione, ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, del figlio della convivente eterosessuale, da parte del suo nuovo compagno. Cfr. M. CERATO - M. ROMEO - F. TURLON, *La filiazione adottiva, La filiazione percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, p. 185. In epoca successiva, App. Firenze, sez. min., 4 ottobre 2012, n. 1274, ha sostenuto che l'adozione ai sensi dell'art. 44, lett. b (che si riferisce ai soli coniugi uniti in matrimonio), non può finire col discriminare i figli (adottivi) delle famiglie di fatto.

In ultimo, i giudici di merito, come *leit motif*, richiamano una risalente giurisprudenza costituzionale¹⁵⁷, secondo la quale al giudicante deve essere concesso il potere di adottare ogni misura utile, nel caso concreto, a soddisfare e tutelare il prevalente interesse del minore.

6. Alcuni *law cases* in tema di riconoscimento degli atti di nascita “atipici” redatti all’estero; l’interpretazione evolutiva grazie al dibattito propositivo in tema di ordine pubblico internazionale. Il superamento, in via ermeneutica, della clausola di cui all’art. 44, lett. d), l. n. 184/1983

Le argomentazioni motivazionali del Tribunale di Roma sono state da ultimo consacrate e mutate dalla Suprema Corte di Cassazione in una pronuncia¹⁵⁸ del 2016. In quell’occasione, nel decidere sul ricorso presentato avverso tale sentenza e quella conforme della Corte d’Appello¹⁵⁹, i supremi giudici hanno condiviso pienamente il sillogismo dei giudici di merito. *A fortiori*, si richiama un precedente illuminante della Corte costituzionale¹⁶⁰ intervenuto in tema. Nella fattispecie, una coppia di zii rivendicava l’adozione, ai sensi dell’art. 44, lett. c) (oggi corrispondente alla lettera ‘d’ di cui si discorre), l. n. 184/1983, di una bambina rimasta orfana di padre e la cui madre era stata dichiarata decaduta dalla potestà genitoriale. La questione di legittimità costituzionale veniva sollevata nella parte in cui la norma non consentiva tale tipologia di adozione in casi particolari ai parenti entro il quarto grado, allorquando l’adottando avesse un genitore dichiarato decaduto dalla potestà genitoriale. La Consulta dichiarò manifestamente infondata la questione di legittimità proposta, poiché i giudici di merito avrebbero omesso di fornire una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione scrutinata. Per i giudici costituzionali l’art. 44, e in specie la lettera c) (oggi lettera d), costituisce una clausola residuale e una valvola di sicurezza del sistema, volta a consentire l’adozione dei minori ogni qual volta non sia possibile (in fatto o in diritto) ricorrere alla procedura di adozione legittimante. Il disposto normativo in

¹⁵⁷ Corte cost., 15 luglio 1986, n. 198, in www.giurecost.org.

¹⁵⁸ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, pp. 1203 ss, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozioni in caso particolari ed il caso della stepchild adoption*; in *Giur. it.*, 2016, pp. 2573 ss., con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell’omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, pp. 1135 ss., con nota di G. FERRANDO, *Il problema dell’adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*; in *Fam. dir.*, 2016, pp. 1025 ss., con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Famiglia*, 2016, pp. 295 ss., con nota di C. IRTI, *L’adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l’interpretazione evolutiva dell’art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, pp. 91 ss., con nota di E. BILOTTI, *L’adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*. Per approfondimenti, cfr. D. BERLOCO, *Adozione di minori in casi particolari da parte di coppia omosessuale. Legge n. 56 del 2016 e pronuncia della Cassazione n. 12962 del 22 giugno 2016*, in *Lo Stato civile italiano*, settembre 2016, pp. 6 ss.

¹⁵⁹ App. Roma, 23 dicembre 2015, n. 7127, in www.articolo29.it.

