

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · OTTOBRE 2017

2017 / 2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà*, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Iliara Rivera, Francesco Saitto, Angelo Schillaci, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)

a cura di Barbara Pezzini

- 6 **Barbara Pezzini:** Introduzione
- 12 **Gilda Ferrando:** Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze.
- 20 **Ines Corti:** Maternità per sostituzione e dignità umana
- 28 **Stefania Stefanelli:** Sui confini dell'impulso del pubblico ministero nell'impugnazione dello *status* intenzionale
- 42 **Giuditta Brunelli:** Un giudice *a quo* consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)
- 49 **Silvia Niccolai:** Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla *ratio* del divieto di maternità surrogata in Italia
- 60 **Antonio Ruggeri:** La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore

Interventi

- 69 **Antonella Madeo:** Attuazione in materia penale della legge Cirinnà sulle unioni civili
- 79 **Francesco Pesce:** La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili
- 98 **Giacomo Viggiani:** *Une défaillance du système juridique italien*. La questione del cognome materno tra moniti pretori e inerzia legislativa

Commenti

- 119 **Alessandra Nocco:** Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di "famiglia", con l'aiuto dei principi internazionali. Nota a Corte d'appello di Milano, 9 febbraio 2017

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 140 **Germania:** *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (EheRÄndG k.a.Abk.)*
- 142 **Portogallo:** *Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida), 22 agosto 2016*
- 145 **Portogallo:** *Decreto Regulamentar n. 6/2017, 31 luglio 2017*

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 150 **Corte d'appello di Milano, sezione delle persone, dei minori e della famiglia:** *ordinanza del 25 luglio 2016, n. 273*
- 161 **Corte di Cassazione, prima sezione civile:** *sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878*
- 166 **Tribunale per i minorenni di Venezia:** *sentenza del 31 maggio 2017*
- 167 **Tribunale per i minorenni di Palermo:** *sentenza del 3 luglio 2017*
- 172 **Tribunale per i minorenni di Bologna:** *sentenza del 20 luglio 2017*
- 178 **Corte costituzionale:** *sentenza dell'8 novembre 2016, n. 286*
- 185 **Corte europea dei diritti umani:** *Cusan e Fazzo c. Italia, sentenza del 7 gennaio 2014, n. 77/07*

- 191 **Announcement:** *Il progetto SOGICA*

Focus

Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)

*Discutendo dell'ordinanza della Corte d'appello di Milano, 25 luglio 2016, n. 273,
che solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.
"nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità
del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice
rispondente all'interesse del minore stesso"*

Barbara Pezzini*

Introduzione

Sommario

1. Premessa: le parole per dirlo – 2. L'occasione: la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. – 3. Il *focus* – 4. Verità della nascita e verità della maternità

1. Premessa: le parole per dirlo

Per introdurre il *focus* che la rivista dedica alla prima occasione in cui la giurisprudenza costituzionale si troverà a confronto con i problemi implicati dalla esperienza della “gravidanza per altri”, sono opportune almeno due considerazioni preliminari, che hanno in comune la necessità della ricerca di nuove parole per affrontare adeguatamente il livello dei problemi in questione.

La prima premessa riguarda la scelta delle parole con le quali definire l'esperienza di riproduzione e genitorialità che vede una donna assumere consapevolmente un progetto riproduttivo, diventando la madre biologica di un figlio, sottraendosi alla continuità della propria esperienza e relazione di maternità in un successivo progetto genitoriale, che si configura esclusivamente in capo a soggetti diversi (genitori intenzionali).

A fronte di una varietà della terminologia impiegata che non è mai neutra opzione terminologica, sono, infatti, le parole che già di per sé orientano la considerazione dell'esperienza.

Surrogazione di maternità (che è l'espressione che compare nel divieto disposto dalla l. 40/2004, all'art. 12, co. 6), *maternità surrogata o su commissione, locazione o affitto d'utero* (che vira nel linguaggio corrente nella brutale sineddoche *utero in affitto*, che rimuove la donna in quanto soggetto e persona), *contratto di maternità, maternità su procura*: sono espressioni che sottendono o si riferiscono ad esperienze differenti o a profili differenti di una esperienza di gravidanza. GPA è l'acronimo che rimanda all'espressione *gestazione per altri*, veicolata in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e raccomandata dalle *Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI* (a cura dell'Unar, che sollecita anche ad evitare l'espressione *utero in affitto*, espressiva di un giudizio negativo): che tuttavia, mettendo in primo piano il processo gestazionale, evocato quasi come un processo oggettivo e “disincarnato” dal corpo e dalla vita della donna, rischia di ridurre l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica.

Dal contesto anglo-americano deriva l'espressione *surrogacy*, utilizzata anche, insieme alla corrispondente versione francese *maternité de substitution*, nei documenti del progetto “*Parentage/Surrogacy Project – Filiation/Maternité de substitution*” nell'ambito della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale: il glossario proposto (Documento preliminare n. 3 B del marzo 2014, *The desirability and feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project, Annex A, Revised Glossary*) distingue non solo tra i diversi soggetti dell'accordo di surrogazione, *surrogate mother* e *intending parent(s)*, ma anche tra i diversi aspetti e le diverse condizioni della surrogazione: *traditional* e *gestational*, a seconda che ci sia o meno un legame genetico tra madre surrogata e figlio; *for-profit* e *altruistic*, in relazione alla presenza di una remunerazione da parte dei genitori intenzionali che vada oltre la copertura delle spese definite ragionevoli; nonché tra i diversi livelli di riconoscimento di un legame tra figlio e genitori: *legal parentage* e *genetic parentage*, distinguendo tra il criterio di attribuzione dello status di genitore (l'assunzione delle responsabilità genitoriali) ed il riconoscimento del legame genetico, che nella surrogazione possono disgiungersi ed, anzi, spesso non coincidono. Quello che anche il *Glossario* sembra completamente ignorare è la necessità

* Ordinaria di diritto costituzionale, Università di Bergamo.

di nominare autonomamente la relazione della madre biologica con il figlio/figlia, dando riconoscimento alla relazione di gravidanza come tale: la madre surrogata sembrerebbe entrare in relazione solo con i genitori intenzionali e non con il nascituro.

A sua volta, la scelta a favore dell'espressione *maternità per sostituzione* sottolinea e delimita come elemento caratterizzante il contesto relazionale tra due donne, una delle quali si presta *ad una gravidanza per un'altra*: proprio per questo, però, non pare adatta a comprendere anche l'ipotesi di una gravidanza per altri in favore di una coppia omosessuale maschile, che è una parte dell'esperienza della GPA che non pare opportuno ignorare, nonostante il dato statistico restituisca una decisa prevalenza di coppie eterosessuali di genitori intenzionali.

In questo quadro, associare consapevolmente ed intenzionalmente la sigla GPA all'espressione *gravidanza per altri* risponde, a sua volta, ad una specifica intenzione: quella di mettere al centro la gravidanza come esperienza femminile insostituibile rendendo esplicita, al contempo, la sua qualificazione rivolta ad un progetto genitoriale di altri.

Le parole aiutano a riflettere sul fatto che la gravidanza è un'esperienza che intesse una complessa rete di relazioni, che riguardano la riproduzione, ma anche la genitorialità, obbligandoci a riflettere sul nesso tra l'una e l'altra. La riproduzione è il processo che prende avvio dalla fecondazione e che implica una complementarietà tra i due sessi, anche se la componente essenziale che costruisce e realizza la vicenda riproduttiva resta *l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza* (che non può essere messa in ombra, né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante): il corpo gravido per nove mesi è, innanzitutto, una *donna che intesse una relazione* di unità duale con il nascituro, entro una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata (realizzando quella che potremmo definire la *complementarietà asimmetrica* dei sessi nella riproduzione). La genitorialità – che si riferisce al progetto di chi accoglie un figlio/una figlia assumendo la responsabilità di accompagnarlo/a nel percorso di progressiva costruzione di una piena autonomia personale – assume la riproduzione come suo necessario presupposto (non può esserci assunzione di responsabilità di genitore/i se non per un essere umano venuto al mondo attraversando il processo di riproduzione), pur distinguendosi, dal momento che le responsabilità genitoriali riguardano un nuovo essere umano che è nato al mondo separandosi dal corpo della madre e possono essere assunte anche da soggetti che non hanno alcun legame biologico con il figlio/la figlia (non hanno contribuito alla fecondazione, né alla gravidanza: così avviene nell'adozione), o che ne hanno uno solo parziale (fecondazione eterologa e gravidanza per altri). La complementarietà dei sessi non è attributo necessario della genitorialità: maternità e paternità hanno ormai trovato di fronte alla responsabilità genitoriali una reciprocità e simmetria di posizione giuridica (anche se non interamente sociale).

La seconda premessa riguarda la necessità di riformulare le parole e gli istituti giuridici che definiscono i *contesti relazionali* in cui si realizza l'esperienza di una gravidanza che si viene saldando ad un progetto genitoriale altrui.

La genitorialità è stata pensata e giuridicamente costruita fino ad oggi secondo due prospettive che scorrono in parallelo: la filiazione naturale, prevalente, dà per scontata la complementarietà di due soggetti di sesso diverso che danno vita ad un progetto che, senza soluzione di continuità, da riproduttivo (fecondazione e gravidanza) si evolve in genitoriale (e ne conosce solo eccezionalmente alcuni aspetti di problematicità: quelli che consentono il disconoscimento di paternità o la contestazione di riconoscimento); la filiazione adottiva, al contrario, ha per presupposto una netta separazione tra i due progetti riproduttivo e genitoriale, costruendo una genitorialità indipendente dalla nascita, fondata essenzialmente sul riconoscimento del bisogno di un minore che si ritrovi privo (privato) del riferimento genitoriale naturale. In entrambe queste prospettive, le parole che definiscono paternità e maternità nel contesto riproduttivo e genitoriale appaiono coerenti ed adeguate agli istituti giuridici che le utilizzano.

Le esperienze di filiazione nella cornice della PMA – in cui la fecondazione non è più frutto ed espressione solo della relazione intima e personalissima della sessualità umana, ma si avvale del contributo della tecnologia – introducono invece uno scarto rispetto ai due modelli, reso ancora più evidente nel momento in cui si aprono varchi alla eterologa e, per il tramite indiretto della ricezione di esperienze realizzate all'estero, anche alla gravidanza per altri (implicando una gravidanza e non solo la messa a disposizione dei gameti, è evidente che la GPA non può in alcun modo essere semplicisticamente assimilata ad una PMA eterologa: resta rilevante, tuttavia, il fatto che sono stati proprio gli aspetti di de-personalizzazione e de-sessualizzazione della fecondazione assistita a rendere più accettabile anche la GPA). Anche le parole (e gli istituti) che costruiscono la maternità e la paternità acquistano una nuova opacità e sembrano non bastare.

Si avverte, in realtà, l'esigenza di un nuovo modello, fondato sulla valorizzazione della intenzionalità del progetto genitoriale e, contemporaneamente, capace di riconoscere l'importanza di ogni altra componente relazionale e soggettiva rilevante nel progetto riproduttivo che ne costituisce la premessa essenziale ed al quale il progetto genitoriale si connette in una saldatura necessaria; un terzo modello che non riesce ad emergere convincentemente dagli svolgimenti e dalla riscrittura della legge 40/2004,

che resta vincolata alle premesse della configurazione di un quadro normativo meramente “imitativo” della filiazione naturale.

Nuove parole, dunque, necessarie per non negare alla radice la possibilità di un soddisfacente inquadramento, anche giuridico, di una esperienza articolata di relazioni che si intrecciano intorno ad un progetto riproduttivo e genitoriale complesso.

2. L'occasione: la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.

A stretto rigore l'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 25 luglio 2016 non tratta di GPA, ma di apprezzamento dell'interesse del minore: la questione proposta riguarda specificamente la legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. “nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso”.

Ad essere in gioco non sono direttamente le relazioni complesse che hanno interessato le vicende riproduttive, ma le regole della filiazione materna; il progetto riproduttivo resta fuori dal contesto, si guarda piuttosto alle regole che consentono di riconoscere un particolare progetto genitoriale.

Il caso, però, nasce nel contesto di una *gravidanza per altri*: avvenuta in India, a favore di una coppia eterosessuale a cui le condizioni di salute della donna (patologia tumorale e chemioterapia) avevano precluso sia la produzione di ovociti che la gestazione. Il certificato di nascita legittimamente formato all'estero veniva trascritto con l'indicazione dei due coniugi come genitori; tuttavia, mentre la paternità non sollevava problemi, essendo stato confermato il legame biologico tra figlio e padre con test sul DNA, la maternità veniva messa in discussione in applicazione dell'art. 264, co. 2 c.c.: il Tribunale di Milano, escludendo che la filiazione *ex matre* potesse in Italia dedursi altrimenti che dal parto, ai sensi dell'art. 269, co.3 c.c., ed in particolare che potesse attribuirsi in forza del contratto per la fecondazione eterologa con maternità surrogata – in quanto contrario all'ordine pubblico – pronunciava una sentenza di disconoscimento. Nel corso del procedimento d'appello promosso dalla madre intenzionale, la ricorrente e lo stesso curatore del minore convergevano nel proporre una eccezione di incostituzionalità nei confronti del divieto assoluto di maternità surrogata imposto dall'art. 12, co.6 l.40/2004, lamentando molteplici profili di irragionevolezza, disparità di trattamento, nonché violazione del diritto alla salute e all'autodeterminazione della coppia nella sfera privata e familiare.

È stata, dunque, la Corte rimettente a concentrare lo sguardo sul più specifico e limitato profilo delle condizioni che, ai fini della contestazione della filiazione materna attribuita dallo stato estero di nascita in base alle sue leggi, rendono possibile un apprezzamento dell'interesse del minore potenzialmente in contrasto con l'interesse alla veridicità della verità biologica e di parto, circoscrivendo la questione al dubbio sull'art. 263 c.c. (parametri gli art. 2, 3, 30 e 31 cost. e 117, co.1 cost. in relazione all'art. 8 CEDU).

3. Il focus

Per la nostra rivista, dedicata agli studi giuridici sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, che ha strutturalmente al centro del suo interesse il confronto sulle categorie giuridiche che contribuiscono ad inquadrare e definire (non solo *de iure condito*, ma anche in prospettiva *de iure condendo*) le trasformazioni delle esperienze di riproduzione e di genitorialità, maschile e femminile, è stato facile – quasi inevitabile – cogliere in questa vicenda un'occasione preziosa di confronto.

Il tema complesso della gravidanza per altri, nonostante il divieto esplicito e radicale formulato *a monte* dalla legge 40/2004 nei confronti della surrogazione di maternità, continua ad incrociare ed a sollecitare la giurisprudenza a valle del riconoscimento di *status* e condizioni personali dei bambini e delle bambine nati da esperienze di gravidanza per altri – di norma all'estero, nella cornice di regolamentazioni assai differenti – e dei loro genitori intenzionali. E non possono esservi dubbi sull'interesse e l'importanza di discutere e riflettere sul tema senza autolimitazioni.

Quello che abbiamo inteso sollecitare è stato, infatti, un confronto che coinvolgesse giuristi e giuriste con differenti competenze disciplinari, sensibilità e posizioni, le cui autorevoli voci sui temi implicati dalla gravidanza per altri già ci avevano offerto preziose occasioni di riflessione, e che sono stati/e invitati/e ad interpretare con la massima libertà i temi implicati dall'ordinanza di rimessione: focalizzando l'attenzione sulla questione specifica, così come delimitata dall'ordinanza; estendendo le consi-

derazioni alla eccezione, più ampia, sollevata dalla parte; o, ancora, con considerazioni che prendessero in considerazione anche profili non direttamente implicati dal caso – ed in particolare l’esperienza di gravidanza per altri in favore di coppie *same-sex*.

Il *focus* raccoglie i contributi di Ines Corti, Gilda Ferrando e Stefania Stefanelli – per l’area del diritto di famiglia – nonché di Giuditta Brunelli, Silvia Niccolai ed Antonio Ruggeri – per il diritto costituzionale – che si sono variamente confrontati con gli interrogativi proposti dall’ordinanza di rimessione. I loro scritti contribuiscono nel complesso ad alimentare un dibattito che va al di là della questione di legittimità costituzionale che ne ha fornito lo spunto, nella misura in cui si confronta non solo con le doverose rimozioni delle incostituzionalità riscontrate – per lo meno da alcuni di loro - e con la declinazione degli strumenti più adeguati per farlo, ma anche con il tema più vasto del fondamento costituzionale e dell’opportunità etico-politica di apertura di uno spazio di legittimazione della gravidanza per altri.

Per quanto riguarda l’esito prefigurato davanti alla Corte costituzionale – ove la questione, affidata al giudice relatore Giuliano Amato, è stata recentemente calendarizzata per l’udienza del 21 novembre 2017 - vi è una convergenza nel ritenere che esista una possibilità di interpretazione conforme che condurrebbe ad una declaratoria di inammissibilità (Ferrando e Stefanelli) o comunque ad una decisione a valenza interpretativa che estenda i margini di intervento del giudice a tutela di diritti soggettivi concernenti lo *status* e l’identità delle persone (Brunelli). Vi pervengono percorrendo diversi itinerari, consentendoci così di approfondire la questione di legittimità sotto differenti profili; alla nostra attenzione emergono: la dimensione *relazionale* della dignità della donna gestante, che immette un “cruciale elemento di concretezza” anche nella nozione di interesse del minore di cui si chiede l’incorporazione nell’art. 263 (Brunelli); ma anche il complesso degli strumenti e delle situazioni sostanziali e processuali che offrono l’opportunità o addirittura impongono un bilanciamento tra il *favor veritatis* ed i valori della stabilità e certezza degli *status*, ed i limiti all’emersione della verità genetica, che se in passato sono stati finalizzati alla tutela di una superiorità e intangibilità della famiglia “legittima”, oggi possono garantire il perseguimento del miglior interesse del figlio (Stefanelli); la distinzione tra le azioni di disconoscimento della paternità ex art. 243 e di contestazione della maternità ex 240 c.c., da un lato, e l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c., dall’altro, che ancora distinguono le azioni di impugnativa dello stato relative alla filiazione matrimoniale e non, sollevando il dubbio sulla stessa ammissibilità dell’impugnativa di riconoscimento nel caso in cui la costituzione dello status avvenga mediante il riconoscimento di efficacia di atto di stato civile formato all’estero (Ferrando).

Tutti i contributi al *focus* offrono del resto una ricca serie di ragionamenti ed argomentazioni, che spaziano in varie direzioni, dal come declinare l’interesse del bambino a come individuare spazi di legittimazione – o anche solo di pratica possibilità – della gravidanza per altri. In particolare, il bando per la surrogazione commerciale e la preferenza per quella altruistica sono variamente condivisi (da Ruggeri, che ritiene che la garanzia di una effettiva dimensione possa essere raggiunta limitando la surrogazione alla sola cerchia familiare dei genitori intenzionali – una coppia che, nella sua visione, non può che essere eterosessuale: ciò consentirebbe, non solo di presumere la gratuità dell’offerta del corpo e la solidarietà spontaneamente offerta da una persona a un’altra, ma anche di facilitare la soddisfazione del desiderio della conoscenza delle origini da parte del figlio, nonché di garantire la possibilità di rapporti gratificanti tra il figlio e la madre biologica; e da Corti, che ripercorrendo la ricostruzione che la Corte d’appello fa della dignità della gestante, si pronuncia adesivamente nei confronti di una realizzazione del desiderio procreativo dei genitori intenzionali che sia pensata nella cornice di una relazione personale con una gestante disposta ad agire in una logica che escluda il mercato e purché alla madre biologica sia garantita la decisione finale, secondo il modello della legislazione inglese). Anche Niccolai, che sottolinea come la surrogazione debba considerarsi commerciale per il fatto di avvenire entro una rete commerciale di intermediazione, ammette l’esistenza di “zone grigie” che sarebbero lasciate all’autodeterminazione individuale in cui troverebbe spazio la surrogazione in situazioni spontanee di prossimità, frutto di accordi che pur restando illeciti non sarebbero, da un lato, punibili, né, dall’altro, coercibili; il punto nodale del suo ragionamento è però costituito dall’esplicita attribuzione di valore al principio *mater semper certa*, posto a fondamento del divieto di *surrogacy* in quanto “principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l’identità e la storia di un essere umano facendone il ‘costrutto’ di quel dispositivo”. Il divieto di surrogazione è, pertanto, coerente e necessario al principio di valore della gravidanza come relazione essenziale, pur ammettendo considerazioni eque che potrebbero giustificare in casi concreti la preservazione del legame effettivamente instaurato con i genitori (da lei indicati come) “committenti”.

4. Verità della nascita e verità della maternità

La Corte d'appello di Milano ha mostrato di avere una grande consapevolezza della estrema complessità delle questioni in gioco e dei principi costituzionali che entrano nella considerazione complessiva della GPA. Rispondendo alle sollecitazioni provenienti dalle eccezioni della parte ricorrente e dello stesso curatore del minore, dopo avere riconosciuto come il divieto assoluto di ricorso alla pratica di surrogazione di maternità indubbiamente incida negativamente su una serie di principi costituzionali (par. 8), la Corte d'appello si è chiesta se tale divieto non potesse, tuttavia, «rappresentare strumento necessario per garantire altri valori costituzionali di pari rango» (par. 9), riconoscendo sia la specificità relazionale di una pratica «che coinvolge più soggetti e in modo assai più pervasivo» di quanto accada nella fecondazione eterologa, dalla quale la GPA viene opportunamente distinta, sia la specificità della posizione della donna «gestante per altri» (par. 9.1). Ed è proprio nelle esigenze di tutela della dignità della donna rispetto alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, che sarebbero conseguenti alla commercializzazione della relazione con i committenti, che si ravvisa un fondamento adeguato al bilanciamento del sacrificio che il divieto di surrogazione impone ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, escludendo il dubbio sulla costituzionalità del divieto stesso (par. 12); lasciando, tuttavia, aperta la prospettazione del dubbio in casi in cui – diversamente da quello concretamente all'esame della Corte – si trattasse di una pratica relazionale della GPA, cui la madre biologica accedesse con scelta libera e responsabile, al di fuori della logica di uno scambio mercantile e con garanzia di ripensamento (par. 13).

Complesso, in questa cornice consapevole delle implicazioni relazionali e del ruolo irrinunciabile in ogni progetto riproduttivo della madre biologica, appare anche il rilievo dell'interesse del minore, alla luce del quale viene sollecitata una «rinnovata riflessione sul tema della coincidenza – per quanto qui interessa, limitatamente all'art. 263 c.c. – tra *favor veritatis* e *favor minoris*», in cui il secondo possa agire come correttivo del principio di verità.

Se ritorniamo alle premesse da cui abbiamo preso le mosse, sulla questione trattata dal *focus* premono altre domande, per rispondere alle quali è opportuno muovere alla ricerca di parole nuove.

Da un lato, si può osservare che la regola codicistica dell'art. 269, co. 3, c.c. – avendo indubbiamente un presupposto naturalistico in cui è indiscussa la continuità tra progetto riproduttivo (comprensivo della componente genetica e della gravidanza) e progetto genitoriale materno – non si configura di per sé come la più adatta e coerente ad un contesto in cui la caratteristica essenziale è quella di un progetto riproduttivo che (come tale, già ammette o addirittura predilige una scissione tra la componente materna genetica e la gravidanza, allontanandosi dalla sua originaria premessa naturalistica e comunque) nasce in una discontinuità consapevolmente voluta con il progetto genitoriale intenzionale. Dall'altro, si deve ripensare alla “verità” dell'origine materna: la verità della nascita detta (espressa) dalla gravidanza e dal parto è il riconoscimento essenziale di una specifica e determinata origine materna che è stata perno della vicenda riproduttiva (dice il nome della madre biologica, di quella donna che accogliendo l'embrione in sé ne ha permesso e accompagnato in una insostituibile relazione di unità duale lo sviluppo fino alla nascita – dalla potenzialità alla realtà di un nuovo essere umano); nello stesso tempo, la verità del progetto genitoriale è quella detta dalle intenzioni di maternità e paternità genitoriale che hanno accompagnato e reso possibile quello specifico progetto riproduttivo. La verità della nascita di un nuovo essere umano è detta da tutte le relazioni che hanno intessuto il progetto riproduttivo e quello genitoriale che hanno reso possibile la sua nascita.

E dunque, se l'interesse del minore viene considerato guardando unicamente a valle della GPA – per identificare la donna che assume la responsabilità materna genitoriale – ed accettando la scomparsa di tutta la sfera delle relazioni che hanno preceduto e reso possibile la nascita della persona del cui *migliore interesse* si discute, si consegna all'irrelevanza (insieme alla maggiore o minore legittimità – almeno alla luce degli ordinamenti del luogo in cui la nascita e le negoziazioni ad essa relative sono avvenute – dei comportamenti individuali dei genitori) tutta l'esperienza della relazione di gravidanza. Ma sono il ruolo e la figura della madre biologica che rendono riconoscibile un'origine materna che, diversamente da quella paterna, non è semplicemente genetica, ma è radicata in una significativa esperienza di relazione; la madre biologica è il perno essenziale dal quale si irradiano sia la relazione di gravidanza che costituisce l'*origine* di un nuovo essere umano, sia le relazioni con i genitori intenzionali, protagonisti del progetto genitoriale.

Riconoscerlo significa riconoscere una essenzialità del *femminile* nella vita umana sempre presente nella riproduzione, anche nell'esperienza relazionale complessa di un progetto riproduttivo che accetta ed implica il ricorso alla tecnologia e la moltiplicazione dei soggetti coinvolti, così come un peculiare collegamento con un progetto genitoriale di soggetti parzialmente estranei al progetto riproduttivo stesso. Quello che deve venire in rilievo è almeno un riscontro delle condizioni in cui i genitori intenzionali hanno costruito il progetto riproduttivo premessa della loro genitorialità, nella misura in cui il ricono-

scimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza ed affidabilità del progetto genitoriale che a quel progetto dà continuità, anche se al progetto genitoriale la madre biologica ha scelto liberamente e consapevolmente di restare estranea.

Gilda Ferrando*

Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze.

Sommario

1. Il caso e le questioni – 2. L'impugnativa del riconoscimento materno ex art. 263 c.c. è ammissibile se la maternità è accertata in forme diverse dal riconoscimento? – 3. L'impugnativa di riconoscimento è ammissibile in caso di atto di nascita formato all'estero che stabilisce la maternità della madre intenzionale? – 4. Quali sono le regole di diritto interno per determinare la maternità in caso di GPA? – 5. È proprio vero che l'interesse del minore non è rilevante nelle azioni di stato?

Abstract

È ammissibile l'impugnativa del riconoscimento materno ex art. 263 c.c. in caso di nascita del figlio da GPA all'estero, in un paese dove la maternità è stabilita in forme diverse dal riconoscimento, con provvedimento del giudice? L'articolo illustra i problemi si pongono a questo proposito. In conclusione spiega le ragioni per cui si deve ritenere che l'interesse del minore sia già oggi rilevante nelle azioni di stato

The paper illustrates the issues emerging in case of surrogacy undertaken abroad and, in particular, whether or not it is possible to challenge the recognition of the filiation link under the article 263 of the Italian Civil Code, in a system where the notion of motherhood is legally established through different tools respect to the judicial recognition. To this end, this paper highlights the role of the so called best interest of the child and the fact that it should already be considered so relevant in these cases.

1. Il caso e le questioni

L'ordinanza della Corte d'appello di Milano (25 luglio 2016) solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. – per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. – in quanto non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso.

Il caso è il seguente. Una coppia di persone di sesso diverso (Z. e C.), all'epoca conviventi, si reca in India per avere un figlio tramite gestazione per altri. La gestante riceve l'impianto di un embrione formato con ovocita proveniente da donatrice anonima e seme del padre Z. (da un test del DNA disposto successivamente alla nascita, Z. risulta essere effettivamente genitore biologico, oltre che intenzionale). Al termine della gravidanza, il 2 gennaio 2012 nasce a Mubai un bambino che viene immediatamente affidato ai genitori intenzionali. La motivazione ci dice che il bambino viene "riconosciuto come figlio naturale" del padre Z e della madre C. e che del certificato di nascita formato all'estero viene chiesta la trascrizione in Italia, presso l'ufficio di stato civile del comune di Milano. Dopo una fase di sospensio-

* Già ordinaria di Diritto civile, Università di Genova.

ne del procedimento (con vicissitudini che in questa sede non interessano¹), la richiesta di trascrizione viene accolta. Il Tribunale per i minorenni di Milano, su richiesta del P. M., considerato che dagli atti risultava che il bambino non era stato partorito da C., ma era nato da GPA, autorizzava, ai sensi dell'art. 264, c. 2 c.c., l'impugnazione del riconoscimento materno, nominando a tal fine un curatore speciale. L'azione intentata dal curatore veniva accolta in primo grado con sentenza impugnata in appello dalla madre. La questione, come sottolinea la Corte d'appello, non è "quella di autorizzare la trascrizione dello *status filiationis* giuridicamente riconosciuto solo all'estero e di costituire uno stato inesistente per l'Italia", bensì "quella della rimozione, attraverso la proposta azione, di uno stato già riconosciuto a causa della non veridicità di quel riconoscimento, in Italia trascritto".

L'ordinanza si presta a diverse chiavi di lettura. Si tratta di un caso di maternità surrogata, per usare il linguaggio della legge n. 40, di gravidanza per altri (GPA), come è preferibile dire, e questo cattura subito l'attenzione e fa discutere. La gravidanza, tuttavia, è terminata il 2 gennaio 2012 con la nascita di un bambino che ormai ha cinque anni e mezzo, quasi sei, ed in questi anni è cresciuto a Milano, con il suo papà e la sua mamma ed ora si discute se questa donna sia davvero sua madre per la legge. È questo il punto su cui mi interessa riflettere: se abbia senso il ricorso all'impugnativa di riconoscimento, ex art. 263 c.c., per contestare la maternità in un caso come quello appena illustrato. La cosa mi lascia francamente molto perplessa sotto diversi punti di vista.

2. L'impugnativa del riconoscimento materno ex art. 263 c.c. è ammissibile se la maternità è accertata in forme diverse dal riconoscimento?

Il primo interrogativo è questo: l'impugnativa di riconoscimento è proponibile anche in un caso in cui l'accertamento della filiazione non sia frutto di "riconoscimento", ma sia avvenuto altrimenti, secondo norme di diritto straniero? Dalla illustrazione dei fatti di causa risulta che il bambino è stato "riconosciuto come figlio naturale" da Z. e C. Si parla di "riconoscimento", ma, in mancanza di ulteriori precisazioni, non è chiaro se la maternità sia stata stabilita mediante un atto che possa qualificarsi come "riconoscimento" in senso proprio, inteso come atto volontario e discrezionale di accertamento della filiazione da parte del genitore non coniugato.

La casistica nota relativa al riconoscimento in Italia di atti di nascita stranieri di bambini nati con GPA riguarda generalmente casi di GPA in California, in Canada, in Inghilterra², paesi nei quali l'attribuzione della maternità al genitore d'intenzione (o della seconda paternità nel caso di coppia omosessuale) viene effettuata sulla base di un provvedimento giudiziale. In California³, dove il nato è cittadino

1 In un primo momento, su richiesta del P.M., viene aperta la procedura di adottabilità del bambino nel corso della quale la coppia ammette di aver fatto ricorso alla maternità surrogata in India. Successivamente all'apertura del procedimento viene trascritto il certificato di nascita e viene dimostrata col test del DNA la paternità di Z. Sulla domanda di adottabilità il Tribunale per i minorenni dichiara il non luogo a provvedere risultando provata l'assenza dello stato di abbandono (Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 6 settembre 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 712 con nota di F. Turlon). Nello stesso tempo il Tribunale per i minorenni di Milano, su richiesta del P.M., autorizzava la nomina di un curatore speciale per l'impugnazione del riconoscimento materno per difetto di veridicità (art. 264 c.c.). L'azione viene accolta in primo grado. In sede di appello viene sollevata la questione di legittimità costituzionale.

Per un caso analogo di impugnativa del riconoscimento materno, ex art. 263 c.c., del figlio nato da GPA in Indonesia, v. Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 1° agosto 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 712 con nota di F. Turlon).

2 Ad esempio Corte d'appello di Milano, sentenza del 28 dicembre 2016, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 657, con nota di G. Cardaci; Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, pp. 181 ss., con nota di G. Ferrando, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 372, con commento, p. 362, di P. Palmeri; Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 gennaio 2017, in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 935 ss., con note di G. Ferrando e C. Tuo; Corte d'appello Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699, con nota di C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità surrogata*, *ibidem*, 589.

3 Con particolare riferimento alla casistica californiana, v. M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, 2017, e v. anche G. Cardaci, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 660.

iure soli, le parti possono ricorrere, anche prima della nascita, alla Corte superiore competente perché emetta un *parental order* che costituisca lo *status* di figlio tra il nascituro e i genitori intenzionali⁴.

Meno conosciuta è la situazione in India. Pur in mancanza di una disciplina specifica della surrogazione, sulla base del diritto vigente, l'atto di nascita riporta i nomi dei genitori intenzionali e le Corti tendono a dichiarare i committenti genitori legali. Parrebbe, dunque, che anche in India la paternità e la maternità vengano attribuite sulla base di un provvedimento giudiziale e/o di un atto amministrativo. In India, tuttavia, la situazione relativa ai figli di coppie straniere è complicata dal fatto che il nato non ha la cittadinanza indiana (che spetta solo *iure sanguinis*)⁵.

La motivazione dell'ordinanza milanese è ambigua nel ricostruire i fatti di causa specie per quanto riguarda i modi in cui la filiazione è stata accertata. Da un lato fa riferimento al "riconoscimento" da parte dei due genitori (punto 1), ma successivamente allude al "riconoscimento dello *status*" (punto 7.1) e poco prima si afferma (punto 7) che la peculiarità del caso è data dal fatto che il certificato di nascita è stato "legittimamente formato" in India. Le note in calce al provvedimento con cui il Tribunale per i minorenni di Milano ha chiuso la procedura di adottabilità⁶ sembrerebbero lasciar intendere che il certificato di nascita sia stato formato secondo la legge indiana e quindi la maternità non sia frutto di "riconoscimento" ma di un atto giurisdizionale e/o amministrativo.

Il punto mi pare rilevante. L'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è infatti un'azione che mette in discussione non direttamente la (maternità o, come il più delle volte accade) la paternità. È invece costruita come impugnazione dell'atto volontario, di autoresponsabilità, che accerta lo stato del figlio.

Come è noto, la riforma della filiazione del 2012/2013, pur avendo unificato lo stato di figlio (art. 315 ss. c.c.), ha tuttavia mantenuto distinti sia i modi in cui lo stato viene costituito, sia le azioni di impugnativa dello stato. Mentre nel matrimonio l'accertamento dello stato avviene in forma per così dire automatica nei confronti di entrambi i coniugi per effetto della dichiarazione di nascita da donna coniugata e della presunzione di paternità del marito (art. 231 c.c.), fuori del matrimonio l'accertamento della filiazione presuppone il riconoscimento (art. 250 c.c.) o la dichiarazione giudiziale (art. 269 c.c.). Anche per quanto riguarda la maternità occorre il riconoscimento. La regola generalmente seguita in Europa è quella dell'accertamento automatico della maternità (anche nel caso di donna non coniugata). Anche la Francia si è di recente allineata, facendo salva facoltà di partorire in anonimato. In Italia, invece, anche la recente riforma non ha modificato il sistema tradizionale secondo il quale anche la maternità viene stabilita sulla base di un atto volontario. Il riconoscimento costituisce, secondo la migliore dottrina, una forma di accertamento privato della filiazione che ha efficacia preclusiva di un diverso accertamento, almeno fino a quando non sia smentito da un provvedimento del giudice con efficacia di giudicato⁷.

Anche per quanto riguarda le azioni di impugnativa dello stato, la riforma, con una scelta discussa e criticata in dottrina⁸, ha considerato distintamente quelle relative alla filiazione matrimoniale e quelle relative alla filiazione non matrimoniale. Nel primo caso, la paternità può essere impugnata con l'azione di disconoscimento (art. 243 bis c.c.) e la maternità con quella di contestazione (art. 240 c.c.), nel secondo caso è prevista una sola azione, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263

-
- 4 Nel caso deciso dalla Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 gennaio 2017, cit., è stato ammesso il riconoscimento del provvedimento della Corte californiana che aveva attribuito la paternità del figlio nato in seguito a GPA al compagno del padre biologico (già riconosciuto padre con altro provvedimento giudiziale) e sulla base del quale era stato formato l'atto di nascita del figlio.
 - 5 Interessanti informazioni sulla situazione normativa e sulla casistica indiana sono offerte K. O'Byrne, P. Gerber, *Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial*, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, (Ed. AA. VV.), Londra-New York, Routledge, 2015.
 - 6 Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 6 settembre 2012, cit.. Le note riportano le risposte date dai genitori alle domande poste dalla curatrice speciale del minore. V. nota n. 2 "Noi siamo passati attraverso le vie ufficiali e quando siamo andati al consolato italiano a M. abbiamo presentato un certificato di nascita postillato e tradotto come richiesto per i minori all'estero".
 - 7 Sono note le discussioni sulla "natura" del riconoscimento, se si tratti di atto negoziale (M. Dogliotti, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Commentario codice civile Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè 2015, pp. 207 ss.) o di atto volontario di accertamento, come la dottrina prevalente ormai ritiene (A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 332 ss., spec. p. 396; S. Stefanelli, *Gradi di accertamento e titoli costitutivi*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in *Trattato Sacco*, Torino, Utet, 2015, pp. 207 ss.), secondo una lettura a suo tempo proposta da U. Majello, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, Roma, Zanichelli, 1982, e che in altra sede si è ritenuto di condividere (G. Ferrando, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato Rescigno*, 2° ed. Torino, Utet, 1996, IV, pp. 159 ss.)
 - 8 L. Lenti, L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, pp. 201 ss.; G. Ferrando, *La riforma della filiazione*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2014, pp. 3 ss.

c.c.). Con la riforma del 2013 l'azione di disconoscimento mette direttamente in discussione la paternità del marito (art. 243 *bis* c.c.)⁹. L'impugnativa del riconoscimento, invece, mette in discussione il riconoscimento, prima ancora che la paternità o la maternità, anche se è vero che essendo il riconoscimento un atto di accertamento della realtà fattuale, l'accertamento in esso contenuto ha efficacia definitiva solo se rispondente a tale realtà. Al riguardo si deve considerare, tra l'altro, che la legittimazione ad agire è riservata in primo luogo all' "autore del riconoscimento", e che l'impugnativa è ammessa, oltre che per difetto di veridicità, anche per violenza (art. 265 c.c.) e interdizione giudiziale (art. 266 c.c.), vale a dire per vizi che riguardano il riconoscimento in quanto atto volontario, non lo stato del figlio in sé considerato¹⁰.

Se dunque oggetto di impugnativa è il riconoscimento, è legittimo chiedersi se l'azione sia esperibile anche nei casi in cui lo stato di figlio sia stato accertato altrimenti, mediante provvedimento giudiziale o atto amministrativo. Sicuramente è da escludersi che l'azione sia disponibile in caso di accertamento giudiziale (art. 269 c.c.), tenuto conto dell'efficacia preclusiva del giudicato¹¹.

3. L'impugnativa di riconoscimento è ammissibile in caso di atto di nascita formato all'estero che stabilisce la maternità della madre intenzionale?

Nel caso, poi, di GPA effettuata all'estero si affacciano dubbi ulteriori. La costituzione dello stato in Italia avviene, infatti, come nel caso di specie, mediante il riconoscimento di efficacia all'atto di stato civile formato all'estero. Come abbiamo sommariamente visto in precedenza, nei paesi in cui la GPA è legale l'attribuzione della maternità alla madre intenzionale – o della paternità al padre intenzionale (nel caso di coppie omosessuali) – avviene sulla base di un provvedimento giurisdizionale (o, talvolta, amministrativo) nel presupposto che la gravidanza sia stata portata a termine da una donna che non intende fare da madre al bambino e che resta anonima. Il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di bambino nato da GPA all'estero richiede la verifica della sua non contrarietà all'ordine pubblico (art. 65, l. n. 218/1995) da parte dell'ufficiale di stato civile o, altrimenti, da parte del giudice, su ricorso contro il provvedimento amministrativo che tale riconoscimento abbia negato.

Nel caso di specie sembrerebbe – dalle scarse notizie riportate in fatto nella motivazione – che la trascrizione nei registri di stato civile italiani sia stata fatta direttamente dall'ufficiale di stato civile, una volta appurato che non contrasta con l'ordine pubblico il riconoscimento di un atto di nascita che attribuisce la maternità non alla partoriente ma alla madre intenzionale. Gli argomenti non mancano – come si è notato in altra occasione¹² – se solo si considera che il riconoscimento di atti di nascita formati all'estero a favore del genitore dell'intenzione è stato ammesso dalla Corte di Cassazione a favore della

9 Nel sistema del codice civile 1942, sia pur dopo la riforma del 1975, l'azione di disconoscimento (ammissibile solo nei casi tassativamente indicati dall'art. 235 c.c.) presupponeva la prova dell'infedeltà della moglie (prova diretta nell'ipotesi di "adulterio", indiretta, ma certa, in quelle di "impotenza" del marito o "mancata coabitazione", cosicché si era osservato che l'impugnazione riguardava prima di tutto il matrimonio, la rottura del vincolo di fedeltà che ne costituisce l'essenza. V. A. Cicu, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, Utet, 1969, pp. 117 ss.

10 A. Sassi, *Azioni di stato*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori* cit., pp. 263 ss., specie pp. 323 ss. Nel caso in cui sia la maternità ad essere messa in discussione, ci si chiede peraltro se, in seguito alla riforma del 2015, l'azione di contestazione per supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239-240 c.c.), imprescrittibile e con legittimazione estesa a qualsiasi interessato, sia disponibile non solo in caso di filiazione matrimoniale ma anche in quello di filiazione non matrimoniale (M. Sesta, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013, Famiglia e diritto*, 2014, pp. 455 ss. specie p. 462; A. Sassi, *Azioni di stato*, cit., p. 282. *Contra* M. C. Bianca *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, 5° ed., Milano, Giuffrè, 2014, p. 382).

11 In dottrina (M. Dogliotti, *Op. cit.*, p. 338) si ammette l'azione ex art. 263 anche nei casi di accertamento c.d. automatico della filiazione non matrimoniale (matrimonio putativo – ora nell'ipotesi residuale dell'incesto –, accertamento della maternità nel caso di disconoscimento paterno), senza considerare, tuttavia, che in questi casi l'accertamento della genitorialità è avvenuta nelle forme della filiazione matrimoniale e dunque la sua contestazione deve seguire le regole corrispondenti (artt. 243 *bis*, art. 240 c. c.) (G. Ferrando, *La filiazione naturale e la legittimazione*, cit., pp. 236 ss.)

12 Rinvio a G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 162 ss.

compagna della madre¹³. La giurisprudenza di merito lo ha ammesso anche a favore del compagno del padre biologico¹⁴, o della moglie del padre in un caso in cui era stata una coppia sposata ad aver fatto ricorso alla GPA in Inghilterra¹⁵. La nozione di ordine pubblico alla quale questa giurisprudenza fa riferimento fa leva sul diritto del minore all'identità, alla certezza dello stato e sulla rilevanza del suo preminente interesse come criterio ispiratore di ogni decisione o provvedimento che lo riguarda, interesse che costituisce principio fondamentale di rilevanza costituzionale secondo il diritto interno e sovranazionale. In questi casi l'interesse del minore preso in considerazione è quello alla conservazione dello stato attribuito ad un genitore che non è tale in ragione della discendenza genetica, ma lo è in quanto ha voluto il figlio sulla base di un progetto comune con l'altro genitore e in quanto effettivamente svolge tale ruolo¹⁶.

Se è questa la ragione per cui l'atto di nascita straniero costitutivo della maternità può essere riconosciuto in Italia, allora è ragionevole dubitare che lo stato del figlio possa successivamente essere impugnato (con l'azione ex art. 263 c.c. o altrimenti) perché la madre non è quella che ha partorito. Il dubbio, per meglio dire, è questo: se la trascrizione è stata autorizzata sul presupposto che la donna che risulta dall'atto di nascita non ha partorito, non è contraddittorio impugnare il "riconoscimento" perché "non veridico"?

Forse sarebbe più corretto impugnare la trascrizione in quanto contraria all'ordine pubblico. Lo strumento processuale al quale eventualmente fare ricorso per evitare che il provvedimento straniero produca effetti in Italia non è la richiesta di nomina di un curatore speciale che eserciti l'impugnativa di riconoscimento nell'interesse del minore ex art. 264 c.c., ma l'impugnativa – mediante azione di rettificazione (artt. 95 ss., d. p. r. n. 396/2000) dell'atto di stato civile che ha reso efficace in Italia l'atto di nascita straniero, contestandone la conformità all'ordine pubblico. Così facendo il P.M. agisce nella sua veste di rappresentante dell'interesse pubblico alla certezza degli *status* e non, surrettiziamente, quale interprete di un supposto interesse del minore (art. 264 c.c.).

4. Quali sono le regole di diritto interno per determinare la maternità in caso di GPA?

Il contrasto con l'ordine pubblico del riconoscimento dell'atto di nascita straniero viene per lo più motivato in considerazione del fatto che in Italia la GPA non è ammessa (art. 13, l. n. 40/2004) e che in ogni caso la maternità è stabilita dal parto (artt. 239, 240, 269, c. c.). Questa regola avrebbe carattere inderogabile e legittimerebbe, in situazioni difformi, l'impugnativa di stato. Essa, tuttavia, presuppone la coincidenza tra partoriente, madre genetica, e madre intenzionale, coincidenza che normalmente si verifica nella generazione naturale, in seguito a rapporto sessuale tra il padre e la madre. Le tecniche di riproduzione assistita di tipo eterologo e la GPA, tuttavia, mettono in discussione proprio questa coincidenza. Il fatto che le regole del codice civile fossero state scritte per regolare lo stato del figlio generato per vie naturali aveva indotto, in anni lontani, la Corte di Cassazione ad escludere l'ammissibilità del disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa: dato che l'art. 235 c.c. (ora abrogato) presuppone l'adulterio della moglie (inteso come rapporto fisico con un altro uomo) non è

13 In caso di gravidanza avvenuta con l'impianto di embrione formato con l'ovocita della compagna fecondata con seme di donatore anonimo; Corte di cassazione. 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Nello stesso senso, in un caso in cui la co-madre non aveva legami biologici col nato, v. Corte di cassazione, 15 giugno 2017, n.14878.

14 Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 febbraio 2017, cit.

15 Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, cit.

16 La tutela del preminente interesse del figlio porta la Corte Edu a declinare il concetto di vita familiare (art. 8 Cedu) secondo un approccio concreto e funzionale che parte dall'effettività del rapporto genitoriale e familiare per riconoscere tutela a tutti i soggetti che di esso sono protagonisti. Ne risultano concetti di "famiglia" e "vita familiare" fluidi, attenti alle diverse situazioni, anche di fatto, che si presentano nella realtà sociale. Di questo approccio si ritrovano molteplici esempi, si pensi soltanto ai casi *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007, *Negrepontis c. Grecia*, 3 maggio 2011, e *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010, in tema di adozione, *Menneson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, 1122, con nota di C. Campiglio (Al riguardo v. A. Vestò, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 306 ss.) in tema di maternità per sostituzione. Nessuna condanna, invece, per l'Italia, in un caso in cui, in assenza di legame biologico con i genitori, ed in assenza anche di un adeguato legame di fatto, il bambino nato da madre sostituita all'estero era stato dichiarato adottabile: v. Corte Edu, *Grande Camera*, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 729, con nota di E. Falletti

stato ritenuto applicabile nel caso in cui il marito abbia dato il consenso alla fecondazione della moglie con seme di donatore anonimo¹⁷. Nella fecondazione eterologa è l'intenzione che rende genitori, non i geni. La legge n. 40/2004 si allinea a questa giurisprudenza quando stabilisce che genitori sono coloro che hanno "espresso la volontà di ricorrere alle tecniche" (art. 8) e che l'impugnativa della paternità (disconoscimento o impugnazione del riconoscimento) non è ammissibile da parte del genitore che ha dato il proprio consenso alla loro applicazione (art. 9).