¹⁶⁰ Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 844 ss., con nota di A. LUZZI, *Adozione in casi particolari: la Consulta interviene con una sentenza interpretativa di rigetto*.

tanto può svolgere tale funzione in quanto esso, a differenza della adozione piena, non recide i legami con la famiglia di origine, pur consentendo al minore di permanere nella famiglia che lo ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instaurato con la medesima¹⁶¹. Da queste considerazioni la Suprema Corte di Cassazione trae un argomento che consente di applicare l'art. 44, lett. d), in quanto clausola generale, anche all'adozione del figlio del convivente omosessuale. L'orientamento pretorio non ha tuttavia trovato indiscusso accoglimento presso i giudici di merito. Una parte minoritaria della giurisprudenza si è attestata difatti su posizioni opposte¹⁶² apparendo dunque il panorama delle pronunce assai frastagliato e di conseguenza poco fecondo¹⁶³. La tesi avversa mira a decostruire quanto affermato dai magistrati progressisti, ribadendo che la lettera d) dell'art. 44 della legge sulle adozioni fa esclusivo riferimento ad una impossibilità legata alla verifica di una situazione preesistente. Il richiamo al precedente della Consulta appare improprio poiché, in tale specifico caso, si discorreva di una minore orfana di padre e la cui madre era stata dichiarata decaduta dalla potestà genitoriale, successivamente adottata da una coppia eterosessuale. Pertanto, la decisione così enunciata non può essere estesa al caso dell'adozione da parte del convivente omosessuale del genitore biologico¹⁶⁴. Si afferma che la Suprema Corte mal avrebbe interpretato tale arresto, poiché la Consulta non avrebbe inteso affermare che una tale tipologia di adozione possa essere disposta anche in assenza di un difetto di cura genitoriale, ancorché lo stesso art. 44 deroghi ai requisiti previsti dall'art. 7 per le adozioni legittimanti. *A contrario*, si richiama l'art. 30, comma 2, Cost.¹⁶⁵ per evidenziare come alle fondamenta del sistema delle adozioni dei minori si trovi l'esigenza di rimediare a un difetto definitivo e irreversibile di cura genitoriale¹⁶⁶. Una tale corrente di

¹⁶¹ Cfr. par. 2 sent. cit.

¹⁶² Su tutti, Trib. Milano, 17 ottobre 2016, in *Fam. dir.*, 2017, 11, pp. 983 ss., con nota di E. BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il dibattito tra i giudici di merito*. Conforme anche Trib. Torino, sez. min., 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, pp. 205 ss., con nota di A. NOCCO, *L'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*. Per approfondimenti, cfr. L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, pp. 1707 ss.

¹⁶³ Da ultimo, App. Trento, 23 febbraio 2017, in www.iurisprudenzia.it, sottolinea che, pur dopo il pronunciamento della Suprema Corte, non è affatto incontestata la possibilità di far ricorso alla c.d. *stepchild adoption* per il tramite dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, e che anzi si tratta di interpretazione giurisprudenziale della normativa che ha dato luogo a contrastanti pronunce. Per approfondimenti, cfr. A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, in www.articolo29.it.

¹⁶⁴ Condivide l'opinione espressa dai giudici di merito P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 1220, secondo cui la pronuncia del giudice delle leggi mal si innesta al di fuori del terreno in cui è sorta, costituito da alcune richieste di adozione in casi particolari presentate da parenti entro il quarto grado di minori rimasti privi di genitori perché inidonei ad occuparsi di loro ed infatti già privati delle potestà genitoriali.

¹⁶⁵ "Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti".