Anche per quanto riguarda la maternità della partoriente ci si può chiedere se la regola codicistica, scritta in un contesto di generazione per vie naturali, sia ancora applicabile nel diverso contesto in cui partoriente, madre genetica e madre intenzionale non coincidano. L'applicazione della regola del codice civile anche al nato con GPA ha un effetto deterrente della pratica, ma questa non è una buona ragione di attribuzione dello *status* al figlio. Nell'attuale diritto di famiglia, secondo i principi costituzionali interni ed europei ed in conformità alle regole civilistiche vigenti, l'attribuzione di stato non può essere determinata dall'esigenza di prevenire e sanzionare condotte dei genitori riprovate dall'ordinamento, ma deve invece guardare all'interesse del figlio¹⁸.

Si affaccia il dubbio che, anche secondo il diritto interno, nel caso di nascita con tecniche di procreazione medicalmente assistita le regole di attribuzione dello stato di figlio non siano quelle generali previste dal codice civile, scritte nel presupposto della coincidenza tra genitorialità biologica e genitorialità intenzionale, e che debbano piuttosto applicarsi quelle previste dalla legge 40 nei casi in cui i genitori "per scelta" non coincidano con i genitori genetici.

Non è questa la sede per approfondire la questione, ma va considerato che, specie dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 che ha ammesso, anche in Italia, il ricorso alla c.d. fecondazione eterologa, si è dilatato il raggio di applicazione degli artt. 8 e 9 della l. n. 40. Nel contesto di una legge che ammetteva solo tecniche di tipo "omologo" il principio che genitori sono coloro che hanno scelto di esserlo non sembrava, a prima vista, avere una portata così dirompente, dato che i genitori "intenzionali" erano anche genitori "genetici". Dopo la sentenza n. 162 le cose stanno diversamente. Il principio per cui genitori sono coloro che hanno scelto di avere un figlio ed hanno dato il consenso all'applicazione delle tecniche, riguarda anche tutti i casi in cui i genitori dell'intenzione non hanno contribuito alla nascita con il proprio patrimonio genetico e i casi in cui vi è l'apporto alla generazione di uno o più soggetti terzi. Nel caso di procreazione medicalmente assistita le regole della legge 40 mettono fuori gioco quelle del codice civile e pongono in primo piano l'intenzione, la responsabilità. A questa soluzione si giunge senza troppi problemi nel caso di donazione di ovociti, dato che colei che partorisce è anche madre intenzionale, anche se l'ovocita proviene da una donatrice anonima. Parte della dottrina vi approda anche nel caso di GPA, grazie ad una lettura evolutiva dell'art. 8 e dell'art. 9, l. 40¹⁹. Secondo questo indirizzo da un lato genitori sono coloro che hanno espresso l'intenzione di avere il figlio (art. 8), dall'altro lo stato non può essere impugnato invocando le regole sul disconoscimento o sull'impugnativa di riconoscimento (art. 9). Queste regole di attribuzione e di impugnativa dello stato difficilmente potrebbero interessare casi "domestici", dato che il divieto e la sanzione penale (art. 13) che la legge 40 prevede per la "maternità surrogata" costituiscono un efficace deterrente. Potrebbero invece essere applicabili a casi di GPA realizzata all'estero quando siano disciplinati, secondo le regole di diritto internazionale privato, dal diritto interno²⁰.

5. È proprio vero che l'interesse del minore non è rilevante nelle azioni di stato?

Le considerazioni appena svolte ci fanno seriamente dubitare che nel caso di specie sia ammissibile l'azione di impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c.. Mettiamole tuttavia per un momento da parte e seguiamo il ragionamento dei giudici di merito. Il dubbio che si affaccia è allora

17 Corte di Cassazione, sentenza del 16 marzo 1999, n. 2315, anticipata da Corte costituzionale, Sentenza del 26 settembre 1998, n. 347. Per un commento delle due sentenze, v. G. Ferrando, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, 223.

18 Con molta chiarezza, Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

19 Ampiamente, al riguardo, M. Gattuso, *Gestazione per altri*, cit., par. 5

20 V. R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello "status filii" in caso di maternità surrogata: La primazia dell'interesse del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 309 ss.

un altro: è proprio vero, come sostiene la Corte d'appello di Milano, che esiste un "univoco indirizzo interpretativo" da considerare come "diritto vivente", secondo cui nella disciplina delle azioni di stato la ricerca della verità costituisce principio assolutamente preminente che non consente bilanciamenti con il diverso principio di tutela dell'interesse del minore? Un indirizzo così solido che non consente alla Corte di "esplorare soluzioni ermeneutiche che consentano di prendere in considerazione ... la specifica situazione del minore al fine di privilegiare una soluzione idonea a realizzare il suo concreto ed effettivo interesse, alla luce della sua vicenda esistenziale e del contesto personale" (punto 15)?

A me non pare. È vero che l'interesse del minore è concetto sfuggente²¹ e che è ambiguo il rapporto tra verità biologica e fattori psico-sociali di responsabilità nella determinazione della filiazione²². Ma proprio per questo il problema del rapporto tra verità biologica e interesse del minore nell'accertamento di stato ha dato luogo ad indirizzi dottrinali e giurisprudenziali tutt'altro che univoci. Alla giurisprudenza richiamata in motivazione se ne può contrapporre altra di segno contrario.

L'evoluzione delle regole sull'accertamento di stato dimostra che l'interesse del minore costituisce elemento che la legge prende in considerazione sia ai fini dell'attribuzione dello stato, sia ai fini della sua impugnazione²³. Da un lato la valutazione dell'interesse del minore impedisce la costituzione di uno stato sia pur biologicamente fondato (art. 250, art. 251 c.c.), dall'altro consente la conservazione di uno stato non biologicamente fondato (art. 244, art. 263 c.c., art. 9, l. n. 40/2004).

In questo senso si è concordi nel sottolineare la rilevanza della disciplina dei termini di decadenza dalle azioni di impugnativa della paternità (art. 244 e 263 c.c.) introdotta nel 2013. Il termine tombale di cinque anni dalla nascita cui soggiace l'azione di impugnativa esercitata da soggetti diversi dal figlio sta ad indicare che il passare del tempo senza che il controinteressato abbia promosso l'azione giustifica il consolidarsi dello stato, anche non biologicamente fondato, ormai costitutivo dell'identità personale e sociale del figlio. La rilevanza della disciplina dei termini già in precedenza era stata indicata dalla Suprema Corte a segno del carattere "non preminente ed assoluto" della verità biologica rispetto a quella legale, essendo comunque attribuito al legislatore il potere di "privilegiare ... la verità legale rispetto a quella biologica" nella ricerca della soluzione "più idonea per la realizzazione dell'interesse del minore"²⁴.

La diversa disciplina dell'azione esercitata dai controinteressati rispetto a quella esercitata nell'interesse del figlio sollecita qualche riflessione ulteriore. Nel caso di azione esercitata da soggetti diversi dal figlio l'interesse del figlio costituisce la *ratio* che giustifica la previsione del termine quinquennale di decadenza. Quando invece l'azione sia esercitata in termini dal padre o dalla madre o da altro interessato – legittimato ex art. 263 c.c. – l'interesse del figlio contrario alla modifica dello stato non ha una rilevanza autonoma. L'ordinamento attribuisce un peso decisivo all'interesse dell'attore a far cadere uno stato non corrispondente al vero.

Diversamente stanno le cose quando l'azione di stato venga esercitata nell'interesse del figlio minore dal genitore o da un curatore speciale nominato dal giudice. Per quel che riguarda la dichiarazione giudiziale di paternità (art. 269, art. 274 abr.) esercitata dalla madre nell'interesse del figlio minore di sedici anni era stata la Corte costituzionale a introdurre la valutazione dell'interesse del minore come circostanza rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'azione²⁵.

Considerazioni di analogo tenore possono farsi a proposito del disconoscimento di paternità esercitato nell'interesse del minore da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del P.M. Va intanto chiarito che il P.M. agisce a tutela dell'interesse del minore e non in quanto investito di un interesse pubblico. Sarebbe infatti incompatibile con i principi costituzionali (art. 29, comma 1 Cost.) l'attribuzione ad un organo dello stato del potere di promuovere un'azione diretta ad incidere sulla condizione familiare di un soggetto anche contro la volontà sua e degli altri componenti la sua famiglia²⁶. Occorre d'altra parte tenere conto del fatto che, raggiunta la maggiore età, il figlio può decidere autonomamente se gli convenga o meno esercitare l'azione, valutazione che gli è definitivamente pre-

21 L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 105 ss.; G. Sicchiero, *La nozione di interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 72 ss.

22 G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, pp. 133 ss.

23 Sono ancora attuali i rilievi svolti in anni lontani: mi permetto di rinviare a G. Ferrando, *Interesse del minore e status del figlio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 1110 ss.

24 Corte di cassazione, sentenza del 17 agosto 1998, n. 8987, *Famiglia e diritto*, 1998, p. 427.

25 Corte costituzionale, 20 luglio 1990, n. 341, in *Giustizia civile*, 1990, I, 2485, con nota di Sassani, *L'opportunità dell'accertamento del rapporto di filiazione (il bistrattato interesse del minore infrasedicenne vince la sua battaglia di fronte alla consulta)*.

26 V. M. Sesta, *Le azioni di stato legittimo*, in R. Clerici, M. Dogliotti, M. Sesta, *Filiazione, adozione, alimenti*, in *Trattato Bessone*, IV, Il diritto di famiglia a cura di Auletta, Torino, Utet, 2011, p. 193.

clusa se viene accolta l'azione esercitata dal curatore speciale. Per quanto riguarda, poi, l'ampiezza dei poteri che spettano al P.M. nel fare istanza per la nomina di un curatore speciale che promuova l'azione di disconoscimento nell'interesse del minore (art. 244, allora comma 4, ora comma 6), e gli stessi poteri del curatore nel promuovere tale azione, la Corte costituzionale ha giudicato conforme a costituzione solo una lettura dell'art. 244 che valorizzi l'interesse sostanziale del figlio all'esercizio dell'azione di disconoscimento. Il giudice, a sentire la Corte, non deve limitarsi a considerare il profilo oggettivo della verità, deve invece dare rilevanza all'interesse soggettivo del figlio "all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo, senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale"²⁷.

Anche la Corte di cassazione è di questo avviso²⁸. Pur riconoscendo che "il succedersi degli interventi della Corte costituzionale e di questa stessa Corte segnali una progressiva e lenta affermazione ... del *favor veritatis*", va ritenuta comunque "coessenziale all'ordinamento l'esigenza di un bilanciamento". Il *favor veritatis* non costituisce a sentire la Corte, "un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale". Ciò è tanto più vero nel caso di azione promossa nell'interesse del figlio da parte di un curatore speciale nominato dal giudice. In tal caso, osserva la Corte, la valutazione dell'interesse del minore effettuata dal pubblico ministero nell'istanza di nomina del curatore speciale non esonera il giudice dal compito di svolgere autonomamente questa valutazione nel corso di un giudizio di cognizione piena, con gli strumenti di cui dispone in tale sede, compreso l'ascolto del minore²⁹. La "centralità dell'interesse del minore nelle azioni di stato" appare alla Suprema Corte un dato indiscutibile nell'attuale quadro normativo "come interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti" tale per cui si "impone un bilanciamento fra l'esigenza di affermare la verità biologica (...) con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una maggiore considerazione del diritto all'identità". Si tratta di considerazioni che la Corte svolge a margine di un'azione di disconoscimento di paternità, ma che vengono formulate con riguardo alle azioni di stato in generale e che dunque possono riferirsi anche all'impugnativa di riconoscimento, specie se si considera che in seguito alla riforma del 2013, la disciplina delle due azioni si è sensibilmente avvicinata, specie per quanto riguarda i termini, sia pur senza raggiungere una completa coincidenza³⁰. È pur vero che non si tratta di un indirizzo univoco, dato che successivamente la stessa corte ha affermato in senso diametralmente opposto che "la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore che si traduce nell'esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico"³¹.

In un contesto, dunque, in cui manca – diversamente da quanto ritiene la Corte d'appello di Milano – un orientamento univoco, e la giurisprudenza è oscillante tra il ritenere che la verità costituisca un valore assolutamente preminente e coincidente con lo stesso interesse del bambino ed il richiedere invece un bilanciamento tra verità ed interesse del bambino da valutarsi in relazione alle circostanze del caso concreto, la strada maestra non è la proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Sarebbe stata possibile, e di gran lunga preferibile, una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata diretta a valutare – sia in sede di nomina del curatore speciale, sia nel giudizio di merito – se l'impugnativa del riconoscimento materno corrisponda o meno all'interesse del figlio minore, tenuto conto delle circostanze concrete ed, in special modo del fatto che, rimossa la maternità risultante dall'atto di nascita, sarebbe comunque preclusa la possibilità accertarne un'altra, dato che la gestante è rimasta anonima e in nessun caso intendeva essere considerata madre del figlio.

Gli argomenti svolti in motivazione per sostenerne l'illegittimità costituzionale bene si sarebbero prestati per sviluppare un'interpretazione adeguatrice dell'art. 263 c.c.

27 Corte costituzionale, sentenza del 27 novembre 1991, n. 429, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, 385, con nota di M. D'Amico.

28 Corte di cassazione, sentenza del 22 dicembre 2016, n. 26767, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 857, con commento di F. Scia, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, *ivi*, pp. 851 ss. Al riguardo, v. M. N. Bugetti, *Nomina del curatore per l'esercizio del disconoscimento della paternità tra verità genetica e tutela dell'interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 161 ss.

29 In senso contrario, tuttavia, Corte di cassazione, sentenza del 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Diritto e giustizia*, 2017, 3, con nota di Di Lallo, *Disconoscimento di paternità: verità a tutti i costi?*

30 V. S. Albano, *Omogeneità sostanziale dell'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, Cedam, 2015, pp. 63 ss.

31 Corte di cassazione, sentenza del 15 febbraio 2017, n. 4020.

*Ines Corti**

Maternità per sostituzione e dignità umana

Sommario

1.Introduzione – 2. La maternità per sostituzione: le diverse esperienze e il divieto legislativo – 3.Dignità della madre sostituita

Abstract

Questo articolo presenta alcune riflessioni sulla complessità che circonda la maternità per sostituzione, una complessità non considerata dal legislatore italiano che si è “limitato” a proibirla e sanzionarla penalmente, non risolvendo questioni specifiche inerenti ai diritti fondamentali delle persone e favorendo al contempo la via di un turismo procreativo. Il lavoro si sofferma in particolare sull’aspetto della dignità della madre gestazionale che molti ritengono lesa, soprattutto nel caso di surrogazione di tipo commerciale, comportando una vera e propria mercificazione del corpo della donna: il dibattito sul punto è acceso, soprattutto all’interno del pensiero femminista. Concordando con l’interpretazione della Corte d’appello di Milano, si ritiene che la maternità per sostituzione su base solidaristica possa trovare, a differenza di quella di tipo commerciale, un suo spazio di “futura” liceità.

This article presents reflections on the complexity surrounding surrogate motherhood, a complexity not considered by the Italian legislator who has “confined himself” to banning and penalizing it, not solving specific issues relating to people’s rights and at the same time promoting the way of procreative tourism. The work focuses particularly on the aspect of the gestational mother’s dignity, which many consider violated, especially in the case of a commercial surrogate, resulting in a real commodification of the woman’s body: the debate on the point is on, especially within feminist thought. In agreement with the Interpretation of the Court of Appeal of Milan, it is considered that substitution maternity on a solidarity basis can be, unlike the commercial one, accepted.

1. Introduzione

L’ordinanza emessa dalla Corte d’appello di Milano¹ oltre un anno fa e ancora pendente davanti alla Corte costituzionale offre l’occasione per riflettere ulteriormente sull’esperienza della maternità per sostituzione, una esperienza particolarmente complessa, che non trova ancora nel sistema normativo risposte adeguate.

Era chiaro sin dalla sua approvazione, del resto, che la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione assistita non solo non avrebbe risolto le questioni relative a tale modalità procreativa ma che quel divieto così rigorosamente sanzionato non avrebbe impedito a molte persone di ricorrere ad essa: una modalità che avrebbe meritato maggiore attenzione da parte del legislatore, anche in considerazione delle precedenti decisioni giurisprudenziali che ne avevano evidenziato i molteplici e complicati aspetti e della concreta possibilità di recarsi in Paesi diversi, diventati ormai sedi di turismo procreativo.

* Associato di Istituzioni di diritto privato, Università di Macerata.

1 Corte d’appello di Milano, ordinanza del 25 novembre 2015, n. 273, depositata il 25 luglio 2016.

Diversamente da altri ordinamenti, il legislatore italiano, sorvolando sulle diverse problematiche, non solo non ha distinto le differenti ipotesi di maternità sostitutiva, ma neppure ha tentato di definirla, "limitandosi" a stabilirne la sanzione penale, ostacolando al contempo la possibilità che la madre sostituita possa rinunciare all'attribuzione legale di maternità (peraltro non voluta) al fine di favorire il progetto procreativo di altra persona: l'art. 12, 6° comma, stabilisce che è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con multa da 600.000 a 1.000.000 di euro chiunque in qualsiasi forma realizza organizza o pubblicizza (la commercializzazione di gameti o di embrioni o) la surrogazione di maternità mentre l'art. 9, comma 2 impedisce alla madre del nato in seguito all'applicazione di tecniche procreative di dichiarare la volontà di non voler essere nominata, come invece riconosciuto dalle norme generali dell'ordinamento dello stato civile. Una norma inserita allo scopo di impedire quel meccanismo avallato, prima dell'entrata in vigore della legge, dalla giurisprudenza dei tribunali minorili, che vedeva in un contesto di accordo tra la coppia committente e la madre sostituita, la madre gestazionale non dichiarare la propria maternità, il padre riconoscere il nato come figlio naturale, la moglie, indipendentemente dall'essere anche madre genetica, chiedere, successivamente al riconoscimento, l'adozione ex art. 44, comma 1, lett. b, l. 184/1983.

Decisioni equilibrate quelle dei giudici minorili che al di là della diversa valutazione circa la legittimità degli accordi surrogatori avevano indirettamente consentito, sulla base dell'interesse del minore, la realizzazione del desiderio procreativo dei genitori sociali².

Se la legge sembra aver superato l'aspetto relativo alla validità degli accordi di surrogazione decretandone la illiceità, il profilo dell'attribuzione di genitorialità resta oggi questione aperta come dimostrano le numerose azioni proposte in questi anni in merito alla trascrizione degli atti di nascita relative a surrogazioni avvenute all'estero.

Frutto anche della mancanza di un serio e approfondito dibattito pubblico, la legge elude dunque questioni specifiche lasciando all'interprete il delicato compito di dipanare il complicato intreccio di diritti ed interessi delle persone coinvolte.

2. La maternità per sostituzione: le diverse esperienze e il divieto legislativo

La maternità per sostituzione, o maternità surrogata o gestazione per altri come recentemente chiamata, e cioè l'esperienza che vede una donna partorire un figlio non per sé ma per altra o altre persone, non si traduce, invero, in un'unica esperienza ma può realizzarsi attraverso relazioni diverse, non influenti quanto al profilo della percezione giuridica e sociale.

Una prima ipotesi, nota come surrogazione totale, riguarda quella di una donna (madre sostituita) che porta a termine la gestazione ricevendo l'ovulo fecondato di altra donna. Generalmente l'ovulo appartiene a colei che desidera il figlio (madre committente e in questo caso anche genetica) ma può anche provenire da altra donna (terza donatrice). Altra ipotesi, cosiddetta surrogazione parziale, è quella di una donna (madre sostituita e genetica) che si incarica sia di fornire l'ovulo che di portare a termine la gravidanza.

Quanto al profilo della paternità, il seme maschile può essere fornito dal partner della donna che desidera un figlio, da uno dei partner di una unione omosessuale o provenire da un terzo donatore (anche marito della surrogata).

Nelle situazioni ipotizzate il numero dei soggetti interessati può aumentare con conseguenti maggiori implicazioni biologiche, sociali e giuridiche. Al proposito è sufficiente ricordare il caso relativo ad una bambina nata con il contributo di cinque adulti: i due genitori committenti, la donatrice di ovuli, il donatore di seme, la madre portante. Ipotesi al limite, forse priva di senso, perlopiù impedita da quelle leggi che ritengono necessario il legame genetico con almeno uno dei genitori committenti.

2 Così il Tribunale per i minorenni di Salerno, decreto del 15 novembre 1991, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p.1052 e Corte d'appello di Salerno, decreto del 25 febbraio 1992, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p.177, con nota di R. Bitetti, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari e interesse del minore*. Entrambi i collegi, chiamati a decidere sull'adozione della madre committente, pur condividendo la tesi della illiceità e quindi la nullità degli accordi surrogatori hanno reputato che tale situazione non dovesse incidere sull'accoglimento della richiesta di adozione da valutare solo sulla base dell'interesse del minore. Allo stesso modo il Tribunale per i minorenni di Roma, decreto del 31 marzo 1992, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p.188 s., che peraltro in mancanza di uno specifico divieto riteneva di non poter "sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito, attuato e compensato il concepimento della bambina".

“Normalmente”, tuttavia, la maternità per sostituzione vede coinvolti la coppia committente (etero o omosessuale) e la madre surrogata, spesso senza necessità di terzi donatori/trici.

Fondamentale distinzione è quella che riguarda la finalità con cui si definisce la relazione tra i soggetti coinvolti: la collaborazione di un'altra donna al progetto procreativo può attuarsi per fini patri-monialiali o, invece, per spirito di solidarietà nei confronti di chi non è in grado di iniziare o portare avanti una gravidanza.

Nonostante le differenti problematiche conseguenti ad ognuna di tali forme relazionali, ciò che emerge dalla legge 40 è solo una forte contrarietà alla pratica che si evince, in particolare, dalla sanzione prevista, esageratamente severa non solo per la natura e la misura della stessa ma per il fatto che sembrerebbe ad una interpretazione letterale ritenere imputabili, oltre gli operatori e gli organizzatori, gli stessi genitori committenti e la madre sostituita anche se, come richiamato dallo stesso collegio milanese, una cospicua giurisprudenza di merito, così come la stessa Corte di cassazione, hanno ritenuto non punibile il genitore intenzionale per surrogazioni avvenute all'estero³.

Una severità peraltro riservata alla sola surrogazione di maternità e non anche alle altre forme di procreazione assistita pur dalla legge vietate. Una severità che, tuttavia, deve fare i conti con uno dei desideri più forti e innati nelle persone, quello di avere figli da crescere e amare. Un desiderio di genitorialità che trova riferimento in quel complesso di diritti e libertà fondamentali riconosciuti dall'ordinamento quali quelli a procreare, al rispetto della vita privata e familiare, a formare una famiglia. Diritti che possono trovare limiti solo nel bilanciamento con i diritti e le libertà fondamentali degli altri soggetti coinvolti, in particolare del nato e della madre gestazionale. Si tratta pertanto di vedere se la gestazione per altri debba in ogni sua manifestazione considerarsi lesiva delle situazioni giuridiche altrui e, dunque, se quel divieto introdotto abbia ragione di sussistere. Ciò anche alla luce delle numerose nascite avvenute nei paesi dove la gestazione per altri è regolamentata e con le quali la giurisprudenza italiana è costretta a confrontarsi non senza difficoltà.

Significativa, al proposito, è l'ordinanza della Corte d'appello di Milano che, sollevando questione di legittimità costituzionale relativamente alla norma in materia di impugnazione del riconoscimento del figlio minorenne per difetto di veridicità (art.263 c.c.), affronta questioni rilevanti. Un'analisi, quella delle giudici milanesi, di grande equilibrio, priva di pregiudizi e posizioni ideologiche che si confronta con l'assolutezza del divieto legislativo, un divieto innegabilmente infranto da quel desiderio di genitorialità che, è bene sottolinearlo, ha accompagnato la storia dell'umanità.

La maternità surrogata del resto, è bene rammentarlo, non è fenomeno nuovo. Il coinvolgimento di un'altra donna nella procreazione appare fenomeno costante nella storia. Molti autori concordano sul fatto che essa sia esistita sotto forme molteplici. Nella Bibbia si racconta di Sara che convinse Abramo ad avere un figlio dalla propria schiava Agar e di Giacobbe che ebbe due figli dalla schiava della propria moglie Rachele. Un'altra sorta di “affitto *ante litteram*” è stato ravvisato nella pratica, invalsa presso gli antichi romani, di cedere la propria moglie ad un amico che non aveva avuto la fortuna di sposare una donna fertile⁴. Relazioni “obbligate” al fine di assicurare al maschio una propria discendenza. Al di là delle indubbie differenze (ad esempio nel racconto biblico le madri partorienti erano schiave e dunque il rapporto non nasceva da una libera determinazione della donna), quello che accomuna l'esperienza passata a quella attuale è il desiderio così forte di avere un figlio da arrivare a considerare che sia un'altra donna a partorirlo.

Il fenomeno assume oggi aspetti diversi soprattutto per l'utilizzo delle tecniche procreative che se da un lato ne hanno agevolato il ricorso, eliminando la comprensibile avversione alla surrogazione realizzata attraverso rapporti sessuali, dall'altro ne hanno aumentata la complessità, rompendo quella sfera di riservatezza che l'aveva caratterizzata⁵.

3 Corte di cassazione, sezione V, sentenza del 10 marzo 2016 n.13525 in *Foro Italiano*, 2016, 5, 2, c. 286 e s. con nota di G. Casaburi. Sul punto vedi M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art.8, legge 40*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, n.1/2017, 25.

4 E. Cantarella, *Il paradosso romano: la donna tra diritto e cultura*, in M.T. Guerra Medici (a cura di), *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, Napoli, ESI, 1996, p.14.

5 Il dibattito attorno a quella che è stata definita “l'era moderna” della surrogazione inizia alla fine degli anni settanta con un primo caso giudiziario inglese, *Baby Cotton* (Re C (A Minor) (*Wardship: Surrogacy*)), High Court of Justice, Family Division, 8, 11, 14 January, 1985, in *Family Law Review*, 1985, p. 846), in cui il giudice, trovandosi davanti a questioni relative all'affidamento della bimba nata da accordi surrogatori tra madre gestazionale inglese e coppia committente americana, decise indipendentemente dal contratto e dal pagamento della somma di denaro, posto l'accordo di entrambe le parti, di affidare la piccola ai genitori americani. Ad esso ne sono seguiti altri, tra cui il famoso *Baby M.*, che suscitò molto scalpore avendo il giudice di primo grado riconosciuto la validità del contratto di maternità e anche la sua coercibilità (Corte Superiore del New Jersey, sentenza del 31 marzo 1987, in *Foro italiano*, 1988, IV, 97), decisione poi modificata in appello (Corte Suprema del New Jersey, sentenza del 3 febbraio 1988, in *Foro italiano*, 1989, IV, 293) che ne aveva, invece, decretato la nullità.

La maternità per sostituzione rappresenta indubbiamente una tra le più discusse forme procreative. Fonte di forte tensione sociale, il ricorso ad una donna “portante” appare incrinare quella che è ritenuta una certezza fondamentale per ogni persona, l’identità della madre. La maternità, fondamento di certezze indiscutibili, sembra per tale via vacillare davanti alla suddivisione dei ruoli genetici, gestazionali e sociali cui va incontro. La possibilità di decostruzione della maternità, consentendo la scissione del ruolo materno tra più soggetti femminili, irrompe sul principio tradizionalmente accolto “*mater semper certa est*” svelando una persistente difficoltà ad attribuire la maternità legale ad una donna che non abbia partorito o addirittura a non definirla nel caso in cui a ricorrervi siano coppie omosessuali maschili.

La scelta di ricorrere alla maternità surrogata è riconducibile ad alcune ragioni: l’incapacità gestazionale, lo stato di salute della donna che non le permette di portare avanti una gravidanza, il desiderio genitoriale di coppie omosessuali maschili⁶.

Nel dibattito sarebbe peraltro opportuno non sorvolare sulle ragioni profondamente umane che motivano la scelta: una società così intrisa di valori familiari, come la nostra, dovrebbe comprendere più che condannare quel desiderio che da sempre accomuna uomini e donne.

Un aspetto preliminare da molti sollevato è perché non preferire alle difficoltà della procreazione assistita anche sotto il profilo medico, l’adozione di bambini privi di genitori.

È innegabile che spesso il desiderio di avere figli viene soddisfatto in tal modo. Una possibilità tuttavia attualmente ridotta. In primo luogo è diminuito il numero dei bambini adottabili: l’uso dei metodi contraccettivi, delle interruzioni di gravidanza, del venir meno della penalizzazione sociale delle ragazze madri hanno determinato un minor numero di nascite indesiderate e di abbandoni di neonati. Nello stesso tempo l’evoluzione normativa che ha accolto il principio in base al quale scopo dell’adozione è quello di offrire una famiglia al minore che ne è privo e non quello di soddisfare un desiderio di paternità o maternità ha contribuito (non senza contraddizioni) a determinare una serie di restrizioni rispetto ai limiti di età per i genitori, ai modelli familiari (prevedendo divieti per i *singles* o per le coppie omosessuali). A ciò deve aggiungersi la richiesta di verifiche che unita a lungaggini meramente burocratiche comporta un protrarsi a volte esagerato dei tempi dell’adozione.

Tuttavia se, come risulta da alcuni casi giudiziari, molte persone sono ricorse alla procreazione assistita dopo aver tentato inutilmente la via della adozione⁷ altri hanno preferito, mossi dal desiderio di figli biologicamente “propri”, la via della procreazione assistita. Tale desiderio che afferma il valore della consanguineità non va considerato, secondo alcuni, meramente egoistico. È stato affermato che voler preservare legami genetici rappresenta un’esigenza umana e non un mero capriccio. Peraltro la valutazione di una motivazione egoistica potrebbe porsi anche in relazione ad una nascita “naturale” nonché ad una scelta adottiva. Proprio perché appartengono alla sfera più intima e umana del soggetto questi desideri sfuggono a qualsiasi giudizio. Non bisogna poi dimenticare che l’adozione presenta difficoltà peculiari. Non è detto che chiunque desideri un figlio sia idoneo ad affrontare una realtà così complessa e difficoltosa, tanto che la legge richiede un giudizio di idoneità della coppia.

Per quanto la maternità per sostituzione rappresenti, in alcuni casi, l’unica possibilità per diventare genitore molte sono le obiezioni sollevate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalle commissioni dei singoli Paesi: quelle basate su una visione ancora tradizionale della famiglia, sui diritti dei nati che in primo luogo subirebbero la separazione dalla madre uterina recidendo un legame di fondamentale importanza per la loro vita futura, diventando al contempo merce di scambio, sullo sfruttamento e sulla violazione della dignità delle donne portanti.

Ed è attorno a tali questioni che si determina il ragionamento del collegio milanese teso a risolvere il dramma di una genitorialità desiderata, ostacolata da un divieto che, in alcune ipotesi, appare assai irragionevole oltretutto lesivo dei diritti dei nati, in particolare del diritto a vivere con i genitori che li hanno voluti e con i quali, soprattutto nel caso di surrogazione all’estero, hanno iniziato il loro percorso di vita.

In tale contesto nel valutare l’eventuale illegittimità del divieto assoluto di surrogazione in relazione agli artt. 2, 3, 13, 29, 31 e 32 della Costituzione ai quali si aggiunge l’art.117,co.1 in relazione all’art.8

6 Ulteriore ragione sarebbe quella, solo astrattamente prefigurata, di mera convenienza riguardante la donna in carriera che non vuole rischiare di sottrarre il proprio tempo al lavoro o la donna che non vuole cambiare il proprio stile di vita o che cura l’estetica del proprio corpo. Si tratta, tuttavia, di ipotesi sconosciute in giurisprudenza, ritenute peraltro poco accettabili anche da coloro che esprimono parere favorevole alla surrogazione. Sul punto vedi, tra gli altri, il *Warnock Report*, par. 8.17, Londra 1984, rapporto governativo elaborato dalla Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, presieduta da Mary Warnock, che rappresenta ancora un fondamentale punto di riferimento per tutte le questioni relative alla maternità surrogata e più in generale alla procreazione assistita.

7 Ciò si evince in *In Re an adoption application (surrogacy)*, Family Division, 11 marzo 1987 in *Family Court Report*, 1987, p.161.

CEDU⁸, la Corte si sofferma su una delle questioni più spinose dell'esperienza surrogatoria, quella che riguarda la lesione della dignità della madre gestazionale, offrendo un significativo contributo ad un dibattito, assai acceso e dai toni, spesso, troppo chiassosi.

3. Dignità della madre sostituta

Il tema della dignità presenta molte sfaccettature, a partire dal suo stesso contenuto, di cui come è stato affermato "è difficile negare la sua polisemicità⁹. Peraltro, si sostiene, non è sufficiente affermare che, un fatto, un'azione siano contrari alla dignità umana ma occorre provarlo con "argomenti e ragioni indipendenti"¹⁰.

Che la surrogazione determini la lesione della dignità della donna che si presta ad aver un figlio per altri è opinione di molti: la circostanza che una donna possa far uso del proprio corpo, come se fosse un'incubatrice è considerata contraria alla dignità umana.

Secondo alcuni tale giudizio riguarderebbe solo la surrogazione di tipo commerciale comportando una vera e propria mercificazione del corpo della donna, a cui si collega l'immoralità del fatto che persone trattino altre come semplici mezzi per i loro fini raggiungendo "*the serious risk of commercial exploitation*"¹¹.

Tuttavia, se il pericolo di sfruttamento può essere presente nel caso di prestazione patrimoniale, non tutti convengono che esso sia limitato a tale ipotesi. Vi è infatti chi ritiene che anche il rapporto sorto per fini altruistici determini uno sfruttamento di tipo materiale e psicologico particolarmente profondo: la scelta nei confronti di una sorella potrebbe, ad esempio, essere condizionata dal dovere di lealtà familiare, di amore fraterno (ipotesi che tuttavia non mi sembrano costituire "sfruttamento", a meno di voler espandere il significato della nozione oltre misura).

La realtà denunciata, ormai da decenni, è che vi sia un vero e proprio sfruttamento che opera nei confronti di donne appartenenti perlopiù a classi sociali ed economiche più basse, e sovente residenti in paesi poveri. È stato osservato che molte gestanti sono donne meno abbienti e una percentuale elevata è costituita da disoccupate, il cui consenso sarebbe sollecitato più che dal desiderio di collaborare ad un percorso procreativo altrui, da condizioni economiche e sociali disagiate.

Per alcuni lo sfruttamento è tanto profondo da considerare la surrogazione analoga alla schiavitù: una sorta di bioschiavitù cui sono sottoposte le donne¹². Ne sono espressione la condizione di vita e i controlli estenuanti a cui la gestante è sottoposta. I contratti prevedono dosi di farmaci per la fertilità, esami di gravidanza, prove genetiche, test, e impongono stili di vita magari diversi da quelli a cui le gestanti erano abituate.

Alcune esponenti del pensiero femminista arrivano a considerare la surrogazione una nuova forma di prostituzione e le surrogate-prostitute quale prova del più alto livello di dominazione patriarcale¹³.

8 Ciò riguarda l'ulteriore richiesta di incostituzionalità, presentata dalla ricorrente, verso la norma di cui all'art.12, 6° co., nella parte in cui la norma non consente di procedere alla trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero in seguito a surrogazione, atti formati in modo legittimo nei paesi che la consentono.

9 D. Neri, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n. 2, 2017, p.87.

10 Per un approfondimento vedi M. Reichlin, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n.2, p.100 e D. Neri, *op.cit.*, p.83 s.

11 Warnock Report 8.18, cit., *supra* nota 6.

12 A. Kimbrell, *The Human Body Shop. The engineering and marketing of life*, London, Harper Collins Religious, 1993, p.100.

13 La discussione sulle maternità surrogata trova spazio nel più ampio dibattito sulle tecnologie della riproduzione: tali tecniche possono considerarsi liberatorie per le donne o nuovi strumenti di soggezione e controllo patriarcale? Secondo una corrente di pensiero che considera la maternità elemento basilare della oppressione delle donne dovrebbero accogliere tutte quelle soluzioni idonee al raggiungimento di uno stato di liberazione e dunque valutarsi positivamente trattandosi di strumenti di offrire alle donne più scelte, allo stesso modo della contraccezione e dell'aborto: con la contraccezione, attività sessuale e riproduzione si separano determinando una totale libertà in merito al se e al come riprodursi; con le tecniche biomediche vengono, invece, offerte ulteriori possibilità di procreazione. Il dubbio da altre sollevato è quello se tali scelte appartengono veramente alle donne o se siano espressione di quella cultura tradizionale che vede nella maternità, al contempo, l'essere e il destino delle donne stesse: "ma davvero sono state le donne, in un'autonoma identificazione di bisogni e di priorità, a decidere le tecnologie della riproduttive?" si chiede A. Ceci, *Troppo in fretta, troppo lontano*, in *Reti*, 1992,1-2, p.109. Una posizione estrema considera le tecnologie riproduttive come un nuovo stadio nella guerra patriarcale contro le donne. Nel passato le

Interessante è l'analisi di Carol Pateman, politologa australiana, che individua nel contratto di maternità un ulteriore elemento del dominio patriarcale sulla donna: esso "indica anche che è in corso un'ulteriore trasformazione del patriarcato moderno. In una forma nuova, contrattuale, sta ricomparendo il diritto del padre"¹⁴. La surrogazione, secondo l'A., costituisce una nuova forma di accesso e di uso del corpo femminile da parte degli uomini: occorre chiedersi se la partecipazione di altra donna al percorso procreativo "è l'esempio di un servizio che una donna dona ad un'altra, o è l'esempio di una donna inseminata con il seme di un uomo e che porta il bambino di lui in cambio di denaro?"¹⁵. Nel contratto di surrogazione, che si presume espressione di autonomia, "la moglie è (invece) superflua": formalmente può essere parte contraente, ma la sostanza della sua posizione è del tutto diversa da quella del marito. La moglie non contribuisce con alcuna proprietà al contratto: lo scambio è tra una parte della proprietà dell'uomo, ossia il suo seme, e una parte della proprietà della surrogata, il suo utero"¹⁶. Il contratto di surrogazione è un nuovo strumento con cui viene assicurata la subordinazione al patriarcato assimilabile peraltro ad un contratto di lavoro: "il datore di lavoro ottiene il diritto sull'uso dei corpi dei lavoratori al fine di avere, in modo unilaterale, un potere sul processo nel quale vengono prodotte le sue merci. Non c'è motivo per cui un contratto di maternità surrogata non dovrebbe permettere ad un uomo di assicurarsi che il servizio per il quale ha stipulato il contratto sia effettuato fedelmente, attraverso le restrizioni dell'uso che la surrogata potrebbe fare del proprio corpo fino a che il servizio non venga adempiuto"¹⁷. Pateman sembra escludere qualsiasi forma di maternità per sostituzione e anche credere poco alla possibilità di realizzarla per spirito di solidarietà: considerare la maternità surrogata, sottolinea l'A., come una relazione basata sul dono significa eludere la domanda su chi sia la persona a cui viene reso il servizio¹⁸.

Secondo altra opinione, il discorso andrebbe approfondito poiché, ad esempio, la percentuale di candidate povere non caratterizzerebbe soltanto tale esperienza ma il complesso della realtà lavorativa femminile e comunque la surrogazione non determinerebbe forme più penetranti di sfruttamento rispetto ad altre attività: "è forse diverso utilizzare il cervello di un maestro o i muscoli di un operaio"¹⁹?

Allo stesso modo "non si riesce a capire per quale ragione chi paga una donna perché funga da madre surrogata, calpesti la sua dignità e la sfrutti più di chi la paga perché si esibisca come ballerina o come cantante d'opera. In entrambi i casi la si assume per usare certe capacità del suo corpo, per il piacere o per la realizzazione di fini terzi"²⁰. Occorre poi domandarsi se "a essere sfruttata è la donna pagata da una donna ricca per fungere da madre surrogata o quella alla quale persone dotate da speciali intuizioni morali, usando la legge, impediscono di offrirsi come madre surrogata a pagamento limitando così la gamma delle sue scelte?" (Medesima domanda è sollevata rispetto al divieto di vendita di organi: siamo sicuri che proibire la vendita di un rene rispetti la dignità umana più che permettere che un genitore così facendo riesca a sfamare il proprio figlio?).

donne sono state sfruttate attraverso la prostituzione e la schiavitù ora lo sarebbero attraverso l'espropriazione del potere riproduttivo con la conseguenza che quel potere di controllo dell'uomo sul potere riproduttivo femminile, che ha caratterizzato i secoli passati, risulta così ampliato. Al contempo vi è chi sottolinea, in un'accusa di eccessiva medicalizzazione e ospedalizzazione della procreazione, come la domanda di fecondazioni artificiali non risponda a esigenze reali ma sia frutto di propaganda della farmocrazia. La bibliografia in merito alle diverse posizioni femministe è immensa. A favore della tesi liberazionista, tra gli altri D. Haraway, *Manifesto cyborg*, Milano, Feltrinelli, 1995; S. Firestone, *The Dialectic of Sex*, New York, William Morrow and Company, 1970. Contrarie alla tecnologia della riproduzione tra le altre G. Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Womb*, New York, Harper & Row, 1985; M. Brazier, *Reproductive Rights: feminism or Patriarchy*, in *Medical law review*, 7, 1999, p.76 s.

14 C. Pateman, *Il contratto sessuale*, trad.it., Roma, Editori Riuniti, 1997, p.272 (titolo originario *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988).

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*, p. 278.

18 Interessanti al proposito le riflessioni di S. Pozzolo, *Gestazione per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n.2/16. Approfondisce con spirito critico le tematiche D.Danna, *Contract Children. Questioning Surrogacy*, Stuttgart, Ibidem Press, 2015. Lo stesso convincimento di Pateman informa la Carta di Parigi, presentata nel febbraio 2016, per la proibizione su scala globale della surrogazione. Si tratta di un documento politico condiviso da alcune personalità e associazioni femministe.

19 M. Freeman, *Is surrogacy exploitative?*, in S.A.M. McLean, *Legal Issue in Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershot, 1989, p.169.

20 H.T. Engelhardt Jr., *Manuale di bioetica*, Milano, Il Saggiatore, 1999, p. 301.

Condivide tali critiche Carmen Shalev, giurista, che ritiene la piena e totale legittimità del contratto di surrogazione quale espressione della volontà delle donne “persone razionali e eticamente responsabili, capaci di governare la loro sensibilità emotiva e di assumersi responsabilità”²¹. Non riconoscere la responsabilità della madre surrogata al mantenimento della parola data, non fa che rafforzare “l’immagine della donna imprigionata nella soggettività del suo utero, inducendo al tempo stesso la convinzione che le questioni inerenti alla procreazione non possano essere oggetto di lecita negoziazione tra parti autonome e responsabili”²². Lo schema, per Shalev, è quello che nasce dal riconoscimento del diritto dell’individuo, uomo o donna, di determinare in modo autonomo le situazioni inerenti la paternità e la maternità prima del concepimento. Responsabilità e autonomia sono i concetti chiave nell’assunzione delle nuove forme di genitorialità, il contratto lo strumento adeguato. Oggetto di tale contratto è la prestazione di servizi riproduttivi che come tali devono essere ricompensati: “L’idea di retribuire l’attività di procreazione sfida quella tradizionale divisione tra pubblico e privato, tra mercato e famiglia che costituisce il fondamento dell’ordine patriarcale anche nella nostra economia post-industriale. Se la donna è un essere consapevole, morale, sociale e politico, essa è anche un essere economico. Noi non possiamo isolare una parte della nostra esistenza né ignorare il valore del nostro potere di procreazione. L’attribuzione di un valore economico non è in sé determinante per guidare la condotta della donna nei rapporti di procreazione, ma ignorarne il riconoscimento è pura miopia per tutti coloro che operano per il riconoscimento della parità di condizioni sociali delle donne”²³. Shalev sostiene dunque la legittimità del pagamento alla surrogata, rivendicando un valore economico dell’attività procreativa della donna, determinante una maggiore libertà: “la massima manifestazione della libertà della surrogata si ha quando essa fissa un valore economico alla sua attività procreativa”²⁴.

Una ulteriore posizione, che personalmente ho condiviso fin dalle prime riflessioni in materia, è quella che traccia una netta distinzione tra le esperienze di tipo commerciale e quelle di tipo solidaristico.

È di questa opinione la Corte di Milano per la quale il divieto normativo troverebbe ragione solo nel caso di surrogazione su base commerciale poiché necessario a garantire i diritti fondamentali della donna “violata nella dignità se vincolata in una ‘gestazione per altri’ attuata nella logica dello sfruttamento e commercializzazione del suo corpo, logica particolarmente evidente nel caso delle donne più vulnerabili nei paesi in via di sviluppo”. Potrebbe, invece, secondo la Corte, non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla ‘pratica relazionale’ della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riconducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisse un ‘ripensamento’, ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino, non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre”.

La valutazione della Corte appare interessante poiché, non ritenendola contraria alla dignità umana, segna un’apertura nei confronti di questa pratica relazionale pure vietata dal legislatore.

Per non cadere nella trappola assiomatica che avvolge il concetto di dignità umana la Corte milanese ne delinea il contenuto e al contempo il valore: dignità come principio, prima ancora che come diritto fondamentale, “che permea l’intero patto costituzionale fondato sulla centralità dell’essere umano considerato, in quanto tale e nella sua vita di relazione, sempre fine e mai mezzo, principio che inerisce, integrandosi, ai diritti fondamentali dai quali diventa inscindibile”²⁵. Si tratta di una valutazione alla stregua della normativa sovranazionale, con particolare riferimento alla Carta di Nizza che afferma il principio, giuridicamente vincolante per l’Unione, dell’inviolabilità della dignità umana.

La stessa Cassazione, sottolinea il collegio, mettendo in relazione la lesione della dignità della donna con la mercificazione della sua persona e della stessa gestazione (trattandosi di una fattispecie di

21 C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1982.

22 *Ibidem*, p.126.

23 *Ibidem*, p.161.

24 *Ibidem*, p.166.

25 Sul tema della dignità S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 2012, Roma-Bari, Laterza, p. 199: “La dignità non è un diritto fondamentale tra gli altri, né una supernorma. Seguendo la storia della sua vicenda, ci avvediamo che essa è venuta ad integrare principi fondamentali già consolidati - libertà, eguaglianza, solidarietà - facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità”.

surrogazione a scopo di lucro), ha indirettamente posto l'interrogativo se, invece, siano configurabili ipotesi di surrogazione per fini di pura solidarietà²⁶.

Ai giudici appare irriducibile il contrasto tra la maternità surrogata e il principio di dignità personale della gestante con riferimento sia alla mercificazione del corpo, se degradato per contratto a solo strumento di procreazione, sia alla vincolatività contrattuale che la obbliga a disporre del proprio corpo e a consegnare il nato alla coppia committente.

Ed è proprio in relazione a tali obblighi, in virtù dello stretto legame tra dignità e autodeterminazione, che la corte milanese ritiene lesiva della dignità umana la condizione della gestante contrattualmente vincolata alla gravidanza e alla consegna del nato, per contrasto con il peculiare diritto di autodeterminazione riconosciuto dall'ordinamento alla donna in merito alle questioni procreative (interruzione di gravidanza, dichiarazione di non voler essere nominata).

Ha ragione la Corte d'appello a distinguere le due ipotesi di maternità sostitutiva. Non solo alla luce dei valori espressi a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina sino alla di Carta di Nizza dalle norme che stabiliscono il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti fonti di reddito ma, soprattutto, rispetto al contenuto stesso della dignità, così come dalla Corte inteso.

Le presenti riflessioni, espresse in modo forse troppo sintetico, conducono a ritenere che la maternità per sostituzione su base solidaristica possa trovare, a differenza di quella di tipo commerciale, un suo spazio di "futura" liceità o per un nuovo intervento del legislatore che desideri non chiudere gli occhi ad una realtà che non è sì è fermata nonostante il "ferreo" divieto normativo, o attraverso decisioni giurisprudenziali, che hanno in parte già superato alcune barriere normative.

Resto dell'idea che, pur non volendo penalizzare in alcun modo il desiderio procreativo di coloro che ricorrono alla pratica e soprattutto ritenendo che una volta avviato il percorso i bimbi nati non debbano essere separati dai genitori che li hanno voluti (e a chi darli altrimenti? Alla surrogata che non desidera essere madre? Ad estranei per un'adozione?), si debba rendere giuridicamente possibile la realizzazione di tale desiderio e che la via sia quella della relazione personale tra chi vuole diventare genitore e la donna a ciò disposta in una logica che escluda il mercato. In una dimensione relazionale che lasci tuttavia alla partorientente la decisione finale. Una scelta quest'ultima, difficile e tragica, che alcuni giudici in mancanza di norme hanno dovuto compiere. Una scelta forse a volte ingiusta, certamente più vicina alla nostra tradizione e alle categorie antropologiche che la caratterizzano, soprattutto rispondente a quel rapporto intenso e unico che lega la donna ai figli che cresce dentro di sé. Ancora oggi sono convinta che la legge inglese possa essere un modello a livello europeo.

Se da un lato occorrerebbe dunque un passo indietro del legislatore dall'altro sarebbe utile un dibattito serio e approfondito sull'esperienza procreativa che coinvolge una "madre altra", nonché sul ruolo del diritto nella vicende più intime e personali di ognuno e sul rapporto diritto-procreazione. Anni fa si chiedeva una legge leggera, aperta, tollerante dei valori fondamentali di cui ogni soggetto si fa portatore, rispettosa dei desideri più profondi delle persone. Ci è stata consegnata una legge severa e inefficace che sul fronte della surrogazione ha portato ad alimentare un turismo procreativo (così come è stato per la fecondazione eterologa) che perlopiù calpesta la dignità di molte donne, sfruttando la loro povertà e mercificando i loro corpi oltre ad ostacolare diritti ed interessi dei nati. È dunque di queste tristi conseguenze che oggi ci dovremmo (speriamo non troppo a lungo) preoccupare.

26 Corte di cassazione, sentenza n. 24001/2014. La Corte pur ponendo la dignità umana della gestante, unitamente ad altri profili, a sostegno della affermata contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione ha anche considerato che al di là della fattispecie esaminata (assenza di legame genetico tra il nato e entrambi i committenti che avevano stipulato in Ucraina un contratto di surrogazione nullo secondo la legge del paese che richiede che almeno il 50% del patrimonio genetico appartenga ad uno dei genitori) non rilevava "domandarsi se siano configurabili (e come reagiscono, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame".

Stefania Stefanelli*

Sui confini dell'impulso del pubblico ministero nell'impugnazione dello *status* intenzionale

Sommario

1. Il fatto – 2. I precedenti – 3. Natura e funzione dell'istanza ex artt. 78-79 c.p.c., nell'interesse del minore – 4. I confini del *favor veritatis* – 5. Rimozione dello status di figlio non matrimoniale

Abstract

Nel luglio del 2016 la Corte d'Appello di Milano, in un caso di gestazione per altri realizzata in India da una coppia convivente eterosessuale, ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 263 c.c., che consente di rimuovere lo status filiationis nei riguardi della madre intenzionale, allorché il riconoscimento non corrisponde alla verità genetica della filiazione, sul presupposto della coincidenza dell'interesse del minore con l'accertamento della verità biologica. La decisione non può che essere condizionata dall'orientamento espresso dalla medesima Corte Costituzionale circa la primazia dell'interesse concreto del minore in tutte le decisioni che lo riguardano, interesse che la Cassazione civile individua anche nella conservazione dell'affettività consolidata e dello status validamente costituito all'estero. Fondamentale è altresì l'apprezzamento del diritto fondamentale dell'adulto alla genitorialità, come diritto a formare una famiglia che comprenda dei figli, anche in assenza di legame genetico, disegnato dalla decisione sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, nel 2014.

In July 2016 the Court of appeal of Milan, in a case of surrogacy acted in India by an unmarried heterosexual couple, filed a question of constitutional legitimacy on Art. 263 of the Italian Civil Code, which consent to rebut the child's maternity even in contrast with the child's interest to preserve his/her legal ties with the intended mother, in absence of a biological ties between the child and the intended mother. The decision of the Italian Constitutional Court can be influenced by the fundamental principle of the best interest of the child, but also by the appreciation of the rights to have a child, also without biological ties, affirmed by the same Court in 2014, declaring the ban on donor insemination unconstitutional.

1. Il fatto

Pende all'esame della Corte Costituzionale il giudizio di compatibilità con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., con riferimento all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta del giudice rispondente all'interesse del minore¹.

Si tratta di un bambino nato da g.p.a. realizzata in India, riconosciuto dal padre genetico e dalla sua convivente, sebbene la stessa non fosse madre genetica in quanto era stato impiegato l'ovulo di

* Aggregata di Diritto privato e Diritto di famiglia, Università di Perugia.

1 Questione sollevata da Corte d'appello di Milano, ordinanza del 25 luglio 2016, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

una donatrice indiana, non potendo ella produrre gameti in ragione di una patologia tumorale per la quale era stata sottoposta a chemioterapia. Il certificato di nascita indiano veniva trascritto ed il bambino si vedeva costituito lo *status* di figlio non matrimoniale della coppia. Dopo il riconoscimento i genitori intenzionali contraevano matrimonio, dal quale sarebbe derivata la legittimazione del figlio, prima della riforma del 2012-2013. Su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale per i minorenni di Milano autorizzava ai sensi dell'art. 264, comma 2, c.c. l'impugnazione del riconoscimento e la nomina allo scopo di un curatore. La sentenza di primo grado accoglieva la domanda nei confronti della madre, fondando la decisione sull'art. 269, comma 3, c.c. e sulla contrarietà all'ordine pubblico della legge straniera, da cui deriva l'opposizione all'efficacia dell'atto di nascita estero, ai sensi dell'art. 16, L. n. 218/1995. La questione di legittimità è sollevata, in sede di gravame, sia dalla madre ricorrente che dal curatore del minore in relazione all'art. 3 Cost., per il diverso trattamento offerto alle coppie che hanno la possibilità di gestazione della donna rispetto a quelle in cui il quadro clinico femminile lo esclude, con riflessi anche rispetto alla discriminazione di genere; in relazione all'art. 32 Cost. che tutela anche la salute psichica, sulla quale incide, secondo la pronuncia che ha eliso il divieto di procreazione eterologa, l'impossibilità di formare una famiglia con figli; in relazione agli artt. 2, 3 e 31 Cost., cui si ascrive la fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima e intangibile della persona umana, decidendo di valersi dell'ausilio medico per avere figli, anche indipendentemente dal dato genetico. Nessuno dei cennati profili sostiene, a parere del giudice rimettente, l'illegittimità di una scelta legislativa che rappresenta lo strumento necessario per garantire valori di pari rango, ed *in primis* i diritti della donna gestante. Mentre non è certo che dalla separazione dalla gestante derivino pregiudizi psicofisici al bambino, ritiene la Corte d'appello meneghina che il divieto di surrogazione di maternità sia posto a presidio della dignità umana della donna, in relazione alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, essendo costei contrattualmente vincolata alla gravidanza e alla consegna del nato, in contrasto col suo diritto di autodeterminazione.

Non è dunque la previsione o meno di un compenso a costituire, per la Corte, il *discrimen*, quando piuttosto la coercibilità dell'accordo di surrogazione, sicché «potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso in condizioni di consapevolezza, alla pratica “relazionale” della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisse un “ripensamento”, ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino»².

La motivazione della prima decisione della Cassazione sull'atto di nascita da due madri, in punto di esclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso dall'accesso alla p.m.a., era per il vero più ampia, ed escludeva che il divieto legislativo costituisca l'unica opzione compatibile col dettato costituzionale, e non invece soltanto «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 legislative non sono costituzionalmente obbligate»³.

- 2 Rileva B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 183 ss., spec. 244, come la Corte si muova all'interno di una «cornice consapevole del ruolo irrinunciabile in ogni progetto riproduttivo della madre biologica», che è la donna la quale conduce la gravidanza per altri, intessendo relazioni significative col/la nascituro/a e coi genitori intenzionali, attuando consapevolmente il proprio progetto di riproduzione e quello loro di genitorialità.
- 3 Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 362, con nota di G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Foro italiano*, 2016, I, c. 3329 ss.; in *Corriere giuridico*, 2017, p. 181 ss., con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita notarile*, 2017, p. 131 ss., con nota di S. Di Gesù, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*, su cui S. Stefanelli, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 83 ss. Il provvedimento della Cassazione supera definitivamente la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, 3° comma c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, 2° comma, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito da ultimo da Id., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota di S. Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*. Sulla necessaria identificazione della madre nella partoriente si era incentrata la pronuncia che aveva deciso il primo grado del giudizio di merito da cui ha origine la questione di costituzionalità oggetto di questo studio, accogliendo la domanda di impugnazione del riconoscimento non veritiero. È, questo, un profilo la cui criticità è evidente nella gestazione per altri, su cui sia consentito il rinvio a S. Stefanelli, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2/2016, spec. p. 27 ss., come in ipotesi di scambio colposo di embrioni nel corso di p.m.a. omologa, risolta anch'essa in applicazione esclusiva dell'art. 269, 3° comma c.c., da Tribunale di Roma, sentenza del 8 agosto 2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, 929 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Giurisprudenza italiana*, 2015, c. 319 ss., con nota di A. Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*; su cui F. Campodonico, *Eterologhe «da errore» e salomonici abusi. Commenti a margine della Risposta del Comitato*

Nel caso concreto si trattava del divieto di cui all'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, ma difettava il diritto di ripensamento, come prevedono solo India ed Ucraina⁴, e per questo il dubbio di costituzionalità del divieto normativo in parola non assume rilievo per il giudice rimettente. Ritene invece la Corte di sollevare questione di costituzionalità dell'art. 263 c.c., nella sua interpretazione costante che identifica l'interesse del figlio in quello alla veridicità dello stato, sebbene deponga in senso opposto il *favor minoris*, inteso come diritto a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita.

La questione ha, all'evidenza, incidenza attuale nel giudizio di merito, che espone il figlio alla perdita del legame giuridico con la madre intenzionale, senza che possa essere validamente sostituito da quello acquisibile con adozione genitoriale in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. b), l. adozione, cui conseguono effetti più limitati.

2. I precedenti

Alla questione si riconnettono due interventi della Corte costituzionale, entrambi affermativi della legittimità della norma sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, in quanto funzionale ad attuare il diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla verità biologica della generazione, in cui si compendia l'interesse del minore stesso come espressione del suo diritto all'identità⁵.

Ritiene tuttavia la Corte rimettente che l'opportunità di un rinnovato giudizio sia giustificata dal crescente rilievo riconosciuto dalla giurisprudenza al diritto del minore a vedersi riconosciuto e conservato lo *status* legittimamente acquisito all'estero, e corrispondente alla maturata affettività ed al suo interesse, ed i riferimenti non possono che dirigersi alla dichiarata incostituzionalità dell'art. 569 c.p.⁶,

Nazionale di Bioetica e dell'Ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 1/2015, p.157 ss.; in *Diritto di famiglia*, 2015, 186 (ivi indicata come 20 agosto 2014), con nota di M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*. Nello stesso senso l'altro provvedimento cautelare, emesso da Tribunale di Roma, 22 aprile 2015, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, c. 1849 ss., con nota di A. Mendola, *Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità*; in *Quotidiano giuridico*, 25 maggio 2016, con nota di E. Falletti, *Scambio di embrioni: la (seconda) ordinanza del Tribunale di Roma*; e quello di merito adottato da Tribunale di Roma, sentenza del 10 maggio 2016, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org. Sulla vicenda si è pronunciata, senza affrontarne il merito, Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 16 settembre 2014, *X e Y c. Italia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, c. 383 ss., con nota di A. Scalera, *La vicenda dello scambio di embrioni al vaglio della Corte di Strasburgo*.

- 4 L'India ha recentemente limitato ai propri cittadini il ricorso alla *surrogacy*, all'esito della generale condanna per la condizioni di sfruttamento in cui versano le gestanti, vincolate dalla pratica delle cliniche ad una serie di prescrizioni mediche durante la gravidanza ed alla consegna del bambino ai genitori intenzionali, pur in difetto di previsione normativa: cfr. A. Pande, *Transnational Commercial Surrogacy in India: Gifts for Global Sisters?*, in *Reproductive. Biomedicine Online*, [http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(11\)00411-1/fulltext](http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(11)00411-1/fulltext), 2011, 618.
- 5 Corte costituzionale, 22 aprile 1997, n. 112, in *Foro italiano*, 1999, I, c. 1764 ss.; in *Diritto di famiglia*, 1997, p. 3 ss., con nota di F. Cosentino, *Impugnazione del riconoscimento ex art. 263 c.c. e tutela del figlio minore*; Id., 14 maggio 1999, n. 170, in *Foro italiano*, 2001, I, 1116; Corte costituzionale, 25 novembre 2011, n. 322, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 4460 ss., con nota di R. Carleo, *Incapacità formale, incapacità sostanziale ed effettività della tutela costituzionale del diritto all'azione disconoscimento della paternità*; in *Giustizia civile*, 2012, I, p. 21 ss.; in *Corriere giuridico*, 2012, p. 478 ss., con nota di P. Morozzo della Rocca, *La Consulta e le azioni di stato: una pezza ben cucita su un vestito troppo vecchio*; in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 548 ss., con nota di C. Cilla, *La sospensione del termine per l'azione di disconoscimento della paternità opera anche per l'incapace naturale affetto da «abituale infermità di mente»*; in *Famiglia persone successioni*, 2012, p. 362 ss., con nota di A. Venchiarutti, *Esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e incapacità naturale*, che a tutela del diritto all'identità personale dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 245 c.c. nella parte in cui non prevedeva che la decorrenza del termine indicato nell'art. 244 c.c. è sospesa anche nei confronti del soggetto che, sebbene non interdetto, versi in condizione di abituale grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, sino a che duri tale stato di incapacità naturale. Nello stesso senso Cassazione civile, sentenza del 15 aprile 2005, n. 7924, in *Repertorio Foro italiano*, 2005, voce *Filiazione*, n. 36, ha sostenuto che non può sussistere conflitto tra *favor veritatis* e *favor minoris*. In dottrina v. E. Quadri, *Accertamento della filiazione ed interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2003, p. 95, secondo cui «Il diritto del minore alla propria identità (...) viene ad assumere valore preminente, essendo destinato a cedere solo ove sia il legislatore, come accade appunto in materia di adozione, a consentirne espressamente il superamento, predisponendo adeguate garanzie per il minore stesso».
- 6 In conformità con quanto scrivevamo in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, 4, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2015, spec. 119 s. e 497.

nella parte in cui preclude la valutazione della corrispondenza all'interesse del minore della conservazione della responsabilità del genitore condannato per alterazione del suo stato⁷.

In quella occasione, la Consulta aveva chiaramente statuito che «nell'ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente. E non diverso è l'indirizzo dell'ordinamento interno, nel quale l'interesse morale e materiale del minore ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma attuata con legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), e dopo la riforma dell'adozione realizzata con la legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, cui hanno fatto seguito una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisiva dei diritti del minore».

Nello stesso senso depongono gli orientamenti della S.C. indirizzati alla tutela dell'interesse del minore alla conservazione della maturata affettività ed al riconoscimento di uno *status* giuridico con la stessa coerente⁸, ed il confronto con l'interpretazione dell'art. 244 c.c., sull'azione di disconoscimento di paternità proposta dal curatore del minore infraquattordicenne.

3. Natura e funzione dell'istanza ex artt. 78-79 c.p.c., nell'interesse del minore

Si tratta di indagare circa l'istanza ai sensi degli artt. 78 e 79 c.p.c. del pubblico ministero che abbia notizia dell'inveridicità del riconoscimento, o in particolare della nascita da g.p.a. all'estero, e della conseguente falsità biologica del titolo trascritto in Italia. L'impulso si dirige ad ottenere la nomina di un curatore speciale che eserciti «nell'interesse del minore» le azioni negative dello *status* contro i genitori, nell'evidente conflitto con costoro, ed è opportuno ricordare che tale azione non incontra alcuna delle decadenze imposte agli altri legittimati dagli artt. 244, comma 5, e 263 c.c.

L'istituto esprime un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace⁹, e spesso viene utilizzato proprio per rimuovere lo stato non corrispondente alla verità biologica, prima che il figlio raggiunga la maggiore età, da coloro nei cui confronti è maturata la decadenza o che non hanno legittimazione attiva: così i genitori, dopo lo spirare dei ricordati termini, oppure il genitore biologico, che intenda per questa via ottenere il disconoscimento di paternità che lega il bambino al marito di sua madre.

7 Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 569 ss.; in *Foro italiano*, 2012, I, c. 1992 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 437 ss., con nota di D. Chicco, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 364 ss., con nota di Mar. Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*; in *Diritto penale e processo*, 2012, 415. Si trattava, come è noto, della donna coniugata che aveva falsamente costituito alla figlia generata col marito lo *status* di nata fuori del matrimonio, per proteggerla dalle conseguenze della condanna per la quale il padre era detenuto. Ritenne la Corte che «proprio perché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore [a vedersi conservata la responsabilità genitoriale, se correttamente esercitata], non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse».

8 Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, c. 2573 ss., con nota di A. Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. Rivera, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, c. 1135 ss.; in *Corriere giuridico*, 2016, p. 1203 ss., con nota di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. Attademo, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n.1841983e nella L. n. 218/1995*; in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 1025 ss., con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Foro italiano*, 2016, I, 2342 ss.; Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016 n. 19599, cit.; Corte di Cassazione, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

9 Corte costituzionale, 11 marzo 2011, n. 83, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 545 ss., con nota di F. Tommaseo, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1289 ss.; in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 270 ss., con nota di G. Grisi, *Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne, parte del giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto*; in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 167 ss., con nota di M. Cinque, *Il minore è parte del procedimento ex art. 250, comma 4°, c.c.: luci ed ombre nella sentenza della Consulta*.

La nomina del curatore speciale postula l'apprezzamento giudiziale dell'interesse del minore alla rimozione dello stato¹⁰, e quanto tale valutazione sia cruciale si apprezza allorché si consideri che la decisione che definisce il giudizio ha efficacia di giudicato, e quindi preclude al figlio quel bilanciamento tra il diritto ad avere uno *status* coincidente con la verità biologica della generazione ed il diritto a conservare quello coerente con la sua maturata affettività, del quale egli è il titolare, nella riforma del 2012-2013. Ciò significa che, per il tramite dell'impulso del pubblico ministero e del giudicato, si finisce per privare il figlio dell'opzione che la riforma gli riconosce in qualsiasi tempo.

La Corte costituzionale si è espressa sul tema con riguardo all'azione di disconoscimento di paternità, ed ha negato la pronuncia elisoria dello *status*, sebbene fosse provato il difetto di derivazione genetica, allorché «risulti un interesse del minore contrario alla privazione dello stato di figlio legittimo o, rispettivamente, all'assunzione dello stato di figlio naturale nei confronti di colui contro il quale si intende promuovere l'azione: interesse che dovrà essere apprezzato dal giudice soprattutto in funzione dell'esigenza di evitare che l'eventuale mutamento dello *status* familiare del minore possa pregiudicare gli equilibri affettivi e l'educazione. In questo caso la decisione deve essere lasciata allo stesso figlio quando avrà compiuto i sedici anni»¹¹.

Del principio ha fatto limitata applicazione la Cassazione¹², ascrivendolo alla fase prodromica del procedimento diretto alla nomina del curatore abilitato alla contestazione dello *status*, durante il quale è necessario che vengano assunti elementi di valutazione dell'interesse del minore all'azione. La decisione è opportuna, in quanto non consentendo l'avvio del giudizio impedisce che maturi a carico del figlio la preclusione derivante dal giudicato, ma non sembra condivisibile confinare esclusivamente alla fase prodromica il bilanciamento tra il *favor veritatis* ed i valori della stabilità e della certezza degli *status*, nei quali si esprime la tutela dell'interesse del minore alla conservazione della condizione giuridica corrispondente al suo interesse.

La stessa prima sezione della Cassazione, in una decisione di poco antecedente, ha peraltro evidenziato che «il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost., non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, ma, nel disporre al quarto comma che «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella biologica, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio»¹³. Si trattava del giudizio di disconoscimento di paternità avviato dal curatore del minore, rispetto al quale erano stati accertati in altro giudizio i seri rischi di sradicamento che sarebbero derivati dalla rimozione dello stato verso il padre, rimasto il solo ad occuparsi di lui, essendo sua madre trasferita da anni in Nigeria. La Cassazione, ricordato il citato precedente giurisprudenziale, ritiene tuttavia necessario superare l'orientamento restrittivo che limita l'apprezzamento al procedimento di nomina del curatore, di cognizione limitata e del quale è parte unicamente il pubblico ministero. Afferma di conseguenza che «il giudizio circa la valutazione dell'interesse del minore, ove si consideri anche la rilevanza del principio del contraddittorio e la delicatezza della materia, non possa non conseguire all'esito di un giudizio di cognizione piena, e non possa essere affidato alle valutazioni all'esito di «sommatorie informazioni», inerenti all'opportunità o meno di procedere alla nomina del curatore speciale, vale a dire al promovimento dell'azione di disconoscimento in nome e per conto del minore».

Ciò significa che, allorché il giudizio sia comunque proposto – valutata, come dovuto, oppure illegittimamente pretermessa, la corrispondenza dell'azione di rimozione dello *status* all'interesse del minore – è nel contraddittorio pieno, ed all'esito dell'ascolto del minore stesso, in quanto capace di

10 Cassazione civile, sentenza del 5 gennaio 1994, n. 71, in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 1994.

11 Corte costituzionale, 27 novembre 1991, n. 429, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, c. 385 ss., con nota di M. D'Amico, *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo «a quo») ad intervenire nel giudizio costituzionale*; in *Foro italiano*, 1992, I, c. 2908 ss.

12 Cassazione civile, sentenza del 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 1237 ss., con nota di richiami di G. Casaburi, discussa comunque il 26 ottobre 2016, nelle more del deposito di Corte di cassazione, sentenza del 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 5; in *Foro italiano*, 2017, I, c. 119 ss.

13 Cassazione civile, sentenza del 22 dicembre 2016, n. 26767, cit., in linea con l'orientamento del giudice delle leggi che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità degli artt. 35 e 36, l. adozione, ha già affermato la rilevanza dell'interesse del minore da valutarsi obbligatoriamente da parte del giudice del singolo procedimento, escludendo qualsiasi automatismo nel riconoscimento dei provvedimenti stranieri in tema di adozione: Corte costituzionale, 7 aprile 2016, n. 76, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, c. 1172 ss., con nota di L. Marzalletti, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di deliberazione*.

discernimento, che può apprezzarsi in concreto la sussistenza o meno dell'interesse del figlio a vedersi privato per sempre dello stato di matrimonialità, costituitogli con atto di autoresponsabilità dei genitori o attraverso l'estensione al marito della dichiarazione di nascita materna. Lo notava, ancora, la Consulta a proposito dell'automatismo della decadenza dalla responsabilità genitoriale, richiamando l'art. 3, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 17¹⁴.

Identificare sempre e necessariamente l'interesse del minore, centrale in ogni decisione che lo riguarda in ragione delle più volte ricordate fonti costituzionali e sovranazionali, con l'accertamento della verità della generazione confligge infatti con una serie di disposizioni, attuative dell'art. 30, comma 4, Cost., impeditive dell'azione diretta alla costituzione di uno *status* veridico.

In alcuni casi la preclusione dell'azione costitutiva di stato si impone perfino al figlio: a) l'art. 9, 3° comma, L. n. 40/2004 esclude qualsiasi relazione parentale con donatore di gameti; b) l'art. 27, comma 3, L. n. 184/1983 collega alla sentenza di adozione parentale la cessazione di tutti i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine, per il tramite del combinato disposto degli artt. 253 c.c. e 11, comma 6, L. n. 184/1983; c) nello stesso senso si dirige il progetto di riforma dell'art. 28 della medesima l. adozione in materia di accesso alle informazioni sulle proprie origini da parte del figlio di partoriente anonima, approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati, che aggiunge, alla fine del comma 5, la previsione per cui «l'accesso alle informazioni non legittima azioni di stato né dà diritto a rivendicazioni di carattere patrimoniale o successorio da parte dell'adottato».

Identico risultato si produce rispetto alle azioni negatorie dello stato a carico dei legittimati diversi dal figlio in ragione della maturazione dei termini di decadenza, di un anno dalla conoscenza dell'inveridicità del riconoscimento o del difetto di generazione in matrimonio, o di cinque anni dalla costituzione dello *status*, nel caso dell'inconsapevolezza. Nel primo caso rispetto al genitore, e nell'altro anche rispetto a qualsiasi interessato che lasci decorrere il termine senza proporre l'azione negatoria dello stato di matrimonialità o non matrimonialità, fondata sulla prova del difetto di discendenza genetica in entrambi i modelli procreativi, la riforma del 2012-2013¹⁵ disegna un *favor stabilitatis* che realizza la cristallizzazione della condizione non veridica, rinunciando al *favor veritatis* per lasciare unicamente al figlio che abbia raggiunto almeno i quattordici anni la libertà di decidere, senza preclusioni temporali, se corrisponda al suo interesse conservare quello *status* non veritiero, oppure sia preferibile domandare che sia rimosso, di regola – ma non necessariamente – allo scopo di potersi costituire quello verso il genitore biologico, attraverso l'azione diretta all'accertamento della genitorialità *ex* art. 269 c.c. o il reclamo *ex* art. 239 c.c., oppure per atto di autoresponsabilità del genitore, ove questi intenda riconoscere il figlio biologico. Non è infatti possibile addivenire alle pronunce costitutive di stato né riconoscere un figlio in contrasto con lo *status* che a costui attribuisce l'atto di nascita (artt. 238, 253, 269 c.c.).

Più radicalmente, l'interesse del minore è il criterio fondamentale che deve orientare ogni scelta che lo riguardi, e massimamente i provvedimenti che incidono sul suo stato giuridico, in conformità con l'art. 8, comma 1, della Convenzione di New York e con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, come interpretata dalla Corte di Strasburgo¹⁶, sotto il profilo della garanzia della sua identità

14 Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31, cit., § 3.

15 L'art. 2, 1° comma, lett. g) della L. n. 219/2012 delega il Governo ad introdurre limiti all'imprescrittibilità dell'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nonché limiti di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte dei legittimati diversi dal figlio, per il quale, invece, viene mantenuta l'imprescrittibilità dell'azione. La *Relazione della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina*, Roma, 2013, p. 15, chiarisce che «in applicazione del principio di unicità di stato giuridico dei figli si è dettata una disciplina quanto più omogenea delle due azioni, di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, contemperando i due interessi in gioco, quello del *favor veritatis* e quello della certezza e stabilità dello stato giuridico acquisito dal figlio». Cfr. *amplius*, A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 263 ss., 330 ss.

16 Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 3 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in *hudoc.echr.coe.int*; Id., 7 febbraio 2002, *Mikulić c. Croazia*; Id., 26 giugno 2014, *Labassé c. Francia*; Id., 26 giugno 2014, *Mennesson et al. c. Francia*; Corte di giustizia UE, sentenza del 2 ottobre 2003, C-148/02, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 437 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*; su cui v. almeno E. Castorina, *Il caso «Garcia Avello» innanzi alla Corte di giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 2011 ss.; G. Palmeri, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 217 ss.; G. Chiappetta e V. Mungo, *Il diritto all'identità personale e le norme sul cognome*, in *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, G. Chiappetta (a cura di), Napoli, ESI, 2011, p. 436 ss., con riferimento a bambini nati in Belgio da genitori spagnoli, che avevano cittadinanza di entrambi gli Stati, l'uno per *ius soli*, l'altro per *ius sanguinis*; l'atto di nascita, secondo la legislazione belga, gli imponeva solo il cognome paterno, mentre avrebbero portato anche quello materno per la legislazione spagnola. V. anche Id., G.S., 14 ottobre 2008, C-353/06, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 299 ss., con nota di L. Trucco, *Ancora un «via libera» della Corte di Lussemburgo alla «circolazione» dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello «Statuto europeo del nome»)*; in *Corriere giuridico*, 2009, p. 492 ss., con note di G. Autorino

personale rispetto alla quale è determinante la certezza giuridica della propria situazione soggettiva e familiare, cui conseguono anche la cittadinanza, i diritti ereditari, la libertà di circolazione nel territorio nazionale, come ha riconosciuto la Cassazione¹⁷. Negli stessi termini si ricordi l'art. 6 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata con l. 20 marzo 2003, n. 77, che impone all'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, di: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti per decidere nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei titolari delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: - assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, al fine di permettere a quest'ultimo di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa.

4. I confini del *favor veritatis*

I limiti all'emersione della verità genetica di cui all'art. 30 Cost. erano palesi nella legislazione *ante* riforma del 1975, allorquando «frequentemente, non vi è stata esatta coincidenza tra verità biologica e legale, in relazione all'interesse perseguito dal legislatore»¹⁸, coll'impedimento al riconoscimento dei figli adulterini, a preminente tutela del matrimonio.

Superata questa ottica, che collegava la riserva di legge alla tutela della famiglia matrimoniale *ex* art. 29 Cost., è oggi determinante alla luce delle citate disposizioni fondamentali la conservazione e la garanzia di miglior realizzazione dell'interesse del figlio, da apprezzarsi con riferimento alla fattispecie concreta¹⁹, come ha insegnato la Consulta dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 274 c.c., comma 1, c.c. nella parte in cui non prevedeva che l'azione per la dichiarazione di paternità naturale proposta dal genitore nell'interesse del minore infrasedicenne potesse essere ammessa solo quando ritenuta concretamente rispondente all'interesse del figlio²⁰. Pochi anni più tardi, pronunciando la non fondatezza della lamentata incostituzionalità dell'art. 274, comma 1 e 2, c.c., nella parte in cui non limita il giudizio di ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale all'esame dell'interesse del minore, la Corte costituzionale ha sottolineato che tale interesse sta sì nell'affermazione di un rapporto di filiazione veridico, ma purché ciò non pregiudichi la formazione e lo sviluppo della sua personalità, dovendo il giudice «verificare se la modifica dello *status* del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio»²¹.

Nello stesso senso si sono dirette le pronunzie che hanno eliso la fase preliminare di ammissibilità dell'azione di dichiarazione della paternità naturale²²; ammesso la dichiarazione giudiziale di genitoria-

Stanzione, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, cit.; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, c. 268 ss., con nota di J. Long, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sul cognome dei cittadini europei*; su cui A. Zanobetti, *Bambino registrato alla nascita in uno Stato membro con un cognome non riconosciuto nello Stato membro di cui è cittadino*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 193 ss.; Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza dell'11 novembre 2011, *Genovese c. Malta*.

17 Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit.: «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove occorra, il prevalente interesse dei minori».

18 Corte di cassazione, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

19 Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit., interesse del bambino e dell'adolescente superiore ma non «"tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità».

20 Corte costituzionale, 20 luglio 1990, n. 341, in *www.leggiditalia.it*.

21 Corte costituzionale, 3 luglio 1997, n. 216, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 2167 ss.; in *Corriere giuridico*, 1997, p. 1108 ss.; in *Diritto di famiglia*, 1997, p. 1269 ss.; in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 2673 ss.; in *Foro italiano*, 1998, I, c. 38 ss.

22 Corte costituzionale, 10 febbraio 2006, n. 50, cit. L'ordinanza di rimessione si riferiva ad un soggetto maggiorenne, ma la Corte, richiamati i precedenti cui abbiamo fatto ora cenno nel testo, chiarisce che ciò «non limita le valutazioni di questa Corte sul procedimento regolato dalla disposizione impugnata, ove affetta dai denunciati vizi nella sua complessiva e generale applicazione ad ogni ipotesi di delibazione di ammissibilità dell'azione. Infatti, in presenza di una incostituzionalità che, come si è

lità c.d. incestuosa²³, indicazione portata a compimento dal legislatore del 2012 con la riforma dell'art. 251 c.c. che proprio alla verifica di quell'interesse subordina l'autorizzazione giudiziale al riconoscimento, come anche l'autorizzazione al secondo riconoscimento, in caso di opposizione del genitore che ha già riconosciuto il minore (art. 250, comma 4, c.c.); dichiarato l'illegittimità dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., nella parte in cui subordinava l'esame delle prove tecniche alla prova dell'adulterio, dell'impotenza o della mancata coabitazione²⁴, ritenendo che la tutela dell'interesse del figlio non coincidesse necessariamente con quella della famiglia matrimoniale, ma mantenendo ferma la valutazione della corrispondenza alla sua tutela della modificazione dello stato²⁵; ammesso la procreazione eterologa e la conseguente costituzione dello *status* necessariamente inveridico e la sua conservazione, salva – in applicazione della disciplina generale dettata dal primo libro del c.c. – l'eventuale azione del figlio, interprete primo del proprio interesse²⁶, mentre abbiamo già ricordato che l'art. 9 della L. n. 40/2004 impedisce la costituzione di quello veridico verso il genitore biologico.

Coerente nel segnalare la necessità di attento bilanciamento degli interessi in gioco è l'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo all'art. 8, in materia di conservazione dei legami familiari: la previsione di termini e condizioni per l'impugnazione del riconoscimento non corrispondente alla verità della generazione rientra nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri nell'imposizione per legge di limiti al diritto alla vita privata e familiare, che si esprime nell'azione diretta a contestare lo stato inveridico; ciò in quanto «nel bilanciamento tra gli interessi del padre putativo a veder accolta la propria domanda di diniego di paternità e quelli della persona minore d'età ad avere legami familiari giuridici e certi, sono questi ultimi a dover prevalere», ferma in ogni caso la legittimazione autonoma del figlio, una volta raggiunta la maggiore età²⁷.

appena visto, coinvolge detto procedimento nella sua struttura e funzione, la circostanza che lo stesso abbia anche lo scopo di accertare l'interesse del minore non fa venire meno l'incostituzionalità stessa, né giustifica la permanenza nell'ordinamento del giudizio di ammissibilità con questo solo scopo».

- 23 Corte costituzionale, 28 febbraio 2002, n. 494, cit.: «l'interesse del figlio a evitare l'accertamento formale del rapporto di filiazione, nel caso dell'azione proposta per la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali (...) è in *re ipsa* protetto dal fatto che il diritto di azione è riconosciuto a lui solo (e, in caso di morte, ai suoi discendenti) (art. 270 c.c.), mentre, per il figlio minore, possono agire, ma nel suo esclusivo interesse, il genitore esercente la potestà o – previa autorizzazione del tribunale per i minorenni – il tutore (o il curatore speciale) (art. 273, 1° comma, c.c.). Inoltre, se il minore è ultrasedicenne, occorre comunque il suo consenso (art. 273, 2° comma, c.c.), mentre, se è infrasedicenne, la rispondenza al suo interesse dell'azione promossa è oggetto di valutazione da parte del tribunale per i minorenni (art. 274 c.c.)».
- 24 Corte costituzionale, sentenza del 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida al diritto*, 30/2006, p. 30 ss., con nota di M. Fiorini, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corriere giuridico*, 2006, p. 1367 ss., con nota di V. Carbone, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 461 ss., con nota di E. Bolondi, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Notariato*, 2006, p. 537 ss.; in *Foro italiano*, 2006, I, c. 3290 ss., ed *ivi*, 2007, I, c. 705 ss., con nota di M. Fortino, *Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*; in *Giurisprudenza italiana*, 2007, c. 1381 ss.; in *Famiglia persone successioni*, 2007, p. 628 ss., con nota di M.D. Bembo, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio, su cui v. A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu Messineo Mengoni Schlesinger, I ed., Milano, 2007, p. 264 ss.; e, per i profili attuali, *Id.*, *La riforma dello status di filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 245 ss, 250 ss.
- 25 Corte costituzionale, sentenza del 27 novembre 1991, n. 429, cit.
- 26 Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida al diritto*, 27/2014, p. 16 ss., con nota di A. Porracciollo, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*; in *Diritto di famiglia*, 2014, p. 973 ss., con nota di L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e *ivi*, p. 1289 ss., con nota di C. Cicero e E. Peluffo, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2297 ss.; in *Europa diritto privato*, 2014, p. 1105 ss., con nota di C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; su cui A. Morresi, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in *Diritto e processo*, 2014, p. 161 ss. (consultabile anche in rivistadirittoeprocesso.eu); A.G. Annunziata, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, p. 525 ss., con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata L. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili.
- 27 Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 18 aprile 2014, *A.L. c. Polonia*, in hudoc.echr.coe.int. Il ricorrente aveva riconosciuto il figlio pochi giorni dopo il matrimonio con la madre, col consenso di costei. Intervvenuto il divorzio, l'uomo apprese di non essere il padre del bambino, ormai dodicenne, e dunque spirato il termine di decadenza annuale, a decorrere dal

Negli stessi termini si è ancor più recentemente espressa la Cassazione²⁸ nell'analogo vicenda relativa all'azione di disconoscimento di paternità sostenuta da un curatore speciale, nominato su istanza del pubblico ministero. Mentre i giudici di merito avevano accolto l'azione sulla base della documentazione prodotta, la Corte riforma la decisione su ricorso dei genitori, incentrato sull'omessa valutazione dell'interesse del minore alla proposizione dell'azione. Ribadisce il Collegio che «sebbene il succedersi degli interventi della Corte costituzionale e di questa stessa Corte segnali una progressiva e lenta affermazione (...) del *favor veritatis*, rimane coesistente all'ordinamento l'esigenza di un bilanciamento, in quanto il superamento della finalità, che permeava l'originaria impostazione legislativa, di preservare lo *status* di figlio legittimo non elide la necessità di garantire i valori inerenti alla certezza e alla stabilità degli *status*», attuando «l'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore». Ricorda opportunamente la Corte che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, riservando al legislatore «il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio»²⁹. Per tali ragioni, «l'esaltazione dell'interesse del minore e la necessità di una sua costante valutazione, impongono una verifica in termini di attualità, anche in sede di appello, soprattutto quando, a fronte di un'iniziativa processuale non correlata ad alcuna esplicita volontà del minore stesso (come appunto nel caso del minore infrasedicenne), quest'ultimo, ossia il reale protagonista della vicenda, acquisisca nel corso del procedimento una maturità di comprensione e di determinazione rispetto alla propria identità personale»³⁰.

Si rende conto il Collegio che il figlio – la cui posizione è centrale in quello che si definisce³¹ individualismo dello *status*, in quanto titolare di un diritto di rilevanza costituzionale – rischia di patire gli effetti del giudicato prossimo a formarsi sull'inesistenza di legame genetico di discendenza dal padre legale, senza essere mai stato neppure ascoltato in merito alla corrispondenza di tale giudicato al proprio interesse, sebbene egli sia formalmente protetto contro l'azione paterna dall'essere spirato il termine decadenziale.

riconoscimento, previsto dall'art. 8 del codice polacco della famiglia e della tutela. Il termine è stato ridotto a sei mesi dalla conoscenza dell'inveridicità con riforma del 13 giugno 2009. Per questo interessò il Procuratore distrettuale, per la cui azione non sono previste decadenze, perché domandasse l'annullamento del riconoscimento, attraverso un curatore speciale. La Corte distrettuale rigettò tuttavia la domanda del Procuratore, avendo accertato che l'uomo era a conoscenza fin da principio della possibilità di non essere padre biologico e dei rapporti avuti dalla compagna con altri uomini durante il periodo del presumibile concepimento; non vi era dunque motivo per contestare la finzione di paternità, in quanto coincidente con l'interesse del minore, che considerava l'uomo suo padre sebbene avesse con lui contatti sporadici dopo il divorzio tra i genitori, e sarebbe stato esposto al grave rischio di serio trauma ove gli fosse rimosso lo *status filiationis*. Un passaggio significativo della motivazione argomenta che «il legislatore considera gli strumenti di accertamento della filiazione una materia troppo seria per essere rimessa al libero arbitrio di un uomo. Per questo motivo l'atto di riconoscimento è irretrattabile, salvo quando sia affetto da vizi ignoti e imprevedibili, che siano inaccettabili secondo l'ordine legale e la coscienza sociale». La decisione fu confermata in appello e dalla Suprema Corte polacca. La Corte europea dei diritti dell'Uomo ritiene che «la decisione dei giudici statali abbia attuato un equo bilanciamento tra l'interesse del ricorrente e l'interesse generale alla garanzia della certezza del diritto e della sicurezza dei rapporti familiari, nonché la necessità di tutelare gli interessi del minore», e richiama il proprio orientamento circa la legittimità dell'introduzione per legge di termini per la contestazione degli *status*, sebbene ciò comporti una limitazione del diritto alla vita privata e familiare degli interessati. Id., sentenza del 24 novembre 2005, *Shofman c. Russia*, in *Famiglia persone successioni*, 2006, p. 188 ss., aveva ritenuto che la previsione di un termine annuale indipendente dalla consapevolezza del padre putativo delle circostanze che pongano in dubbio la generazione superasse il pur ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, ma il caso disciplinato dall'art. 80 del codice polacco se ne distingue, in quanto la paternità non deriva dall'applicazione di meccanismi presuntivi, quanto invece dall'atto di autoresponsabilità, assunto nella consapevolezza del dubbio. La decisione di rigetto del ricorso si fonda, dunque, sulla considerazione per cui coincide con la protezione internazionale la decisione dei giudici nazionali, spirato il termine decadenziale dell'azione del genitore, di dare maggior peso all'interesse del minore di conservare il proprio *status* rispetto a quello del ricorrente di contestare la paternità che egli aveva liberamente riconosciuto. L'interesse del figlio all'eventuale rimozione del titolo non veridico è comunque garantita dalla possibilità che egli agisca per contestarlo, entro tre anni dal raggiungimento della maggiore età.

28 Corte di cassazione, sentenza del 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 1532 ss.; *contra*, ma isolatamente nel recente panorama giurisprudenziale, Id., 15 febbraio 2017, n. 4020, *ivi*, 2017, I, c. 1237 ss., con nota di richiami di G. Casaburi.

29 In termini analoghi Corte di cassazione, sentenza del 30 maggio 2013, n. 13638, in *www.leggiditalia.it*.

30 Corte di cassazione, sentenza del 3 aprile 2017 n. 8617, cit.

31 A. Sassi, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 611 ss.; A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., p. 38 ss.

Non a caso, la motivazione richiama l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, oltre all'art. 24 Carta di Nizza e all'art. 6 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori di Strasburgo del 25 gennaio 1996, che valorizza l'ascolto del minore in funzione della garanzia del suo interesse, al quale deve tendere ogni decisione giudiziaria.

Recente conferma si trova anche nella L. n. 173/2015 che ha modificato la L. n. 184/1983, per garantire il diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare³²: si è così innestato nel sistema deputato a sostituire la filiazione per generazione con quella per adozione – che segnò il primo punto di distacco tra identità genetica e identità giuridica, seguito molti anni dopo dalla decisione della Consulta sulla procreazione eterologa – il segno tangibile, perché consacrato normativamente, del fondamento privilegiato dell'identità giuridica e dell'appartenenza familiare sulla relazione affettiva consolidata, nell'ottica della valorizzazione massima dell'interesse del minore a vedersi costituito uno stato giuridico corrispondente alla quotidianità della sua esistenza, ed all'apparenza anche sociale della stessa.

Confinare al giudizio sull'istanza del pubblico ministero la valutazione di tale interesse alla conservazione dello *status*, senza che possa essere ascoltato il minore divenuto capace di discernimento durante il giudizio di stato, e così all'istruttoria sommaria che conduce ad un provvedimento non avente carattere definitivo e decisorio³³ rischia in definitiva di vanificare per effetto della nomina del curatore speciale il descritto sistema di prescrizioni e decadenze, voluto per assicurarne l'effettività a tutela della stabilità dei rapporti familiari.

5. Rimozione dello *status* di figlio non matrimoniale

Non sfugge il fatto che le considerazioni svolte dalla Consulta e qui richiamate si riferiscano tutte all'azione diretta a rimuovere lo stato di figlio, ma l'unificazione degli *status filiationis*, e l'affermata insensibilità dello *status* all'esistenza o meno di un legame coniugale tra i genitori, impongono di estenderle alla privazione dello stato di figlio non matrimoniale conseguente all'impugnazione del riconoscimento inveridico, essendo venuto a cadere ogni scrupolo circa il carattere maggiormente afflittivo della perdita dello stato di figlio matrimoniale che residuava prima della riforma del 2012-2013.

La questione di costituzionalità potrebbe dunque risolversi negando che costituisca assunto consolidato nel diritto vivente l'orientamento che identifica in ogni caso l'interesse del minore, nelle azioni di *status*, col *favor veritatis*, giacché al contrario «il quadro normativo attuale, come interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, impone un bilanciamento fra l'esigenza di affermare la verità biologica con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia», interesse del minore da accertarsi in concreto «nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale»³⁴.

Nella filiazione matrimoniale la corrispondenza dell'azione demolitoria al concreto interesse del minore è l'unico limite che si frappone alla legittimazione di un soggetto estraneo alla famiglia, qual è

32 Su cui P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 602 ss.; S. Stefanelli, *Famiglia biologica e tutela dell'affettività in Italia e in Europa*, in *Diritto e processo*, 2015, p. 53 ss.

33 Corte di cassazione, sentenza del 25 novembre 1998, n. 11947, in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 1998; Corte di Cassazione, sentenza del 3 aprile 2017, n. 8617, cit.: «in tema di azione di disconoscimento di paternità, il provvedimento di nomina o revoca del curatore speciale di cui all'art. 244 c.c., è privo sia del requisito della definitività (poiché esso non si sottrae alla più generale disciplina della revocabilità dettata dall'art. 742 c.p.c., da intendersi come previsione del più ampio *ius poenitendi* da parte del giudice del procedimento, legittimato in ogni tempo alla modifica o revoca del provvedimento stesso tanto in base ad un riesame ed a una diversa valutazione delle risultanze originarie, quanto in virtù della sopravvenienza di nuovi elementi di fatto – tra cui il venir meno delle condizioni di legittimità in epoca successiva all'emanazione del primo decreto), sia di quello della decisorietà (attesa la sua innegabile natura di procedimento camerale cosiddetto “unilaterale”, la cui struttura, imperniata tutta sulla valutazione e sulla tutela dell'interesse del minore, vede, non a caso, come unico destinatario della comunicazione del provvedimento il p.m., e non anche i genitori legittimi ovvero il sedicente padre), con conseguente inammissibilità del relativo ricorso per Cassazione presentato ai sensi dell'art. 111 Cost. Pertanto, è proprio nella sede di merito che il controllo va operato in termini sindacabili da questa Corte».