¹⁶⁶ Le due posizioni hanno trovato conformi e contrapposti schieramenti nella dottrina, che appare parimenti frammentata. Contrario alla tesi esposta è C. CIRAIOLO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 798 ss., secondo cui l'adozione semplice avrebbe una portata generale quale strumento di consolidamento di legami preesistenti, e presenterebbe una duttilità poco compatibile con una disciplina riservata a casi tassativi di stretta interpretazione.

pensiero rigida e conservatrice non ha trovato accoglimento presso le Corti d'Appello¹⁶⁷ ed è stata confutata da ulteriori e successive pronunce della Suprema Corte. In particolare, argomenti a favore della validità ed efficacia in Italia della *stepchild adoption* possono ricavarsi, *a fortiori*, da quella giurisprudenza di legittimità che si è mostrata aperta al riconoscimento del rapporto di filiazione, a carico di genitori omosessuali, costituitosi all'estero¹⁶⁸. La Cassazione di recente ha acconsentito alla trascrizione nel registro dello stato civile italiano di un atto di nascita redatto in Paesi terzi, recante come genitori due persone dello stesso sesso¹⁶⁹. Secondo tale autorevole pronunciamento, il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile di un atto straniero, validamente formato in territorio allogeno, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne¹⁷⁰, non contrastano con l'ordine pubblico, per il solo dato che il legislatore nazionale vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero. Né rileva che la legge 40 del 2006 ponga il divieto *apertis verbis*, nel territorio dello Stato, della fecondazione eterologa. La normativa rappresenta solo una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte normative non sono costituzionalmente obbligate. *Ergo*, la trascrizione dell'atto di nascita straniero che preveda due genitori dello stesso sesso non è contrario all'ordine pubblico internazionale, poiché questo coincide esclusivamente coi principi fondamentali della nostra Carta costituzionale, che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario¹⁷¹. Non può dunque ricavarsi un contrasto con l'ordine pubblico internazionale per il sol fatto che l'atto collida con una norma di legge ordinaria del diritto domestico¹⁷². Al contrario, le norme ricavabili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e

¹⁶⁷ *Ex multis*, App. Milano, 9 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 798 ss., con nota di C. CIRAOLO, *cit.*

¹⁶⁸ Difatti, a rigor di logica, se è consentito trascrivere atti di nascita stranieri in cui la coppia omosessuale figura in qualità di genitori naturali, non si vede perché nel medesimo territorio nazionale tali tipologie di coppie non possano ricorrere all'adozione, ogni qual volta non sia possibile riconoscere la filiazione sulla base di altri presupposti (discendenza biologica o semplice possesso di stato).

¹⁶⁹ Cfr. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, pp. 3329 ss.; in *Guida dir.*, 2016, 44, pp. 36 ss., con nota di A. PORRACCILO, *Esclusa la violazione dei principi di ordine pubblico*; in *Dir. fam.*, 2017, I, pp. 298 ss. con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; in *Vita notar.*, 2017, 1, pp. 131 ss., con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*. Per approfondimenti, si vedano B. SALONE, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso e ordine pubblico internazionale. La Cassazione alle prese con un singolare caso di "doppia maternità"*, in *Dir. civ. cont.*, gennaio/marzo 2017, e G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore alla circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 190 ss.; inoltre P. DI MARZIO, *Famiglia, minori e soggetti bisognosi in Cassazione*, Milano, 2019, pp. 130 ss.

¹⁷⁰ In particolare, da una donna italiana che ha donato l'ovulo ad una donna spagnola che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese.

¹⁷¹ Si sarebbe portati ad affermare che, se il divieto di fecondazione eterologa non è di ostacolo alla trascrizione dell'atto straniero, a maggior ragione non può essere impeditivo della applicabilità dell'istituto adottivo. Cfr. G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico*, *cit.*, *passim*.

¹⁷² Cfr. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *loc. cit.*, p. 23.

dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo vanno tutte nel senso di garantire al minore il diritto ad un nucleo familiare stabile e duraturo in cui possa svilupparsi la sua personalità in modo armonico e sereno. Allo stesso tempo, non rileva neppure il fatto che l'art. 269, comma 3, c.c. riconosca come madre la sola donna che ha partorito. Neanche questo fenomeno appare difatti un principio di rango costituzionale, giustificante un contrasto con l'ordine pubblico, poiché, inversamente, l'art. 31, comma 2, Cost.¹⁷³ tutela la maternità nelle diverse declinazioni che può assumere nel contesto sociale¹⁷⁴. D'altronde, il desiderio di filiazione si inseriva coerentemente all'interno del progetto di vita familiare intrapreso dalle due donne: il minore appariva legato a fil doppio da un rapporto biologico sia alla madre partoriente che alla madre donatrice dell'ovocita. L'orientamento fu poi successivamente accolto anche dai giudici di merito¹⁷⁵.

7. Speculazioni critico-ricostruttive, rilevanti ai fini di una necessaria, futura, armonizzazione di una così delicata disciplina, in un'ottica eurounitaria

Le soluzioni individuate dalle Corti italiane e spagnole appaiono a prima vista omogenee sia nella prospettiva formalistica che sostanzialistica: entrambi gli orditi pervengono al riconoscimento della filiazione, nella maggioranza dei casi e sulla base delle rispettive norme civili, nelle ipotesi di fecondazione assistita. Tuttavia, il diritto iberico finisce col presentarsi maggiormente progressista, poiché consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso e il riconoscimento del figlio come proprio da parte della coniuge non gestante, senza necessità di adozione, anche quando non sia donatrice dell'ovulo e quindi biologicamente relazionata al minore. Tale possibilità non sussiste nell'ordinamento giuridico italiano, che invece sovente ricorre come una sorta di *escamotage* all'istituto adottivo. In secondo luogo, i giudici spagnoli si sono mostrati assai favorevoli al riconoscimento della filiazione anche sulla base del mero possesso di stato, pur quando i membri della coppia omosessuale non fossero uniti in matrimonio. Inoltre, l'adozione prevista e disciplinata dall'ordinamento giuridico spagnolo si presenta come pienamente legittimante, mentre nel sistema domestico l'adozione semplice non rescinde i legami con la famiglia di origine. L'analisi sincronica degli altri ordinamenti giuridici continentali rivela poi come le soluzioni adottate negli Stati attenzionati presentino parimenti caratteri omogenei. In via generale, si riscontra nei Paesi d'Europa un più ampio *favor* per le pratiche di fecondazione assistita (omologa o

¹⁷³ “[La Repubblica] *Protegge la maternità l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*”.

¹⁷⁴ Cfr. pp. 46 ss. sent. ult. cit.

¹⁷⁵ Si veda la recente pronuncia di App. Bologna, 18 settembre 2018, in *Pluris*, secondo cui non importa che la *stepchild adoption* non sia un istituto italiano; se un altro Stato di altro sviluppo storico sociale e culturale l'ha ritenuto idoneo strumento di regolamentazione dei rapporti dei propri cittadini, l'Italia ne può riconoscere l'applicazione giudiziale, fatta nello Stato di appartenenza, in un caso concreto dov'esso realizzi nell'unico modo concretamente immaginabile il benessere del minore.

eterologa, con l'eccezione dell'Italia e dell'Austria)¹⁷⁶, che non vengono considerate contrastanti *tout court* con il sempiterno, ma cangiante, valore dell'ordine pubblico internazionale¹⁷⁷.

Dalla comparazione sincronica la normativa italiana appare, non soddisfacente dal punto di vista della tutela della famiglia¹⁷⁸. Ciò non solo poiché l'adozione in casi particolari costituisce istituto eccezionale¹⁷⁹, ma anche perché non è idonea a costituire un rapporto di filiazione piena tra adottante e adottando, diversamente da quanto accade, a titolo esemplificativo, in Francia e Spagna. Invero, già autorevole dottrina ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 6 L. adoz., nella parte in cui non consente l'adozione legittimante ai soggetti conviventi (omosessuali o eterosessuali) e agli individui *single*¹⁸⁰. La incostituzionalità della norma si rivela in tutta la sua evidenza considerando il diritto del minore di crescere mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con i suoi genitori (biologici o di intenzione) e le essenziali relazioni affettive che instaura con essi e con i parenti. Il diritto del minore alla famiglia era

¹⁷⁶ Su una posizione così ristretta probabilmente ha agito l'influenza dell'etica e della morale cattolica che considera illecite (dal punto di vista dell'ordine morale) le tecniche di procreazione con contributi estranei alla coppia. Più approfonditamente, si vedano l'Istruzione *Donum Vitae* del 1987, la lettera enciclica del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II *Evangelium Vitae* del 1995 e l'Istruzione *Dignitas Personae* del 2009, tutte reperibili in www.vatican.va.