34 Corte di cassazione, sentenza del 22 dicembre 2016, n. 26767, cit., da cui è tratta anche la citazione che precede.

il pubblico ministero³⁵, che potrebbe pregiudicare il rinnovato equilibrio raggiunto tra i coniugi, dopo la scoperta dell'adulterio, anche e soprattutto in dipendenza dall'affetto per il figlio. In questi casi, il padre che abbia lasciato trascorrere un anno dalla conoscenza potrebbe costituirsi nella fase prodromica opponendosi alla nomina del curatore speciale, evidenziando la propria consapevole assunzione della responsabilità genitoriale, nonostante la mancata generazione, e così testimoniare l'affettività consolidata in cui si esprime la garanzia dell'interesse del bambino. L'attenzione al laboratorio giurisprudenziale consente di apprezzare nello stesso senso l'istruttoria sull'esperienza della coppia genitoriale, durante il giudizio di stato, e l'accertamento del fatto che «dopo un tormentato periodo di rivisitazione delle proprie scelte, è riuscita a consolidare una coesione e appare motivata a occuparsi, in un clima di solidarietà e stima, dei figli. La forza ritrovata di uscire da tale complessa situazione ha prodotto il risultato inaspettato di rendere tale unione ancora più solida e capace di rispondere alle difficoltà emotive e reali»³⁶. In questo caso il rigetto della domanda del curatore fu motivato dalla contrarietà all'interesse del figlio, dato che il marito «ha sempre testimoniato di considerare il bambino suo figlio, al di là del dato biologico»; che la moglie «sente che il piccolo è figlio del marito a tutti gli effetti e che il dato biologico, pur avendo una sua rilevanza, non potrebbe modificare tale percezione»; che «il diritto di conoscere la sua vera paternità porterebbe per il bambino ad un trauma, anche rispetto alla relazione con la sorella», compromettendo l'equilibrio psicologico e l'interesse del minore, e di stravolgere la sua vita.

Al contrario, il presunto padre nei cui confronti si sia maturata la decadenza quinquennale che solleciti l'impulso del pubblico ministero dimostra senza dubbio la disaffezione per il figlio che gli è imposto dal trascorrere del tempo, ed allora la corrispondenza dell'azione di disconoscimento all'interesse del figlio deve essere valutata con assoluto rigore, in quanto l'accoglimento dell'azione consentirebbe di superare quel *favor stabilitatis* che la riforma del 2012-2013, attraverso le ricordate decadenze, fa prevalere sul *favor veritatis*³⁷.

Termini decadenziali identici reggono oggi l'azione dei legittimati diversi dal figlio per l'impugnazione del riconoscimento inveridico, ed è importante notare come il relativo decorso prenda avvio dall'annotazione del riconoscimento, anziché dalla nascita, mancando l'operatività dell'automatismo che regola la filiazione in matrimonio. Non collegandosi all'età del figlio ma alla stabilità delle relazioni familiari, le descritte decadenze esprimono la presunzione che entro quei periodi il figlio abbia costruito la propria identità affettiva, sociale e relazionale, in ragione e sulla base dello *status* che gli spetta in virtù del riconoscimento.

Detta presunzione – espressiva dell'identico *favor stabilitatis* – è superabile solo dall'autonoma valutazione del figlio, raggiunta l'età del pieno discernimento, essendo la sua azione libera da qualsiasi termine. È dunque evidente che dell'interesse del minore, che costituisce il ricordato argine necessario a tutelare la stabilità affettiva, ci sia ancora maggior bisogno nella filiazione fuori del matrimonio, esposta com'è alla legittimazione di qualsiasi interessato. Obliterare qualsiasi valutazione circa la corrispondenza dell'azione demolitoria all'interesse concreto del minore significherebbe porre il figlio in una condizione gravemente deteriore, in conseguenza dell'assenza del legame matrimoniale tra i genitori al

35 La l. 4 marzo 1983, n. 184 estese così la legittimazione attiva, originariamente riconosciuta solo al padre e poi, con la riforma del 1975 anche alla madre ed al figlio, al curatore speciale, nominato dal giudice all'esito di sommarie informazioni, su istanza del minore che abbia compiuto i 16 (oggi 14) anni, o altrimenti del pubblico ministero. L'intento di evitare che, attraverso la gravidanza extraconiugale della donna ed il mancato disconoscimento del marito, la coppia possa aggirare la disciplina pubblicistica dell'adozione non convince, dato che si tratterebbe del figlio biologico della donna, il quale potrebbe comunque essere riconosciuto da costei come nato fuori del matrimonio, inserito nella famiglia coniugale *ex art. 252 c.c.*, e anche adottato dal marito della madre *ex art. 44, lett. b)* della medesima l. Nota M.N. Bugetti, *Nomina del curatore per l'esercizio del disconoscimento della paternità tra verità genetica e tutela dell'interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 161 ss., che mentre prima il padre era l'unico arbitro della conservazione dello *status* costituito, a prescindere da qualsiasi corrispondenza all'interesse del figlio, oggi il marito deve attivarsi per paralizzare l'azione esercitata da terzi dimostrando che la modifica dello stato di filiazione pregiudicherebbe quell'interesse. P. Rescigno, *Abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 ss. commentava in termini di abuso l'aggiramento della norma che si sarebbe dovuta applicare, a prescindere dall'eventuale danno sociale, realizzato dal marito consapevole del tradimento, che aveva rifiutato di esercitare l'azione di disconoscimento, su cui Corte d'appello di Milano, sentenza del 7 gennaio 1961, in *Foro padano*, 1961, I, p. 748 ss.

36 Tribunale di Genova, sentenza del 1° ottobre 2015, in www.aiafavvocati.it; negli stessi termini Corte d'appello di Milano, sentenza dell'8 marzo 1997, in *Diritto di famiglia*, 1998, p. 1451 ss.

37 M.N. Bugetti, *Nomina del curatore per l'esercizio del disconoscimento della paternità tra verità genetica e tutela dell'interesse del minore*, cit., p. 171 ritiene che «la nomina del curatore speciale ai fini dell'esercizio dell'azione di disconoscimento si giustificherebbe o sulla base di un giudizio di inidoneità del padre all'esercizio della responsabilità genitoriale – eventualmente anche in considerazione del suo rifiuto a continuare nello svolgimento del ruolo paterno nei confronti di un figlio – ovvero in considerazione di una sua adesione all'azione».

tempo della sua nascita o del suo concepimento, a nulla rilevando l'eventuale successivo matrimonio, per abrogazione della legittimazione³⁸.

L'interpretazione costituzionalmente orientata appare necessitata nel senso opposto, guidata com'è dal principio fondamentale per cui lo *status* del figlio è insensibile al vincolo coniugale eventualmente sussistente tra i genitori, affermato prima dalla Consulta³⁹ ed al cui compimento si dirige la riforma del 2012-2013.

Nello stesso senso può ricordarsi l'orientamento della giurisprudenza di merito che nega la legittimazione ad impugnare il riconoscimento al padre che l'abbia effettuato nella consapevolezza dell'altrui concepimento, anche in attuazione degli insegnamenti della dottrina che orientò la Cassazione, prima della L. n. 40/2004, nel senso di precludere l'azione demolitoria al coniuge che avesse consentito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie⁴⁰.

Nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni si intravede, del resto, l'affacciarsi di un principio ulteriore a quello di promozione dell'identità genetica attraverso la rimozione degli ostacoli che si frapponevano alle azioni costitutive o negative dello *status* fondate sulla verità della generazione. Nell'identità del figlio non si ricomprende solo profilo genetico, ma anche la sua storia personale e familiare, di cui è testimonianza il diritto a portare il cognome di entrambi i genitori⁴¹, ed il principio di veridicità biologica dello *status* ha perso i connotati di assolutezza con i quali è descritto dall'ordinanza di rinvio, per assumere quelli sinteticamente espressi dalla Consulta con riferimento proprio all'interesse del minore, che «sta nell'affermazione di un rapporto di filiazione veridico, che non pregiudichi [tuttavia] la formazione e lo sviluppo della propria personalità»⁴².

- 38 La piena equiparazione è proclamata dall'art. 17.5 della *Inter-American Convention on Human Rights*, siglata nel 1978, a mente del quale «*the law shall recognize equal rights for children born out of wedlock and those born in wedlock*», e del principio ha dato applicazione la Inter-American Commission on Human Rights, sentenza del 24 febbraio 2012, *Atala Rizzo and daughters v. Chile*, in www.corteidh.or.cr, confermando in ragione di una nozione di famiglia più inclusiva di quella fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, la decisione della Corte di San José che aveva reintegrato una donna nella custodia delle figlie nate dal un precedente matrimonio, che le era stata revocata in ragione della successiva convivenza con altra donna. Ritiene la IACHR che «*the notion of equality springs directly from the oneness of the human family and is linked to the essential dignity of the individual. That principle cannot be reconciled with the notion that a given group has the right to privileged treatment because of its perceived superiority. It is equally irreconcilable with that notion to characterize a group as inferior and treat it with hostility or otherwise subject it to discrimination in the enjoyment of rights which are accorded to others not so classified*». È compito degli Stati «*to take affirmative measures to reverse or change discriminatory situations that exist in their societies to the detriment of a specific group of persons. This implies the special obligations to protect that the State must exercise with regard to acts and practices of third parties who, with its tolerance or acquiescence, create, maintain or promote discriminatory situations*».
- 39 Corte costituzionale, 13 maggio 1998, n. 166, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1419 ss., sull'irrelevanza della condizione giuridica dei genitori rispetto al trattamento da riservarsi ai figli: «nello spirito della riforma del 1975, il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli – legittimi e naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri. La condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione peggiore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità».
- 40 Sul riconoscimento di compiacenza v. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., p. 317 ss.; Corte di Cassazione, sentenza del 16 marzo 1999 n. 2315, in *Foro italiano*, 1999, I, c. 1834 ss., definiva «comportamento ondivago» quello del marito che domandava il riconoscimento dopo la «meditata decisione di aderire all'intento della moglie di praticare la fecondazione assistita; riteneva P. Rescigno, *Postfazione a l'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 288, che tale comportamento fosse fonte di danno illecito e responsabilità aquiliana nei confronti della madre e del nato. Da ricordare anche le osservazioni di F. Galgano, *Azioni di stato e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2010, 547 ss., a proposito di Tribunale di Bologna, sentenza del 18 febbraio 2010. La recente Corte di Cassazione, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 3834, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 832 ss., ha ritenuto di disattendere il motivo di impugnazione fondato sull'improponibilità dell'azione di impugnazione «allorché proveniente da autore di un riconoscimento in malafede, sia perché in contrasto con l'orientamento di legittimità che afferma l'irrelevanza degli stati soggettivi dell'autore del riconoscimento (Corte di cassazione, sentenza del 24 maggio 1991, n. 5886), ma soprattutto perché nella specie l'impugnazione è stata effettuata da terzi, dotati al riguardo di autonoma legittimazione».
- 41 Cfr. Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, cit.; F. Giardina, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 159 ss., anche con riferimento al cognome.
- 42 Corte costituzionale, 3 luglio 1997, n. 216, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 815 ss., con nota di R. Favale, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*; in *Corriere giuridico*, 2017, p. 165 ss., con nota di V. Carbone, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 213 ss., con nota di E. Al Mureden, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Foro italiano*, 2017, I, c. 1 ss., con nota di richiami di G. Casaburi; in *Diritto di famiglia*, 2017, p. 13 ss.

Nel caso oggetto del giudizio di merito sembra, in conclusione, doversi escludere l'interesse del bambino a vedersi rimosso lo stato nei confronti della madre intenzionale che lo abbia riconosciuto o dichiarato come proprio nell'atto di nascita formato all'estero, anche in ragione del diritto alla conservazione degli effetti dello *status* validamente acquisito e corrispondente alla maturata affettività⁴³, sempre che questa donna si prenda di lui cura validamente. L'interesse contrario è evidenziato dal fatto che lo *status* veridico non potrebbe comunque costituirsi: a) verso la partoriente, in ragione dell'esclusione determinata dalla legislazione straniera e soprattutto perché manca, nel giudizio *a quo* come nella maggioranza dei casi, la discendenza genetica dalla medesima; b) e neppure nei confronti della donatrice dell'ovulo fecondato, in applicazione dell'art. 9, comma 3, L. n. 40/2004, avendo il nato cittadinanza italiana perché figlio di padre cittadino. Il bambino si troverebbe di conseguenza impossibilitato a vedersi accertata la responsabilità genitoriale materna, sebbene inserito in legami familiari di fatto significativi e inscindibili, fintanto che prosegue la convivenza o il matrimonio tra i genitori intenzionali, ed anche in caso contrario, quando ne sia pronunciata l'adozione genitoriale valutando proprio la corrispondenza della medesima alla realizzazione dell'interesse del minore, su domanda *ex art. 44, lett. b)* l. adozione, ma con esclusione del vincolo di parentela con la famiglia materna.

Che in Italia sia ammesso solo l'accertamento della filiazione paterna, allorché il genitore intenzionale sia anche padre biologico del nato, a tutela della veridicità dello *status*, introduce un'evidente disparità di trattamento rispetto alla procreazione eterologa, oltre che un gravissimo *vulnus* del superiore interesse del minore, che, nella vicenda giunta all'epilogo in Cassazione, si ritrova privo di genitori tanto per l'ordinamento di nascita che per quello italiano.

Anche in tale ipotesi, peraltro, potrebbe pensarsi all'adozione *ex art. 44 lett. d)*, L. n. 184/1983 da parte della moglie o convivente del padre, in analogia con quanto deciso recentemente in caso di coppia omosessuale⁴⁴, a tutela della stabilità dei rapporti affettivi del minore, ed all'esito della verifica, nel caso concreto, della corrispondenza all'interesse del minore.

In ogni caso, necessita distinguere la sorte del bambino da quella del contratto illecito di maternità surrogata⁴⁵, in ossequio alla *ratio* della riforma del 2012-2013 ispirata all'indifferenza dello stato del figlio rispetto alle condizioni di vita, ai rapporti familiari e personali ed alle scelte dei genitori, a tutela del suo primario interesse a ricevere mantenimento, educazione, cura ed assistenza da coloro che si sono

43 Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

44 Tribunale per i minorenni di Roma, decreto del 30 luglio 2014, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2753, con nota di richiami di G. Casaburi; in *Famiglia e diritto* 2015, p. 574 ss., con nota di M.G. Ruvo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*; in *Diritto di famiglia*, 2015, p. 176 ss., con nota di N. Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*; in *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 679 ss., con nota di G. Salvi, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, c. 109 ss., con nota di J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota di Id., *Adozione in casi particolari e second parent adoption*; in *Vita notarile*, 2015, p. 107 ss., con nota di A. De Stefano, *Adozione «eccezionale» da parte di un convivente omosessuale*; su cui C. Rosario e M. Mattia, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Diritto di famiglia*, 2015, p. 1550 ss.; Corte d'appello di Torino, sentenza del 4 dicembre 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, c. 441 ss., con nota di L. Franco, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*; su cui G. Palmeri, *Riflessioni a margine della pronuncia della Corte d'Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA*, *ivi*, II, c. 241 ss., che ha analizzato il caso di nato da p.m.a. da due donne unite in matrimonio in Spagna, di cui una fornitrice dell'ovulo e l'altra partoriente; Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit. Nota opportunamente R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus civile*, www.juscivile.it, 2016, p. 199 ss., che «la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi, dove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore: affidamento del figlio, in sede di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale; affidamento familiare, *ex art. 4*, legge n. 184/1983, ad una coppia omosessuale; riconoscimento dello *status filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità». *Contra* Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 17 settembre 2016, in *Articolo 29*, www.articolo29.it, con nota di S. Stefanelli, *Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Trib. Minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261*, su cui concorda l'autorevole opinione di G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 2, p. 171 ss.: Id., *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, p. 79 ss. La decisione è stata riformata da Corte d'appello di Milano, sezione Minori, sentenza del 9 febbraio 2017, in *Articolo 29*, www.articolo29.it, con nota di M. Gattuso, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*.

45 Distingue opportunamente le questioni che si pongono «a monte» della gestazione per altri, ossia con riferimento alla regolamentazione vigente ed alle condizioni nelle quali sarebbe innovabile, compatibilmente con l'assetto valoriale che caratterizza l'ordinamento, e problemi che si manifestano «a valle» di concrete esperienze nelle quali il minore è nato grazie a tale tecnica e non è «possibile respingere un fatto, tanto più se da esso è nato un essere umano», A. Lorenzetti, *Coppie same sex e procreazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e sfide*, M. Azzalini, Ariccia, Aracne, 2015, p. 75 ss.

assunti tale responsabilità per atto volontario, costitutivo dello *status*, o che comunque l'hanno messo al mondo, in caso di procreazione senza ausili medici.

De iure condendo, al pari di quanto previsto con riguardo allo stato dei figli parentali, ferma la sanzione penale comminata ai genitori, sembrerebbe opportuno introdurre uno strumento di vaglio giudiziale del riconoscimento o della dichiarazione di nascita dei nati da surrogazione di maternità, restandone, nell'attesa, affidata la costituzione e la rimozione del relativo *status* all'ordinario regime delle azioni di stato.

Giuditta Brunelli*

Un giudice *a quo* consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)

Sommario

1. Una *quaestio* sui diritti del bambino nato da surrogazione di maternità – 2. La risposta del giudice all'eccezione di parte – 3. Le declinazioni della *dignità* della donna gestante per altri – 4. Il *concreto* interesse del minore e i poteri interpretativi del giudice – 5. L'ordine pubblico internazionale

Abstract

Il saggio analizza alcuni problemi legati al divieto penale di maternità surrogata vigente nella legislazione italiana. Esso si sofferma, in particolare, sul tema della “dignità” della donna gestante per altri e sui concetti giurisprudenziali di interesse del minore e di ordine pubblico internazionale.

The essay analyses some problems connected with the ban on surrogacy in Italy. It focuses, in particular, on the “dignity” of the surrogate mother and on the notion of “best interests of the child”.

1. Una *quaestio* sui diritti del bambino nato da surrogazione di maternità

La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano non concerne «la liceità della pratica della surrogazione [di maternità], ma i diritti del bambino da tale pratica nato»¹. Infatti, l'eccezione della parte (la madre d'intenzione), riferita alla *assolutezza* del divieto di cui all'art.12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004, secondo il giudice «non assume rilevanza alcuna nel caso di specie», essendo invece prospettabile una diversa questione (sollevata d'ufficio) «che pone al centro l'interesse del nato da ricorso a surrogazione di maternità effettuata all'estero, secondo le leggi del paese dove quella pratica è consentita, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita». Dubbio, questo, che deriva dalla formulazione dell'art. 263 c.c., il quale non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso. Ciò deri-

* Ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Ferrara.

1 Ordinanza della Corte d'appello di Milano del 25 luglio 2016, Reg. ord. n. 273 del 2016, in G.U. del 25/01/2017, n. 4. Il brano citato si trova al punto n. 22 dell'ordinanza, che prosegue sottolineando come la prospettiva dei diritti del minore nato da pratica di surrogazione sia «efficacemente sintetizzata dalla decisione di una Corte californiana (caso *Re Buzzanca*, *Superior Court of California – Family Law Division* 27 agosto 1997) con le parole “... the baby is here. All that matters is what is the best for him now that he is here and not how he is arrived ...”». Su tale decisione vedi M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, n. 1/2017, 20 ss.

verebbe dal diritto vivente consolidato nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che esclude possa ravvisarsi un conflitto tra *favor minoris* e *favor veritatis*, impedendo alla Corte milanese di esplorare soluzioni ermeneutiche alternative²

Nonostante questa precisa identificazione della *quaestio*, incentrata, come sempre accade negli interventi dei giudici in questa materia, sulla ricerca di «un'ordine nell'intricato sovrapporsi di diritti ed interessi che traggono origine» dalla surrogazione di maternità³, avendo come criterio-guida l'attuazione del concreto interesse del minore, in larga misura l'ordinanza di rinvio è dedicata proprio ai profili problematici posti da tale controverso – e sempre più diffuso – fenomeno. Al punto che il provvedimento del giudice potrebbe essere distinto in due parti: nella prima, assai ampia, si esaminano (e sostanzialmente si condividono) i dubbi di costituzionalità avanzati dalla parte⁴, concludendo tuttavia che i profili di incidenza del divieto assoluto di ricorso alla pratica della surrogazione di maternità sui (numerosi) principi costituzionali considerati non sono idonei a fondare il prospettato dubbio di legittimità «se riguardati in più ampia e doverosa prospettiva, ossia considerando se quel divieto possa rappresentare strumento necessario per garantire altri valori costituzionali di pari grado, a fronte dei quali risulti giustificata la limitazione legislativa dei diritti (...) richiamati, pure costituzionalmente garantiti». Una seconda parte è dedicata invece alla prospettazione della questione di costituzionalità relativa all'art. 263 c.c., che impedisce al giudice di apprezzare i caratteri della fattispecie alla sua attenzione, assicurando adeguata tutela agli interessi coinvolti, e in particolare all'interesse del minore.

Di grande rilievo i temi affrontati nell'ordinanza. Tra questi, i (possibili) profili di contrasto con la Costituzione del divieto assoluto di maternità surrogata, i caratteri (e la qualificazione) del c.d. turismo procreativo, la *dignità* della donna gestante per altri, la nozione di interesse del minore e il concetto di ordine pubblico internazionale. Prima di esaminare – brevemente – queste problematiche, vorrei proporre alcune considerazioni riguardanti i contenuti del provvedimento giurisdizionale in commento in rapporto ai caratteri del processo costituzionale.

2. La risposta del giudice all'eccezione di parte

Ci si potrebbe chiedere, infatti, perché tanto spazio, e tanta analitica considerazione, per un tema (la maternità surrogata) non rilevante nel caso di specie. A mio avviso, due sono le risposte: una, di carattere tecnico, legata appunto alla struttura del giudizio in via incidentale, e una di carattere latamente "politico", connessa al rilievo del tema nel dibattito pubblico (con le inevitabili ricadute – attuali e future – sul piano giudiziario).

Quanto al primo aspetto: si conferma qui l'esatta intuizione di Gustavo Zagrebelsky circa il significato pregnante della duplicità di iniziative (di parte e del giudice *ex officio*) nel giudizio incidentale. Per le parti, «la questione si configura come strumento di difesa di diritti e interessi costituzionalmente protetti, conformemente al diritto di azione in giudizio garantito dall'art. 24 co. 1 Cost.⁵ Tale diritto di azione è diretto presso il giudice *a quo* e indiretto (tramite questi) presso la Corte costituzionale. Con la questione di costituzionalità, le parti agiscono per la tutela dei propri *iura*, contro la *lex* (ritenuta) incostituzionale». Il giudice, invece, sollevando la questione di legittimità costituzionale, «non solo si preoccupa di un'astratta coerenza dell'ordinamento, ma difende una posizione che gli è garantita, quella non di burocratico esecutore della legge, ma di interprete e garante di un più profondo significato del diritto,

- 2 Viene così dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., e in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU.
- 3 G. Luccioli, *Introduzione a La maternità surrogata. Definizione, forme, dimensione sociale, bioetica e giuridica*, Incontro di studio organizzato dall'ADMI in Roma il 17 marzo 2017, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, n. 1/2017, 6.
- 4 È interessante osservare che anche il curatore speciale del minore, pronunciandosi per il rigetto delle domande di merito, ha chiesto al giudice, in via subordinata, di sollevare la questione di costituzionalità proposta dall'appellante, in relazione a tutte le norme da questa richiamate, prospettando l'ulteriore profilo di illegittimità costituito dalla discriminazione di genere (vedi *infra*, par. 3).
- 5 Con l'ulteriore precisazione che, come la Corte costituzionale ha ribadito più volte, la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali costituisce uno dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»: si veda, ad esempio, la notissima sentenza n. 238 del 2014, in materia di immunità giurisdizionale degli Stati. Sull'uso della dottrina dei "controlimiti" in tale pronuncia vedi P. Veronesi, *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2017, p. 197 ss.

in uno stato retto da una costituzione rigida»⁶. Ebbene, queste sintetiche ma incisive affermazioni ci consentono di leggere in modo corretto il provvedimento milanese: in coerenza con quanto richiesto dall'art. 24 della legge n. 87 del 1953, il giudice ha respinto l'istanza di parte con una ordinanza «adeguatamente motivata», proprio perché, trattandosi dell'esercizio di un diritto fondamentale, occorre circondare di cautele l'atto che lo impedisce⁷ (tanto più che, com'è noto, si tratta di ordinanza non impugnabile). Vi è poi, un secondo aspetto, culturale e *lato sensu* "politico": proprio perché il giudice, come si è detto, è «interprete e garante» di un profondo significato del diritto, ha una posizione istituzionale di «intermediarietà tra legge e costituzione, che rinvia al diritto come temperamento di *lex* e *ius*»⁸, è del tutto legittimo che esso contribuisca, attraverso la motivazione dei provvedimenti che adotta, alla formazione di correnti interpretative plurali in seno alla società, e ciò in particolare quando si tratti di far emergere la "geografia" degli interessi in conflitto in ambiti sui quali manchi un *ethos* condiviso e l'intervento legislativo sia assente o si sia rivelato carente. Insomma, anche dalle motivazioni delle pronunce dei giudici può emergere quella «pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea»⁹ che il legislatore non può ignorare nel momento in cui si trova a regolare materie controverse, tanto più quando siano in gioco interessi di soggetti terzi esposti ad effetti lesivi di scelte individuali altrui. Detto altrimenti, il discorso pubblico relativo a pratiche oggetto di dibattito, talora assai aspro, sul piano etico, si nutre dell'apporto di una molteplicità di attori sociali, e tra questi un ruolo rilevante è assegnato alla giurisdizione. Di ciò appare consapevole la Corte milanese, che, nel respingere l'eccezione di legittimità costituzionale avanzata dalla parte, non rinuncia a proporre argomentate linee interpretative su un tema di assoluto rilievo, che interroga «le condizioni del generare e del nascere»¹⁰.

3. Le declinazioni della *dignità* della donna gestante per altri

Nell'ordinanza si legge che il divieto di surrogazione di maternità, denunciato dalla difesa dell'appellante e dal curatore, può in effetti «apparire in contrasto, sotto più profili» con i parametri costituzionali addotti. L'elenco è tutt'altro che breve. Viene prima di tutto evocato l'art. 3: a) per la *discriminazione subita dalle coppie* i cui problemi di sterilità/infertilità incidono sulla possibilità di gestazione, e che «solo derogando al divieto potrebbero avere un figlio per via naturale, geneticamente riconducibile ad almeno uno dei partner»; b) per la *discriminazione di genere*, dopo la rimozione del divieto di fecondazione eterologa in seguito alla sentenza n. 162 del 2014. Oggi, infatti, mentre è consentito ad un uomo completamente sterile di poter ricorrere alle tecniche riproduttive e di poter riconoscere come proprio un figlio per effetto della donazione di gameti, la stessa possibilità non è riconosciuta ad una donna che non possa portare a termine una gravidanza; c) per la *discriminazione economica* sofferta da coloro che restano esclusi dal «turismo procreativo» legato alla «fragilità, in un contesto globale, del rigido strumento normativo della proibizione assoluta a fronte della diffusione all'estero del ricorso alla *surrogazione di maternità*». Viene in tal modo negato «di fatto» l'esercizio del «diritto di formare una famiglia con figli propri alle coppie prive delle risorse finanziarie per fare ricorso alla pratica della surrogazione in altri paesi». E subito viene alla mente, a questo proposito, quanto si legge nella citata sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, in materia di fecondazione eterologa, circa l'ingiustificato diverso trattamento, da parte della disciplina in quel caso censurata, «delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fonamen-

6 G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, p. 188.

7 G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 206 (l'A. sottolinea, fra l'altro, che di regola le ordinanze nel processo sono invece «succintamente motivate» ex art. 134 c.p.c.).

8 G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 188.

9 Così la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2000, in materia di «buon costume» (n. 3 del *Considerato in diritto*).

10 Così G. Sorrenti, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc.2/2017, p. 8, con riferimento (oltre che alla maternità surrogata) alla sperimentazione sugli embrioni crioconservati, su cui si è di recente pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 84 del 2016, che ha rinviato ad una piena ed integrale discrezionalità del legislatore in materia, escludendo la possibilità di una sentenza di accoglimento di tipo additivo (sia a dispositivo specifico che generico). Per Sorrenti, una siffatta integrale e incondizionata *delega al legislatore*, «oltre a trascurare l'incidenza dei principi costituzionali coinvolti, negli scenari aperti dall'avvento delle bio-tecnologie suscita anche altri interrogativi. Proprio dove le ricadute etiche di certe pratiche sono particolarmente evidenti, il rimando, in mancanza di una percezione comune di quali esse siano, alla piena discrezionalità delle assemblee rappresentative solleva (...) perplessità legate al rapporto tra politica, scelte di maggioranza ed etica» (p. 7).

tale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi». Ciò non rappresenta «un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»¹¹.

Proprio alla decisione costituzionale del 2014 si riferisce poi l'ordinanza di rimessione laddove osserva che il divieto di surrogazione di maternità, impedendo alla coppia, impossibilitata alla gestazione a causa di una patologia della donna, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli, si pone in contrasto con gli artt. 2, 3 e 31 Cost., «norme nelle quali la Corte costituzionale ha radicato la fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima e intangibile della persona umana». Con l'ulteriore precisazione che, come affermato proprio nella sentenza n. 162, l'ordinamento considera con favore il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli «anche indipendentemente dal dato genetico», non costituendo la provenienza genetica «un imprescindibile requisito della famiglia stessa»¹².

Infine, si ipotizza un contrasto tra il divieto normativo in esame e il diritto alla salute tutelato dall'art. 32 Cost., potendo le problematiche riproduttive influire sulla salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia e quindi sui loro reciproci rapporti.

Un vero e proprio *cahier de doléances*, quello stilato dalla Corte d'appello. Eppure, i numerosi (e argomentati) profili di possibile incostituzionalità del divieto di maternità surrogata non appaiono al giudice idonei a fondare il prospettato dubbio di illegittimità dell'art. 12, sesto comma, legge n. 40 del 2004, dovendo tale previsione normativa entrare in bilanciamento con altri valori costituzionali di pari rango. Valori che non consistono né nel diritto del nato da surrogazione a conoscere la propria identità genetica (essendo immaginabile un accesso alle informazioni genetiche e biologiche, nei limiti e secondo le indicazioni fornite dalla Corte con riferimento al nato da fecondazione eterologa)¹³, né nell'interesse di questo a non subire un pregiudizio dalla rottura del legame instaurato durante la gravidanza con la donna gestante (dal momento che le ricerche svolte nei paesi in cui la surrogazione è consentita e regolamentata non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo dei bambini nati da tale pratica rispetto a quelli nati da concepimento naturale o da ovodonazione). Ciò che rileva è, invece, la lesione della *dignità* della donna gestante, declinata in diversi aspetti: come «principio che permea l'intero patto costituzionale fondato sulla centralità dell'essere umano, considerato, in quanto tale e nella sua vita di relazione, sempre *fine* e non mai *mezzo*, principio che inerisce, integrandosi, ai diritti fondamentali, dai quali diventa inscindibile». La violazione della dignità della donna viene posta in rapporto alla «mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, conseguente alla commercializzazione della relazione con i committenti» e con la salvaguardia del *diritto di autodeterminazione* «riconosciuto alla donna – il cui corpo e la cui soggettività sono centrali nelle relazioni procreative – dal nostro ordinamento che, proprio in relazione alle scelte di genitorialità, a lei attribuisce parola definitiva in ordine alla decisione di interruzione della gravidanza, nei casi consentiti, e in ordine alla decisione di non voler essere nominata». Non siamo, dunque, di fronte alla nozione generica ed ambigua di dignità umana di cui spesso si abusa in dottrina e in giurisprudenza, capace – nella sua astrattezza – di esprimere concezioni valoriali anche antitetiche tra loro (si pensi al caso del fine vita), ma ad un paradigma «sostanzialmente inautonomo rispetto a più precisi paradigmi costituzionali che, di volta in volta, gli danno sostanza»¹⁴. Ciò significa, tra l'altro, che la dignità non è affatto un «baluardo insormontabile»¹⁵, ma che può e deve essere bilanciata con altri valori costituzionali. Il che consente alla Corte milanese di affer-

11 Sentenza n. 162 del 2014, n. 3 del *Considerato in diritto*.

12 Sentenza n. 162 del 2014, n. 6 del *Considerato in diritto*.

13 Sul quadro normativo vigente relativo al diritto all'identità genetica vedi la più volte menzionata decisione n. 162 del 2014, n. 12 del *Considerato in diritto*. Di sicuro rilievo, al riguardo, è la sentenza n. 278 del 2013, in materia di parto anonimo, nella quale si legge che, accanto alla salvaguardia della vita e della salute della madre e del neonato, posti alla base di una scelta di sistema volta a favorire la genitorialità naturale, anche «il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo del sistema costituzionale di tutela della persona (...)». Tale bisogno di conoscenza costituisce «uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale» (n. 4 del *Considerato in diritto*).

14 M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, Jovene, 2009, p. 1065. Secondo l'A., «non si può che mostrare ammirazione per i Costituenti italiani, che hanno menzionato la dignità umana solo al comma 2 dell'art. 41, valendosene come di una mera formula riassuntiva del complesso dei diritti individuali potenzialmente contrapposti agli interessi della produzione e limitandosi a introdurre tra i principi fondamentali il ben più preciso paradigma della (pari) dignità sociale, che (...) è cosa assai diversa dalla astratta dignità umana ed esprime compiutamente la positiva determinazione e specificazione storica del concetto» (p. 1066).

15 M. Luciani, *Positività*, cit., p. 1065.

mare che «potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fossa consentito, come scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso in condizioni di consapevolezza, alla pratica “relazionale” della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile¹⁶ e che, sempre e comunque, le garantisce un “ripensamento”, ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino, non potendosi imporre alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre. Solo in tale cornice, che consentirebbe di diversamente apprezzare i diritti dei soggetti coinvolti, potrebbe ritenersi non manifestamente infondato il prospettato dubbio di costituzionalità». Ma si tratta di una prospettiva estranea alla fattispecie sulla quale il giudice è chiamato a pronunciarsi, dove la surrogazione si è svolta nel contesto di un mercato all'epoca deregolato (in India), in mancanza di garanzie effettive di soggettività e libertà della donna che ha portato avanti la gravidanza, consegnando dopo il parto il bambino agli *intended parents*.

4. Il concreto interesse del minore e i poteri interpretativi del giudice

La dignità a cui si riferisce il giudice *a quo* non è dunque astratta, ma *relazionale*, pienamente inserita «nei rapporti della vita, considerati nella loro concreta conformazione» (per usare le parole della Corte costituzionale in una famosa sentenza relativa al principio di eguaglianza)¹⁷. Questo cruciale elemento di concretezza innerva altresì la nozione di *interesse del minore* sulla cui base viene formulata la *questio* relativa all'art. 263 c.c. Ciò emerge anche da un preciso dato terminologico: nell'ordinanza non si utilizza la consueta espressione «superiore interesse del minore»¹⁸, che, facendo riferimento non agli “interessi” (plurali e diversificati) ma ad un astratto “interesse” del minore, finisce per produrre una cristallizzazione della clausola generale, limitandone l'elasticità interpretativa e trasformandola in una sorta di clausola di stile, spesso produttiva di pronunce giurisprudenziali seriali, motivate in maniera sommaria, nelle quali l'interesse del minore finisce per prevalere sempre e comunque su altri diritti e interessi che pure reclamano protezione costituzionale (il che poi significa snaturare – se non addirittura negare – il giudizio di bilanciamento). Ci si riferisce, invece, alla «ricerca di una soluzione che garantisca l'effettiva attuazione, non di un interesse astratto e preconetto, ma come ricerca del *best interest*, cioè dell'interesse concreto di “quel” minore che, nel singolo caso sottoposto a valutazione, è destinatario di un provvedimento». E in più passaggi della motivazione si ritrovano espressioni come «concreto ed effettivo interesse, alla luce della (...) vicenda esistenziale e del contesto personale» del minore; «valutazione in concreto dell'interesse del minore»; «ricerca del concreto interesse del minore in tema di relazioni familiari»; «concreto interesse del minore come correttivo del principio di verità»; per concludere che «non è manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità di una norma che non prevede, e non consente nella sua univoca interpretazione, di valutare il concreto interesse del minore a mantenere, o a perdere, l'identità relazionale e lo *status* di una riconosciuta filiazione materna, e che impedisce quindi che quell'interesse possa essere effettivamente realizzato con l'ampiezza di tutele e garanzie riconosciute da plurimi principi costituzionali a ogni persona, ai figli, e, a maggior ragione, ai minori, soggetti più deboli nel contesto sociale e familiare».

È proprio questo sguardo rivolto alla realtà delle relazioni umane che induce la Corte milanese a chiedere al giudice costituzionale di rendere la disposizione impugnata più flessibile, adattabile alla peculiarità dei casi, attraverso il riconoscimento al singolo giudice dei margini di discrezionalità necessari ad incorporare l'effettivo interesse del minore tra i criteri-guida della sua decisione. In modo non dissimile, in fondo, da quanto accade allorché la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità degli “auto-

16 Una cauta apertura alla riflessione su forme “non mercantili” di surrogazione di maternità è contenuta anche nella sentenza della Corte di cassazione, Sez. I civile, n. 24001/2014, che pure esprime un atteggiamento di sostanziale chiusura nei confronti di tale pratica: «nemmeno rileva qui domandarsi – scrive la Suprema Corte – se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame».

17 Sentenza n. 163 del 1993, n. 3 del *Considerato in diritto*.

18 E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, p. 77 ss., sottolinea il carattere improprio della traduzione dell'espressione inglese come «preminente» o «superiore» interesse del minore (accolta anche nella versione italiana ufficiale della Carta dei diritti dell'Unione europea, all'art. 24), dato che la versione originale parla di *interests* al plurale (con riferimento ai vari interessi/esigenze/bisogni di ogni minore) e che *best*, in quanto superlativo relativo di *good*, significa in realtà «i migliori», cioè i più significativi, i più importanti.

matismi legislativi”, di quelle previsioni – cioè - «che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile», non permettendo al giudice «di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione»¹⁹. Non a caso, spesso è la necessità di dare specifico risalto all’interesse del minore a determinare l’accoglimento della questione: si pensi alla sentenza n. 303 del 1996, relativa al divario di età tra adottante e adottato che, in base alla legge, non poteva superare in nessun caso il limite dei 40 anni; alla sentenza n. 31 del 2012, di censura di una disposizione legislativa che prevedeva la perdita automatica della potestà per il genitore che avesse commesso il delitto di alterazione di stato; alla sentenza n. 7 del 2013, sull’illegittimità del medesimo automatismo previsto per il genitore condannato per il delitto di soppressione di stato²⁰. In tutte queste decisioni, il principio della valutazione dell’interesse del minore, affidato al giudice nel caso concreto, è inserito nel dispositivo, che in qualche modo “riscrive” la disposizione impugnata.

Nell’ipotesi qui in commento, si potrebbe forse osservare che il diritto vivente ricostruito nell’ordinanza di rinvio, il quale non consente alla Corte d’appello di esplorare soluzioni ermeneutiche conformi al testo costituzionale²¹, si pone come una sorta di automatismo legislativo *di origine giurisprudenziale*, potenzialmente lesivo dell’interesse del minore. E si può forse immaginare una risposta della Corte costituzionale nei termini di una decisione a valenza interpretativa, che estenda i margini di intervento del giudice a tutela di diritti soggettivi concernenti lo *status* e l’identità delle persone.

5. L’ordine pubblico internazionale

Tale soluzione, ad avviso della Corte remittente, non si porrebbe in contrasto con l’ordine pubblico, dovendosi aver riguardo, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, all’*ordine pubblico internazionale*, assumendo «rilievo l’esistenza di paesi, anche della compagine europea, che consentono il ricorso alla pratica della *surrogazione di maternità*». Il riferimento è alla sentenza n. 24001/2014 della Cassazione civile, Sez. I, pure ispirata ad una concezione di ordine pubblico virtualmente limitativa – almeno in taluni casi controversi - dei diritti individuali: essa, infatti, precisa come l’ordine pubblico internazionale, limite posto dall’ordinamento interno all’ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna, non possa «ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale», ma comprenda «anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», anche se nella individuazione di tali principi «l’ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale e sovranazionale». Ciò premesso, la Suprema Corte osserva che l’ordinamento italiano, per il quale è madre colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c. c.), contiene un espresso divieto di surrogazione di maternità (art. 12, sesto comma, legge n. 40 del 2004), il quale «è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta a presidio di beni giuridici

19 M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, p. 12.

20 Si pensi altresì alle decisioni costituzionali di accoglimento relative ad automatismi legislativi lesivi della posizione giuridica di minori figli di madri detenute: in argomento vedi L. Pace, *Premminente interesse del minore e automatismi preclusivi alla luce della sentenza n.76/2017*, in *Studium Iuris* (in corso di pubblicazione). Per un’ lettura della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi non come “luogo” in cui la Corte censura la discrezionalità legislativa, ma come orientamento posto a difesa del ruolo e della funzione dell’autorità giurisdizionale, vedi A. Pugiotto, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in corso di pubblicazione negli R. Romboli (a cura di), *Atti della tavola rotonda in memoria di Alessandro Pizzorusso*, tenutasi a Pisa il 15 dicembre 2016, par. 5.

21 La Corte milanese richiama in modo analitico una serie di pronunce costituzionali e di legittimità dalle quali emerge che il *favor veritatis* si pone, con riferimento all’impugnazione del riconoscimento del minore per difetto di veridicità, quale diritto vivente non superabile. Al riguardo, la Corte costituzionale ha più volte affermato, e di recente ribadito, che «la possibilità di un’ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell’esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità» (sentenza n. 180 del 2017, n. 3.3 del *Considerato in diritto*).

fondamentali» (nel caso di specie, la dignità umana della gestante, l'istituto dell'adozione²², il superiore interesse del minore).

Ben diversa è la nozione di ordine pubblico internazionale contenuta nella sentenza della Cassazione civile, Sez. I, n. 19599/2016 (di poco successiva all'ordinanza milanese), per la quale il (pur sempre necessario) legame con l'ordinamento nazionale «è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione (...), ma anche – laddove compatibili con essa (...) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo». In altri termini, «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei *principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale*», nei «*valori costituzionali primari*». In questa chiave, la regola secondo cui è madre colei che ha partorito «*non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale*»²³, sicché, nel caso esaminato dalla Cassazione, «è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che il bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola». È evidente che questa interpretazione conduce ad una maggiore apertura dell'ordinamento nazionale agli atti giuridici stranieri, che sembrano in definitiva arrestarsi soltanto quando si pongano in contrasto con i cosiddetti *controlimiti*. Essa, segnando un ulteriore «allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei»²⁴, potrebbe corroborare il dubbio di legittimità costituzionale espresso dal giudice remittente.

-
- 22 Con cui «la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo tra le parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato» (nel caso di specie si trattava di un nato da surrogazione di maternità privo di legame biologico con entrambi i componenti della coppia committente).
- 23 Ad avviso della Corte, anzi, è da condividere l'intuizione di una parte della dottrina, secondo la quale l'art. 269, terzo comma, c.c., è norma riguardante la prova della maternità (come conferma il secondo comma della stessa disposizione, a termini del quale «la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo»).
- 24 Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 19599/2016. Espressione del medesimo orientamento è la successiva sentenza della Cassazione civile, Sez. I, n. 14878/2017, che trova il proprio immediato precedente proprio nella pronuncia del 2016, riguardando anch'essa una fattispecie - pur parzialmente diversa - di trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, da cui risultava la nascita del figlio da due madri. In entrambi i casi, peraltro, la Corte ha precisato come si versasse in ipotesi diverse dalla maternità surrogata, trattandosi di una tecnica simile alla fecondazione eterologa, in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto).

Silvia Niccolai*

Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia

Sommario

1. I dubbi intorno al divieto di surrogazione di maternità – 2. La distinzione, falsante, tra gpa “altruistica” e “commerciale” – 3. Un divieto non ‘assoluto’ ma ben calibrato contro la formazione di un mercato della surrogazione di maternità – 4. La surrogazione di maternità non è una tecnica di procreazione assistita – 5. Distinzioni ragionevoli – 6. *Segue*: In particolare: gpa e adozione – 7. La vera fonte del divieto di *surrogacy*: il principio *mater semper certa* – 8. L'efficacia del divieto – 9. Il bene protetto: essere persona sin dalla nascita – 10. L'interesse del bambino – 11. Il *favor veritatis* – 12. Tra le due sentenze “Campanelli”: il tempo di una maturazione

Abstract

Il divieto di gpa in Italia non è assoluto, non è discriminatorio, non è la causa del turismo procreativo e soprattutto, non ha la sua fonte nella legge sulle PMA, ma nel principio *Mater Semper Certa*, che garantisce a ogni nato la titolarità di almeno una relazione, quella con la madre, di cui nessuno può disporre, a meno che non siano in gioco interessi basilari come quello alla vita o alla salute della madre o del bambino. Altrimenti ogni nuova piccola vita sarebbe esposta all'arbitrio dei grandi, e di tutti coloro che hanno potere, mentre lei non ne ha. *Mater Semper Certa* non riguarda solo le donne né solo i bambini: riguarda l'intitolazione di ogni essere umano a essere considerato soggetto a pieno titolo, detentore di una propria identità e di proprie relazioni, indisponibili, sin dal momento del suo venire al mondo.

The prohibition of GPA in Italy is not absolute, it is not discriminatory, and it is not the cause of procreative tourism. Last but not least, it is not established by the legislation on PMA, but by the Mater Semper Certa principle. This latter says that every new born holds at least one relationship, with her mother, and that this relationship it is not at the disposal of anyone, unless interests of the same degree are at stake, as the life or health of the mother or child. Why? Because otherwise, every new little life would be exposed to the will of the adults, to the will of those who have power, while she has not. Mater Semper Certa is not about women or children only: it is about the entitlement of every human being to be considered a subject, endowed with identity and relationships, from the very moment she comes to the world.

1. I dubbi intorno al divieto di surrogazione di maternità

Con l'ordinanza che è qui in commento, la Corte d'appello di Milano solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non consente al giudice di accogliere l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità solo se la ritenga rispondente all'interesse del minore. Nel giudizio *a quo* il curatore speciale del minore chiedeva la dichiarazione di inefficacia del riconoscimento, effettuato dalla madre committente, come proprio figlio naturale di un bambino nato per via di maternità surrogata praticata in India, concepito con materiale genetico del compagno, poi

* Ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Cagliari.

marito, della donna, e per il resto “portatore di un patrimonio genetico indiano al 50%”. L’ordinanza dedica ampio esame anche al dubbio di costituzionalità, prospettato dalle parti, del divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge n. 40 del 2004, art. 12/6.

Sebbene il giudice concluda per l’irrelevanza della questione, dato che la vicenda in causa originava da una surrogazione ‘commerciale’, intorno al cui divieto non dubita, gli argomenti che l’ordinanza dedica al tema, tra loro connessi, e tutti ricorrenti nell’odierno dibattito sulla c.d. gestazione per altri, meritano di essere raccolti e discussi, anche perché non estranei alla questione sollevata.

Secondo il giudice remittente la fonte del divieto di surrogazione di maternità è la legge n. 40 del 2004; il divieto è sproporzionato, perché ‘assoluto’, in quanto colpisce la gpa in tutte le forme, ossia tanto se ‘commerciale’ quanto se ‘altruistica’; è inefficace, perché è privo di sanzioni penali nei confronti delle persone che ricorrono alla gpa all’estero, è lesivo dell’eguaglianza, in primo luogo perché incoraggia il ‘turismo procreativo’ e sfavorisce le persone che non hanno sufficienti risorse economiche per avvalersene; in secondo luogo perché nega la possibilità di far ricorso a questa particolare ‘tecnica di fecondazione assistita’ alle coppie il cui peculiare quadro clinico la rende l’unico modo di avere una famiglia con figli; è discriminatorio, per motivi di genere, perché impedisce alla donna, che sia incapace sia di produrre ovociti sia di condurre una gravidanza, di riconoscere come proprio figlio un bambino da altra donna partorito, laddove l’uomo che consenta alla fecondazione eterologa della compagna diventa padre legale del figlio da lei partorito.