¹⁷⁷ Cfr. G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *op. cit.*, *passim*.

¹⁷⁸ Per approfondimenti cfr. P. FRATI - F.P. BUSARDÒ - G.M. VERGALLO - A. PACCHIAROTTI, V. FINESCHI, *Surrogate motherhood: Where Italy is now and where Europe is going. Can the genetic mother be considered the legal mother?*, in *Journal of Forensics and Legal Medicine*, 2015, vol. 30, pp. 4 e ss., M. GERVASI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 2, pp. 213 e ss., I. RIEZZO - M. NERI - S. BELLO - C. POMARA - E. TURILLAZZI, *Italian law on medically assisted reproduction: do women's autonomy and health matter?*, in *BMC Women's Health*, 2016, in <https://bmcwomenshealth.biomedcentral.com>.

¹⁷⁹ Cfr. D. MORELLO DI GIOVANNI, *Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza particolare*, in *Fam. dir.*, 2012, pp. 727 ss. Secondo C. CIRAIOLO, *op. cit.*, l'interpretazione dell'art. 44 lett. d) rende sostanzialmente inutile la regola introdotta dalla lettera b) per i coniugi eterosessuali uniti in matrimonio. Si sottolinea che il compito dell'interprete è quello di adeguare le norme ai bisogni emergenti dal contesto sociale, ma tale risultato non può essere raggiunto anche a prescindere dal vincolo sistematico.

¹⁸⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia*, Milano, 2014, pp. 461 ss., ove l'illustre Autore statuisce che la legittimità costituzionale del divieto è dubbia, poiché esso appare viziato da irragionevolezza. L'adozione piena da parte di una coppia convivente *more uxorio* è infatti più favorevole per il minore rispetto all'adozione particolare, poiché la coppia, pur se priva della stabilità del vincolo coniugale, risponde all'esigenza del minore di inserirsi in un nucleo familiare connotato dalla bigenitorialità. Per il medesimo Autore (C.M. BIANCA, *Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016*, p. 16, reperibile all'indirizzo www.camera.it), l'interpretazione molto forzosa dei giudici domestici della legge sulle adozioni lascia molto a desiderare. Pur condividendo tale ultima affermazione, Trib. Milano, 17 ottobre 2016, *cit.*, si attesta su posizioni differenti avuto riguardo al divieto posto dalla legge ordinaria. Secondo i giudici meneghini, il vincolo di coniugio comporta l'acquisizione di uno *status* compiutamente disciplinato dall'ordinamento, fondato sull'assunzione di un formale impegno a presidio della serietà del rapporto, del quale è di assoluta evidenza la ricaduta in termini di sicurezza del minore. La convivenza presenta difficoltà di definizione, di accertamento, di riconoscibilità dei legami familiari, se non è stata previamente regolata proprio al fine di permettere la valutazione della sussistenza dei presupposti minimi di garanzia per l'adottando. Per P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari e il caso della stepchild adoption*, *cit.*, più che forzare l'interpretazione dell'art. 44, lett. d), i giudici dovrebbero sollevare la questione di legittimità costituzionale della lettera b), nella parte in cui determina una ingiustificata disparità di trattamento tra coniugi eterosessuali uniti in matrimonio e coppie omosessuali unite civilmente. Lo stesso Autore tuttavia sottolinea che la questione è stata in genere evitata in quanto considerata poco utile al fine di conseguire un risultato immediato.