Pertanto, ragiona la Corte d’appello, occorrerebbe sostituire il divieto con una ‘buona legge’ che tuteli la donna e il minore, legge della quale l’ordinanza non si esime dall’illustrare le grandi linee. Secondo il giudice, infatti, i soli interessi che possono essere danneggiati dalla gpa sono quelli della donna che vi si sottopone, in quanto la sua dignità è offesa dall’essere i suoi comportamenti procreativi resi oggetto di un contratto; e dell’infante, in quanto la gpa può danneggiare il suo interesse a conoscere le proprie origini. Quest’ultimo sarebbe l’unico, tra quelli in ipotesi facenti capo al minore, minacciato dalla gpa (non viene infatti dato credito all’idea che la salute fisica o psichica del nato possa essere lesa) e viene considerato comunque recessivo – è la stessa questione di legittimità costituzionale sollevata a dimostrarlo – rispetto all’interesse a rimanere nella famiglia in cui si trova, comunque sia sorta, con pienezza di *status filiationis*.

Il giudice fa così proprio un punto di vista che oggi ha una certa diffusione, secondo il quale la gpa motivata da ragioni economiche è qualche cosa di negativo, mentre quella ‘altruistica’ ossia, si intende dire, non retribuita, può essere qualche cosa da valutare positivamente, ma è irragionevolmente impedita dalla legge 40.

2. La distinzione, falsante, tra gpa “altruistica” e “commerciale”

Per saggiare la consistenza di questo punto di vista, è utile partire dal ricordare che l’espressione ‘surrogazione di maternità’, utilizzata dalla legge n. 40/2004, significa che una donna conduce una gravidanza, e partorisce, al posto di un’altra (che è la vera e propria madre surrogata), rinunciando alla propria qualità di madre del bambino, che viene invece acquistata dalla committente, in forza di accordi anteriori o successivi alla nascita.

La rinuncia alla qualità di madre da parte della partorientente è il tratto che accomuna le fattispecie in cui la maternità surrogata in concreto si può presentare¹, e dove la donna: 1) concepisce e quindi porta a termine in modo naturale una gravidanza originata dalla fecondazione dei propri ovuli col seme paterno (cd. surrogazione ‘tradizionale’); 2) è ‘portatrice’ dell’ovulo fecondato di un’altra, che può essere o meno la madre committente (cd. surrogazione ‘gestazionale’); 3) interviene non per sostituire un’altra donna, ma in favore di un *single* o di una coppia di maschi omosessuali (situazione dal diffondersi della quale è invalsa la dizione ‘gravidanza per altri’); 4) sostituisce un’altra donna non sterile ma che, e per motivi i più vari (estetici, di carriera), non vuol intraprendere la gravidanza (una surrogazione che si potrebbe definire ‘di convenienza’).

Nel dibattito corrente si è diffusa la distinzione, che il giudice milanese fa propria, tra surrogazione ‘commerciale’ quando la donna opera dietro compenso, e surrogazione ‘altruistica’, quando la donna agisce gratuitamente, ossia, si intende, dietro un mero rimborso spese o ristoro dei costi non patrimoniali.

1 E la distingue, come giustamente ritenuto da Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, dal caso della donna lesbica che si faccia impiantare l’ovulo fecondato dalla compagna, perché la donna intende tenere come madre il figlio che partorirà e crescerlo nella coppia.

li affrontati (quali la gravidanza in sé e per sé, la sottoposizione alle cure e agli interventi, altamente invasivi e potenzialmente dannosi², necessari per realizzarla, se gestazionale; lo stress connesso al parto).

Rispetto a questa distinzione viene spesso osservato, peraltro, che anche laddove la legge consente la *surrogacy* solo se gratuita i rimborsi o i ristori costituiscono un compenso, una foglia di fico che nasconde le motivazioni economiche che, nella maggior parte dei casi, spingono una donna a sottoporsi a una esperienza di questa natura³.

Soprattutto, la distinzione tra surrogazione gratuita e commerciale non toglie che anche qualora la donna operi 'gratuitamente', qualcuno che lucra sui suoi 'servizi gestazionali' c'è comunque, e sono gli intermediari: le agenzie, gli studi legali, le cliniche, vale a dire la rete dei soggetti che, a pagamento, forniscono le prestazioni necessarie alla realizzazione della surrogazione, a partire dall'incontro della domanda con l'offerta. Nel mercato della surrogazione sono infatti offerti anche servizi 'gratuiti' di donne spinte dalla loro generosissima natura a desiderare di avere figli per altre persone, prima ancora di conoscerle e, talvolta, senza neppure mai conoscerle.

Il carattere 'gratuito' o 'oneroso' della prestazione della donna non cambia dunque che la surrogazione di maternità intervenga all'interno e come risultato di una rete commerciale di intermediazione, ossia di un mercato. Perciò, è possibile ritenere che ciò che rende la surrogazione 'commerciale' sia il suo avvenire in un contesto di mercato, e non, come invece opina il giudice milanese, il fatto in sé che la donna sia pagata invece che rimborsata.

Il carattere commerciale della surrogazione è escluso, allora, soltanto quando il contesto di mercato non c'è, ovverosia quando essa ha luogo in quelle situazioni, dette 'di prossimità', che non presuppongono alcun tipo di intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali, e di questo mi pare consapevole la legge n. 40/2004.

3. Un divieto non "assoluto" ma ben calibrato contro la formazione di un mercato della surrogazione di maternità

Il divieto di cui alla legge 40, infatti, anche tenuto conto della sua formulazione letterale⁴, può essere inteso come volto a colpire precisamente l'intermediazione commerciale nella surrogazione di maternità.

Così interpretando, si può ritenere che, oggi come ieri, quanto nella vigenza della legge n. 40/2004 quanto anteriormente, il nostro ordinamento non punisce e non reprime (pur senza approvarli né incoraggiarli) i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate. Si tratta di accordi che, a mio giudizio e secondo intendimenti diffusi prima dell'intervento della legge n. 40/2004, sono illeciti, ma non punibili (né coercibili), la cui realizzazione passa attraverso il parto anonimo da parte della donna, il riconoscimento del nato da parte del padre naturale e la sua adozione in casi particolari da parte della moglie di quest'ultimo. Questo tipo di accordi non configurano reato, in particolare non configurano aggiramento della legge sull'adozione né alterazione di stato (data la presenza del padre naturale) e rappresentano zone grigie lasciate all'autodeterminazione individuale nella prudente consapevolezza che non si può entrare nella sfera privata di una donna sindacando i motivi per cui rimane incinta, o la natura dei rapporti che la spingono a contrarre una gravidanza. Tuttavia questi accordi non possono essere teorizzati come validi, perché lesivi, in particolare, oltre che del divieto di atti di disposizione del corpo, del principio *mater semper certa* e dei vincoli che esso impone, nei confronti del nascituro, alla madre e a chiunque, e di cui dirò appresso.

Il regime giuridico della gpa in Italia mi pare dunque così articolato: la surrogazione 'di prossimità', ossia gli accordi privati, presi senza intermediazione commerciale e in forza di relazioni interpersonali esistenti, siano essi a titolo oneroso o gratuito, sono oggi, come erano ieri, negozi a causa illecita che non garantiscono alle parti il reciproco adempimento (la consegna del bambino e la corresponsione dell'eventuale compenso) ma non impediscono l'adempimento spontaneo. La surrogazione commerciale, realizzata all'interno di un mercato, sia la prestazione della donna oggetto o meno di un compenso denominato 'retribuzione', è penalmente vietata.

2 Sui quali v. L. Corradi, *Nel ventre di un'altra*, Roma, Castelveccchi, 2017.

3 Per la confutazione della maternità surrogata come dono v. da ultimo, D. Danna, *Fare un figlio per altri è giusto. Falso!*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

4 Che colpisce "chiunque in qualsiasi forma realizza organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità".

In materia di surrogazione di maternità il nostro ordinamento traccia dunque il discrimine non sul versante, opinabilissimo, del carattere 'altruistico' o commerciale della prestazione della donna, ma dell'*avvenire degli accordi in un contesto di mercato*, contesto il quale è denotato dalla presenza di intermediari.

Il divieto penale è dunque tutt'altro che 'assoluto' ma è ben calibrato intorno all'intento di precludere la formazione di un mercato della surrogazione.

4. La surrogazione di maternità non è una tecnica di procreazione assistita

Si incontrano qualche volta, in giurisprudenza, argomenti secondo i quali, siccome il divieto è posto nella legge sulla procreazione assistita, *ergo* la surrogazione di maternità è una PMA, e così par ragionare anche il giudice milanese; ben più correttamente si dovrebbe dire che il divieto penale colpisce la fornitura della surrogazione di maternità *quale tecnica di fecondazione assistita*, e vale a perimetrare, nel quadro di una interpretazione costituzionalmente orientata, la nozione di PMA ammesse e ad ammissibili nel nostro diritto.

La *surrogacy*, infatti, non è una 'tecnica' di riproduzione assistita. In primo luogo, l'intervento delle 'tecniche' (quali l'impianto dell'ovulo) non è coesistente alla surrogazione di maternità, ma serve semmai a realizzarla nella modalità 'gestazionale'⁵. In secondo luogo, la surrogazione di maternità non presuppone la sterilità della donna committente, ma, per esempio, la mera non volontà di quest'ultima di affrontare la gravidanza e il parto, per cui non è, in sé e per sé, una 'terapia'⁶ finalizzata a risolvere un problema di infertilità. In terzo luogo, anche quando realizzata con il ricorso a tecniche medico-cliniche, e motivata con la sterilità della committente, la gpa resterebbe l'unica 'tecnica' di PMA in cui non l'oggetto, ma *lo strumento* è la persona umana. Questo strumento umano è una donna estranea alla coppia e che non diventa madre del bambino che partorisce.

È qui che, a me pare, la differenza di fatto tra la surrogazione di maternità e le tecniche di procreazione assistita diventa nel nostro ordinamento differenza in diritto.

Infatti, la legge n. 40 permette l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita alle coppie, e tutte le tecniche consentite, sia quelle originariamente contemplate dalla legge, sia quelle poi ammesse grazie alla giustizia costituzionale, hanno per presupposto e per risultato che la donna, parte della coppia che accede alle tecniche, sarà colei che partorerà la creatura concepita con l'ausilio di quelle. La surrogazione di maternità invece è un processo che implica che a partorire sia una donna estranea alla coppia.

Questo elemento, in primo luogo, impedisce di considerare, nel nostro ordinamento, la surrogazione di maternità una tecnica di PMA; in secondo luogo, e di riflesso, approfondisce la ragionevolezza del divieto, il quale è coerente con la configurazione che della PMA dà il legislatore: un insieme di tecniche volte a ottenere la gravidanza e il parto della donna che fa parte della coppia richiedente, che non è scelta occasionalistica del legislatore del 2004, ma scelta coerente col criterio principe della filiazione in Italia, ovverosia il principio *mater semper certa*, l'antica *regula juris* recepita nel nostro codice civile.

5. Distinzioni ragionevoli

Dal fatto che le tecniche di PMA ammesse nel nostro ordinamento sono quelle coerenti col principio *mater semper certa*, ovverosia quelle in cui la donna, che è parte della coppia sterile, partorisce il figlio ottenuto con le dette tecniche, consegue intanto che non sono discriminatorie, ma ragionevoli, le due situazioni additate dal giudice remittente come lesive dell'eguaglianza, ciò che è vero del resto anche secondo le regole del discorso pratico⁷, che non consentono di considerare discriminatorie norme o istituti che trattano in modo diverso fattispecie che non sono tra loro analoghe.

5 Si ritiene del resto il divieto della legge n. 40/2004 colpisca solo la surrogazione 'gestazionale', v. S. Stefanelli, *Accertamento della maternità*, in *BioLawJournal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n. 2/2016, pp. 7 ss., p. 13. Il verbo "realizza" nell'art. 12, c. 6 è generalmente interpretato come riferito al personale medico.

6 Nella sentenza n. 162 del 10 giugno 2014 la Corte costituzionale vi si riferisce come a una "metodica".

7 Corte costituzionale, sentenza. n. 162/2014.

La prima tra le situazioni indicate dal giudice milanese è la ‘discriminazione di genere’ che sarebbe dovuta al fatto che nel nostro ordinamento l’uomo può diventare padre legale del figlio concepito con eterologa dalla compagna, mentre la stessa possibilità non è data a una donna che non possa portare a termine una gravidanza. Le fattispecie sono dunque, una, quella dell’uomo che per effetto della fecondazione eterologa della partner diviene padre legale del figlio *partorito da lei* e l’altra, quella della donna che diventerebbe madre legale del figlio *partorito da un’altra*. Tra le due situazioni non vi è analogia perché nel secondo caso interviene una differenza dirimente rispetto al primo: il ricorso alla gravidanza e il parto di una donna *terza ed estranea* rispetto alla coppia che crescerà il bambino.

La ‘discriminazione di genere’ di cui il giudice milanese si allarma è in realtà la logica conseguenza, da un punto di vista sistematico, dell’impostazione della nostra legislazione sulla fecondazione assistita, che è imperniata sull’ottenimento di un figlio che è figlio della coppia in quanto è partorito dalla madre, partner nella coppia committente; e cioè con una legislazione che, così concepita è a sua volta coerente – ed è quel che più conta – con un sistema normativo che individua costantemente come madre la madre di parto⁸ e razionale rispetto alla differenza dei sessi nella procreazione⁹. È dunque ragionevole che l’impossibilità di condurre a termine una gravidanza non sia nella nostra legislazione considerata equivalente – come si vorrebbe in qualche parte dell’argomentazione dell’ordinanza qui in commento – a qualunque altro impedimento alla capacità generativa. Ciò, anche considerando che la gravidanza e il parto, nel nostro diritto, non sono ‘solo’ elementi della procreazione ma anche gli elementi portanti del rapporto di filiazione e cioè, come dirò, della composizione dell’identità del nato.

6. Segue: In particolare: gpa e adozione

Ancor più ragionevole appare l’impossibilità, nel nostro diritto, di utilizzare la maternità surrogata da parte di una coppia per la quale questo sarebbe ‘l’unico modo di avere figli’, la seconda situazione lesiva dell’art. 3 Cost. di cui si discorre nell’ordinanza in commento. In questo caso il ricorso a una tecnica di PMA chiamata ‘surrogazione di maternità’ permetterebbe alla coppia di ottenere un bambino che è interamente frutto di materiali genetici e di processi riproduttivi esterni ed estranei, vale a dire che è loro figlio nel solo senso che ne hanno commissionato la nascita e intendono crescerlo.

Non solo questa ipotesi cozza contro la *ratio* delle metodiche di PMA in Italia, ammesse a condizione che sia rispettato il principio *mater semper certa*, ma essa ci mostra anche che proprio intorno al divieto di *surrogacy* sta il discrimine tra le tecniche di procreazione assistita e l’adozione legittimante. Con le tecniche di procreazione assistita, nel nostro ordinamento, si può arrivare solo fino al punto che ho descritto, quello in cui la donna, che è parte della coppia che utilizza le tecniche, partorisce il figlio grazie a quelle concepito; quando questo non è possibile non si configurano situazioni che possano avere risposta con la surrogazione di maternità, ma situazioni che possono avere risposta con l’adozione¹⁰. Garantendo quest’ultima, l’ordinamento non pone le coppie totalmente sterili nell’impossibilità di formare una famiglia con figli¹¹.

8 S. Stefanelli, *Accertamento*, cit. dove si sottolinea che il regime delle PMA in Italia è tutto costruito intorno all’idea che la madre è la madre di parto.

9 La quale giustifica e anzi impone la differenza di trattamento tra loro in queste materie, come ragiona convincentemente B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, pp. 183 ss., pp. 196 ss.

10 “La Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli. [D’altronde], il progetto di formazione di una famiglia con figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall’ordinamento giudicio, come dimostra la regolamentazione dell’istituto dell’adozione”, Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, corsivo mio.

11 E per converso non vi è pertanto alcuna esigenza di parità di trattamento che imponga di legittimare la gpa in favore delle coppie omosessuali maschili (tema che peraltro non è oggetto dell’ordinanza in commento), alle quali invece in nome di tale parità dovrebbe essere consentita l’adozione piena o legittimante, come ho già sostenuto in *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

7. La vera fonte del divieto di *surrogacy*: il principio *mater semper certa*

Poiché sta a presidio del principio *mater semper certa*, ritengo che il divieto di *surrogacy* nel nostro paese trovi la sua fonte non nella (sola) legge n. 40/2004; ma appunto nel principio appena citato. Questo è d'altronde dimostrato dal fatto che gli accordi di surrogazione erano considerati, in prevalenza, illeciti anche prima dell'intervento della legge 40. Il divieto di surrogazione può dunque considerarsi il "frutto di una scelta consolidata nel tempo" (sent. n. 162/2014), ciò che è di grande rilievo ai fini del giudizio di ragionevolezza.

Da qui, il punto diventa sapere se vi è qualche contenuto di valore nel principio *mater semper certa*, che giustifichi anche il mantenimento del divieto di *surrogacy* che a quel valore si connette e l'insieme degli istituti che ne derivano.

8. L'efficacia del divieto

Prima però conviene considerare un altro argomento, che compare spesso, e anche nell'ordinanza che si commenta, a supporto dell'introduzione di una legislazione permissiva in materia, secondo il quale il divieto è inefficace perché le persone comunque vanno all'estero, dunque sarebbe meglio sostituirlo con una 'buona legge' che permetta, a certe condizioni, la *surrogacy*.

Invero, il divieto di cui alla legge n. 40/2004 non è affatto inefficace: la sua precisa portata è di opporsi alla creazione di un mercato della surrogazione di maternità in Italia, e in Italia un tale mercato non vi è, pertanto il divieto ha raggiunto perfettamente il suo obiettivo.

Inoltre, e ciò che più conta, l'introduzione della possibilità di svolgere la gpa a certe condizioni in Italia non farebbe venir meno l'interesse a svolgerla all'estero in altre condizioni, dai committenti preferite¹². Non si può dire, cioè, che i problemi che oggi in Italia vengono fronteggiati – e che riguardano, come nel caso di specie, lo *status* dei bambini nati all'estero con *surrogacy* – siano una diretta conseguenza del divieto di cui alla legge n. 40/2004, e ne dimostrino pertanto l'irragionevolezza. Infatti, anche rimuovendo e rimodulando il divieto, problemi analoghi continuerebbero a porsi.

In vero, anche in presenza di una ipotetica 'buona legge' permissiva in materia di *surrogacy*¹³, vale a dire di una legge 'ideale' che tuteli la donna e tuteli il bambino, potrebbe sempre presentarsi il caso di qualcuno che, e con il preciso intento di sfuggire ai 'paletti' che la legge comunque porrebbe (né nell'immaginazione del giudice milanese, né in alcuna esistente proposta la si vuole consentita in ogni sua possibile declinazione) vada comunque all'estero e ritorni col bambino chiedendo il riconoscimento dello stato di famiglia. Rimodulare il divieto non toglierebbe il problema di misurarsi con le questioni, successive alla nascita e relativi allo *status* del bambino, che già oggi ci poniamo.

Non solo, allora, anche la 'migliore' legge nazionale sulla gpa avrebbe (e, nei paesi in cui esiste, ha) lo stesso carattere illusorio del divieto 'assoluto', quanto a capacità di frenare le pratiche, pressoché unanimemente condannate, di sfruttamento commerciale di donne e bambini. Infatti, in nessun paese oggi (né è pensabile che sia così domani) in cui la gpa sia consentita, una clinica o un tribunale respinge i genitori committenti invitandoli a fare uso della legge che vale nel loro paese¹⁴. Non solo cambiare il divieto con un permesso non risolverebbe il 'turismo procreativo', e anzi determinerebbe ancor più stridenti ingiustizie e disuguaglianze¹⁵. Ma anche, e soprattutto, modificare il divieto, rimodulandolo,

12 Mi è impossibile immaginare che la nostra ipotetica legge permissiva renderebbe legittimo che i committenti stabiliscano le modalità del parto, imponendo ad esempio il cesareo, come si sa che accade nei contratti di *surrogacy*; tuttavia potrebbe esservi sempre qualcuno per il quale è molto importante che il proprio figlio nasca non passando dalle viscere della donna, e, potendoselo permettere, vada all'estero dove una simile clausola è, pagando, ammessa. Escludo del pari che vi sarebbe un giudice che, in casi simili, non preserverebbe comunque l'ormai istituito legame del bambino, portato in Italia ad esempio a due anni, coi committenti.

13 Come quella che il giudice milanese delinea con tanta facilità (e che lascia peraltro molti punti aperti, per esempio quanto agli aventi titolo ad accedere alla gpa o all'epoca e ai modi del 'ripensamento' concesso alla donna, del sindacato su quest'ultimo, o il semplice problema se il suo 'rimborso' sarebbe o meno tassabile).

14 Cfr. D. Danna, *Fare un figlio*, cit., pp.105 ss.

15 Le differenze di reddito continuerebbero a permettere al ricco di non solo di commissionare il bambino, ma anche di sottoporre a un minuto regolamento contrattuale ogni momento della gestazione, e il parto, mentre costringerebbero il povero a

cambiarebbe assai poco – ed è questo il punto cui mi preme arrivare – rispetto al tema delle ‘sanzioni’. Lo dimostra l’atteggiamento del giudice milanese, il quale, pur dichiarando di condividere il divieto di surrogazione commerciale, pur non potendo non rilevare che nel caso di specie di surrogazione commerciale si è trattato, è restio a trarre le conseguenze che ne derivano quanto allo stato di famiglia del bambino e dei committenti al punto che ‘nel bene del bambino’ – vi tornerò più avanti – vorrebbe poter cancellare la verità della sua nascita.

Ho detto quanto precede per mettere in evidenza questo punto: se le sanzioni della legge n. 40/2004 non sono applicate, se la legge è ‘inefficace’ – se cioè si lascia che, in patente violazione del divieto, studi legali italiani pubblicizzino su internet i propri servizi di assistenza a chi intende usufruire della gpa all’estero, o se chi venga a conoscenza che i committenti si sono avvalsi di intermediari italiani non trasmette alle Procure la relativa notizia di reato nei confronti di questi ultimi – ciò non dipende dalla legge n. 40/2004 (dal fatto cioè che essa pone un divieto che non può essere applicato, e pertanto va considerato irragionevole, laddove ne esisterebbero altri applicabili, perciò ragionevoli), ma dipende dall’incertezza, o dalla ritrosia, con cui si investigano i valori che quel divieto protegge, la sua *ratio*.

Quando invece si rifletta su quest’ultima – ma non si può farlo se si elide in partenza, come fa il giudice *a quo*, il nesso tra divieto di *surrogacy* e principio *mater semper certa* – emergono serie ragioni per conservare come è il divieto, e – pur all’interno delle considerazioni equitative che, nei casi concreti, possono giustificare la preservazione del legame ormai instauratosi tra il bambino e i committenti – garantirgli ogni possibile effettività¹⁶.

9. Il bene protetto: essere persona sin dalla nascita

Come è proprio delle *regulae juris*, il principio *mater semper certa* non è espressione del diritto quale tecnica di ingegneria sociale, o mero strumento adiaforo nelle mani del legislatore – vale a dire dei poteri, nonché dei gusti e delle mentalità, di tempo in tempo dominanti – ma è espressione del diritto come insieme tramandato di principi del vivere insieme. Questi principi rappresentano altrettanti luoghi dell’argomentazione, porosi al cambiamento storico, e a loro volta intrinsecamente valutativi¹⁷.

Possiamo dilungarci a elencare le implicazioni che il principio *mater semper certa* ha assunto nel corso della storia, uno dei quali è certamente stato addossare alla donna sola la responsabilità della nascita di un figlio; ma vi è un significato del principio che è innegabile e non può essere trascurato. Esso significa che davanti al fatto naturale del parto ogni manipolazione è preclusa, sia essa una disposizione di legge o di contratto, che alteri questa realtà, davanti alla quale l’ordinamento si ferma. Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei. *Mater semper certa* è un principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l’identità e la storia di un essere umano facendone il ‘costrutto’ di quel dispositivo, ed è in questo senso un auto-limite che presidia un rapporto il meno possibile squilibrato tra ‘legge’ e ‘realtà’, al cospetto dell’angosciante consapevolezza di ciò che può implicare l’abuso della prima nei confronti della seconda¹⁸.

stare nei limiti della legge italiana.

- 16 Compresa, e assai importante, quella prettamente culturale consistente nella sola esistenza del divieto, che esprime una visione negativa del fenomeno da parte della nostra comunità, nella consapevolezza che se all’atto pratico, per più di un motivo, concreti comportamenti possono sfuggire sia al divieto sia alle sanzioni, o suggerire in diritto decisioni equitative che contemperino interessi che altrimenti sarebbero più gravemente lesi (come nel caso dei bambini ormai cresciuti con i committenti e ovviamente da essi non più separabili) l’ordinamento mantiene un impegno nel senso della contrarietà al fenomeno e nella direzione del suo disincentivo (il divieto per esempio giustifica e incoraggia l’operare dell’Italia sul piano internazionale contro la gpa). L’immagine del comportamento ‘illecito sebbene non punibile’ utilizzata a suo tempo dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco con riferimento all’aborto, offre una importante suggestione che è degna di meditazione.
- 17 Mi preme prendere le distanze dall’idea per cui davanti al ‘nuovo’ della vita sociale il ‘diritto’ è sempre indietro, che riduce il diritto a un insieme transeunte di regole positive costantemente ‘da aggiornare’ per far spazio al ‘nuovo’ davanti al quale è per definizione ‘inadeguato’. Penso che i grandi principi generali ci offrano invece la possibilità di ragionare sulle trasformazioni e i mutamenti, mantenendo l’ancoraggio, dialettico, ai fondamenti di valore della convivenza, che è specifica responsabilità del giurista e, data la profonda connessione tra i principi generali e quelli costituzionali, del costituzionalista. Ne ho ragionato in *Il divieto di surrogazione di maternità* come principio della convivenza, in corso di pubblicazione in Atti del Convegno CirsDe, Torino, 1-2 dicembre 2016, cui mi permetto di rinviare anche per l’indicazione dei riferimenti dottrinali.
- 18 Il problema della manipolabilità dell’umano è il problema del diritto nella nostra epoca, e tra i molti che vi hanno riflettuto ricordo G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), ora Giuseppe Capograssi, *La vita etica*, a cura di F. Mercadante, Milano,

È il principio di civiltà che consiste, come è stato in più casi riconosciuto, nell'impedire di trasformare il figlio, e *chiunque*, da soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui¹⁹.

Non mi pare difficile cogliere come, in questo senso, *mater semper certa* sia intimamente collegato alle radici personalistiche della nostra Costituzione, risolvibili nel principio della anteriorità e irriducibilità della persona umana a qualunque costrutto che la riduca ad oggetto.

Direi dunque che non c'è una *surrogacy* buona (da permettere) e una cattiva (da continuare a vietare); e che non è esatto vedere al fondo del divieto di *surrogacy* in Italia la sola, per quanto importante, dignità della donna. Il divieto di *surrogacy* non protegge le donne dalla mercificazione, ma ogni essere umano dalla manipolazione del suo sé. Esso rimanda a una questione essenziale che investe l'intera relazione tra individuo e ordinamento, relazione che nella nostra cultura giuridica è stata sempre risolta a favore dell'individuo (della persona), in quanto entità portatrice di una dimensione di autonomia, indisponibile alle manipolazioni di dispositivi artificiali di qualsivoglia fonte e natura.

10. L'interesse del bambino

Considerando che la gpa consiste nella separazione del nato dalla madre, il senso sistematico del divieto emerge chiaramente. L'ordinamento, intonandosi al rispetto del contenuto di valore del principio *mater semper certa*, considera l'interesse del minore alla stabilità di un rapporto di cui nasce titolare, quello con la donna che lo ha partorito, l'unica persona al mondo che, sino alla nascita, ha avuto una relazione con lui.

Dunque il divieto di *surrogacy*, e il principio *mater semper certa*, non dovrebbero essere visti separatamente da (tanto meno in conflitto con) l'interesse del minore, ma come parti costitutive di quest'ultimo.

Mette conto allora ricordare che, nell'ordinanza che qui si commenta, come in buona parte del dibattito oggi corrente, l'argomento dell'interesse del minore compare nei seguenti contesti e utilizzi: a) il bene del minore non può essere portato contro la legalizzazione della gpa, posto che non è provato²⁰ che la gpa danneggi la salute fisica o psichica dei bambini, mentre, quanto al loro interesse alla conoscenza delle origini, una buona legge basterebbe a garantirlo²¹; b) consiste, oltre che nell'interesse alla conoscenza delle origini, nell'interesse a preservare le relazioni in cui il bambino si è trovato *dopo la nascita* (e può pertanto condurre a far ritenere opportuno che la verità della nascita non risulti dai suoi documenti).

Questo secondo intendimento dell'interesse superiore del minore (atto a legittimare situazioni sorte in violazione di legge e dei diritti di terzi) è stato spesso criticato dai commentatori delle decisioni che la giurisprudenza ha recentemente emesso in tema di *surrogacy*²². Si tratta in vero di un argomento afflitto da una contraddizione logica profonda. Se, infatti, si ragiona che è nell'interesse del bambino conservare le relazioni in cui si trova è poi difficile sostenere che la gpa non offende l'interesse del minore, tanto in concreto che in astratto, dato che essa *consiste* nel separare un bambino al momento della nascita dall'unica relazione che ha avuto sino a quel momento, ovvero sia quella con la madre che lo ha portato in grembo, relazione alla quale darebbe spontaneamente prosieguo e sviluppo, se non venisse

Giuffré, 2008, pp. 481-566.

- 19 Mi pare interessante e significativo che coloro che si oppongono alla legalizzazione della gpa in Italia, giuristi o meno, tendono a vedere nel relativo divieto una espressione del diritto quale momento di civiltà, si confrontino le posizioni di una avvocatessa come B. Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n. 2/2016, pp. 111 ss., di una filosofa del diritto come S. Pozzolo, *Gestazione per altri (e altre)*, *ivi*, pp. 93 ss., di una giurista dalla grande esperienza in magistratura come G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili*, in *Consultaonline*, www.giurcost.org, n. 2/2017, di una filosofa politica come L. Muraro, *L'anima del corpo*, Brescia, 2016, di una sociologa come D. Danna, *op. cit.*
- 20 Impossibile aprire in queste pagine il tema del rapporto tra la giurisprudenza e l'informazione scientifico-tecnica. Mi pare però del tutto inappropriata al compito del giudice l'aspirazione a supplire il proprio giudizio con ricerche scientifiche 'validate', come si esprime l'ordinanza, anche considerata l'ingenuità della credenza, che così si corrobora, circa l'oggettività e neutralità della 'scienza'.
- 21 Peralto, argomentazioni siffatte possono cercare di dimostrare che la gpa non offende l'interesse del bambino, ma certamente non dimostrano né possono dimostrare che nascere da gpa vada nell'interesse del bambino, il che mi sembra comprovare che gli interessi in vista dei quali l'introduzione della gpa è auspicata non sono mai quelli dei bambini destinati a nascere in questo modo, laddove il 'superiore interesse' dei bambini dovrebbe sempre essere condizionante in ogni scelta, concreta o astratta, che riguardi l'infanzia.
- 22 Dove esso è stato inteso, scrive assai bene B. Pezzini, *Nascere*, *cit.*, p. 239, come un modo per mettere a tacere e cancellare tutto ciò che vi è prima della nascita.

forzosamente staccato dalla partoriente (un neonato cerca da solo il seno materno, e lo trova)²³, e che non è relazione di mero fatto, ma di pieno diritto, dato il principio *mater semper certa*.

La gpa allora, è per definizione un procedimento contrario all'interesse fondamentale del bambino, positivamente riconosciuto nel nostro diritto, a stare nelle relazioni in cui si trova e a consolidarle.

In reazione ai toni svalutativi nei confronti della relazione materna che sono comparsi nella recente giurisprudenza in materia di *surrogacy* la dottrina ha giustamente sviluppato crescente attenzione circa il significato anti-femminile, misogino e patriarcale rivestito dagli argomenti che, come quelli relativi all'interesse del minore a rimanere con la famiglia committente, pretendono che esso nasca come *tabula rasa*, da un 'forno' e non con un corredo relazionale preciso, individuato e suo proprio, argomenti i quali dovrebbero considerarsi banditi in una società che si ispiri al rispetto per le donne²⁴. A me pare che basterebbe appellarsi al principio *mater semper certa* per ricordare che la relazione tra il figlio e la madre è già riconosciuta dal nostro diritto positivo, e come relazione di cui un termine è la madre, l'altro il bambino e non è pertanto a disposizione della prima²⁵.

L'insufficiente volontà di valorizzare, attualizzandolo, il principio *mater semper certa*²⁶ spiega la svalutazione della gravidanza come relazione, e il rifiuto di pensare la relazione madre-figlio come cellula fondativa della famiglia – due elementi che viceversa sono già racchiusi nel principio *mater semper certa*, i quali mostrano anche che il nato da gpa è persona offesa nel suo diritto alla vita familiare da parte di tutti i partecipanti all'accordo che contempli il suo distacco dalla madre al momento della nascita e che per questo, ovverosia perché implica la lesione del diritto alla famiglia di ciascun nuovo nato, la gpa è istituto lesivo dei diritti umani fondamentali²⁷.

-
- 23 Innegabilmente, “per il neonato o la neonata l’allontanamento è sempre forzato”: D. Danna, *Fare un figlio* cit., p. 138, secondo la quale “l’interesse superiore del neonato non può essere che continuare l’unica relazione che ha avuto, cioè stare con sua madre, che lo nutre e lo accudisce”, *ib*, p. 141.
- 24 Alla valorizzazione della gravidanza come relazione è dedicato in particolare il qui più volte citato contributo di B. Pezzini, che opportunamente insiste sul rilievo costituzionale della maternità.
- 25 Dalle decisioni della Corte costituzionale in tema di parto anonimo mi parrebbe argomentabile che, nel nostro sistema, la madre può disporre della relazione col figlio e del figlio con lei, ma non a sua discrezione, ossia per motivi economici, ovvero ‘altruistici’ nei confronti di terzi che aspirino a diventare genitori, ma solo in nome dell’interesse del bambino a nascere, o di interessi di pari rango, tutti interni alla relazione tra madre e nascituro. Questo mi rende dubbiosa rispetto alla proposta, meditatamente avanzata da B. Pezzini, *Nascere*, cit., di scindere il “progetto di gravidanza” (della donna) dal “progetto di genitorialità” (dei committenti), che si basa sul convincimento che rientri nell’autodeterminazione della donna “dare compimento a un progetto riproduttivo destinato a non avere seguito e continuità personale, dopo la nascita del figlio/a, bensì destinato ad avere seguito e continuità con un progetto genitoriale di altri” (*ivi*, p. 201). Quando rileva che il parto anonimo consente una scissione della genitorialità naturale da quella giuridica, la sentenza n. 278/2013 della Corte costituzionale, in nessuna sua parte fa pensare che la donna sia “arbitra” di quella scissione, ossia possa prenderla per qualunque motivo possibile, e in particolare in nome degli interessi di terzi (né del resto alcunché di analogo vale per la decisione abortiva). La scissione tra maternità naturale e giuridica è giustificata dalla Corte costituzionale solo in presenza di “pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi [madre e nascituro]”, e con il fine che “la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili”. Consentire per legge che una donna possa intraprendere una gravidanza allo scopo di far diventare genitori altri, e precisamente, come nell’ipotesi disegnata da Barbara, una coppia di committenti, dei quali uno almeno è privo di legame biologico col nato mi parrebbe, inoltre, non poter non condurre alla conseguenza che la partoriente (o, quando del caso, il padre naturale) che, non riconoscendo il figlio, lo rende adottabile, dovrebbe allora poter scegliere i genitori adottivi, ciò che non è consentito nel nostro ordinamento, a differenza di altri. In nessun modo mi pare sostenibile che nel nostro ordinamento la madre può rinunciare alla sua funzione genitoriale verso la prole in considerazione della persona e degli interessi di coloro che ne vorrebbero diventare genitori.
- 26 Ciò si spiega con il convincimento che il principio *mater semper certa* è discriminatorio nei confronti degli uomini, e in particolare dei maschi omosessuali, e perciò dovrebbe essere sostituito da una più generale fonte di riconoscimento, il divieto di discriminazioni. Quest’ultimo però riesce a tutelare soltanto, e propriamente, gli interessi dei genitori intenzionali e l’interesse del bambino quale risulta, come dice B. Pezzini, ‘a valle’ dell’avvenuta gpa (*Nascere*, cit., p. 230 ss.), mentre per definizione esclude la protezione della relazione originaria del nato con la madre, che è invece abbracciata dal principio *mater semper certa*.
- 27 Cfr. I. Anrò, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: it is compatible with the European Catalogues of Human Rights?* in questa Rivista, III/1, 2016, pp. 22 ss., pp. 36 ss. La gpa, vietata nella maggior parte dei paesi del mondo, è bandita in numerosi documenti internazionali, ciò che depone per la ragionevolezza del divieto che la concerne in Italia.

11. Il *favor veritatis*

Il *favor veritatis* in materia di atti di nascita si salda con il principio *mater semper certa* quale momento di auto-limitazione dell'ordinamento davanti alla minaccia di alterazione della realtà della nascita, con danno all'identità, e alla libertà, della persona-bambina considerata²⁸. Proteggere la persona dalla manipolazione della sua identità è del resto, al fondo, lo scopo del diritto alla conoscenza delle proprie origini che la stessa ordinanza sottolinea come fondamentale, e che, va detto subito, non è un diritto alla felicità, cioè un diritto a non conoscere circostanze difficili o singolari inerenti la propria nascita.

Ci si spiega in effetti a fatica come, dopo aver argomentato a più riprese l'importanza per il minore del diritto a conoscere le proprie origini, il giudice chieda di ricevere il potere di cancellarle, e sempre nell'interesse del minore. Rendendosi conto della contraddizione in cui incorre, il giudice argomenta, intanto, che l'annotazione di non veridicità della nascita dalla madre committente avrebbe una logica "latamente sanzionatoria della condotta genitoriale".

Poiché l'ordinamento vieta la surrogazione di maternità, che i committenti possano subire una certa sanzione, e in particolare un giudizio di disvalore, per il loro comportamento, a me parrebbe, a dire il vero, del tutto logico. Da parte del giudice mi appare contraddittorio individuare come vizio del divieto della legge n. 40/2004 la sua 'inefficacia' contro chi ricorre alla *surrogacy*, e poi considerare incostituzionali le conseguenze, incommode o sfavorevoli, che discendono in capo a qualcuno per aver violato quel divieto. E particolarmente contraddittorio mi pare che il giudice, dopo aver ribadito la propria convinzione circa il disvalore della gpa 'commerciale', chieda un rimedio che permette di sanare, per così dire, proprio un caso in cui si è fatto ricorso a quest'ultima, e dunque condurrebbe alla pratica obliterazione del divieto (che in quanto tale è prima di tutto un giudizio di disvalore).

Il giudice poi richiama il "possibile interesse del minore al mantenimento di un rapporto giuridico (oltre che di affetto) corrispondente alla effettività della relazione con la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino ne è la madre". Al riguardo, direi che un simile interesse può certamente bilanciare, ma non annullare, un altrettanto 'possibile' (opinabilità vale opinabilità) interesse del minore a conservare la propria identità, vale a dire la propria storia nella sua complessità. Oggi le studentesse americane di college rifiutano sdegnate di indossare abiti indiani, considerando un atto di *cultural appropriation*. Noi non possiamo escludere che, crescendo, questo bambino il cui patrimonio genetico "è al 50% indiano" non senta di essere stato oggetto di un atto di appropriazione, vedendosi legalmente descritto come figlio naturale di una donna occidentale.

Poiché d'altronde "la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino ne è la madre" non è, proprio per queste ragioni, la madre di nascita, è irragionevole volerla equiparare a quest'ultima. In un ordinamento che riconosce il principio *mater semper certa* la differenza qualità tra gravidanza e parto, da un lato, e 'progetto familiare' dall'altro, è *in re ipsa*.

Maggiore considerazione meriterebbe inoltre, a mio giudizio, l'ipotesi, che nell'ordinanza non viene neppure accennata, per cui l'interesse sostanziale al quale risponderebbe l'indicazione della madre committente come madre naturale sia un interesse proprio di quest'ultima, a considerarsi e essere considerata davanti al mondo la 'vera' madre del figlio. È un interesse la cui forza è indubbia, e umanamente forse comprensibile, ma privo di valore alla luce dei nostri principi, e certamente gioca contro il 'superiore interesse del minore' alle proprie origini. Di qui la profonda sensatezza dell'intervento terzo dell'ordinamento per il *favor veritatis*, che protegge il soggetto debole sin da un'epoca della sua vita in cui non può ancora manifestare ciò che egli pensa, sente e desidera per sé, ma è già pienamente titolare del diritto alla trasparenza sulle circostanze della propria nascita.

Affidando al giudice il potere di valutare per caso che cosa scrivere nei documenti di nascita si apre inoltre la possibilità di dar vita a situazioni ingiustamente diversificate. Un uomo e una donna italiani che abbiano ottenuto via *surrogacy* un bambino con tratti caucasici, avendolo commissionato per esempio in Ucraina, una volta ottenuto 'nel superiore interesse del minore' un atto di nascita che lo rende loro figlio naturale potrebbero tenere nascoste al bambino le sue origini, sulle quali egli potrebbe, occidentale figlio di occidentali, mai interrogarsi. Ciò stabilisce una potenziale discriminazione nei confronti, da una parte, dei genitori adottivi, tenuti a far conoscere al figlio le sue origini, dall'altra delle coppie omosessuali maschili, che in nessun caso possono tener nascosto ai figli l'esser nati da gpa.

28 La conoscenza delle proprie origini è pre-condizione di libertà nelle relazioni con gli altri, per primi i genitori sociali. La materia della gpa ha già ampiamente dimostrato, anche in Italia, le tentazioni manipolatorie dell'identità personale cui essa espone in primo luogo il giudice, si pensi a Trib. Milano 28 dicembre 2016, che ha negato la relazione di fratellanza tra due bambini nati dalla stessa partoriente e dagli ovuli della stessa donna (fecondati con i gameti di ciascuno dei due padri biologici), e che giustamente ha preoccupato B. Pezzini, *Nascere*, cit., p. 237.

La scelta dell'ordinamento per il *favor veritatis*, alleata al diritto del minore a conoscere e preservare le proprie origini, pone sullo stesso piano tutte queste situazioni, impedendo che le diverse condizioni personali o sociali delle persone interessate (avere o meno commissionato un figlio con tratti somatici simili ai propri; essere o meno eterosessuali) incidano in modo diseguale sulla titolarità e l'esercizio dei loro diritti e doveri.

In casi come quello in discorso, in cui il minore ha un padre naturale e legale, e la madre committente può ricorrere all'adozione in casi particolari, la situazione giuridica del bambino è d'altronde certa e solida, sebbene giuridicamente limitata, ad esempio nei diritti ereditari, nei confronti del ramo familiare del genitore adottivo; è una situazione, cioè, corrispondente a uno *status* contemplato dalla legge in termini generali, astratti, che in nessun modo possono essere considerati stigmatizzanti.

Non si deve perdere di vista che l'interesse che il minore rischia di vedere leso è quello, primario e fondamentale, alla conoscenza delle proprie origini, che come tale, può essere limitato e bilanciato solo da interessi di altrettanto primaria e fondamentale natura. Mi pare che l'estensione dei propri diritti ereditari non abbia questa caratura, mentre discorso diverso potrebbe valere nel solo caso in cui il minore nato da gpa rischi di trovarsi in una situazione di apolidia. In questo solo caso il danno minacciato è pari all'interesse destinato a essere compresso (il diritto alle proprie origini) perché direttamente in gioco è l'integrità della identità e dei connessi basilari diritti della persona.

12. Tra le due sentenze “Campanelli”, il tempo di una maturazione

L'ordinanza milanese mi appare, come una buona parte della giurisprudenza recente in materia di *surrogacy*, ampiamente risentire del clima istituito dalla prima decisione della Corte di Strasburgo sul caso *Campanelli*, quando la Corte fu molto recisa nel sostenere la criticabile e criticata asserzione secondo cui 'l'unico interesse' di un bambino nato da *surrogacy* è quello di rimanere presso la famiglia committente. Oggi noi disponiamo però della seconda e più meditata decisione di Strasburgo su quel caso, la quale ha riconosciuto che l'intento dello stato italiano di contrastare la surrogazione di maternità è un *relevant public interest*.

In questo intervallo mi pare maturato il tempo per riconoscere il senso e il valore di un divieto²⁹, che guarda all'essere umano come soggetto a pieno titolo detentore di una propria identità e di proprie relazioni, indisponibili, sin dal momento del suo venire al mondo.

29 Per analogo auspicio: E. Lamarque, *Navigare a vista*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, 2017.

Antonio Ruggeri*

La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore

Sommario

1. Quando ad essere incostituzionali sono i “fatti” ovvero le norme che ne agevolano l’impianto e variamente li concernono e però l’intervento riparatore, dello stesso legislatore come pure della Consulta, non si appunta sui “fatti” stessi o sulle loro cause, non consentendone il superamento (taluni esempi al riguardo particolarmente istruttivi, con riferimento alla abnorme dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva ai tempi della lotta al brigatismo rosso ed alla invenzione del matrimonio “a tempo” della coppia composta da persona transessuale) – 2. L’attacco mosso dalla Corte d’appello di Milano all’art. 263 c.c., la sua inidoneità a colpire il centro del bersaglio, sì da sradicare le cause che determinano il “turismo procreativo” e fanno del corpo della gestante una fonte di lucro, il rimedio al riguardo prospettabile grazie alla delimitazione delle esperienze di maternità surrogata alla sola cerchia familiare della coppia committente – 3. Alla sofferta ricerca dell’effettivo e preminente interesse del minore, nel corso di talune sofferte vicende che parrebbero non lasciare spazio per la sua efficace tutela, il rilievo del fattore-tempo al fine della tutela stessa, la messa in atto di misure idonee allo scopo, quale quella di far luogo in sede processuale ad una corsia preferenziale per la trattazione delle questioni coinvolgenti i minori e l’affidamento delle stesse a personale altamente specializzato – 4. Una succinta notazione finale, a riguardo di fatti e norme contrari a Costituzione e dei modi più adeguati a porvi rimedio

Abstract

Lo scritto mette in evidenza, in premessa, che non di rado alcune discipline normative appaiono carenti e incostituzionali a causa del contesto fattuale che ne determina la nascita ed al quale le stesse si adeguano. Con specifico riferimento alla maternità surrogata, si fa notare che al fine di contenere, se non pure eliminare del tutto, il fenomeno del “turismo procreativo” e, soprattutto, di evitare di fare del corpo della donna una fonte di lucro, sarebbe opportuno che la futura regolazione della materia circoscrivesse i casi di ricorso a questa forma di riproduzione alla sola cerchia familiare della coppia committente. Occorre, inoltre, al fine di salvaguardare nel migliore dei modi l’interesse dei minori, far luogo ad una corsia preferenziale in sede processuale per la trattazione delle questioni coinvolgenti i minori stessi.

As a premise, the writing points out how often laws seem to be incomplete and unconstitutional because of the factual background which gives them origin and shape. Relating particularly to surrogate motherhood, it highlights that future regulation of the issue should limit the possibility of recurring to the mentioned reproductive form to the customer couple’s familiars, in order to stem, if not to eradicate, “procreative tourism” and to avoid the use of a woman body as a source of financial gain. Most of all, the best protection of child interest needs to provide a preferred position in judgments for the questions involving children.

* Ordinario di diritto costituzionale, Università di Messina.

1. Quando ad essere incostituzionali sono i “fatti” ovvero le norme che ne agevolano l’impianto e variamente li concernono e però l’intervento riparatore, dello stesso legislatore come pure della Consulta, non si appunta sui “fatti” stessi o sulle loro cause, non consentendone il superamento (taluni esempi al riguardo particolarmente istruttivi, con riferimento alla abnorme dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva ai tempi della lotta al brigatismo rosso ed alla invenzione del matrimonio “a tempo” della coppia composta da persona transessuale)

Torno a riflettere, a breve turno di tempo¹, sulla maternità surrogata le cui sofferte vicende mi offrono il destro per riconsiderare, pur nei limiti di spazio e di approfondimento qui consentiti, talune generali ed impegnative questioni della teoria costituzionale, specificamente con riguardo al rapporto tra fatti e norme ed ai modi con cui entrambi si pongono davanti alla Costituzione, sollecitando non di rado l’intervento riparatore del legislatore, volto ad innovare alle discipline vigenti ovvero a colmare originarie carenze delle stesse e, a un tempo, ad operare per la trasformazione dei fatti, secondo valore.

Una duplice, preliminare avvertenza.

La prima è che muovo qui dall’assunto che non si dà un diritto incondizionato alla genitorialità, così come però non è vero che esso non si dia in alcun caso: piuttosto, il diritto in parola merita riconoscimento ma unicamente in taluni contesti ed entro certi limiti.

La seconda. Non poche volte il diritto (in senso oggettivo) è chiamato a rimediare a talune storture che presenta al proprio interno; stranamente, viene però sollecitato ad intervenire non già sul punto difettoso della trama normativa bensì su uno diverso, magari dal primo distante, o anche su un punto... *mancante*, laddove cioè il tessuto normativo esibisce talune carenze bisognose di essere urgentemente colmate. Alle volte, poi, ad essere incostituzionale è, più ancora di (o anziché) una norma, un “fatto”, che però è tale anche a motivo di difetti complessivi presenti in norme che non ne hanno impedito l’accadimento ovvero che gli hanno dato modo di formarsi e di crescere così com’è.

Possono farsi numerosi esempi a sostegno di quest’assunto, con riguardo ai campi più varî di esperienza. Mi limito ora a richiamarne solo un paio, peraltro assai noti; ciò che mi dà modo di dirne con la massima rapidità ed esclusivamente per l’aspetto qui specificamente rilevante.

Si rammenti, dunque, la nota vicenda definita da Corte costituzionale n. 15 del 1982: testimonianza emblematica della “logica” perversa che sovente ispira ed orienta l’operato del legislatore allorché è chiamato a fronteggiare situazioni di emergenza, quale quella avutasi al tempo del brigatismo rosso. Il ragionamento che sta a base della normativa d’urgenza che faceva dilatare in modo abnorme i termini massimi di carcerazione preventiva era il seguente. Non riuscendosi a celebrare entro un lasso temporale ragionevolmente contenuto i processi a carico di detenuti sospetti di appartenere alle BR, al fine di evitare che essi potessero uscire per decorrenza dei termini dandosi quindi alla macchia e seguitando a fare di persone innocenti bersaglio per i loro efferati delitti, ecco che la soluzione “giusta”, inevitabile, è apparsa quella del prolungamento dei termini medesimi.

Il “fatto”, qui rappresentato dalle lungaggini e dal complessivo malfunzionamento della macchina giudiziaria, ha portato (e sovente porta) naturalmente all’adozione di discipline normative incostituzionali (e anzi, per riprendere una efficace espressione coniata da una sensibile dottrina², “anticostituzionali”³), discipline francamente mostruose e, tuttavia, fatte salve proprio in considerazione dell’emergenza dalle stesse fronteggiata. E così un “fatto” in sé e per sé contrario a Costituzione dà

1 ... da A. Ruggeri - C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivedizione di Antigone, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 1/2017, 27 marzo 2017, 138 ss.

2 A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI, 1990, 262 ss.

3 ... come tali, radicalmente nulle-inesistenti, anziché meramente annullabili. Ciò che avrebbe potuto (o un domani potrebbe) giustificare il loro immediato accantonamento per mano del giudice comune, come pure di ogni altro operatore, senza bisogno dunque dell’accertamento da parte del giudice costituzionale. Quest’ultimo, com’è noto, ha peraltro, ancora di recente (in un caso molto discusso), ammesso che il contrasto con la Costituzione possa esser causa ora di annullamento ed ora del riconoscimento della nullità della norma che se ne renda responsabile, il quale ultimo nondimeno – ad avviso della Consulta – richiede pur sempre l’obbligatorio passaggio dal sindacato di costituzionalità nelle sue forme usuali (Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238).

vita ad un singolare effetto di trascinamento, sollecitando la produzione di norme parimenti incompatibili con la Carta, secondo quanto lo stesso giudice delle leggi non ha potuto trattenersi dal riconoscere, pur affermando pudicamente che esse costituivano delle misure “insolite”, giustificate unicamente a causa (e per il solo tempo) dell'emergenza, e cessando pertanto di avere validità una volta venuta meno quest'ultima.

Ora, non contesto che, in presenza di un'emergenza, in primo luogo occorra intervenire al fine del suo, quanto più sollecito ed adeguato, superamento. La “logica” emergenziale è tuttavia di per sé soffocante e francamente inaccettabile⁴. Per uscire dalla spirale perversa cui essa dà luogo, occorrono – non appena le condizioni oggettive di contesto lo consentano – interventi strutturali, che diano modo di tornare alla normalità costituzionale. Nell'esempio appena fatto, ovviamente, la soluzione più piana e lineare sarebbe stata quella che avrebbe dato modo di celebrare i processi in tempi ragionevolmente contenuti⁵, sì da non doversi fare quindi ricorso a misure di contenimento dell'emergenza inconciliabili con la Costituzione, esattamente così come lo è l'emergenza medesima.

Il tempo riveste un cruciale rilievo – come si tenterà di mostrare – anche al di fuori di contesti segnati dall'emergenza (per ciò che qui specificamente interessa, con riguardo alle esperienze di maternità surrogata); in generale, come si vedrà a momenti, se ne ha diffusa ed eloquente testimonianza nelle questioni in genere di diritto di famiglia e, in specie, in quelle coinvolgenti in modo prepotente l'interesse del minore, bisognoso di prioritaria considerazione rispetto ad altri interessi essi pure costituzionalmente protetti.

Il secondo esempio, riguardante l'ambito familiare, concerne la condizione della coppia coniugata, uno dei cui componenti sia dato da persona transessuale. Investita della questione concernente la sorte del vincolo matrimoniale conseguente al mutamento di sesso di uno dei coniugi, la Consulta ha vigorosamente sollecitato (con la nota e discussa sentenza n. 170 del 2014) il legislatore ad intervenire per offrire alla coppia in parola la peculiare tutela cui essa ha diritto, a motivo del “pregresso vissuto” che ne ha connotato l'esperienza matrimoniale; allo stesso tempo, ha – a mia opinione, con molta chiarezza – tenuto fermo il paradigma eterosessuale della famiglia, ex art. 29 cost., confermando nella parte motiva della decisione la bontà della scelta legislativa che stabilisce l'automatico scioglimento del matrimonio per effetto dell'avvenuto mutamento di sesso di uno dei coniugi.

Qui pure, tuttavia, l'intervento riparatore (stavolta per mano del giudice costituzionale, che ha anticipato la disciplina delle unioni civili e delle convivenze ad opera della legge L. n. 76 del 2016) non si è avuto nel punto giusto della trama normativa, laddove cioè si riscontrava una carenza bisognosa di essere urgentemente colmata, bensì in un punto sbagliato, fatto oggetto di un'ardita operazione di ricucitura (a mezzo di un'additiva di principio), poggiante tuttavia su una base normativa inadeguata a sorreggerla⁶. Il vero è che la Corte ha deciso così come ha deciso unicamente perché voleva imprimere una spinta poderosa al legislatore, smuovendolo dal suo annoso letargo, ad esso essendo esclusivamente riservata la scelta idonea a dare pieno appagamento alle aspettative della coppia in parola, una volta cessato il vincolo matrimoniale tra i suoi componenti per effetto della sopravvenuta identità di sesso dagli stessi acquisita. Lo scarto però oggettivamente riscontrabile tra motivazione e dispositivo ha spianato la via, in un clima non poco confuso determinatosi a seguito della emanazione del verdetto della Consulta, per l'adozione di una singolare decisione ad esso “conseguenziale” da parte della Cassazione, che si è inventata un istituto che in realtà non ha titolo per esistere, il matrimonio “a tempo”, tenendo fermo il vincolo coniugale dei soggetti suddetti in attesa della disciplina legislativa avente specificamente per oggetto la loro peculiare condizione di coppia⁷.

Ancora una volta, come si vede, si ha qui la mancanza di una norma, che viene quindi immessa a forza dal giudice costituzionale ma in legge... *sbagliata*, una norma cui si dà quindi un seguito da par-

4 E ciò, naturalmente, vale per ogni forma di emergenza, quale quella originata dalla crisi economica, essa pure fronteggiata con misure di assai dubbia rispondenza a Costituzione.

5 Ciò che, tra l'altro, risponde oggi ad un preciso imperativo costituzionale (art. 111), nonché ad un'indicazione della Cedu (art. 6), fatta oggetto – come si sa – di frequente ed incisivo utilizzo.

6 Così, già, nel mio *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 13 giugno 2014, nonché in R. Romboli, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro italiano*, 10/2014, I, 2680 ss.

7 La soluzione adottata dalla Cassazione è debitrice di una indicazione data da una sensibile dottrina [B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 15 giugno 2014]. Ho già anticipato il mio pensiero sul punto nei miei *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 1/2015, 28 aprile 2015, 304 ss. e il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale, in questa *Rivista*, 1/2015, 126 ss.

te della Cassazione tale da portare all'effetto del consolidamento di un "fatto" – il mantenimento del vincolo matrimoniale – incompatibile con l'idea costituzionale di "famiglia" dalla Consulta patrocinata (specie a partire dalla famigerata sentenza n. 138 del 2010).

2. L'attacco mosso dalla Corte d'appello di Milano all'art. 263 c.c., la sua inidoneità a colpire il centro del bersaglio, sì da sradicare le cause che determinano il "turismo procreativo" e fanno del corpo della gestante una fonte di lucro, il rimedio al riguardo prospettabile grazie alla delimitazione delle esperienze di maternità surrogata alla sola cerchia familiare della coppia committente

Dopo queste preliminari notazioni, vengo a dire specificamente delle esperienze di surrogazione di maternità e, in particolare, della questione di legittimità costituzionale proposta dalla Corte d'appello di Milano del luglio scorso, al momento in cui licenzio queste note (fine agosto 2017) ancora pendente davanti alla Consulta.

Una volta di più, l'attacco non punta al centro del bersaglio normativo, pur colpendo ugualmente – come si vedrà a momenti – quest'ultimo, ma solo nel suo cerchio più ampio, marginale, non ponendosi pertanto in tal modo rimedio ai maggiori inconvenienti conseguenti all'adozione di siffatta pratica riproduttiva.

Sia chiaro. Non ha colpa alcuna il giudice remittente nel prendere di mira l'art. 263 c.c., la sola norma rilevante in relazione al caso, che riguardava l'impugnazione, per difetto di veridicità, del riconoscimento della prole generata grazie alla surroga di maternità.

Il vizio, però, era (ed è) a monte, laddove cioè si annidano le cause che determinano il c.d. "turismo procreativo", obiettivamente agevolato ed alimentato da un divieto che, nei termini categorici in cui è espresso nella legge 40, appare essere irragionevole e inadeguato a dar voce a tutti gli interessi in campo costituzionalmente protetti, assicurandone la congrua e complessivamente appagante ponderazione.

La norma investita del dubbio di costituzionalità appare, dunque, "ingiusta" (o, meglio, lo è nel meccanismo a scatto automatico dalla stessa previsto, vale a dire in talune sue applicazioni); ancora prima, però, ingiusta è la norma che, vietando in termini perentori il ricorso alla surrogazione di maternità, *obbliga* i soggetti che reclamano soddisfazione per il loro bisogno di genitorialità a recarsi all'estero e, una volta tornati in Italia, a far luogo ad una dichiarazione non veritiera.

Qui pure, dunque, si è in presenza di un "fatto" (il ricorso a siffatta tecnica riproduttiva) che non può dirsi deplorabile (dal punto di vista, ovviamente, del diritto costituzionale) *ut sic* ma che lo è unicamente a certe condizioni, segnatamente laddove si faccia del corpo della donna gestante una fonte di lucro. La qual cosa fa a pugni con la dignità della donna stessa, offesa pur laddove quest'ultima sia pienamente consenziente e pur laddove ne sia astrattamente fatta salva la volontà di recesso dal "contratto" stipulato con la coppia committente in ogni tempo e persino dopo il parto⁸. C'è da dire, nondimeno, con riferimento a quest'ultima evenienza, che la soluzione ora prospettata, se per un verso viene incontro alle aspettative della gestante, sacrifica quelle del donatore di gameti (laddove sia appunto il componente maschile della coppia medesima), il quale così si vedrebbe attribuita una paternità non gradita se non accompagnata dalla "consegna" (il termine è brutto ma di questo a conti fatti si tratta) della prole al momento della nascita.

Ad ogni buon conto, a riguardo del fatto che la maternità "comprata" sia inaccettabile non credo che convenga insistere oltre, riscontrandosi su ciò larghi ed argomentati consensi. Aggiungo solo che dietro il giudizio avverso al ricorso a siffatta forma di riproduzione sta proprio il convincimento che essa comporti – praticamente sempre, o quasi – la mercificazione del corpo umano. Quest'ostacolo, tuttavia, a me non sembra insuperabile, mentre convengo che possano residuare altri inconvenienti, di cui dirò a momenti.

8 Un riferimento alla dignità è anche nella ordinanza di rimessione del giudice milanese (p. 11 ss.), in cui opportunamente si distingue a seconda che la gravidanza sia fatta oggetto di lucro ovvero risulti il frutto di una scelta "libera e responsabile" (p. 13). Una distinzione, tuttavia, di assai problematico e scivoloso accertamento, sì da giustificare l'adozione della soluzione, qui nuovamente caldeggiata, volta a circoscrivere in modo drastico l'ambito di operatività di siffatta forma di riproduzione alle sole persone più vicine, quali i parenti prossimi, alla coppia committente, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Come si è tentato di mostrare altrove⁹, infatti, tra i due corni opposti della liberalizzazione senza condizioni e del divieto categorico si situa la soluzione mediana e conciliante le opposte esigenze in campo, che è appunto quella di circoscrivere alla sola cerchia familiare il ricorso alla tecnica in parola sì da potersi presumere – ed è una presunzione, nondimeno, soggetta alla prova del contrario – la gratuità dell’offerta del corpo, testimonianza e conferma a un tempo della solidarietà spontaneamente offerta da una persona a un’altra¹⁰.

Sta di fatto, tuttavia, che per effetto del ricorso alla tecnica della surrogazione, viene a determinarsi un contesto di poligenitorialità. È ormai scientificamente provato che l’utero della gestante non è una sorta di “incubatrice” e che, piuttosto, tra la madre e il feto s’instaura un rapporto coinvolgente e fortemente condizionante lo sviluppo di quest’ultimo, al punto che laddove l’ovulo fecondato sia stato donato da una donna diversa dalla gestante può dirsi che il figlio sia, a conti fatti, biologicamente tale di più madri. Certo, non si è ancora fatta chiarezza sui processi interni al rapporto medesimo, non potendosi dunque stabilire i connotati peculiari delle singole relazioni madre-figlio, nondimeno – come si diceva – di sicura, rilevante consistenza.

Anche per ciò, a me pare che sia consigliabile circoscrivere l’ambito entro il quale consentire alla surrogazione di maternità alla sola cerchia familiare della coppia committente (e, segnatamente, della donna). Molti problemi che possono infatti porsi a seguito della nascita della prole, quale quello relativo all’appagamento del desiderio di quest’ultima di conoscere le proprie origini biologiche¹¹, potrebbero trovare più agevole e non traumatica soluzione rispetto a quella che non di rado si ha con riguardo ai casi d’inseminazione eterologa o di adozione. Oltre tutto, ove la donna gestante appartenga all’ambito familiare, il figlio avrà verosimilmente modo di intrattenere rapporti gratificanti con la stessa, quali comunque il più delle volte si avrebbero anche a prescindere dalla peculiare esperienza di maternità portata a termine ma che da quest’ultima potrebbero risultare ancora più rinsaldati e significativamente alimentati.

Non m’illudo, nondimeno, che la soluzione qui nuovamente patrocinata possa evitare taluni inconvenienti legati al ricorso alla pratica riproduttiva in parola né che, per ciò, si ponga fine al “turismo procreativo”, il quale nondimeno dovrebbe esserne in una certa, non disprezzabile misura, arginato. Si tratta, allora, di stabilire come regolarsi in caso di dichiarazioni mendaci, conseguenti a surrogazioni di maternità vietate, cui si riferisce il disposto dell’art. 263 c.c.

9 ... nello scritto sopra citato di A. Ruggeri - C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, cit.

10 All’“intreccio tra solidarietà e gratuità” quale fondamento della maternità in sostituzione accenna anche S. Rodotà, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 52.

11 In argomento, faccio qui solo un cenno alle note pronunzie della Corte Edu, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia* e della Corte costituzionale, sentenza del 22 novembre 2013, n. 278, fatte oggetto di numerosi e vari commenti.

3. Alla sofferta ricerca dell'effettivo e preminente interesse del minore, nel corso di talune sofferte vicende che parrebbero non lasciare spazio per la sua efficace tutela, il rilievo del fattore-tempo al fine della tutela stessa, la messa in atto di misure idonee allo scopo, quale quella di far luogo in sede processuale ad una corsia preferenziale per la trattazione delle questioni coinvolgenti i minori e l'affidamento delle stesse a personale altamente specializzato

Qui, nuovamente si ha riscontro di uno dei non rari casi in cui il dettato legislativo si presenta eccessivamente rigido e tranciante, come tale bisognoso di essere reso flessibile, sì da potersi adattare alla varietà dei casi¹²; ciò che – come si è tentato di mostrare altrove¹³ – può aversi a mezzo di un'additiva di principio introdotta dal giudice costituzionale, perdurando l'inerzia del legislatore nel temperare il disposto normativo, che, per un verso, solleciti il legislatore stesso ad attivarsi, orientandone la produzione delle regole adeguate a dare svolgimento alle indicazioni della Consulta, e, per un altro verso, domandi al giudice di ricercare la soluzione idonea a bilanciare in modo congruo tutti gli interessi in campo e, specificamente, a tenere conto del preminente interesse del minore. È di tutta evidenza che la cornice legislativa ha da essere sufficientemente nitida e solida, sì da porre un argine agli apprezzamenti discrezionali del giudice ed offrire a quest'ultimo un adeguato sussidio in sede di formazione ed espressione degli stessi.

Il *punctum crucis* della questione qui nuovamente discussa si fissa nondimeno sulla evanescente nozione di "interesse del minore", cui occorre dare appunto "preminenza": una nozione paurosamente oscillante e suscettibile di trasformarsi camaleonticamente in ragione dei casi, disponendosi docilmente a sue plurime, continuamente cangianti appunto, ridefinizioni da parte dell'operatore di turno. Che, tuttavia, l'interesse in parola si dia non si discute; si tratta appunto solo di coglierlo, metterlo a fuoco ed appagarlo come si conviene (e – va detto – non è affatto cosa da poco).

Malgrado alcune riserve avanzate da una sensibile dottrina in merito al fondamento ed alla consistenza dell'interesse in parola¹⁴, che esso appunto si dia a me sembra avvalorato da plurime e convergenti ragioni¹⁵, tra le quali quella che induce a dare uno speciale rilievo al "diritto vivente", sia nazionale che sovranazionale (con riguardo a quest'ultimo, in svolgimento di esplicite previsioni contenute in documenti normativi, tra i quali la Carta di Nizza-Strasburgo, in cui è fatta menzione dell'interesse

12 L'opzione per discipline legislative "miti" o "leggere", specificamente su oggetti di biodiritto (e, segnatamente, con riferimento alle esperienze d'inizio-vita), è patrocinata da una crescente dottrina: tra gli altri, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2004, 524; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 38 ss., ma *passim*, e, dello stesso, ora, *L'attuale divergenza tra diritto vivente e diritto vigente sulla maternità surrogata (ed i possibili modi di comporla in un'ottica costituzionalmente orientata)*, relazione al Convegno su *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Messina 26-27 maggio 2017, in *paper*; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *www.rivista-itaic.it*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. Casonato, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 17 giugno 2014; R. Conti, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, *www.biodiritto.org*, 3/2015, 168. Infine, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi*, *www.federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

13 Maggiori ragguagli sul punto nello scritto sopra richiamato di A. Ruggeri - C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, cit.

14 E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016. In argomento, tra gli scritti più recenti, v. almeno L. Giacomelli, (Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?, e S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, AA.VV., F. Giuffrè e I. Nicotra (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, rispettivamente, 467 ss. e 505 ss., nonché L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista diritto civile*, 2016, 90 ss., e A. Arena, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore"* (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune), in *Consulta OnLine*, *www.giurcost.org*, 2/2016, 6 giugno 2016, 241 ss. Infine, G. Vannoni, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in *Consulta OnLine*, *www.giurcost.org*, 2/2017, 8 maggio 2017, 298 ss., e F. Preite - A. Cagnazzo, *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, Giuffrè, 2017.

15 ... che possono, volendo, vedersi esposte nel mio *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Rivista di diritti comparati*, in *Diritti comparati*, *www.diritticomparati.it*, 1/2017, 15 giugno 2017, spec. 100 ss.

medesimo¹⁶). Eppure, malgrado l'interesse in discorso si ponga quale risorsa preziosa per l'operatore e punto di riferimento obbligato, nel non di rado impegnativo e sofferto cammino che conduce alla meta del giudizio, esso può in non poche evenienze commutarsi in un'autentica mina vagante¹⁷: portato ad esasperate, seppur logicamente ineccepibili, applicazioni, può infatti convertirsi, per una singolare eterogenesi del fine, nel suo opposto. Può, in particolare, determinare il consolidamento di situazioni di fatto inaccettabili e, alle volte, persino ripugnanti, tant'è che è proprio nella consapevolezza di siffatte circostanze che alcuni autori hanno fatto (e fanno) leva allo scopo di argomentare la loro ferma contrarietà al ricorso alle pratiche di maternità in discorso¹⁸. Si tratta tuttavia – se posso esprimermi con franchezza – di un uso strumentale di taluni effetti abnormi che possono invero aversi, piegati al raggiungimento di un fine che, però, come si è tentato di mostrare, appare esso pure eccessivo e, perciò, irragionevole.

I minori sono – come si sa – i soggetti più vulnerabili ed esposti. Che possano darsi taluni casi “tragici” al cui verificarsi ogni soluzione finisce col dimostrarsi comunque ingiusta è da mettere in conto. Questo però vale – qui è il punto – a prescindere dal ricorso alla pratica riproduttiva di cui qui si discute. Ad es., qual è l'effettivo interesse di un bimbo rapito in tenera età alla famiglia di origine e trattato amorvolmente da coloro che egli considera suoi genitori? Quello di essere lasciato presso costoro ovvero l'altro di tornare presso i suoi veri genitori? Giova a poco (e, forse, a nulla...) – a me pare – ragionare nel senso di separare il fatto delittuoso, che una volta acclarato va comunque sanzionato come si deve, dalla vicenda della assegnazione del minore, dal momento che l'interesse di quest'ultimo potrebbe risultare non appagato sia che lo si faccia tornare presso i suoi veri genitori (ai suoi occhi estranei) e sia pure che sia lasciato presso l'ambiente in cui è cresciuto, dal momento che coloro che l'hanno allevato potrebbero trovarsi in cella per un periodo di tempo prevedibilmente non breve.

Ancora. Si consideri il caso¹⁹, di recente fatto oggetto di una discussa (e discutibile) pronunzia della Cassazione, che ha visto un minore strappato ai genitori naturali e quindi affidato a terzi, in conseguenza di un clamoroso errore giudiziario (l'accusa mossa ai genitori era di abbandono del minore): un errore dimostratosi tale solo a distanza di molti anni, con la conseguenza che lo stesso giudice ha ritenuto

-
- 16 A norma dell'art. 24, par. 2, della Carta dell'Unione, “in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente” (a commento, L. Ratti, *sub art. 24, in Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, AA.VV., R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, 474 ss.). Ed è superfluo qui rammentare che trattasi di una previsione di rango costituzionale, qual è proprio delle norme eurounitarie in genere, pur se dalla portata circoscritta ai soli campi materiali di competenza dell'Unione stessa, che tuttavia vanno espandendosi sempre di più, specie per via giurisprudenziale. Il disposto, sopra cit., della Carta di Nizza-Strasburgo è richiamato altresì, unitamente ad altri documenti di origine esterna, nella ordinanza di remissione della Corte d'appello (p. 17.1), laddove si fa altresì riferimento (p. 20.3), con specifico riguardo alla questione qui discussa, a Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; questa pronunzia, tuttavia, è stata, come si sa, riformata dalla Grande Camera nel gennaio 2017, con la motivazione che la Convenzione si mostra rispettosa delle opzioni in materia fatte dalle legislazioni nazionali [sugli orientamenti della giurisprudenza europea, v., tra gli altri, C. Masciotta, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2015, 27 novembre 2015, della quale v., ora, anche *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della “vita familiare”: uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *www.osservatoriocostituzionale.it*, 2/2017, 21 luglio 2017; 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*, 2/2016, spec. 317 ss.; A. Martone, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, AA.VV., A. Di Stasi (a cura di), Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2016, 717 ss.; M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *www.osservatoriocostituzionale.it*, 1/2017, 18 aprile 2017; L. Ferraro, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in *www.edizioniesi.it/dperonline/*, 1/2017, giugno 2017; F. Paruzzo, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *www.osservatoriocostituzionale.it*, 2/2017, 21 luglio 2017, spec. 9 ss.].
- 17 Ha di recente paventato il rischio che la formula del *best interest of the child* possa rivelarsi *bonne à tout faire* B. Randazzo, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione “sorrette” da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2017, 5 marzo 2017.
- 18 L. D'Avack, *Maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1/2017, 139 ss., e G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta OnLine*, *www.giurcost.org*, 2/2017, 1 giugno 2017, 325 ss.
- 19 ... di cui riferiscono A. Ruggeri - C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, cit., 146, e, ora, S. Agosta, *L'attuale divergenza tra diritto vivente e diritto vigente sulla maternità surrogata*, cit.

essere nell'interesse del minore restare presso la nuova famiglia, al fine di evitare una seconda e forse ancora più traumatica separazione.

Quest'ultima vicenda, in particolare, è altamente istruttiva e – come si accennava poc'anzi – dimostra il cruciale rilievo del fattore-tempo nella risoluzione di alcune tra le più spinose e coinvolgenti questioni di diritto di famiglia²⁰. Il rischio è infatti che, per effetto del decorso del tempo, si consolidino legami affettivi che potrebbero avere il loro fondamento e la radice da cui si alimentano o in illeciti o in errori giudiziari che, senza alcuna esitazione o remora di sorta, vanno combattuti gli uni, evitati gli altri, con ogni mezzo.

Ancora una volta, si ha dunque conferma che occorre far di tutto per prevenire – fin dove possibile – il compimento e il radicamento di fatti abnormi, non già darne la legittimazione *ex post*, magari facendo appello ad un malinteso interesse preminente del minore. Il tempo, insomma, può essere causa di vulnera irreparabili alla Costituzione o ad altre Carte dei diritti (e, tra queste, principalmente la Cedu²¹).

Di qui, la necessità di rimedi strutturali, che consentano di raggiungere la verità dei fatti nel più breve tempo possibile e, pertanto, di conciliare in un modo complessivamente accettabile l'interesse del minore con interessi costituzionalmente protetti facenti capo ad altri soggetti o all'intera collettività.

Molte soluzioni possono al riguardo prospettarsi: da quella di introdurre una corsia preferenziale in sede processuale per la trattazione delle questioni di diritto di famiglia e delle altre in genere coinvolgenti i minori all'altra di demandare i casi che riguardano i minori stessi a personale altamente specializzato²², il più attrezzato a far fronte a situazioni il più delle volte spinose e inquietanti, che interpellano le coscienze prima ancora che le competenze di stretto diritto.

4. Una succinta notazione finale, a riguardo di fatti e norme contrari a Costituzione e dei modi più adeguati a porvi rimedio

Concludendo. Occorre allestire un piano organico di interventi, valorizzando le risorse in atto disponibili ovvero introducendone di nuove a mezzo delle opportune modifiche legislative, allo scopo di evitare l'impianto di situazioni di fatto poi materialmente non sradicabili ovvero rimuovibili solo con un costo insopportabile per gli interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema", in special modo per quelli facenti capo ai minori. Prevenire l'avvento di "fatti" incostituzionali può poi richiedere – come si è tentato di mostrare – che si operi sulle norme riguardanti i fatti stessi, abrogandole o annullandole, ovvero sulle lacune riscontrabili in molti punti del tessuto legislativo. Centrale e non di rado decisivo rilievo è, nondimeno, da assegnare agli interventi, come che siano posti in essere e presso questa o quella sede istituzionale, effettuati nei luoghi giusti. Colpire infatti il bersaglio sbagliato equivale a non raggiungere l'obiettivo avuto di mira e, non poche volte, aggiungere danno a danno, con conseguente aggravamento del *vulnus* costituzionale.

Le vicende di maternità surrogata ne danno una eloquente testimonianza ma esse costituiscono solo la spia di una complessiva torsione di cui sono congiuntamente responsabili "fatti" e norme e che si consuma a danno della Costituzione e dei soggetti (in specie dei minori) che ad essa fanno appello per la tutela degli interessi di cui sono portatori, restando nondimeno molte volte delusi a causa della mancanza di adeguati interventi riparatori.

20 Certo si dà una sostanziale differenza, d'immediata evidenza, tra i due casi ora esemplificativamente presi in considerazione: nel primo, diversamente dal secondo, si è in presenza di un delitto la cui scoperta potrebbe aversi a considerevole distanza di tempo rispetto alla commissione del fatto. Nella seconda evenienza, di contro, il rimedio – come subito si dirà – può aversi per mano del legislatore e degli operatori in genere.

21 ... secondo quanto, ad es., ha di recente dimostrato il caso *Improta c. Italia* (Corte Edu, I sez., 4 maggio 2017, *Improta c. Italia*).

22 Anche sul fronte della difesa legale, a mia opinione, converrebbe richiedere una documentata competenza in materia, che sovente oggi non si ha, non richiedendosi il possesso di un titolo specifico per il patrocinio di cause in materia matrimoniale e di famiglia in genere.

Interventi

Antonella Madeo*

Attuazione in materia penale della legge Cirinnà sulle unioni civili

Sommario

1. La legge 20 maggio 2016 n. 76 istitutiva delle unioni civili – 2. Il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 6 – 3. Le modifiche al codice penale - 4. Segue: la modifica del concetto di “prossimi congiunti” ex art. 307, c. 4, c.p. - 5. Segue: l'introduzione dell'art. 573-ter c.p. - 6. Segue: l'integrazione dell'art. 649 c.p. - 7. Le modifiche al codice di procedura penale - 8. Conclusioni

Abstract

Il D. lgs. 19 gennaio 2017, n. 6 ha dato attuazione in materia penale alle disposizioni della legge n. 76/2016 sulle unioni civili. Il Governo ha coordinato il nuovo istituto con le previsioni del codice penale e di procedura penale, mediante l'introduzione di disposizioni interpretative e l'integrazione di disposizioni già esistenti, con l'obiettivo di equiparare l'unione civile al matrimonio. L'operazione, peraltro, non risulta completa, in quanto lascia alcuni vuoti di tutela nei confronti dei diritti della parte dell'unione civile.

D. lgs. n. 6/2017, has implemented law n. 76/2016 (Civil Partnership) in relation with criminal law. The Executive has provided coordination between civil partnership and Criminal Code, as well as with Code of Criminal Procedure, both by means of interpretative provisions and with the introduction of new provisions, aiming to equate civil partnership and marriage for purposes of Criminal Law and Process. As it will be shown, harmonisation hasn't been completely fulfilled, as significant lack of protection of civil partners can be detected.

1. La legge 20 maggio 2016 n. 76 istitutiva delle unioni civili

Un anno fa il Parlamento ha dato un segnale di fondamentale importanza nel campo dei diritti civili con il riconoscimento giuridico di una formazione sociale da sempre esistente, e regolamentata negli ultimi decenni in molti Paesi¹: la coppia formata da persone dello stesso sesso.

* Ricercatrice in Diritto penale, Università di Genova.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Tra i primi Paesi europei che hanno riconosciuto legalmente le coppie di fatto, omosessuali ed eterosessuali, si registra la Francia con la nota legge sui PACS (*Pacte civil de solidarité*) del 1999 e il Belgio con la legge del 2000 sulla convivenza legale (*cohabitation légale*). La Germania ha adottato nel 2001 una legge sulla convivenza registrata, *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*, che disciplina esclusivamente l'unione civile tra persone dello stesso sesso, riconoscendo ad essa i diritti e doveri derivanti dal matrimonio, tranne il diritto all'adozione congiunta di minori; peraltro ammette l'adozione del figlio naturale o adottivo del partner. Una legge analoga sulle unioni civili di persone del medesimo sesso è entrata in vigore in Austria nel 2010. Tra gli altri Paesi in cui sono regolamentate le unioni civili tra persone dello stesso sesso ricordiamo la Finlandia con una legge del 2002 e il Regno Unito con il *Civil Partnership Act* del 2004. Per approfondimenti cfr. G. Autorino, *Le unioni civili in Europa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 1667 ss.; A. Fusaro, *Unioni civili e convivenze di*

La legge 20 maggio 2016, n. 76, nota col nome di una delle proponenti (Cirinnà), ha dato a questa forma sociale una veste e una disciplina giuridica².

Per porre fine ad un lunghissimo dibattito parlamentare che vedeva contrapposte correnti riformiste, volte a considerare l'unione tra persone dello stesso sesso un istituto matrimoniale riconducibile all'art. 29 Cost., e correnti conservatrici³, contrarie a tale estensione, il legislatore ha optato per una formula di compromesso, creando un istituto nuovo, denominato "unione civile", definito all'art. 1 della predetta legge "quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione".

Il Parlamento ha così recepito un orientamento formatosi nella giurisprudenza costituzionale⁴ e di legittimità⁵ degli ultimi anni, volto ad attribuire valore giuridico – sotto il profilo del riconoscimento di diritti e doveri – alle varie forme di famiglie di fatto, compresa quella omosessuale. Con specifico riguardo all'unione omosessuale la Corte costituzionale evidenziava in una storica sentenza del 2010⁶ che essa deve annoverarsi nella nozione di "formazione sociale" di cui all'art. 2 Cost., da intendersi come "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri" e sollecitava il Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, ad individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost. Escludeva, infatti, che il riconoscimento giuridico potesse passare attraverso l'equiparazione al matrimonio, ossia tramite l'art. 29 Cost., in quanto i costituenti, elaborando questa disposizione, "tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942 che stabiliva – e tuttora stabilisce – che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma dell'art. 29 Cost. che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa".

Il Parlamento, nella disciplina dell'unione civile, si ispira al modello tedesco della *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, previsto da una legge sulla convivenza registrata del 2001, che, pur non equiparando a tutti gli effetti la convivenza della coppia omosessuale al matrimonio eterosessuale, applica ai conviventi disposizioni analoghe a quelle contenute nel codice civile tedesco per la disciplina del matrimonio.

L'unione civile, regolata dalla legge n. 76/2016, è un istituto molto simile, nella forma e nel contenuto, al matrimonio.

fatto: la legge. *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 1771 ss.; F. Viglione, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 1723 ss.

- 2 Per commenti alla legge n. 76/2016 cfr. V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 848 ss.; E. Quadri, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corriere giuridico*, 2016, pp. 893 ss.; G. Oberto, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge. I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giurisprudenza italiana. it.*, 2016, pp. 1797 ss. Per un'analisi delle implicazioni penali della legge Cirinnà n. 76/2016 si veda G.L. Gatta, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della legge Cirinnà*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2016.
- 3 Il disegno di legge Cirinnà sulle unioni civili – che in realtà è il risultato dell'unione di più disegni di legge ed è stato inoltre preceduto nelle passate legislature da altri numerosi disegni di legge – ha dato origine fin dalla sua presentazione in Parlamento nel 2013 ad un duro scontro tra correnti laiche progressiste (tra i principali esponenti c'erano PD, Movimento 5 stelle, SEL, Possibile) e correnti conservatrici in buona parte di area cattolica (Nuovo centro destra, Forza Italia, Lega Nord, UDC, alcuni cattolici del Partito democratico). I principali punti di scontro riguardavano l'inquadramento giuridico dell'unione civile, in quanto i conservatori si opponevano all'equiparazione di questo istituto al matrimonio, nonché la possibilità di adozione del figlio naturale del *partner* (c.d. *stepchild adoption*), anch'essa rifiutata dai conservatori.
- 4 Cfr. in generale sulla riconducibilità della famiglia di fatto all'art. 2 Cost. Corte costituzionale, sentenza del 18 novembre 1986, n. 237, in *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, pp. 1960 ss.; per la riconducibilità ad esso in specifico delle coppie omosessuali Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 2694 ss.; Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, *ivi*, 2010, pp. 1604 ss.
- 5 Nella giurisprudenza di legittimità penale si è sempre esteso il concetto di famiglia presente nei delitti contro la famiglia, di cui al Titolo XI del secondo libro del codice penale, come tipicamente i maltrattamenti contro familiari (art. 572 c.p.), alla famiglia di fatto (es. al convivente). Cfr. Corte di cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 7 maggio 2013, n. 22915 in *Guida al diritto*, 2013, n. 33, pp. 76 ss.; Corte di cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 29 gennaio 2008, n. 20647 in *Cassazione penale*, 2009, pp. 1983 ss.; Corte di cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 24 gennaio 2007, n. 21239, *ivi*, 2008, pp. 1411 ss.
- 6 Corte costituzionale, n. 138/2010, cit.

Sotto il profilo formale, al pari di esso l'unione civile è una dichiarazione resa da due persone maggiorenni dello stesso sesso di fronte ad un ufficiale dello stato civile e alla presenza di due testimoni (art. 1, c. 2); il relativo atto di unione civile viene registrato dall'ufficiale di stato civile nell'archivio dello stato civile (art. 1, c. 3).

Sotto il profilo sostanziale, l'unione civile fa insorgere gli stessi obblighi che gli artt. 143 e 144 c.c. impongono ai coniugi nel matrimonio, ossia di assistenza morale e materiale, coabitazione, contribuzione secondo le proprie capacità ai bisogni comuni, determinazione comune dell'indirizzo della vita familiare e della residenza. Solo un obbligo non è contemplato: l'obbligo di fedeltà⁷. Non derivano, invece, dall'unione civile gli obblighi nei confronti della prole, previsti per i coniugi dall'art. 147 c.c.

All'unione si applicano, inoltre, le medesime cause di impedimento stabilite per il matrimonio⁸, che ne determinano l'annullabilità.

Lo scioglimento dell'unione civile avviene mediante manifestazione di volontà delle parti, anche disgiuntamente, davanti all'ufficiale dello stato civile, con applicazione delle disposizioni della legge sul divorzio per quanto concerne la regolamentazione dei rapporti patrimoniali e personali.

L'unione civile, in quanto istituto simile al matrimonio, necessita, dopo la sua introduzione, di un coordinamento con la legislazione di ogni ramo dell'ordinamento regolante, sotto qualsiasi profilo, il matrimonio. Pertanto, l'art. 1, c. 28 della legge n. 76/2016 delega il Governo ad adottare entro sei mesi uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso, volti ad apportare *"modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti"*.

In funzione di tale coordinamento l'art. 1, c. 20 della predetta legge individua un principio guida vincolante per il Governo: *"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"*.

Quindi la parificazione tra coniuge e parte di un'unione civile non deve essere totale ma disposta esclusivamente nella misura in cui sia funzionale all'effettiva tutela dei diritti e all'adempimento dei doveri derivanti da tale posizione giuridica. Tutelare un diritto significa garantire, sul piano civilistico, penalistico e processuale, che esso sia esercitabile liberamente, senza limitazioni, né lesioni ingiuste o ingiustificate.

La legge n. 76/2016 prevede e disciplina, all'interno dell'unica disposizione di cui è costituita (art. 1), ai commi 37-67, un'altra formazione sociale esistente da tempo: la convivenza di fatto. Al comma 36 definisce conviventi di fatto *"due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile"*. Per essi prevede alcuni dei diritti e doveri che l'ordinamento attribuisce ai coniugi e alle parti di un'unione civile. In particolare riconosce ai conviventi il diritto reciproco di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali, la facoltà di designare l'altro convivente quale rappresentante per le decisioni in materia di salute in caso di malattia comportante incapacità di intendere e di volere e per la donazione degli organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie in caso di morte.

L'accertamento della stabile convivenza si fonda sulla dichiarazione anagrafica disciplinata dall'art. 13 del Regolamento anagrafico della popolazione residente (D.p.r. n. 223/1989); peraltro la legge n. 76/2016 prevede, al comma 50, la possibilità per i conviventi di formalizzare la propria condizione con un contratto di convivenza, redatto in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata, con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato, che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

7 Un disegno di legge, presentato in Senato nel febbraio 2016, prevede, peraltro, l'abolizione dell'obbligo di fedeltà coniugale di cui all'art. 143 c.c.

8 Ai sensi dell'art. 1, c. 4 *"Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato; c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'art. 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo art. 87; d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento"*.

Sorprende che il Parlamento abbia omissso di richiedere al Governo l'attuazione anche di queste disposizioni, nonché il loro coordinamento con quelle dei rami dell'ordinamento riguardanti i rapporti matrimoniali, in particolare con le disposizioni penali in funzione di garantire l'effettiva tutela dei diritti e il pieno adempimento dei doveri derivanti dalla convivenza di fatto. Sarebbe stato quanto mai opportuno richiedere *in primis* la previsione dell'equiparazione della famiglia di fatto, fondata sulla convivenza, alla famiglia legittima, fondata sul matrimonio, operazione che da tempo la giurisprudenza penale cerca di realizzare in via ermeneutica⁹, trovando, peraltro, limiti invalicabili nel divieto di interpretazione analogica delle norme penali di sfavore e delle norme penali eccezionali di favore.

In questa sede si intende analizzare quale attuazione il Governo ha dato alla legge n. 76/2016 in funzione di coordinarla con le disposizioni penali.

2. Il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 6

Il 19 gennaio 2017 sono stati promulgati tre decreti legislativi attuativi della legge n. 76/2016.

Il D.lgs. n. 5/2017 adegua alle disposizioni dell'unione civile previste dalla sopra citata legge la disciplina vigente in tema di ordinamento dello stato civile, in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, prevista da svariati testi normativi, *in primis* dal D.p.r. n. 396/2000 recante il Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile.

Il D.lgs. n. 6/2017 reca disposizioni che adattano al nuovo istituto dell'unione civile le norme penali e processual-penali riguardanti il matrimonio e i coniugi¹⁰.

Infine il D.lgs. n. 7/2017 reca modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato, relativamente agli istituti del matrimonio e delle sue vicende, in particolare il suo scioglimento.

Dei tre il decreto n. 5 risulta il più complesso, in quanto riguarda l'adattamento della normativa sulla costituzione del matrimonio alla nuova formazione sociale in esame.

Decisamente più essenziali appaiono gli altri due testi normativi.

In particolare il decreto n. 6, oggetto di analisi in questa sede, è articolato in tre disposizioni, delle quali le prime due hanno contenuto precettivo, mentre l'art. 3 prevede la clausola di invarianza finanziaria tipica di ogni testo legislativo. L'art. 1 adatta le disposizioni del codice penale concernenti il matrimonio e i coniugi alla legge sulle unioni civili e l'art. 2 compie la stessa operazione sulle disposizioni del codice di procedura penale.

3. Le modifiche al codice penale

Per adattare il codice penale al nuovo istituto dell'unione civile il legislatore ha scelto la strada della normazione sintetica, che interviene in senso interpretativo o integrativo sulle categorie generali (matrimonio, coniugi, prossimi congiunti), anziché sulle singole disposizioni che tutelano i diritti e l'adempimento dei doveri derivanti dal matrimonio.

In questa operazione il legislatore ha dovuto tener conto del fatto che il codice penale prevede non solo disposizioni penali a sfavore del reo, come le norme incriminatrici e le circostanze aggravanti, ma anche a favore del reo, come le scriminanti, le cause di non punibilità e le circostanze attenuanti. Pertanto ha preso in considerazione separatamente i concetti da equiparare o integrare, a seconda che siano presenti nell'una o nell'altra tipologia di norma.

In base a questa direttrice sono state riformate due disposizioni del codice penale - gli artt. 307 e 649 - e introdotta una nuova disposizione, l'art. 574-ter, alla fine del Titolo XI del secondo libro, relativo ai delitti contro la famiglia.

9 Sul punto ci permettiamo di rinviare ad A. Madeo, *I reati contro la famiglia*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 16^a ed., Milano, Giuffrè, 2016, pp. 645 ss.; nonché alla bibliografia ivi citata.

10 Per commenti al D.lgs. n. 6/2017 si rinvia a G.L. Gatta, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2017; A. Merli, *Note introduttive al tema: "la rilevanza penalistica della convivenza more uxorio (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)"*, ivi, 2017.

4. **Segue: la modifica del concetto di “prossimi congiunti” ex art. 307, c. 4, c.p.**

L'art. 307 c.p., al primo comma, punisce a titolo di delitto il fatto di dare assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata; al terzo comma, esclude la punibilità nel caso in cui il fatto sia commesso a favore di prossimi congiunti; al quarto comma, definisce, mediante un'elencazione tassativa, la categoria “prossimi congiunti” ai fini della legge penale.

Nella formulazione originaria il quarto comma stabiliva che “*s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole*”.

L'art. 1, lett. a) del D.lgs. n. 6/2017 inserisce nell'elenco del quarto comma, subito dopo il coniuge, “*la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso*”.

L'integrazione legislativa è stata resa necessaria dal carattere tassativo dell'elencazione del quarto comma dell'art. 307 c.p., nonché dalla natura eccezionale della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 307 c.p. Quest'ultima, infatti, prevede una causa personale di non punibilità¹¹, in quanto l'impunità del prossimo congiunto non è dovuta a mancanza di antigiuridicità o di colpevolezza, né ad inoffensività, ma a ragioni di opportunità legate alla motivazione (lo stretto legame familiare e/o affettivo) che spinge un soggetto a dare assistenza al congiunto che abbia partecipato al delitto di cospirazione o di banda armata. L'art. 307, c. 3, derogando alla regola generale secondo la quale chi commette con colpevolezza e capacità di intendere e di volere un reato deve essere punito con la pena per questo prescritta, non può essere applicato oltre i casi espressamente previsti, pur essendo una norma penale a favore del reo¹².

L'inserimento legislativo della parte di un'unione civile nell'elenco dei soggetti considerati prossimi congiunti determina l'estensione ad essa non solo della causa di non punibilità in esame, ma anche di tutte le disposizioni penali in cui siano citati i prossimi congiunti, avendo questa nozione carattere generale per la legislazione penale¹³: il quarto comma dell'art. 307 specifica, infatti, che la definizione vale per tutte le disposizioni di natura penale.

Ne deriva che da ora sarà applicabile anche alla parte di un'unione civile la scriminante speciale dello stato di necessità prevista per alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia dall'art. 384 c.p. Questa disposizione, infatti, prevede l'impunità a favore di chi ha commesso determinati delitti contro l'amministrazione della giustizia – tra i quali l'omessa denuncia di reato da parte di p.u., l'omissione di referto, l'omessa denuncia di reato da parte di cittadino, l'autocalunnia, la falsa testimonianza, il favoreggiamento personale, le false dichiarazioni al difensore – per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se stesso o un *prossimo congiunto* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore. Analogamente saranno applicabili alla parte di un'unione civile le circostanze attenuanti speciali previste dagli artt. 386, c. 4, n. 1, e 390, c. 2, c.p. rispettivamente per chi ha procurato o agevolato l'evasione di un *prossimo congiunto* che sia legalmente arrestato o detenuto per un reato, e per chi ha aiutato un *prossimo congiunto* a sottrarsi all'esecuzione di una pena.