stato del resto già posto in luce dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, che ha modificato l'intitolazione della legge n. 184/1983¹⁸¹. Da tale normativa sembra emergere in primo piano l'amore quale diritto fondamentale dei figli nella loro crescita in famiglia, caratterizzata quest'ultima più dalla funzione che dalla struttura¹⁸². Anche se all'attualità, il nucleo familiare appare destrutturato, ciò che realmente rileva è che esso sia idoneo a garantire i rapporti relazionali del minore e ad accompagnarlo nel processo di autocostruzione della sua personalità. Vi deve essere dunque un ampliamento dei soggetti legittimati ad adottare ai sensi dell'articolo scrutinato: soluzione che sembra essere suggerita anche dalla più recente L. 19 ottobre 2015, n. 173 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare)¹⁸³. In base a tale legge, qualora il minore già affidato sia dichiarato adottabile, gli affidatari devono essere considerati in via preferenziale ai fini dell'adozione. Tale norma testimonia nuovamente la assoluta centralità dell'interesse del minore e il fondamentale rilievo che assume per lui il legame affettivo insorto in virtù di una situazione di fatto antecedente. In via ulteriore, la medesima normativa ha introdotto un nuovo comma 5 bis all'art. 4 della legge in esame, stabilendo che, nel decidere sulle adozioni, il Tribunale per i minorenni deve tener conto dei legami affettivi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria. Se è vero che l'affidamento familiare¹⁸⁴ può essere disposto anche in favore di coppie omosessuali conviventi, o di persone singole¹⁸⁵, tenuto conto delle norme e dei principi enunciati, appare davvero incongruo non consentire l'adozione piena alla medesima platea di soggetti. Invero, una proposta di legge era stata presentata in questo senso

¹⁸¹ Pubblicata in G.U. n. 96 del 26 aprile 2001.

¹⁸² Per tali osservazioni, si veda L. ROSSI CARLEO, *Diritto del minore di crescere in famiglia*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, II, p. 962.

¹⁸³ Cfr. A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 2016, 7, p. 724.

¹⁸⁴ L'affidamento familiare è un'istituzione che si basa su un provvedimento temporaneo rivolgentesi a bambini e a ragazzi fino ai diciotto anni, di nazionalità italiana o straniera, che si trovano in situazioni di instabilità familiare. Grazie all'affidamento, il minore viene accolto presso una famiglia che ne fa richiesta o ove ciò non sia possibile è consentito l'inserimento del minore in una comunità di assistenza pubblica o privata. L'affidamento è dunque un servizio di aiuto e sostegno creato nell'ottica della tutela dei diritti dell'infanzia, garantendo al minore il diritto a crescere in un ambiente che possa soddisfare le sue esigenze educative e affettive, in grado di rispettare i suoi bisogni, in riferimento alle caratteristiche personali e familiari e alla sua specifica situazione di difficoltà. Per approfondimenti, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la legge n. 173/2015*, in *Fam. dir.*, 2017, 6, pp. 602 ss.; A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, pp. 263 ss.; S. CIRILLO, *L'affidamento familiare: misura alternativa all'istituto o alla adozione?*, in *Minori giustizia*, 2015, 2, pp. 142 ss.; E. CECCARELLI, *Il diritto dei bambini di non perdere i loro affetti riconosciuto dalla legge*, in *Minori giustizia*, 2015, 4, pp. 17 ss.; M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 12, pp. 1007 ss.; J. LONG, *La conservazione dei legami nell'affidamento e nell'adozione: una prospettiva europea*, in *Minori giustizia*, 2014, 4, pp. 20 ss.; P. SERRA, *Quando l'affidamento diventa adozione: opportunità e criticità nelle relazioni vissute dal minore*, in *Minori giustizia*, 2015, 4, pp. 28 ss.