L'inciso “*ai fini della legge penale*” solleva, peraltro, il dubbio se il concetto di *prossimi congiunti* valga nell'ambito *stricto sensu* penale, ossia per le disposizioni che disciplinano, sia all'interno del codice penale sia nella legislazione speciale, il reato, il reo e la pena, oppure si estenda alle disposizioni processual-penali che regolano l'accertamento del reato, nonché a quelle penitenziarie che disciplinano l'esecuzione.

11 La natura della non punibilità dell'art. 307, c. 4 c.p., in realtà, è controversa. Prevalle l'opinione (E. Dolcini-G. Marinucci, *Manuale di diritto penale*, 5^a ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 256; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, UTET, 1981, pp. 749-750), qui condivisa, secondo la quale si tratta di una causa personale di non punibilità, quindi di una disposizione eccezionale non suscettibile di estensione analogica. Autorevole dottrina (F. Bricola, *Cospirazione politica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 127), peraltro, la considera una scriminante soggettiva, in quanto implica la rilevanza di un motivo eticamente apprezzabile, che spinge il prossimo congiunto ad agire: il risultato cui perviene, comunque, è ugualmente quello del divieto di estensione analogica dell'elenco dei prossimi congiunti, in quanto formulato in modo tassativo.

12 Si deve tener conto che l'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile vieta l'analogia, oltre che per le disposizioni penali (secondo un'interpretazione, limitatamente al caso in cui esse siano sfavorevoli al reo), anche per le disposizioni che fanno eccezione a regole generali.

13 Per l'interpretazione lata di legge penale, anche se in riferimento alle disposizioni del codice di procedura penale del 1930, cfr. V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 751.

Se si considera che il concetto di prossimi congiunti ricorre ripetutamente anche nel codice di procedura penale e che questo non ne dà una definizione, si può dedurre che ciò dipenda da un implicito rinvio alla definizione dell'art. 307, c. 4 c.p.¹⁴.

Quest'interpretazione consente di attribuire alla parte dell'unione civile alcuni diritti e facoltà di natura processuale che, in un'interpretazione restrittiva, le sarebbero negati. Ciò vale per la facoltà attribuita dall'art. 597, c. 3 c.p. al prossimo congiunto del diffamato di proporre querela¹⁵ per il delitto di diffamazione, qualora il soggetto passivo sia morto prima di poter esercitare tale facoltà oppure l'offesa gli sia stata rivolta quando era già defunto, nonché, nei medesimi casi, la facoltà di concordare con l'autore della diffamazione la prova liberatoria¹⁶.

Inoltre la parte dell'unione civile potrebbe godere della facoltà, prevista dall'art. 77, c. 2 c.p.p. a favore dei prossimi congiunti della persona offesa dal reato, che non abbia la capacità processuale, di chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale, qualora manchi un rappresentante o vi sia conflitto d'interessi tra questo e il danneggiato; nonché della facoltà per i prossimi congiunti dell'imputato di astenersi dal deporre, ex art. 199, c. 1 c.p.p.; della possibilità per i prossimi congiunti di esercitare le facoltà e i diritti della persona offesa dal reato, quando questa sia deceduta (art. 90, c. 3 c.p.p.); della possibilità di ottenere dal giudice l'adozione di provvedimenti coercitivi cautelari nei confronti dell'imputato di determinati delitti (es. violenza sessuale, maltrattamenti ecc.), che vietano l'avvicinamento a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, in particolare il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti, qualora sussistano esigenze di tutela dell'incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti (art. 282-bis, c. 2 c.p.p.), nonché l'avvicinamento a luoghi determinati abitualmente frequentati da prossimi congiunti della persona offesa, quando sussistano ulteriori esigenze di tutela (art. 282-ter, c. 2 c.p.p.); infine della possibilità di ottenere che venga disposto il provvedimento cautelare della sospensione della potestà genitoriale, anche al di fuori dei limiti di pena previsti per questa misura, nei confronti della persona imputata di un delitto contro la libertà sessuale commesso in danno di un prossimo congiunto (art. 288, c. 2 c.p.p.).

5. Segue: l'introduzione dell'art. 573-ter c.p.

L'art. 1, lett. b), del D.lgs. n. 6/2017 introduce all'interno del Titolo XI del secondo libro del codice penale, dedicato ai delitti contro la famiglia, l'art. 574-ter, rubricato *Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale*.

La disposizione, collocata a chiusura del Titolo, è strutturata in due commi.

Il primo stabilisce che "agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso". Si tratta di una norma interpretativa, contenente una clausola di equivalenza tra l'istituto del matrimonio e il nuovo istituto dell'unione civile, peraltro circoscritta all'ambito penale, analogamente a quanto dispone l'art. 307, c. 4 c.p. per il concetto di prossimi congiunti.

Il secondo comma, avente pure natura interpretativa, chiarisce che "quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso"¹⁷.

14 V. Manzini, *ivi*, p. 751.

15 La querela, in quanto disciplinata dal codice di procedura penale tra le cause di procedibilità (art. 336 ss.), è considerata dalla maggior parte della dottrina un istituto processuale (tra gli altri F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16^a ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 761 ss.; G. Battaglini, *La querela*, Torino, UTET, 1958, pp. 142 ss.). Peraltro non manca chi le attribuisce natura sostanziale, in ragione del fatto che essa trova la propria definizione e parte della disciplina nel codice penale (tra gli altri V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, UTET, 1961, p. 607; R. Pannain, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Torino, UTET, 1967, pp. 906 ss.) e chi natura mista, ossia per alcuni effetti sostanziale, per altri processuale (G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 369).

16 Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla memoria di un defunto, possono proporre querela i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo avere proposta la querela, la facoltà della prova liberatoria indicata nel capoverso dell'art. 596 (deferimento, su accordo delle parti, ad un giurì d'onore del giudizio sulla verità del fatto determinato attribuito) spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato.

17 La formula è simile a quella in uso in altre disposizioni del codice penale, come ad esempio nell'art. 360 c.p. in cui si stabilisce che "quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, o di esercente un servizio di pubblica

Il combinato disposto dei due commi solleva perplessità, se si considera il principio guida fissato dall'art. 1, c. 20 della legge n. 76/2016, in base al quale le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o che contengono la parola coniuge/i o altra equivalente, ovunque ricorrano nell'ordinamento, devono applicarsi anche ad ognuna delle parti dell'unione civile *"al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile"*. Il Governo, nell'elaborazione della nuova disposizione, non si attiene fedelmente a questo principio.

Il primo comma dell'art. 573-ter pecca per eccesso, in quanto equipara matrimonio e unione ai fini della legge penale in generale, anziché solo in funzione di garantire l'effettività dei diritti e l'adempimento dei doveri della parte dell'unione civile. In tal senso riteniamo che il Governo abbia ecceduto i limiti della legge delega. Dall'equiparazione deriva l'estensione alla parte di un'unione civile dei delitti di bigamia, propria e impropria, di cui all'art. 556 c.p. e di attentati alla morale familiare commessi con il mezzo della stampa, ex art. 565 c.p., norma peraltro per la quale non si rinvencono applicazioni giurisprudenziali.

Il secondo comma pecca, invece, per difetto, perché dispone l'equiparazione della parte dell'unione civile al coniuge solo quando questo sia elemento costitutivo di un reato o di una circostanza aggravante, non invece quando il termine ricorre in disposizioni che disciplinano il reato o la pena ovvero – se si considera il concetto di legge penale in senso lato – l'accertamento del reato o l'esecuzione della pena.

La *ratio* della delimitazione fissata dal secondo comma potrebbe rinvenirsi nel fatto che nel codice penale la qualità di coniuge rileva nella maggior parte dei casi come circostanza aggravante, ossia come fattore che accresce il disvalore del reato¹⁸ e in alcuni delitti contro la famiglia come elemento costitutivo¹⁹. In entrambi i casi l'equiparazione al coniuge consente di garantire effettività di tutela ai diritti della parte dell'unione civile che subisce il reato o la circostanza aggravante.

Solo in una disposizione del codice penale la qualità di coniuge ha un valore positivo. Si tratta dell'art. 649 c.p., che per i delitti contro il patrimonio considera non punibile chi ha commesso il fatto in danno del coniuge non separato legalmente (oltre che di altri congiunti) e punibile a querela della persona offesa chi l'ha commesso in danno del coniuge legalmente separato. Si può ipotizzare che, proprio perché l'art. 649 c.p. è l'unica disposizione del codice in cui la qualità di coniuge ha valenza positiva, il Governo abbia preferito riformare questa disposizione²⁰ piuttosto che introdurre una clausola generale di equiparazione tra coniuge e parte dell'unione civile a fini penali di tutela dei diritti di quest'ultima.

La scelta, tuttavia, non appare condivisibile in quanto, se fuoriusciamo dal codice penale e passiamo in rassegna le disposizioni dell'ordinamento in senso lato penale, ne troviamo altre che garantiscono al coniuge la tutela di determinati diritti nei confronti dell'altro coniuge, rispetto ai quali l'equiparazione della parte dell'unione civile avrebbe dovuto essere attuata in conformità al principio guida espresso nell'art. 1, c. 20 della legge delega n. 76/2016.

Basti pensare ad alcune disposizioni della legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull'ordinamento penitenziario, come l'art. 14-quater, c. 4, che prevede il diritto del detenuto e dell'internato ai colloqui con il coniuge durante il regime di sorveglianza particolare; l'art. 21-ter, c. 2-bis, che consente al condannato e all'internato il diritto di visita e di assistenza, durante le visite specialistiche, del coniuge affetto da *handicap* grave; l'art. 57, che prevede la facoltà per il prossimo congiunto del detenuto di richiedere i benefici penitenziari (affidamento in prova ai servizi sociali, semilibertà, licenze, liberazione anticipata) a favore dello stesso.

Le sopra citate disposizioni mirano a garantire al coniuge del detenuto e dell'internato la tutela del diritto a mantenere un rapporto con l'altro coniuge e a prendersi cura dello stesso.

Anche la parte dell'unione civile, che sia detenuta o internata in regime di sorveglianza particolare, dovrebbe, quindi, godere del diritto di avere colloqui con l'altra parte; così come il condannato o internato, legato da unione civile, avere il diritto di visitare e di assistere durante le visite specialistiche l'altra

necessità, come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude l'esistenza di questo né la circostanza aggravante se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato".

18 Così, ad esempio, l'art. 577, c. 2 c.p. prevede la circostanza aggravante dell'omicidio doloso consistente nell'essere questo commesso a danno del coniuge; l'art. 591, c. 4 c.p. stabilisce un aumento di pena qualora il fatto di abbandono di incapace sia commesso dal coniuge; l'art. 605, c. 2, n. 1 c.p. prevede quale aggravante l'essere il sequestro realizzato in danno del coniuge, e l'art. 609-ter, c. 5-quater c.p. l'essere la violenza sessuale commessa dal coniuge.

19 In particolare, le tre ipotesi delittuose di abbandono del tetto coniugale, di dilapidazione dei beni del coniuge e di omessa dazione al coniuge dei mezzi di sussistenza, tutte rubricate all'art. 570 c.p. come violazione degli obblighi di assistenza familiare, sono commesse da un coniuge nei confronti dell'altro, così come anche il delitto di induzione al matrimonio mediante inganno, di cui all'art. 558 c.p.

20 La modifica dell'art. 649 c.p. è disposta dall'art. 1, lett. c) del D.lgs. n. 6/2017.

parte affetta da *handicap* grave; e chi sia legato da unione civile avere la facoltà di richiedere i benefici penitenziari a favore dell'altra parte che sia detenuta.

Questo risultato si sarebbe ottenuto se l'equiparazione tra coniuge e parte civile, prevista nel secondo comma dell'art. 573-ter c.p., fosse stata disposta in generale per la legge penale a fini di garantire la tutela dei diritti e l'adempimento dei doveri della parte dell'unione civile, anziché con riguardo ai limitati casi in cui il coniuge sia elemento di norme incriminatrici o di circostanze aggravanti.

Alla luce della sopra evidenziata osservazione critica, l'art. 573-ter c.p., così formulato, rischia di cadere in futuro sotto la scure della Corte costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza, ex art. 3 Cost.

6. Segue: l'integrazione dell'art. 649 c.p.

L'art. 1, lett. c) del d. lgs. n. 6/2017 dispone la terza ed ultima modifica al codice penale, consistente nell'integrazione dei due commi dell'art. 649 c.p.

Questo, nella sua formulazione originaria, prevedeva, al primo comma, la non punibilità di chi abbia commesso un delitto contro il patrimonio del Titolo XIII in danno del coniuge non legalmente separato, di un ascendente o discendente, di un affine in linea retta, dell'adottante o dell'adottato, di un fratello o di una sorella che con lui convivano; e al secondo comma, la punibilità a querela della persona offesa, qualora il delitto sia stato commesso in danno del coniuge legalmente separato, del fratello o della sorella che non convivano con l'autore del fatto, dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi.

L'elencazione tassativa nel primo comma delle persone offese viene integrata mediante l'inserimento, subito dopo il coniuge non legalmente separato (n. 1), della parte di un'unione civile (n. 1-bis).

L'elencazione, sempre tassativa, al secondo comma delle persone offese viene integrata con l'aggiunta, dopo il coniuge legalmente separato, della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa.

Il primo comma dell'art. 649 c.p., prevedendo una causa personale di esclusione della sola punibilità, è norma eccezionale al pari dell'art. 307, c. 3 c.p.: pertanto l'estensione, mediante interpretazione analogica, del concetto di coniuge alla parte dell'unione civile non avrebbe potuto essere disposta in ragione del divieto stabilito dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile. Anche a contestare la natura di causa di non punibilità della disposizione in esame, l'interpretazione analogica sarebbe comunque impedita dal carattere tassativo dell'elenco delle persone offese dal reato che determinano la non punibilità dell'autore del delitto.

Come si è già evidenziato per l'art. 307 c.p., era quindi necessario un intervento legislativo volto ad ampliare l'elenco con l'inserimento del componente della nuova formazione sociale creata dalla legge n. 76/2016. Peraltro si richiamano le critiche svolte nel paragrafo precedente nei confronti della scelta del Governo di intervenire sul solo art. 649 c.p. anziché, mediante una più ampia clausola di equivalenza tra coniuge e parte dell'unione civile ai fini di garantire la tutela penale dei diritti e l'adempimento dei doveri derivanti dall'unione civile.

Analogo discorso vale per il secondo comma, dato che anche l'elenco delle persone offese che rendono il delitto punibile a querela è tassativo. Qui, però, l'equiparazione riguarda il coniuge legalmente separato.

Dato che la legge n. 76/2016 ha istituito all'art. 1, c. 24 una procedura volta a portare allo scioglimento definitivo dell'unione civile, avente la medesima funzione della separazione legale nei confronti del matrimonio²¹, il d. lgs. n. 6/2017 ha inserito nell'elenco dell'art. 649, c. 2 c.p. la parte dell'unione civile che abbia attivato quella procedura, vale a dire che abbia manifestato davanti all'ufficiale di stato civile la volontà di sciogliere il vincolo, sostanzialmente equiparandola al coniuge legalmente separato²².

21 Ai sensi dell'art. 1, c. 24 della legge n. 76/2016 "l'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione".

22 L'equiparazione è confermata anche dalla scelta della collocazione topografica, in quanto la parte dell'unione civile viene inserita, nell'elenco del secondo comma dell'art. 649 c.p., subito dopo il coniuge legalmente separato.

7. Le modifiche al codice di procedura penale

L'art. 2 del D.lgs. n. 6/2017, rubricato *"Modifiche al codice di procedura penale"*, interviene su una sola disposizione del codice di rito, ovvero sull'art. 199, che prevede per i prossimi congiunti dell'imputato la facoltà di astenersi dal deporre. La riforma interessa il terzo comma.

Peraltro, come abbiamo già evidenziato, anche l'art. 1, lett. a) del d. lgs. n. 6/2017 incide indirettamente sulla portata dell'art. 199, per la precisione sul suo secondo comma. L'art. 199, c. 2, infatti, impone al giudice di avvisare i prossimi congiunti dell'imputato della facoltà di astenersi dal deporre, nonché di chieder loro se intendono avvalersene. Come abbiamo in precedenza osservato, il concetto di prossimi congiunti, definito dall'art. 307, c. 4 c.p., è integrato dall'art. 1, lett. a) del decreto in esame con l'inserimento della parte dell'unione civile. Dato che, nell'interpretazione estensiva dell'inciso *"a fini della legge penale"* qui accolta, la nozione vale anche per le disposizioni del codice di procedura penale che contengono tale elemento, ne consegue che i primi due commi dell'art. 199 c.p.p., disciplinando una facoltà dei prossimi congiunti, sono interessati dalla riforma dell'art. 307, c. 4 c.p.: ora la facoltà di astensione dal deporre si applica anche a favore della persona che abbia contratto un'unione civile con altra persona dello stesso sesso imputata di un reato e il giudice ha il dovere di avvisarla di tale facoltà e di chiederle se intende avvalersene.

Il terzo comma dell'art. 199 c.p.p. in origine estendeva la facoltà di astensione all'adottante e all'adottato, nonché, *"limitatamente a fatti verificatisi o appresi durante la convivenza coniugale: a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; b) al coniuge separato dell'imputato; c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato"*.

L'art. 2 del D.lgs. n. 6/2017 aggiunge subito dopo *"convivenza coniugale"* e in alternativa ad essa quella *"derivante da un'unione civile tra persone dello stesso sesso"*, così determinando l'estensione della facoltà anche alla parte dell'unione civile; inoltre, integra l'elenco delle tipologie di soggetti conviventi all'epoca dei fatti accaduti o appresi (convivente di fatto, coniuge separato, coniuge divorziato) con l'inserimento alla lett. c), dopo il coniuge divorziato, della parte dell'unione civile dopo che questa abbia cessato di avere effetti civili²³.

Valgono le osservazioni precedenti in ordine alla necessità di un'integrazione legislativa, per rispetto del principio di tassatività, essendo tassativo l'elenco dei soggetti esentati dall'obbligo di testimonianza; nonché in ordine al fatto che lo scioglimento del vincolo dell'unione civile, in quanto determina la cessazione degli effetti civili della stessa, è equiparata al divorzio.

8. Conclusioni

Il bilancio che si può trarre dall'analisi a caldo del D.lgs. n. 6/2017 è che l'attuazione della legge istitutiva dell'unione civile non è stata completa, né del tutto conforme ai principi indicati nella legge delega.

Il Parlamento aveva richiesto al Governo di coordinare e adattare al nuovo istituto dell'unione civile le disposizioni riguardanti il matrimonio e/o contenenti parole come coniuge/i o altre equivalenti, in funzione di assicurare l'effettività di tutela dei diritti e il pieno adempimento degli doveri derivanti dall'unione.

In realtà l'estensione è stata attuata con riguardo ad un ambito ben più circoscritto: il D.lgs. n. 6/2017, infatti, ha inserito nel codice penale una disposizione, l'art. 573-ter, che al secondo comma prevede una clausola di equiparazione tra i concetti di coniuge e di parte di un'unione civile limitata alle norme incriminatrici e alle circostanze aggravanti contenenti la parola coniuge o coniugi.

Questa scelta ha costretto il Governo ad intervenire in senso estensivo anche sulle singole disposizioni non aventi natura di norma incriminatrice o di circostanza aggravante, contenenti i termini *"coniuge"* o *"coniugi"*.

Il D.lgs. n. 6/2017 ha pertanto integrato, con l'aggiunta della parte di un'unione civile, l'art. 307, c. 4 c.p., che individua tra i soggetti definibili *"prossimi congiunti"* il coniuge; nonché l'art. 649 c.p., che pre-

23 Il testo riformato dell'art. 199, c. 3, lett. c) ha il seguente tenore: *"Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale o derivante da un'unione civile con persona dello stesso sesso: a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; b) al coniuge separato dell'imputato; c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato"*.

vede tra i soggetti non punibili per i delitti contro il patrimonio il coniuge e tra quelli punibili a querela il coniuge legalmente separato (qui viene aggiunta la parte di un'unione civile che abbia manifestato davanti all'ufficiale di stato civile la volontà di scioglierla); infine l'art. 199, c. 3 c.p.p., che, nell'individuare i soggetti diversi dai prossimi congiunti cui applicarsi la facoltà di astensione dal deporre, aggiunge al riferimento della convivenza coniugale quello della convivenza derivante da un'unione civile.

Una riforma a spot di questo tipo risulta inevitabilmente deficitaria, in quanto non copre tutte le disposizioni penali che, contenendo il termine "coniuge", avrebbero dovuto essere interessate dall'equiparazione.

In particolare sono state trascurate alcune disposizioni della legge penitenziaria che tutelano o attribuiscono una serie di diritti al coniuge del detenuto e dell'internato: questi nello spirito della legge n. 76/2016 avrebbero dovuto essere estesi dal Governo alla parte dell'unione civile nell'ottica dell'adattamento del sistema penale al nuovo istituto.

L'estensione alla parte dell'unione civile delle disposizioni riferite al coniuge sarebbe stata conforme alla volontà espressa dal Parlamento nella legge n. 76/2016, se il secondo comma dell'art. 573-ter c.p. fosse stato formulato in termini più ampi, ossia con una clausola del tipo *"Le disposizioni penali finalizzate a garantire la tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio e contenenti termini quali coniuge, coniugi o altri equivalenti, devono applicarsi anche alle parti di un'unione civile"*.

Appare incomprensibile, invece, l'uso di una formula ricercatamente circoscritta, nonché contraddittorio con il tenore del primo comma del medesimo art. 573-ter c.p., contenente, al contrario, una clausola che equipara totalmente in campo penale i concetti di matrimonio e di unione civile, senza distinguere in base alla funzione delle disposizioni.

Infine, ma questo è un appunto rivolto al Parlamento, non al Governo che ha agito in esecuzione della delega, appare incomprensibile che la legge n. 76/2016 non abbia richiesto il coordinamento delle proprie disposizioni relative ai conviventi di fatto con quelle dell'ordinamento riguardanti i coniugi. Sarebbe stato quanto mai opportuno estendere le disposizioni di natura in senso lato penale riguardanti la tutela dei diritti e l'adempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio ai corrispondenti diritti e obblighi che la legge n. 76/2016 fa derivare dalla convivenza di fatto. Si è persa, inoltre, l'occasione di equiparare, ai fini della legge penale, alla luce delle previsioni della legge Cirinnà, la famiglia di fatto alla famiglia legittima.

Ma tutto questo il D.lgs. n. 6/2017 non poteva stabilirlo, in quanto sarebbe incorso in un eccesso di delega, facilmente eccepibile davanti alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost.

Francesco Pesce*

La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili

Sommario

1. La legge Cirinnà e la delega in materia di riordino del diritto internazionale privato della famiglia – 2. La legge regolatrice della conclusione dell'unione civile, e dei suoi effetti, nel caso dei rapporti con elementi di internazionalità – 3. La fase patologica del rapporto: lo scioglimento dell'unione – 4. L'unione civile e la disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni alimentari nella famiglia – 5. La continuità transfrontaliera degli *status*: gli effetti dei matrimoni e delle unioni civili contratti all'estero da persone dello stesso sesso – 6. Riflessioni conclusive: luci ed ombre della recente novella alla legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato

Abstract

Con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7 il Governo italiano ha provveduto a dare attuazione alla delega legislativa, rientrando tra quelle incluse nella legge cd. Cirinnà, tesa a provvedere all'adeguamento del diritto internazionale privato di fonte interna all'introduzione dell'istituto delle unioni civili tra persone dello stesso sesso: ne è scaturita una novellazione di quel capo della legge l.n. 218/1995 dedicato ai rapporti di famiglia che presentino elementi di contatto con ordinamenti diversi da quello italiano e, nel far ciò, si è altresì provvedendo a dirimere gli ormai risalenti problemi interpretativi collegati alla qualificazione di quelle unioni *same-sex* che, regolarmente costituite all'estero in forma di coniugio o di semplice unione registrata, risultavano prive di corrispettivi nell'ordinamento italiano, restando dunque relegate alla categoria dei cd. istituti sconosciuti. Muovendosi in tale contesto, il contributo mira ad evidenziare taluni pregi e limiti delle scelte compiute dal legislatore delegato, operando altresì un finale bilancio circa la "tenuta" del sistema nazionale di diritto italiano privato innanzi alle sempre più profonde novità che, sul fronte europeo così come (più di recente) sul fronte interno, hanno interessato la materia internazionalprivatistica, in particolar modo per quanto concerne lo specifico aspetto delle relazioni familiari.

Through the Legislative Decree, 19th January 2017, n. 7, the Italian Government has complied with the legislative mandate enshrined in the so called "legge Cirinnà" to reform domestic PIL rules so as to include same sex civil unions within their scope of application. A change of the chapter of the Act n. 218/1995 devoted to cross-border family relationships has followed, thus also solving traditional interpretative problems connected to the characterization of same sex unions lawfully constituted abroad as marriage or partnerships, but all unknown in the Italian legal system. In this context, this paper aims to highlighting some merits of the new legal framework, as well as some limits of the choices taken by the delegated rule-making Government. Additionally, the paper comments on the adequateness of the Italian Private Law in light of the ever-growing European and domestic legal developments in PIL matters, having particular consideration to cross-border family relationships.

* Ricercatore in Diritto internazionale, Università di Genova.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. La legge Cirinnà e la delega in materia di riordino del diritto internazionale privato della famiglia

Con l'approvazione dei tre decreti legislativi coevi del D. lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6 e 7, il Governo italiano ha finalmente provveduto (seppur con un ritardo di oltre un mese rispetto al termine fissato dal legislatore¹) a dare attuazione alle deleghe di cui all'art. 1, comma 28, della legge 20 maggio 2016, n. 76, cd. Cirinnà (dal nome della senatrice prima firmataria del disegno di legge)², con la quale, come noto, l'ordinamento italiano si è dotato di una compiuta regolamentazione giuridica delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, parimenti stabilendo alcuni effetti derivanti dalla mera sussistenza di un rapporto di convivenza *de facto* (a prescindere dall'identità o differenza di sesso dei soggetti interessati)³ e tipizzando uno specifico *contratto* di convivenza volto a disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune⁴.

Tralasciando in questa sede i pur significativi adeguamenti apportati all'ordinamento di stato civile, da un lato, ed alla normativa penale, dall'altro lato, rispettivamente ad opera dei d.lgs. nn. 5 e 6/2017, si intende qui soffermarsi sulle più rilevanti novità introdotte dal d.lgs. n. 7/2017 nel diritto internazionale privato italiano della famiglia⁵.

Si tratta, in particolare, di modifiche normative realizzate tramite novellazione della legge L. n. 218/1995, a distanza di soli tre anni dal precedente intervento che aveva interessato la materia dei rapporti familiari e con il quale si era inteso allineare gli aspetti privatistici ed internazionalprivatistici di quell'unico *status filiationis* introdotto nell'ordinamento interno ad opera della legge L. 10 dicembre 2012, n. 219⁶.

Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, il d.lgs. n. 7/2017 sembra non essersi limitato a realizzare quegli improcrastinabili adeguamenti del sistema di d.i.p. richiesti dall'approvazione della legge Cirinnà, bensì aver rappresentato, per il legislatore delegato, l'occasione per apportare all'ormai risalente legge di riforma L. n. 218/1995 quanto meno un'ulteriore "limatura" resa opportuna dal massiccio intervento dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria civile *lato sensu*⁷. Nondimeno, si rileverà altresì come il Governo abbia scelto di non attribuire alla delega una vera e propria interpretazione estensiva (circostanza, quest'ultima, che sarebbe stata peraltro censurabile in punto di legittimità costituzionale), sicché lo stesso decreto in esame non si fa carico di quelle ulteriori esigenze di aggiornamento della legge 218 che - peraltro non solo in tema di famiglia - emergono oramai come strettamente necessarie al fine di coordinare la disciplina interna con quella, sempre più copiosa, di fonte europea. Sotto quest'ultimo profilo, si cercherà di sottolineare l'opportunità di sottoporre il sistema nazionale di diritto internazionale privato ad una revisione di maggior respiro, anche e soprattutto nell'ottica di agevolare quegli interpreti ed operatori del diritto ormai costretti a districarsi in un quadro

- 1 Si trattava di un termine semestrale decorrente dall'entrata in vigore della legge, sicché i decreti avrebbero dovuto essere adottati entro il 5 dicembre 2016.
- 2 Legge 20 maggio 2016, n. 76, in *Gazz. Uff.* 21 maggio 2016, n. 118. Per un'analisi ad ampio raggio della nuova disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso introdotta dalla legge L. n. 76/2016 si rinvia, tra i molti commenti apparsi nel corso dell'ultimo anno, a G. Ferrando, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in questa *Rivista*, 2016/2, p. 6 ss.; AA.VV., *Modelli familiari e nuovo diritto* (Atti del Convegno - Padova 7-8 ottobre 2016), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1663 ss.; AA.VV., *Legge 20 maggio 2016, n. 76, in Famiglia e diritto*, 2016, p. 845 ss. (fascicolo monografico n. 10).
- 3 Cfr. L.n. 76/2016, commi 36 ss.
- 4 Cfr. L.n. 76/2016, commi 50 ss.
- 5 D. lgs. 19 gennaio 2017, n. 7, in *Gazz. Uff.* 27 gennaio 2017, n. 22. Per alcune prime osservazioni in merito alle implicazioni internazionalprivatistiche dell'introduzione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento italiano, anche in riferimento allo schema di decreto diffuso nel precedente mese di ottobre 2016, cfr.: C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 33 ss.; C. Garlatti, *Comma 28, in Le unioni civili e le convivenze*, C.M. Bianca (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, p. 441 ss.; O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il riordino delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 527 ss.; G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, ivi, p. 496 ss.; M.M. Winkler, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 394 ss.; i contributi apparsi nel forum *La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*, in *crossborder.live/* a firma di S. Marino (16 gennaio 2017), F. Pesce (15 novembre 2016), C. Campiglio (7 novembre 2016) e G. Biagioni (3 novembre 2016); L. Scaffidi Runchella, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalprivatistica*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>), 16 maggio 2016.
- 6 Cui è stata data attuazione con d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in *Gazz. Uff.* 8 gennaio 2014, n. 5.
- 7 V. *infra*, par. 4.

normativo multilivello di complessa lettura ed il cui coordinamento è reso ancor più difficoltoso in ragione del primato di cui gode il diritto dell'Unione: pur in assenza di abrogazioni espresse, l'interprete nazionale che si accosti alla disciplina dei rapporti transfrontalieri risulta gravato dell'onore di sapere che si trova innanzi ad una normativa interna di d.i.p. che, spesso, risulta formalmente immutata ma sostanzialmente superata, e rispetto alla quale occorre dunque procedere nel senso della disapplicazione.

Tornando, però, al tema della delega legislativa da cui l'Esecutivo ha preso le mosse nel definire i contenuti del decreto qui in esame e dei conseguenti emendamenti apportati alla legge L. n. 218/1995, occorre preliminarmente chiarirne la precisa portata letterale.

A norma dell'art. 1, comma 28, lett. b della legge L. n. 76/2016, il Governo è stato infatti delegato ad adottare, entro sei mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge stessa⁸, uno o più decreti legislativi in tema di «modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo». Rimandando al prosieguo del lavoro alcune più puntuali considerazioni relative all'interpretazione dei criteri direttivi dettati dalla norma ed al loro recepimento in sede di decretazione delegata, vale la pena rilevare sin d'ora come il mandato legislativo conferito dal Parlamento in tema di adeguamento del diritto internazionale privato si presenti - almeno all'apparenza - particolarmente stringente, quanto meno se confrontato con le due ulteriori deleghe che, nel medesimo contesto, sono state attribuite per provvedere alle necessarie modifiche dell'ordinamento di stato civile (lett. a) nonché di tutte le altre «disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti» (lett. c), a seguito dell'introduzione dell'istituto delle unioni civili nell'ordinamento interno.

Muovendo dalle indicazioni formulate dalla legge L. n. 76/2016, il d.lgs. n. 7/2017 ha così provveduto ad emendare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato disponendo l'introduzione *ex novo* di quattro disposizioni, inserite dopo l'art. 32 (artt. 32-bis, 32-ter, 32-quater e 32-quinquies), e modificando il contenuto dell'art. 45.

A tal riguardo la dottrina non ha mancato di interrogarsi sulla specifica materia su cui la novella è andata ad incidere nella sistematica della normativa interna di d.i.p.: in altre parole, compiendo una riflessione parallela a quella già avvenuta sul piano prettamente civilistico⁹, ci si è domandati se la collocazione delle nuove norme nel contesto del capo IV, titolo III, della legge L. n. 218/1995 sia dovuta ad una volontà inequivoca di ascriverle all'ambito di quei *rapporti di famiglia* cui è esso è interamente dedicato o se, al contrario, si tratti di una circostanza esclusivamente dovuta ad un certo grado di parallelismo tra istituti (costituzione e scioglimento del vincolo e relativi effetti, riconoscimento del vincolo costituito all'estero), a prescindere da qualsiasi ulteriore considerazione di ordine teorico e sistemico.

Da questo punto di vista, appare relativamente pacifica la riconducibilità delle unioni civili al novero dei rapporti di natura familiare anche nella prospettiva del diritto internazionale privato, e ciò non soltanto per l'accennata ragione "formalistica" relativa alla collocazione delle nuove norme nel contesto del titolo III, capo IV, della legge L. n. 218/1995.

Infatti, anche a voler tacere il fatto che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a partire dalla nota pronuncia Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*¹⁰, è oramai chiaramente orientata in tal

8 V. *supra*, nota 1.

9 L'opinione largamente prevalente, su tal fronte, appare quella della riconducibilità delle unioni civili alla materia dei rapporti di famiglia, malgrado «il risultato, sul piano lessicale, non [sia] brillante: unione civile è espressione poco evocante e di sapore vagamente burocratico; meglio suona quella tedesca *Lebenspartnerschaft*, che porta il riferimento alle comunioni di vita»: così M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti delle persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 882. Sull'inclusione delle unioni civili tra gli istituti propri del diritto di famiglia cfr. altresì, tra i tanti, M. Gattuso, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 54 ss.; G. Ferrando, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 890; M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, ivi, p. 879; P. Zatti, *Introduzione al Convegno "Modelli familiari e nuovo diritto"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 1663-1664, il quale opportunamente evidenzia come la legge L.n. 76/2016, al comma 1, dichiara di istituire l'unione civile tra persone dello stesso sesso «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» e, così facendo, paia perseguire il duplice obiettivo (politico, anzitutto) di sottrarre l'unione civile all'ambito dell'art. 29 Cost. - cioè all'ambiente costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio - e contemporaneamente sottolineare la specificità della formazione sociale così costituita, quasi a volerla distinguere dall'intero campo concettuale della famiglia latamente intesa; tuttavia è poi lo stesso articolato delle norme di legge a finire per sconfessare tale obiettivo, tanto in via espressa (così l'uso del termine "vita familiare" al comma 12) quanto in via tacita, tramite il continuo richiamo ad istituti giuridici propri della famiglia codicistica (basti pensare al fondo patrimoniale, alla comunione legale dei beni, alla successione necessaria).

10 Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in relazione alla quale cfr. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*,

senso, e che la stessa legge L. n. 76/2016 sembra militare complessivamente in tale direzione¹¹, occorre considerare che la principale perplessità relativa alla natura “familiare” delle norme di d.i.p. in tema di unioni civili è stata sollevata con riguardo alla circostanza per cui la previsione dedicata alle «obbligazioni alimentari nella famiglia» - così recita, testualmente, la rubrica dell’art. 45 - non risulta applicabile proprio vigore ai rapporti costituiti per il tramite di un’unione civile, bensì in forza dell’espresso richiamo di cui al nuovo art. 35-ter, comma 5¹².

La ragione di tale soluzione sembra tuttavia estrinseca rispetto alle scelte lessicali compiute del legislatore della legge L. n. 218/1995: essa pare piuttosto risiedere nelle peculiarità proprie dell’ambito applicativo *ratione materiae* degli strumenti sovranazionali approvati in materia di conflitti di leggi in relazione alle obbligazioni alimentari. A ben vedere, infatti, pare che il rinvio introdotto nell’art. 35-ter risponda al preciso intento di estendere alle unioni civili l’applicazione del regolamento Reg. 4/2009/UE del 18 dicembre 2008¹³ e, conseguentemente, del protocollo dell’Aja del 23 novembre del 2007 sui conflitti di leggi in materia obbligazioni alimentari¹⁴: essa non sarebbe altrimenti automatica¹⁵, trattandosi di strumenti i cui confini applicativi, tramite il generico riferimento ai rapporti di *famiglia*, *parentela*, *matrimonio* e *affinità*¹⁶, sono stati lasciati intenzionalmente poco nitidi¹⁷.

Pertanto così come - già lo si è accennato¹⁸ - il riferimento all’art. 29 Cost. non sembra dirimente al fine di rinvenire i confini del fenomeno familiare nell’ordinamento civilistico italiano, allo stesso modo

2010, p. 639 ss.

- 11 Si rinvia a quanto anticipato *sub* nota 9, cui può aggiungersi che, malgrado la stessa legge L. n. 76/2016 riferisca in una sola occasione il concetto di “vita familiare” alle coppie unite civilmente (art. 1, comma 12), essa opera per il resto una generalizzata estensione applicativa alle unioni civili di tutte le norme interne «contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti» (art. 1, comma 20).
- 12 Così G. Biagioni, *Forum: Le disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*/2, 3 novembre 2016, in *crossborder.live*.
- 13 Regolamento reg. 2009/ 4/UE del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GIUE L 7* del 10 gennaio 2009, p. 1 ss. Tra i commenti allo strumento si segnalano, per tutti, I. Viarengo, *Regolamento (CE) 18 dicembre 2008, n. 4/2009*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, A. Zaccaria (a cura di), Milano, 20163, p. 2625 ss.; M. Salvadori, *Giurisdizione, legge regolatrice, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri (a cura di), Milano, vol. IV, 2015, p. 1047 ss.; F. Pesce, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea*, Roma, 2013; T. Vassalli di Dachenhausen, *Qualche considerazione sull’autonomia delle parti nel regolamento comunitario 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2012, p. 361 ss.; F.C. Villata, *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Rivista diritto internazionale*, 2011, p. 731 ss.; S. Marino, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2010, p. 363 ss.; B. Ancel, H. Muir Watt, *Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires*, in *Revue critique droit international privé*, 2010, p. 457 ss.; M. Castellana, A. Leandro, *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 1051 ss.; F. Pocar, I. Viarengo, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 805 ss.; S. Marino, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, p. 599 ss.
- 14 Protocollo dell’Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. I testi ufficiali, inglese e francese, sono disponibili sul sito internet della Conferenza, mentre una sua traduzione italiana è rinvenibile in allegato alla decisione con la quale il Consiglio ha autorizzato la ratifica del protocollo da parte della Comunità europea (decisione del Consiglio 2009/941/CE del 30 novembre 2009, in *GIUE L 331* del 16 dicembre 2009, p. 17 ss.). Con specifico riferimento a tale strumento, cfr. A. Bonomi, *Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, ottobre 2009, disponibile sul sito internet della Conferenza dell’Aja all’indirizzo <http://www.hcch.net/upload/wop/exp139f.pdf>; A. Malatesta, *La convenzione e il protocollo dell’Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 829 ss., spec. p. 838 ss.; A. Bonomi, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, in *Yearb. Priv. Internat. Law*, 2008, p. 333 ss.; A. Malatesta, *Osservazioni sul nuovo protocollo dell’Aja sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), Torino, Giappichelli, 2008, p. 377 ss.
- 15 Come peraltro già sottolineato in dottrina da C. Campiglio, *Forum: Le disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*/3, 7 novembre 2016, in *crossborder.live*.
- 16 Cfr. regolamento 4/2009, art. 1, par. 1; protocollo dell’Aja del 2007, art. 1, par. 1.
- 17 Sul tema cfr. I. Viarengo, *Sulla disciplina degli obblighi alimentari nella famiglia e dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 823 ss.; F. Pesce, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea*, cit., p. 57 ss. e 215 ss.
- 18 V. *supra*, nota 9.

si ritiene che esso non possa assolvere a tale funzione neppure nell'ottica del d.i.p.¹⁹: l'interpretazione "originalista"²⁰ della norma, offerta dalla Consulta con la nota sentenza del 15 aprile 2010, n. 138²¹, può risultare fuorviante nella misura in cui ci si limiti a considerare che il Giudice delle leggi ha chiarito come tale articolo non può essere invocato, in un giudizio di costituzionalità, quale parametro al fine di estendere alle stabili unioni tra persone dello stesso sesso quelle tutele garantite alle formazioni familiari nel testo della Carta costituzionale. A fronte di tale circostanza, sembra infatti innegabile che l'odierna nozione di "famiglia" non possa risultare in tutto e per tutto sovrapponibile a quella contemplata dai padri costituenti, posto che, diversamente opinando, occorrerebbe necessariamente concludere che non vi si può ricomprendere, ad esempio, il rapporto di filiazione adottiva, per il solo fatto che quest'ultimo risultava ben distinto da quello di filiazione "legittima" in quella formulazione originaria del codice civile del 1942 nel cui contesto si collocarono i lavori dell'Assemblea Costituente²². E, ciò, malgrado tale inclusione sia oggi chiaramente desumibile dal mutato quadro normativo codicistico: infatti, non soltanto è indubbio che l'adozione dia oggi vita ad un rapporto avente natura familiare, ma è altresì verosimile (o piuttosto scontato) che la Corte costituzionale, se chiamata a pronunciarsi in merito alla possibilità di includere simili vincoli all'interno della nozione di famiglia che affiora nel titolo della Costituzione dedicato ai rapporti etico-sociali, abbandonerebbe quel criterio interpretativo originalista utilizzato in relazione al matrimonio - così rigidamente ancorato al clima culturale nel cui contesto la Carta è stata stesa - a favore di un criterio ermeneutico evolutivo più simile a quello che caratterizza l'approccio della Corte di Strasburgo alla Cedu²³.

19 In tal senso, invece, G. Biagioni, *Forum: Le disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili/2*, cit.

20 Circa la linea interpretativa "originalista" seguita dalla Corte costituzionale italiana a proposito dell'art. 29 Cost., cfr. B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in questa *Rivista*, 2014/2, p. 12 ss.; D. Ferrari, *Lo status giuridico delle coppie same sex in Europa, Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, in D. Ferrari (a cura di), Pavia, Primi-er Editore, 2014, p. 112 ss.

21 Corte costituzionale, sentenza 15 aprile 2010, n. 138. Tra le molte analisi della pronuncia, cfr. M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto* 2010, p. 656 ss.; R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro italiano* 2010, I, c. 1367 ss.; F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, ivi, c. 1369 ss. La Corte ha riaffermato il proprio orientamento interpretativo più di recente: «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso" (sentenza n. 138 del 2010)» (Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170). Giova ricordare che in un passaggio di tale pronuncia la Consulta si è apparentemente espressa nel senso di sancire la radicale incostituzionalità, per contrasto con l'art. 29 Cost., di un'eventuale estensione *de iure* dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso: in relazione a tale *obiter dictum* cfr. A. Ambrosi, *Unioni civili e Costituzione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1678; A. Ruggeri, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta*, in questa *Rivista*, 2015/1, p. 126 ss.; A. Spadaro, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale - come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa - o serve una legge di revisione costituzionale?*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), Napoli, 2014, p. 345 ss.

22 Come noto, il codice civile del 1942, malgrado una prima pur significativa apertura all'adozione di soggetti minori, aveva ereditato dalle precedenti codificazioni ottocentesche quella concezione per cui al problema costituito dai minori in stato di abbandono dovevano essere fornite in via generale risposte diverse dall'adozione, mentre quest'ultimo istituto continuava a rispondere in primo luogo ad esigenze ed interessi - patrimoniali e non - dell'adottante. Sicché il nesso tra il bisogno di assistenza e di cura del minore, da un lato, e la possibilità di una filiazione "sociale", con l'innesto in una nuova famiglia anche agli effetti giuridici, non risultava per nulla acquisito: in tal senso P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare. I - Presupposti ed effetti*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, G. Ferrando (a cura di), vol. III, 2007, p. 588. Cfr. altresì M. Bessone, G. Ferrando, *Funzione tradizionale dell'adozione ordinaria e nuove finalità dell'istituto*, in *Rivista del notariato*, 1979, p. 1381 ss.; I. Baviera, *L'adozione speciale*, Milano, 1968.

23 Un discorso analogo può valere per i figli nati al di fuori del matrimonio: nei primi decenni di vigore del codice civile essi risultavano sensibilmente discriminati rispetto ai figli "legittimi", e di tale circostanza si può scorgere chiara traccia nella formulazione ancor oggi vigente dell'art. 30, comma 3, Cost., dal quale ancora traspare l'atteggiamento di chiusura rispetto alle eventuali pretese avanzate dai figli non riconosciuti o non riconoscibili, in allora privi di tutela perfino nei riguardi del genitore. A tal riguardo cfr., per tutti, A. Palazzo, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965. In relazione al progressivo emergere dell'interesse del minore quale centro focale di ogni previsione ad esso relativa, cfr. D. Carusi, *La filiazione fuori dal matrimonio nel diritto italiano (1865-2013)*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 369 ss.

2. La legge regolatrice della conclusione dell'unione civile, e dei suoi effetti, nel caso dei rapporti con elementi di internazionalità

Passando all'esame delle nuove norme di diritto internazionale privato introdotte dal d.lgs. n. 7/2017, pare anzitutto opportuno soffermarsi sui temi della *forma* e delle *condizioni per la conclusione* dell'unione civile: a tal proposito il Governo ha (opportunamente) optato per una soluzione di tendenziale parallelismo rispetto alle scelte compiute dal legislatore del 1995 con riguardo ai nubendi.

Tale parallelismo risulta particolarmente evidente in relazione al primo dei due aspetti menzionati, posto che la norma relativa alla forma dell'unione appare una mera trasposizione dell'art. 28 della legge L. n. 218/1995, condividendo dunque con esso un'impostazione nettamente orientata nel senso del *favor validitatis*: ricorrendo ad un concorso alternativo di criteri di collegamento, l'art. 32-ter, comma 3, stabilisce che la forma dell'unione civile deve ritenersi valida ogniquale volta sia considerata tale (i) dalla legge del luogo in cui viene conclusa, oppure (ii) dalla legge nazionale di una delle parti, oppure (iii) dalla legge dello Stato della loro comune residenza al momento in cui l'unione viene costituita²⁴.

Sul fronte dei requisiti di sostanza, per altro verso, la capacità e le altre condizioni per costituire un'unione civile sono sottoposte all'applicazione "distributiva" delle leggi nazionali delle due parti contraenti il vincolo, in coerenza con quanto già dispone l'art. 27: in altri termini, ciascun membro della coppia rimane sottoposto alle prescrizioni in tema di capacità dettate dalla legge della propria cittadinanza. Anche in tema di unioni civili, così come per il coniugio, resta ferma la libertà di stato accertata o acquisita per effetto di un giudicato formatosi in Italia o ivi riconosciuto²⁵. Sicché analoghe possono anche essere le perplessità che potrebbero sollevarsi rispetto al permanente richiamo allo Stato di cittadinanza: malgrado quest'ultimo si inserisca, in posizione di perfetta continuità, nel solco della tradizione italiana in materia di disciplina dei rapporti familiari e degli status personali, esso evidentemente non consente di garantire l'effettività del legame esistente tra un soggetto ed un determinato ordinamento giuridico, al pari di quanto potrebbe fare invece l'utilizzo di un criterio fondato su parametri di concretezza di tale legame, quale quello della residenza abituale²⁶.

Meritano invece una particolare attenzione quelle precisazioni che, discostandosi dal suddetto parallelismo con la disciplina dei rapporti coniugali, sono state specificamente introdotte al fine di individuare gli impedimenti alla conclusione dell'unione civile, rinvenibili tanto nel contesto della *lex fori* quanto in quello della *lex causae*.