¹⁸⁵ In questo senso Trib. Palermo, sez. min., 9 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 1132 ss., Trib. Bologna, sez. min., 31 ottobre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 59 ss. Contrario E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, pp. 237 ss.

in tempo non risalente¹⁸⁶, proposta poi non accolta. In ossequio al paradigma del *best interest of the child*¹⁸⁷ sarebbe opportuno che il legislatore prevedesse, se non la possibilità di una adozione piena, per lo meno un “piccolo potere di cura”, sulla falsariga dell’esperienza tedesca, o la possibilità di delegare la potestà genitoriale, come suggeriscono le norme francesi e svizzere.

Di certo la instabilità normativa, alla quale la *law in action* cerca di porre rimedio attraverso soluzioni estemporanee, non giova alla tutela del diritto fondamentale alla continuità dello *status* di figlio, che pur dovrebbe orientare l’interprete in una prospettiva *de iure condendo*¹⁸⁸. È certamente da criticare la scelta del legislatore italiano di porre, al comma 20 dell’art. 1 della legge sulle unioni civili¹⁸⁹, un disposto oscuro e assai enigmatico. La norma costituisce una clausola di equivalenza secondo la quale le disposizioni vigenti per i coniugi si applicano altresì alle parti della unione civile¹⁹⁰. Dalla equiparazione il legislatore della novella espressamente esclude la disciplina in materia di adozioni, che dunque non dovrebbe essere influenzata dalla intervenuta riforma. L’ultimo periodo della disposizione ha dato però adito a numerosi dubbi interpretativi, nella parte in cui prescrive che “resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti”. Come è stato acutamente osservato¹⁹¹, l’affermazione in sé risulta priva di senso poiché non vi è alcun bisogno di ricordare agli interpreti che le norme vigenti consentono ciò che consentono. In realtà, il disposto ha proprio il fine di “salvare” *in extremis* la interpretazione giurisprudenziale dell’art. 44 l. adoz., in un settore all’interno del quale non si è avuto l’ardore, o la volontà politica, di legiferare in via diretta¹⁹².

¹⁸⁶ Proposta di legge n. 3019, presentata l’8 aprile 2015 nel corso della XVII legislatura, reperibile all’indirizzo www.camera.it.

¹⁸⁷ Per G. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’ “incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICOLAI - E. OLIVITO, *op. cit.*, pp. 119 ss., l’espressione va tradotta non, come spesso impropriamente avviene, nel senso di “superiore interesse del minore”, ma come migliore interesse per il minore.

¹⁸⁸ Sul tema G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, pp. 6 ss., C. CAMPIGLIO, *L’accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 313 ss., R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello ‘status filii’ in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 10, pp. 309 ss. Sugli interessi da tenere in debito conto nel momento del bilanciamento delle situazioni giuridiche contrapposte, G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁹ Legge 20 maggio 2016, n. 76 (cosiddetta legge Cirinnà), in G.U. Serie Generale n.118 del 21-5-2016 e denominata “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”.

¹⁹⁰ Il comma 20 recita testualmente: “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”.

¹⁹¹ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 1217.

¹⁹² Come nota G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in www.questionegiustizia.it, l’espressione normativa, pur non costituendo né una nuova disposizione, né una norma interpretativa dell’art. 44, lett. d., l. n. 184/1983, è parsa utile allo scopo di consentire, o meglio di non impedire, il consolidamento della giurisprudenza capitolina. È da precisare che è stata stralciata la proposta, presentata in una fase avanzata dei lavori parlamentari sulla legge in esame, che prevedeva l’equiparazione al matrimonio anche nella ipotesi relativa all’adozione. Per

Il “gran rifiuto” opposto dal legislatore ha ingenerato però più problemi che soluzioni ed ha contribuito all’aumento dell’entropia giurisprudenziale e dottrinale sul punto, dando vita ad una incertezza che, come sovente accade, danneggia i soggetti di diritto¹⁹³. Il rispetto del diritto alla vita privata del bambino (tutelato dall’art. 8 CEDU) impone di far sì che egli non si trovi in una situazione di irrimediabile incertezza con riguardo alla propria identità nella società civile¹⁹⁴. Più in generale, i tempi appaiono maturi per una riforma complessiva delle disposizioni del Codice civile disciplinanti la filiazione¹⁹⁵. Coerentemente con gli avanzamenti tecnologici e sociali sarebbe opportuno prevedere nuove tipologie di rapporti, non necessariamente incentrati sulla discendenza biologica. Al fine di assicurare la giusta tutela dei nati; anche il genitore non biologico può e deve esercitare quei diritti e doveri che derivano dalla responsabilità genitoriale¹⁹⁶. Pertanto, accanto alla filiazione fondata sul criterio biologico e su quello gestazionale, appare opportuno disciplinare una vera e propria “filiazione intenzionale”, ove il *favor filiationis* assuma valore preminente rispetto al *favor veritatis*¹⁹⁷.

Tale esigenza è resa ancora più indefettibile dalla pluralità di discipline a livello internazionale ed eurounitario. Ferma restando l’assoluta sovranità del nostro legislatore a porre in essere le soluzioni che avverta come maggiormente rispettose delle istanze sociali, e nello spirito dei principi generali statuiti a livello sovranazionale, i tempi per un’armonizzazione della disciplina appaiono sempre più maturi.

approfondimenti, cfr. A. PENTA, *Stepchild adoption: alla ricerca del giusto equilibrio tra valori costituzionalmente confliggenti*, in *Studium iuris*, 2016, 11, p.1281.

¹⁹³ In merito si ricorda che una parte minoritaria della dottrina, A. SCALERA, *Stepchild adoption: arriva anche il sì della Cassazione*, in www.ilquotidianogiuridico.it. (23 giugno 2016) afferma che la disposizione può essere interpretata nel senso di consentire l’adozione in casi particolari anche agli individui uniti civilmente. La corrente maggioritaria, invece, ritiene che il legislatore ordinario abbia assunto con tale specificazione un atteggiamento di chiusura. In particolare, R. CAMPIONE, *L’unione civile tra disciplina dell’atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in A. FIGONE - G. OBERTO - M. BLASI - F. MECENATE - R. CAMPIONE, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, pp. 26 ss., ha stigmatizzato la scelta di metodo del legislatore, che con scarsa coerenza ha, da una parte, dichiarato inapplicabile alle unioni civili la normativa sull’adozione e ha, dall’altra, fatto uso di una clausola volta a mantenere il diritto vivente che non ha potuto e non ha voluto trasformare in diritto vigente.

¹⁹⁴ Sulla tematica si veda anche F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 2016, pp. 50 ss.

¹⁹⁵ Come nota P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 1218, il *modus operandi* assunto dal formante giurisprudenziale non è da biasimare dal punto di vista dei principi, poiché il risultato raggiunto (il riconoscimento di un rapporto di filiazione adottiva) risponde ad un criterio di generale buon senso, ogni qual volta si sia instaurato un effettivo e concreto legame affettivo tra minore e i suoi genitori (seppur “di intenzione” o non biologici). Tuttavia, è da criticare la forzatura di una base normativa nata per fronteggiare tutt’altre situazioni, ovverosia quelle relative a bambini di difficile adozione poiché “nessuno vuole” in quanto orfani, disabili o con altre patologie (l’espressione è di E. GIACOBBE, *op. cit.*, pp. 237 ss.), e che secondo taluni presuppone necessariamente una situazione di abbandono, pena il consentire l’adozione sempre e in ogni caso. È tuttavia evidente, come nota l’illustre Autore, che l’unica soluzione al problema è un intervento del legislatore in materia, unico legittimato a introdurre nel sistema nuove norme giuridiche nel settore interessato. L’alternativa è, in via indiretta, la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, che possa sollecitare l’intervento parlamentare o adottare una soluzione “a rime obbligate”.

¹⁹⁶ Su cui vedasi art. 147 c.c.: istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni.

¹⁹⁷ Soluzione suggerita da C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604.