Con riguardo ai primi, la nuova disciplina si preoccupa di precisare che gli impedimenti fissati dalla legge Cirinnà - ancora un volta in coerenza con quanto previsto dal codice civile, agli artt. 85 ss., in relazione al matrimonio - sono da considerarsi quali norme di applicazione necessaria, con tale locuzione intendendosi quel novero di prescrizioni chiamate ad esprimere i propri effetti nei confronti di qualsiasi situazione o rapporto rientranti nel proprio ambito di applicazione, prima e a prescindere dall'operare delle norme di conflitto²⁷. Poiché è pacificamente riconosciuto che suddetti impedimenti civilistici al matrimonio rivestano carattere assoluto ed inderogabile, e malgrado un'analogha precisazione

24 In ragione dell'identità tra le due norme, ogni necessario approfondimento può essere compiuto riferendosi alle numerose analisi apparse in relazione all'art. 28 della legge 218/1995. Si rinvia, tra i tanti, a I. Queirolo, *Art. 28 - Forma del matrimonio*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), Milano, 2011, vol. 1, p. 770 ss.; G. Carella, *Art. 28, Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in S. Bariatti (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1166.

25 Così il nuovo art. 32-ter, comma 2, ultimo periodo, il quale si rifà la formulazione dell'art. 27 con qualche lieve miglioramento redazionale, influente sul piano precettivo.

26 Cfr. I. Queirolo, *Art. 27 - Condizioni per contrarre matrimonio*, in *Atti notarili*, F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), vol. 1, cit., p. 749 ss. Si è tuttavia evidenziato come il criterio della cittadinanza appaia non soltanto soddisfacente sul piano delle esigenze di giustizia internazionaleprivatistica (risultando molto diffuso e, dunque, facilitando l'armonia internazionale delle soluzioni) ma, nello specifico contesto delle condizioni per contrarre matrimonio (così come, oggi, un'unione civile), non comporti neppure particolari difficoltà tecniche di funzionamento, posto che, a fronte del caso di parti aventi diversa cittadinanza, l'applicazione distributiva delle due leggi è sempre possibile nella misura in cui si tratti di procedere all'accertamento della costituzione del rapporto, ma non quando si debbano determinare i contenuti dello stesso, come nel caso degli artt. 29, 30 e 31 (così G. Carella, *Art. 27, in Legge 31 maggio 1995, n. 218*, S. Bariatti (a cura di), cit., p. 1162).

27 A tenore dell'art. 17 della legge L. n. 218/1995, si tratta di quelle norme interne che «in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera». In relazione a tale nozione internazionaleprivatistica, v. per tutti F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milano, Utet, 2015, p. 279 ss.; N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Utet, 1996, p. 239 ss.; T. Treves, *Articolo 17*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, F. Pocar, T. Treves, S.M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici (a cura di), Padova, Cedam, 1996, p. 84 ss.

non sia stata inclusa nell'art. 27 della legge di riforma del d.i.p. per il semplice fatto che gli stessi artt. 115 e 116 c.c. qualificano gli impedimenti matrimoniali di cui alla precedente sezione I come di applicazione necessaria²⁸, non desta particolari problemi ermeneutici il fatto che il legislatore delegato abbia preferito operare tale chiarimento in termini espressi all'interno della norma sulla capacità di concludere un'unione civile nel caso di rapporti che determinino un conflitto di leggi, in modo da sgombrare il campo da eventuali dubbi che (inverosimilmente, in realtà) dovessero insorgere circa l'estensione alle unioni civili degli impedimenti di cui agli artt. 85 ss. c.c., da un lato, ed la loro qualità di norme di applicazione necessaria anche in relazione alle unioni civili, dall'altro.

Ciò risulta peraltro in linea con una certa tendenza, emersa già in occasione della riforma del 2012 che ha interessato la filiazione, ad individuare *claris verbis*, nel contesto delle norme introdotte *ex novo* nel sistema italiano di diritto internazionale privato tramite novellazione della legge L. n. 218/1995, quelle da considerarsi di applicazione necessaria. Peraltro, tale precisazione risulta tanto più opportuna in quanto si consideri che la clausola residuale di cui all'art. 1, comma 20, della legge L. n. 76/2016, atta a fungere da norma di chiusura della disciplina delle unioni civili realizzando un generalizzato richiamo alle disposizioni speciali applicabili ai coniugi, esclude dalla propria operatività - oltre all'intera legge L. n. 184/1983 in tema di adozione²⁹ - tutte le norme del codice civile non espressamente richiamate, tra le quali rientrano proprio gli articoli in cui si individuano gli impedimenti matrimoniali.

Dal combinato disposto delle norme in esame si può dunque inferire che le cause impeditive di cui all'art. 4, comma 1, della legge L. n. 76/2016 non riguardano soltanto le unioni civili concluse in Italia a norma della stessa legge Cirinnà e le unioni concluse all'estero da cittadini italiani: pure l'ulteriore caso di un'unione conclusa all'estero tra cittadini stranieri residenti in Italia risulta sottoposta, in sede di un'eventuale richiesta di trascrizione ai sensi dell'art. 19 del D.p.r. 396/2000, a quegli impedimenti il cui rispetto è qualificato come imprescindibile ad opera dal nuovo art. 32-ter, comma 1, ultimo periodo, della legge L. n. 218/1995.

Sul tal fronte, dunque, gli istituti del matrimonio e dell'unione civile risultano sottoposti ad una disciplina per gran parte coincidente ma non interamente allineata: non solo la compiuta maggiore età diviene, in sede di unione civile, un requisito inderogabile sia per i cittadini (cui non viene estesa la previsione derogatoria sulla cd. emancipazione, eccezionalmente prevista dall'art. 84 c.c., commi 2 ss., con riguardo al matrimonio) che per gli stranieri (posto che l'essere «maggioresenni» viene individuato dall'art. 1, comma 2, della legge L. n. 76/2016 quale elemento costitutivo dell'istituto stesso, sicché l'età non può essere valutata ai sensi dell'art. 32-ter, comma 1, al pari delle altre condizioni e, dunque, in modo eventualmente differente secondo quanto prescritto dalla legge nazionale del cittadino straniero), ma, ad esempio, si stabilisce un'assoluta preclusione alla registrazione di un'unione civile tra zio/zia e nipote o tra affini in linea collaterale di secondo grado, mentre analogo divieto non è previsto - quanto meno in termini assoluti - in materia matrimoniale, né per lo straniero la cui legge nazionale lo consenta (l'art. 116, comma 2, omette di richiamare l'art. 87, comma 1, nn. 3 e 5), né per il cittadino italiano (il quale può ottenere a tal fine specifica dispensa ai sensi dell'art. 87, comma 2, c.c.). Se ne deduce che gli impedimenti alla conclusione di un'unione civile, seppur modellati sugli analoghi divieti previsti con riguardo al vincolo coniugale, risultano leggermente più estesi e si sottraggono a qualsiasi ipotesi di dispensa in sede giurisdizionale.

Non occorre poi riferirsi, in questa sede, a quella consolidata giurisprudenza relativa alla valenza delle pubblicazioni matrimoniali ai fini della validità del vincolo (e della sua trascrivibilità) per la diri-

28 In realtà non tutti rivestono il carattere dell'inderogabilità assoluta: taluni degli impedimenti richiamati dall'art. 115 per il cittadino italiano non vengono estesi al caso del matrimonio dello straniero nello Stato ad opera dell'art. 116 (ad es. in relazione ai legami familiari fondati sull'adozione), mentre altri, pure stabiliti solo per il cittadino, possono tuttavia essere derogati previa specifica autorizzazione da parte del tribunale (ad es. nei rapporti tra zii e nipoti). V'è, in dottrina, chi ha attribuito natura di norme di applicazione di necessaria ai soli impedimenti richiamati dall'art. 116, comma 2, in ragione del fatto che l'art. 115 «non impone l'applicazione di precetti materiali interni a discapito di norme straniere richiamate dalla norma di collegamento»: v. F. Corbetta, *Art. 115*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, A. Zaccaria (a cura di), cit., p. 266. Vale però la pena di considerare che si tratta di un'osservazione valida nella misura in cui la capacità matrimoniale di ciascun nubendo sia sottoposta all'applicazione della legge nazionale (come accade oggi, in virtù dell'art. 27 della legge 218/1995), poiché, all'eventuale variare del criterio di collegamento, tornerebbe a farsi apprezzare la piena natura di n.a.n. delle previsioni poste dagli artt. 84 ss. c.c., anche ai sensi dell'art. 115 (e, cioè, in relazione al matrimonio del cittadino italiano all'estero), posto che si tratta di previsioni chiamate ad applicarsi prima dell'operare del richiamo internazionalprivatistico e a prescindere dai criteri di localizzazione spaziale della fattispecie valorizzati dalla norma di conflitto. In tale direzione sembrano militare le osservazioni di I. Queirolo, *Art. 115 (Matrimonio del cittadino all'estero)*, in *Matrimonio*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano a cura di Giorgio De Nova*, G. Ferrando (a cura di), Bologna, Zanichelli, 2017, p. 441; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., p. 283.

29 Legge 4 maggio 1983, n. 184, in *Gazz. Uff.* 17 maggio 1983, n. 183 (Suppl. ord.).

mente ragione per cui la legge L. n. 76/2016 omette *tout court* di ribaltare tale onere sulla disciplina delle unioni civili³⁰.

Viene invece estesa³¹ al cittadino straniero che intenda contrarre un'unione civile in Italia la richiesta del "nulla osta" già previsto dall'art. 116, comma 1, a fini matrimoniali. Passando dunque a considerare gli impedimenti eventualmente rinvenibili nel contesto della *lex causae*, il d.lgs. n. 7/2017 non soltanto ha aggiunto l'opportuna e necessaria precisazione per cui a tal fine non rilevano quelli che vengano addotti dallo Stato d'origine per ragioni inerenti al sesso delle parti ma, onde superare la situazione di *impasse* che può ingenerarsi non già nel caso in cui il nulla osta sia prodotto e rechi menzione di tale impedimento alla conclusione del vincolo (sicché di esso - e soltanto di esso - si è legittimati a non tener conto), ma in quello, ben più complesso, in cui il carattere omosessuale dell'unione conduca il Paese straniero a negare radicalmente la produzione del documento richiesto dal proprio cittadino, ha precisato altresì che, a fronte di un diniego così motivato, è ammessa la sostituzione del nulla osta con un certificato o qualsiasi altro documento atto ad attestare la libertà di stato, ivi inclusa l'autocertificazione da parte dell'istante (art. 32-ter, comma 2)³². Tale scelta, compiuta dal legislatore delegato, si presenta quale necessario corollario del nuovo principio di ordine pubblico che ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano nel momento stesso dell'entrata in vigore della legge Cirinnà, determinando un completo ribaltamento di prospettiva rispetto alla situazione precedente: conformemente a quanto già chiarito dalla Corte di Strasburgo in relazione al fondamentale diritto al rispetto della propria vita "familiare", a tutte le coppie formate da persone dello stesso sesso viene ora riconosciuto il diritto di concludere un'unione avente piena validità ai fini dell'ordinamento di stato civile e da cui discendano, per le parti contraenti, diritti e doveri secondo quanto previsto dal legislatore nazionale nell'ovvia osservanza del principio di uguaglianza sostanziale.

Analoghe considerazioni relative all'ingresso tra i principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano della possibilità, per due soggetti dello stesso sesso, di concludere un'unione riconosciuta in sede civile, hanno suggerito di prevedere che qualora l'ordinamento straniero chiamato a stabilire le condizioni per la conclusione dell'unione non disciplini affatto tale istituto al proprio interno, essa possa ugualmente essere contratta in Italia, ai sensi e per gli effetti di cui alla *lex fori* (art. 32-ter, comma 1, secondo periodo).

Entrambe le soluzioni, poste a chiusura del sistema a salvaguardia di quei principi (di ordine pubblico, per l'appunto) ritenuti ineludibili e profondamente permeati nello stesso ordinamento giuridico che li esprime, sul fronte dello scioglimento del vincolo coniugale trovavano il proprio esatto speculari all'interno della legge L. n. 218/1995 (art. 31, comma 2), così come oggi lo trovano nel regolamento reg. 1259/2010/UE del 20 dicembre 2010 (art. 10)³³: divenuto *ipso facto* principio di ordine pubblico del sistema italiano con l'approvazione della legge sul divorzio, il principio della dissolubilità del matrimonio, oggi condiviso da tutti i Paesi membri dell'Unione europea, è ritenuto irrinunciabile e fondante a tal punto da determinare l'esclusione del richiamo internazionalprivatistico, qualora quest'ultimo conduca ad una radicale impossibilità (di diritto) di porre termine ad un'unione che non corrisponda più alla vo-

30 Per quanto riguarda le unioni civili concluse ai sensi della legge L. n. 76/2016, non può dunque porsi il problema della mancanza delle pubblicazioni (o di altra analoga formalità tesa a realizzare scopi di pubblicità notizia ed a consentire la proposizione di eventuali opposizioni da parte di soggetti terzi interessati), posto che nella legge Cirinnà è omissivo qualsiasi riferimento a tale istituto: cfr. M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile*, cit., p. 886; G. Ferrando, *La disciplina dell'atto*, cit., 894.

31 Cfr. art. 1, comma 19, della legge l.n. 76/2016.

32 La previsione relativa all'eccezionale possibilità di sostituire il nulla osta con un documento idoneo ad attestare la libertà di stato, originariamente assente nello schema di decreto legislativo, è stata aggiunta in sede di approvazione definitiva. Lo schema di decreto è reperibile sul sito del Senato (in funzione del prescritto parere parlamentare) all'indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/992085.pdf>.

33 Regolamento (UE) n. reg. 2010/1259/UE del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GIUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10, in merito al quale si rinvia, *ex plurimis*, a E. Bergamini, *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Studi sull'int. eur.*, 2012, p. 181 ss.; I. Queirolo, L. Carpaneto, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 59 ss.; I. Viarengo, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 601 ss.; M.C. Baruffi, *Il regolamento sulla legge applicabile ai «divorzi europei»*, in *Diritto dell'UE*, 2011, p. 867 ss. La soluzione accolta dal regolamento reg. 2010/1259/UE (cd. Roma III) risulta, invero, leggermente più dettagliata di quella contemplata dall'art. 31 della legge l.n. 218/1995: cercando di delimitare con precisione le eccezioni all'operare delle proprie norme di conflitto (e riducendo così il possibile ricorso alla clausola generale di ordine pubblico), lo strumento europeo dispone all'applicazione della *lex fori* ogniquale volta la *lex causae* «non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale» (enfasi aggiunta).

lontà di una o entrambe le parti. Anche con riguardo al divorzio, infatti, esistevano - ed esistono tutt'oggi, seppur in misura trascurabile³⁴ - problemi dovuti al non generalizzato riconoscimento dell'istituto a livello di ordinamento stranieri: in tali circostanze il richiamo alla legge del foro risulta una soluzione quanto mai opportuna, seppur eccezionale ed idonea a venire in considerazione quale *extrema ratio* a chiusura del sistema.

E se analoghe cautele, per converso, non sono mai apparse necessarie in relazione alla conclusione del matrimonio tradizionale tra individui di sesso diverso, per l'ovvia ragione che tale istituto risulta conosciuto ed ammesso all'interno di tutti gli ordinamenti, vale comunque la pena di ricordare che si sono dati casi in cui l'appartenenza ad un determinato etnico, religioso o politico ha condotto al diniego del nulla osta da parte dello Stato d'origine del cittadino straniero. Posta innanzi a tali ostacoli, la giurisprudenza italiana ha dovuto adottare in via pretoria una soluzione che già anticipava quella oggi codificata dal d.lgs. n. 7/2017 in tema di unioni civili: il diritto fondamentale al matrimonio³⁵ può essere compresso ma non escluso, sicché l'autorità giurisdizionale, adita avverso il diniego alle pubblicazioni opposto dall'ufficiale di stato civile cui non sia stato consegnato il prescritto nulla osta, valutate tutte le circostanze di ciascun caso di specie ed in particolare l'assenza di impedimenti al matrimonio, può legittimamente disporre che esso (o le pubblicazioni, se lo straniero risiede in Italia) abbia luogo pur in assenza del nulla osta³⁶.

Infine, per quanto attiene agli *effetti* dell'unione civile, viene in rilievo il 4° comma dell'art. 32-ter, che sottopone i rapporti personali e patrimoniali tra le parti dell'unione alla legge dello Stato in cui essa è stata conclusa, fatta salva la facoltà del giudice di applicare la legge dello Stato di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, qualora almeno una delle parti formuli domanda in tal senso. Relativamente ai soli rapporti patrimoniali, poi, è ammessa l'*optio iuris*: le parti possono convenire concordemente, per iscritto, che i loro rapporti patrimoniali siano regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una è cittadina o in cui almeno una risiede.

Ora, se da un lato quest'ultima possibilità di scelta della legge regolatrice dei rapporti patrimoniali si presenta del tutto analoga a quanto già disposto dall'art. 30, comma 1, secondo periodo, con riguardo ai coniugi, dall'altro lato è inevitabile rilevare come il criterio di collegamento principale utilizzato dalla nuova norma di conflitto (*locus celebrationis*) si discosti profondamente da quello teso a localizzare in via generale i rapporti tra coniugi ai sensi degli artt. 29, comma 1, e 30, comma 1, della legge 218/1995 (nazionalità comune), pur avendo proceduto anche il d.lgs. n. 7/2017 nel senso di mantenere una tendenziale identità tra le leggi regolatrici degli aspetti personali e patrimoniali del vincolo.

Le ragioni di tale scelta di politica legislativa risiedono tuttavia nella recente approvazione del regolamento reg. 2016/1104/UE del 24 giugno 2016, con il quale si sono dettate norme uniformi - a livello di Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata³⁷ - sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile e la circolazione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate³⁸. E dal momento che, a partire dal *dies a quo* previsto per la sua applicabilità³⁹ e relativamente ai soli rapporti patrimoniali tra le parti di un'unione civile, il regolamento svuoterà il comma 4 dell'art. 31-ter di

34 A quanto è dato sapere, gli unici due Stati che non contemplano l'istituto del divorzio nel proprio ordinamento giuridico sono le Filippine e la Città del Vaticano.

35 Codificato tanto a livello internazionale (art. 12 Cedu), quanto a livello di Unione europea (art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Sul punto cfr. F. Pesce, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 5 ss.; P. Pustorino, *Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marry*, in *Same-Sex Couples, before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), Berlin - Heidelberg, Springer, 2014, p. 399 ss.

36 È inevitabile osservare come, in relazione all'eventuale diniego di rilascio del nulla osta, il legislatore delegato abbia potuto avvalersi degli orientamenti già emersi in giurisprudenza a proposito degli analoghi dinieghi opposti, a fini matrimoniali, da alcuni ordinamenti di matrice confessionale islamica per ragioni di ordine esclusivamente religioso, ossia la fede non musulmana di uno dei nubendi: si vedano a tal riguardo l'ordinanza della Corte costituzionale, sentenza del 30 gennaio 2003, n. 14, nonché la circolare del Ministero dell'Interno dell'11 settembre 2007, n. 46.

37 Per la precisione, sono diciotto i Paesi membri dell'UE che hanno notificato la propria intenzione di entrare a far parte della cooperazione rafforzata in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

38 Regolamento (UE) reg. 2016/1104/UE del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Per alcune prime riflessioni in merito a tale strumento si rinvia a P. Lagarde, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 676 ss.

39 A norma dell'art. 70, si tratta del 29 gennaio 2019.

ogni margine di operatività⁴⁰, si è condivisibilmente scelto di allineare sin d'ora la disciplina di conflitto rinvenibile nella legge L. n. 218/1995 a quella predisposta dal regolamento, anche al fine di mantenere il tendenziale parallelismo tra legge regolatrice dei rapporti patrimoniali e legge regolatrice dei rapporti personali (i quali ultimi, in quanto non contemplati da norme uniformi di fonte europea, rimarranno soggetti alle scelte compiute dal legislatore nazionale). Occorre inoltre rilevare, da ultimo, che lo stesso art. 30 della legge L. n. 218/1995, dedicato ai rapporti patrimoniali tra coniugi, è destinato ed essere "sostituito" dal regolamento reg. 2016/1103/UE del 24 giugno 2016⁴¹, applicabile a partire dalla stessa data prevista per il precedente e coevo reg. 2016/1104/UE: ne conseguirà l'ulteriore parallelismo tra le norme di d.i.p. dedicate ai rapporti patrimoniali tra i coniugi e quelle dedicate agli effetti patrimoniali delle unioni civili, pur determinandosi un inevitabile scollamento con la norma sui rapporti personali tra coniugi di cui all'art. 29 della legge L. n. 218/1995. Nel corso dei prossimi anni sarà dunque opportuno emendare l'art. 29 al fine di allinearla con quanto previsto dal comma 4 dell'art. 32-ter (e dunque, indirettamente, dai regolamenti reg. 2016/1103/UE e reg. 2016/1104/UE).

3. La fase patologica del rapporto: lo scioglimento dell'unione

Il nuovo art. 32-*quater* affronta il tema della competenza giurisdizionale e dei conflitti di leggi in tema di *scioglimento* dell'unione civile e, nel far ciò, detta titoli di giurisdizione ugualmente riferibili a quelle controversie, in tema di annullamento/nullità, che sono tese a sancire l'*invalidità all'origine* del vincolo contratto.

Con riguardo all'individuazione del foro, la scelta di fondo compiuta dal comma 1 è ancora una volta quella del tendenziale parallelismo con il preesistente art. 32, dedicato alle domande di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio. Analoghe sono dunque le considerazioni che possono essere svolte circa la portata "esorbitante" della giurisdizione italiana così delimitata: essa deve ritenersi sussistente, infatti, non soltanto in base a quanto previsto dagli artt. 3⁴² e 9⁴³, ma anche ogniqualvolta una delle parti abbia la cittadinanza italiana o, infine, l'unione sia stata conclusa in Italia.

40 In ragione della vocazione applicativa universale propria del regolamento: cfr. l'art. 20 di quest'ultimo.

41 Regolamento (UE) reg. 2016/1103/UE del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. A tal riguardo si veda nuovamente P. Lagarde, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016*, cit., p. 676 ss.

42 Si tratta del titolo generale di giurisdizione rappresentato dal domicilio o dalla residenza del convenuto, cui devono pure aggiungersi (in base a quanto previsto dallo stesso art. 3, comma 2, ultimo periodo) i criteri previsti dall'art. 18 c.p.c. per la ripartizione della competenza su base territoriale: può dunque ritenersi sussistente la giurisdizione italiana a fronte della mera dimora del convenuto nel caso in cui ne siano sconosciuti la residenza ed il domicilio, mentre se anche la dimora è sconosciuta - o qualora tutti i menzionati elementi dovessero rimandare ad un ordinamento straniero - può trovare spazio, in via del tutto eccezionale, un'ipotesi di giurisdizione fondata sulla residenza dell'attore (*forum actoris*).

43 Si tratta della norma che la legge L. n. 218/1995 dedica alle domande di volontaria giurisdizione: in tal caso la giurisdizione italiana deve ritenersi sussistere, «oltre che nei casi specificamente contemplati (...) e in quelli in cui è prevista la competenza per territorio di un giudice italiano, quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia o quando esso riguarda situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana». Si noti che il riferimento all'art. 9 era stato omesso al momento della stesura dell'art. 32, anche se era stato osservato che, in quella sede (e nel contesto delle previsioni su separazione e divorzio in allora vigenti), esso avrebbe potuto avere una (limitata) ragion d'essere esclusivamente in relazione ai procedimenti di separazione consensuale, gli unici, cioè, che avrebbero potuto essere ascritti alla categoria della volontaria giurisdizione. L'inserimento di tale richiamo all'interno del nuovo art. 32-*quater* può forse risultare giustificato nella misura in cui si consideri che una delle possibilità attraverso le quali può realizzarsi lo scioglimento dell'unione civile è quella della domanda congiunta avanti al tribunale, al pari di quanto previsto per il divorzio sin dall'entrata in vigore della legge 74/1987, e che parte della dottrina processualcivile riconduce tale procedimento all'ambito della giurisdizione volontaria. Sul mancato richiamo all'art. 9 da parte dell'art. 32 della legge 218/1995, cfr. R. Clerici, *Articolo 32*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, F. Pocar, T. Treves, S.M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici (a cura di), cit., p. 175. In merito allo scioglimento dell'unione civile, cfr. F. Danovi, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 995 ss. Sul giudizio di divorzio quale procedimento di volontaria giurisdizione (in quanto vi difetta l'accertamento della violazione di un diritto soggettivo) v. ad es. F. Cipriani, *Il processo di divorzio*, *Commentario sul divorzio*, in P. Rescigno (a cura di), Milano, 1980, p. 400 ss.; C. Punzi, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 811 ss. Tra coloro che ne sostengono, al contrario, la natura eminentemente contenziosa, cfr. tra gli altri F. Tommaseo, *La disciplina processuale del divorzio*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, G. Bonilini, F. Tommaseo (a cura di), Milano, 20103, spec. p. 316.

Omettendo di ritornare sulle considerazioni, già ampiamente svolte dalla dottrina nell'immediata approvazione della legge L. n. 218/1995, relative alla tenuità del collegamento esistente tra un'unione - matrimoniale o civile che sia - ed il luogo in cui essa è stata contratta⁴⁴, in assenza di ulteriori legami atti a rafforzarlo, vale qui la pena di domandarsi se le norme del regolamento reg. 2003/2201/UE del 27 novembre 2003 (cd. *Bruxelles II-bis*)⁴⁵, il quale, tra le altre cose, detta regole uniformi sulla competenza giurisdizionale in materia di separazione, divorzio ed annullamento del matrimonio, e destinate ad applicarsi in tutti i Paesi appartenenti al cd. spazio giudiziario europeo⁴⁶ prevalendo su eventuali previsioni interne aventi medesimo ambito applicativo, limitino la portata del nuovo art. 32-*quater* allo stesso modo in cui hanno sensibilmente ridotto l'operatività dell'art. 32 con riguardo allo scioglimento del vincolo coniugale⁴⁷. La risposta viene offerta dalla stessa (corretta) scelta, compiuta dalla nuova norma, di non effettuare alcun rinvio allo strumento europeo: trattandosi, a differenza dell'art. 32, di una disposizione introdotta ben dopo l'entrata in vigore del regolamento *Bruxelles II-bis*, ed essendo l'ordinamento italiano tenuto a legiferare in modo conforme agli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea, in caso di ambito applicativo anche solo parzialmente sovrapposto sarebbe stato opportuno un richiamo al regolamento europeo incidente sulla stessa materia. In realtà la materia è solo contigua. Come diffusamente osservato in dottrina, il regolamento reg. 2003/2201/UE (così come già il suo diretto precedente regolamento reg. 2000/1347/CE del , cd. *Bruxelles II*) *non si applica ad unioni diverse da quella matrimoniale*: se infatti vi sono talune divergenze di vedute con riguardo alla possibilità di includere i matrimoni *same-sex* nell'ambito applicativo del regolamento (trattandosi pur sempre di vincoli coniugali, seppur non in senso "tradizionale"), *nulla quaestio* a proposito dell'esclusione da esso dei vincoli diversi da quello coniugale⁴⁸.

Merita invece un differente ordine di considerazioni la questione relativa alla legge regolatrice dello scioglimento⁴⁹ dell'unione civile. La soluzione adottata a tal riguardo dal comma 2 del nuovo art. 32-*quater* è semplice: si effettua un rinvio generalizzato alla disciplina di conflitto predisposta a livello europeo dal regolamento Roma III⁵⁰.

Tale rinvio non sembra avere portata unicamente narrativo-dichiarativa ma, al contrario, appare dotato di effetti precettivi nella misura in cui si consideri che l'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento Roma III non ricomprende *de iure* al proprio interno lo scioglimento di unioni diverse da quella matrimoniale, sicché lo strumento non si applica *sic et simpliciter* alle unioni civili in assenza di un'espressa determinazione in tal senso da parte del singolo ordinamento giuridico interessato, cui è dunque rimessa una scelta di ordine prettamente discrezionale. A tal proposito è appena il caso di ricordare che il rinvio di cui al comma 2 estende all'individuazione della legge applicabile alle unioni civili tutte le criticità già rilevate a proposito del regolamento di per sé considerato: tra di esse, vale ad esempio la pena di ricordare che lo strumento non predispone una disciplina realmente uniforme a livello europeo - in quanto è frutto di una procedura di cd. cooperazione rafforzata rispetto alla quale, ad

44 Cfr., *ex multis*, G. Conetti, in *Art. 32, Legge 31 maggio 1995, n. 218*, S. Bariatti (a cura di), cit., p. 1183-1184.

45 Regolamento (CE) n. reg. /2003/2201/UE del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in relazione al quale cfr. tra i tanti I. Queirolo, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, G. Ferrando (a cura di), cit. p. 1107 ss.; M.C. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis, La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, in S. Bariatti (a cura di), cit., p. 175 ss.; G. Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori. Commento al Reg. CE 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 991 ss. Si ricorda, per inciso, che il regolamento reg. 2003/2201/UE (cd. *Bruxelles II-bis*) è attualmente sottoposto ad una procedura di revisione da parte delle istituzioni dell'UE, ma unicamente in relazione alle sue norme dedicate alla responsabilità genitoriale (l'intervento non inciderà dunque sulle norme dedicate allo scioglimento del vincolo matrimoniale).

46 Ossia tutti i Paesi dell'UE ad eccezione della Danimarca (posto che Regno Unito ed Irlanda hanno sin dal principio esercitato la propria facoltà di *opting-in*).

47 Sul punto v. per tutti I. Queirolo, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, cit., p. 1122 ss.

48 Cfr. F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, Milano, 20164, p. 125.

49 Con efficacia *ex nunc*: sono qui esclusi i profili relativi alla validità *ab origine* dell'unione.

50 In relazione alla disciplina di conflitto predisposta dal regolamento Roma III, si rinvia ai contributi indicati in nota 33. Vale tuttavia la pena ricordare che, nell'ottica dell'ordinamento italiano, il regolamento ha compiuto introdotto due rilevanti novità, quali (i) il ricorso alla residenza abituale dei coniugi quale criterio di collegamento operante in via principale ed in assenza di scelta, nonché (ii) la stessa possibilità di procedere ad una (seppur limitata) *optio iuris* in relazione alla legge regolatrice di separazione e divorzio.

oggi, sono diciassette i Paesi membri che hanno scelto di vincolarsi⁵¹ - e che da tale circostanza derivano tutta una serie di corollari capaci di limitare fortemente gli effetti positivi connessi all'uniformazione delle norme di conflitto in tema di scioglimento del vincolo coniugale (e, oggi, dell'unione civile), anche e soprattutto perché risulta parzialmente vanificato l'effetto di deterrenza nei confronti del fenomeno del cd. *forum shopping*⁵².

Nondimeno, la scelta operata dal legislatore delegato appare opportuna e necessitata, né avrebbe potuto procedersi, sul terreno delle unioni civili, ad una trasposizione della norma che la legge L. n. 218/1995 dedica ai conflitti di leggi in materia di separazione personale e scioglimento del matrimonio, analogamente a quanto fatto dal summenzionato art. 32-*quater* in relazione ai profili di giurisdizione: stante la sopravvenuta totale inapplicabilità dell'art. 31 a seguito dell'entrata in vigore del regolamento Roma III ed in ragione del carattere universale di quest'ultimo, la legge italiana di riforma del diritto internazionale privato risulta oramai priva di norme di conflitto aventi residuo margine applicativo in materia di separazione e divorzio.

Sul fronte della validità dell'unione civile (e della conseguente dichiarazione di nullità della stessa) occorre invece riferirsi all'art. 32-*ter* ed a quanto già osservato, con riguardo ad esso, in tema di requisiti di forma e di sostanza.

4. L'unione civile e la disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni alimentari nella famiglia

In tema di obbligazioni alimentari nei rapporti tra le parti (o tra coloro che già furono parti) di un'unione civile, l'art. 32-*ter*, al comma 5, dispone un rinvio interno all'art. 45 ed una contestuale modifica di quest'ultimo: nella sua nuova formulazione, esso contiene ora un'unica norma recante a sua volta rinvio al regolamento reg. 2009/4/UE per quanto concerne la legge regolatrice delle obbligazioni alimentari nella famiglia.

Come peraltro sembra desumersi anche dalla relazione illustrativa annessa allo schema di decreto legislativo⁵³, tale soluzione "composita" risponde, evidentemente, al duplice obiettivo di (i) estendere alle parti contraenti dell'unione la disciplina sui conflitti di leggi ad oggi vigente in tema di obblighi alimentari nella famiglia e, allo stesso tempo, (ii) chiarire altresì che tale disciplina deve essere individuata conformemente a quanto previsto dal regolamento reg. 2009/4/UE il quale, sul punto, effettua ulteriormente rinvio al protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007.

Ora, pur essendo evidente che, a partire dal *dies a quo* previsto per l'applicabilità del regolamento 2009/4/UE⁵⁴, già la precedente formulazione dell'art. 45 doveva intendersi superata ad opera dello strumento di fonte europea e, conseguentemente, del protocollo dell'Aja ivi espressamente richiamato, occorre domandarsi se l'intervento realizzato tramite il d.lgs. n. 7/2017, in punto di obbligazioni alimentari, possa considerarsi realmente rispettoso di quei «principi e criteri direttivi» fissati, «per oggetti definiti»⁵⁵, nella delega di cui all'art. 1, comma 28, lett. b) della legge L. n. 76/2016, ove si consideri che

51 Si tratta di Belgio, Bulgaria, Germania, Grecia, Spagna, Estonia (rispetto alla quale il regolamento sarà applicabile dal 2018), Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Ungheria, Malta, Austria, Portogallo, Romania e Slovenia.

52 Cfr. I. Queirolo, L. Carpaneto, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»*, cit., p. 59 ss.; I. Viarengo, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, cit., p. 601 ss.

53 «La modifica [dell'art. 45] si impone ai sensi del Protocollo dell'Aja del 2007, recepito dal citato regolamento 2009/4/CE. La normativa europea lascia agli Stati la facoltà di includere - con espressa previsione - le unioni civili nel suo ambito di applicazione». Sul punto, il tenore della relazione illustrativa non sembra chiaro, posto che non è intuitivo comprendere a quali disposizioni uniformi si faccia riferimento laddove si parla di normativa europea che richiede un'*espressa previsione* al fine di ricomprendere le unioni civili nel proprio ambito applicativo *ratione materiae*, posto che il regolamento (ma lo stesso discorso vale per il protocollo dell'Aja) si riferisce genericamente a tutte le obbligazioni alimentari «derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità», lasciando così volutamente indeterminato (e dunque rimesso all'estensione che il concetto di "famiglia" assume negli ordinamenti nazionali volta a volta considerati) il novero dei rapporti considerati. Diverso è, invece, il problema dell'inclusione delle unioni civili nell'ambito applicativo del regolamento Roma III poiché - salvo quanto eventualmente disposto a livello nazionale in senso estensivo - quest'ultimo risulta automaticamente applicabile al solo scioglimento del vincolo coniugale (v., in particolare, il considerando n. 10).

54 Si tratta, a tenor dell'art. 76 di quest'ultimo, del 18 giugno 2011.

55 Secondo quanto precisa l'art 76 Cost. in relazione al potere legislativo delegato dal Parlamento al Governo.

in base ad essa il Governo doveva intendersi autorizzato ad intervenire in tema di «*modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato*» in conformità al criterio direttivo rappresentato dall'«*applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo*». La modifica *tout court* dell'art. 45, con la corrispondente introduzione di un generale rinvio al regolamento reg. 2009/4/UE, sembrerebbe coprire un novero di rapporti molto più esteso delle sole unioni civili, andando ad abbracciare situazioni - i.e. le unioni coniugali tradizionali - che si collocano ben al di fuori dell'ambito su cui il legislatore delegato avrebbe dovuto (e potuto) incidere.

In tale prospettiva, una strada alternativa avrebbe potuto essere quella di predisporre una norma analoga al summenzionato art. 32-*quater*, comma 2, relativo alla legge applicabile allo scioglimento dell'unione civile: introducendo un rinvio al regolamento reg. 2010/1259/UE, quest'ultima norma procede infatti in via del tutto autonoma e senza dar luogo ad alcuna modificazione della generale regola di conflitto in tema di *separazione personale e scioglimento del matrimonio* di cui all'art. 31 (sulla quale deve comunque ritenersi prevalente - lo si è visto - quello stesso regolamento Roma III a far data dal suo termine iniziale di applicabilità). Su quel diverso fronte si è dunque scelto di limitarsi ad estendere l'ambito di applicazione del regolamento reg. 2010/1259/UE alle unioni registrate tra persone dello stesso sesso, senza parallelamente intervenire sull'ulteriore e diversa previsione che - analogamente a quanto faceva l'art. 45 in tema di obbligazioni alimentari - era stata originariamente dettata con riguardo al tema (dello scioglimento) del matrimonio concluso tra soggetti di sesso differente⁵⁶.

Nondimeno, e malgrado le perplessità relative ad un possibile vizio di eccesso di delega, la scelta effettuata in materia di alimenti pare senz'altro preferibile rispetto a quella compiuta in relazione allo scioglimento dell'unione civile, quanto meno nell'ottica del coordinamento interno tra tutte le norme della legge L. n. 218/1995 dedicate ai rapporti interni a quella "famiglia" che, attualmente, senz'altro ricomprende le coppie di soggetti dello stesso sesso che abbiano concluso un'unione civile: sia sul fronte del coniugio che su quello delle nuove unioni di cui alla legge L. n. 76/2016, infatti, risulta ora espressamente sancita l'applicabilità del diritto internazionale privato uniforme dell'Unione europea, sicché può ritenersi opportuno darne adeguatamente atto nel contesto della normativa interna di riferimento⁵⁷. Inoltre, un mero rinvio interno all'art. 45 ad opera dell'art. 32-*ter*, comma 5, in assenza di una corrispondente novellazione dello stesso art. 45, avrebbe avuto la paradossale conseguenza di estendere alle unioni civili quel riferimento alla convezione dell'Aja del 1973 che, già prima del d.lgs. 7/2017, doveva ritenersi non più operativo neppure con generale riguardo agli obblighi alimentari nel contesto dei "tradizionali" rapporti di famiglia⁵⁸.

Malgrado non sia possibile, in questa sede, soffermarsi dettagliatamente sulla specifica normativa di conflitto predisposta dal protocollo dell'Aja del 2007 e recepita dal regolamento reg. 2009/4/UE, vale la pena di ricordare che anch'essa (come il regolamento Roma III) riserva un certo spazio all'*optio legis*. Così, in caso di volontà concorde, l'autonomia privata delle parti può esprimersi attraverso la scelta della legge applicabile alle obbligazioni alimentari tra loro intercorrenti, malgrado la designazione possa ricadere su di un novero circoscritto di leggi, predeterminato in via generale ed astratta dalla normativa pattizia al fine di garantire un livello minimo di contatto tra il rapporto considerato e la legge chiamata, in via consensuale, a regolarlo⁵⁹. In mancanza di scelta, poi, viene individuato il tradizionale criterio generale di collegamento rappresentato dal residenza abituale del creditore⁶⁰, cui può sostituirsi il foro dell'ultima residenza abituale comune della coppia, qualora una delle parti si opponga all'applicazione del criterio principale e, contemporaneamente, tale differente ordinamento presenti un legame più stretto con l'unione *de qua*⁶¹.

56 *Contra* C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 61.

57 Si ritiene, dunque, che ragioni di coerenza ed uniformità nella tecnica legislativa avrebbero imporrebbero di percorrere un'unica strada (perlomeno) con riguardo ai due aspetti del vincolo alimentare e dello scioglimento del vincolo.

58 Sia consentito il rinvio a F. Pesce, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 210 ss.

59 Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, art. 8.

60 Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, art. 3.

61 Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, art. 5. A quest'ultimo proposito si noti che, da un punto di vista letterale, la norma fa unicamente e specificamente riferimento alle sole obbligazioni alimentari «*relative aux époux et ex-époux / with respect to spouses and ex-spouses*». Ciononostante, secondo quanto viene precisato nella relazione esplicativa al protocollo anche sulla base degli orientamenti emersi nel corso dei lavori alla Sessione diplomatica, ciascun Paese è libero di sottoporre le unioni registrate - così come, a maggior ragione, i vincoli matrimoniali tra soggetti dello stesso sesso - alla speciale norma di conflitto in esame: cfr. A. Bonomi, *Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, ottobre 2009, par. 92, disponibile sul sito internet della Conferenza dell'Aja all'indirizzo <http://www.hcch.net/>

5. La continuità transfrontaliera degli *status*: gli effetti dei matrimoni e delle unioni civili contratti all'estero da persone dello stesso sesso

È però sul fronte del riconoscimento degli *status* creati all'estero⁶² che la nuova disciplina adotta uno degli espedienti di tecnica normativa più innovativi, quantomeno con riferimento al caso dei *matrimoni* contratti all'estero tra *cittadini italiani* dello stesso sesso. Si tratta, indubbiamente, di una situazione divenuta via via più frequente nella prassi nella misura in cui, nel corso dell'ultimo decennio, quasi tutti gli Stati dell'Europa occidentale hanno aperto alle coppie omosessuali l'accesso al vincolo coniugale⁶³, anche se è ragionevole pensare che la recente introduzione delle unioni civili nell'ordinamento interno abbia in larga parte soddisfatto le aspirazioni di quelle coppie che, prima dell'entrata in vigore della legge L. n. 76/2016, si erano spostate all'estero per veder sancito in sede civile il proprio rapporto di coppia (malgrado la consapevolezza circa il diniego di riconoscimento in Italia).

Tramite il ricorso alla tecnica del cd. *downgrade recognition*⁶⁴, infatti, il nuovo art. 32-*bis* della legge L. n. 218/1995 fissa il principio di coordinamento tra sistemi a tenore del quale «il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana»⁶⁵. Tale soluzione pare peraltro imposta dal tenore letterale della delega legislativa conferita al Governo dall'art. 1, comma 28, lett. b, della legge L. n. 76/2016, per mezzo della quale si è devoluto all'Esecutivo il potere di adottare uno o più decreti legislativi in conformità con il criterio direttivo rappresentato - in materia di diritto internazionale privato - dall'«applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo».

Anzi, a prima vista la delega non sembra neppure lasciare spazio alla precisazione - operata invece dalla norma appena richiamata - per cui il *downgrade* riguarda esclusivamente gli effetti del vincolo coniugale concluso all'estero da cittadini *italiani*. Per questo stesso motivo l'originaria formulazione dell'art. 32-*bis*, nello schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, si limitava a disporre che il matrimonio contratto all'estero tra *persone* dello stesso sesso dovesse produrre gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana⁶⁶. Tale formulazione aveva subito attirato le critiche di chi aveva evidenziato l'ingiustificata differenza di trattamento tra matrimoni (art. 32-*bis*) e unioni civili (art. 32-*quiquies*, su cui v. subito *infra*) contratti all'estero da persone dello stesso sesso, nella misura in cui una simile scelta, tesa a prescrivere in ogni caso l'applicazione della legge italiana ai soli vincoli coniugali, differenziando invece il trattamento delle unioni civili a seconda del legame esistente con il nostro ordinamento, sembrava apparire irragionevolmente discriminatoria ed in alcun modo necessitata in base al tenore della delega legislativa⁶⁷.

V'è tuttavia margine per ritenere che tale scelta originaria muovesse da una premessa condivisibile: posto che il matrimonio tra persone dello stesso sesso era - e permane - istituto sconosciuto⁶⁸ all'ordina-

upload/wop/expl39f.pdf. Sul punto v. altresì F. Pesce, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Roma, 2013, p. 244-245. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 7/2007 e, in particolare, del nuovo art. 32-*ter*, comma 5, l'ordinamento italiano ha dunque scelto di avvalersi di tale facoltà (relativa - si badi - all'applicabilità dello specifico art. 5: in relazione all'inclusione delle unioni civili nel generale ambito di applicazione dello strumento - così come del regolamento reg. 2009/4/UE - vale quanto già anticipato *sub* nota 53).

62 In argomento v., *amplius*, O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il riordino delle norme italiane di diritto internazionale privato*, cit., p. 527 ss.; S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017, p. 476 ss.; G. Biagioni, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in *Same-Sex Couples, before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di.), cit., p. 359 ss.; L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 2012, spec. p. 206 ss.

63 Si tratta, più specificamente, di Portogallo, Spagna, Francia, Irlanda, Regno Unito (ad eccezione dell'Irlanda del Nord), Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Danimarca, Finlandia, Svezia, Norvegia, Islanda nonché, da ultima, Germania.

64 In relazione alla quale cfr. G. Biagioni, E. Di Napoli, *Il provvedimento del tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni same-sex: prime riflessioni*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>), 18 aprile 2014; L. Scaffidi Runchella, *Osservazioni a prima lettura sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalprivatistica*, cit.

65 Enfasi aggiunta.

66 Come già anticipato, lo schema è reperibile all'indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/992085.pdf>.

67 G. Biagioni, *Forum: Le disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*/2, cit.

68 Malgrado non sia possibile approfondire il discorso in questa sede, si consideri che non è unanime l'attribuzione del carattere di *istituto sconosciuto* al matrimonio tra persone dello stesso sesso. In particolare, viene fatto riferimento a tale categoria concettuale da parte di chi si sofferma sull'innegabile circostanza per cui la diversità di sesso tra le parti risulta in Italia un pre-

mento italiano, esso deve *in ogni caso* essere soggetto a riqualificazione nel momento in cui se ne vogliono riconoscere gli effetti in Italia, a prescindere dalla nazionalità delle parti contraenti. E, a tenore delle chiare indicazioni contenute nella delega legislativa, a sua volta tale riqualificazione non può che essere operata a favore dell'istituto dell'unione civile di cui alla legge L. n. 76/2016⁶⁹.

Viceversa, nella sua formulazione accolta in sede di approvazione definitiva, l'art. 32-bis determina un inevitabile vuoto normativo, laddove estende i propri effetti al caso del matrimonio contratto all'estero (i) tra due cittadini italiani e (ii) tra un cittadino italiano e uno straniero, lasciando però al di fuori del proprio ambito d'applicazione il caso dei (iii) cittadini entrambi stranieri. Come occorre comportarsi nel caso in cui questi ultimi chiedano, ad esempio, la trascrizione in Italia del proprio legame coniugale? E quali effetti dovrebbero veder riconosciuti alla loro unione nel nostro ordinamento? Si ritiene che, muovendo dalle medesime premesse poc'anzi indicate, non possa che procedersi anche in questo caso ad una qualificazione del matrimonio *same-sex* in termini di unione civile di cui alla legge L. n. 76/2016. Tale conclusione, strettamente connessa alla scelta di ascrivere il rapporto di coniugio tra persone dello stesso sesso alla categoria degli istituti sconosciuti, sembra altresì necessitata al fine di escludere gli inevitabili effetti di *reverse discrimination* che discenderebbero dalla posizione opposta (dal teorizzare, cioè, una perfetta e completa continuità transfrontaliera dello status coniugale): vero è che gli effetti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso *ex lege Cirinnà* sono *pressoché* coincidenti con quelli del matrimonio civilistico, ma è pur vero che esistono talune esclusioni⁷⁰ rispetto alle quali non sembrerebbe possibile un trattamento differenziato riservato ai coniugi stranieri dello stesso sesso⁷¹.

Diverso è, invece, il caso delle unioni civili contratte all'estero da soggetti dello stesso sesso. Interviene a tal riguardo il nuovo art. 32-*quinquies* che, in apparente parallelismo con il poc'anzi menzionato art. 32-*ter* nella sua formulazione definitiva, sottopone alla legge italiana gli effetti dell'unione civile, o di qualsiasi altro istituto (non matrimoniale) analogo⁷², costituiti all'estero *tra cittadini italiani abitualmente residenti in Italia*.

supposto ineludibile e fondante dell'istituto matrimoniale. Viceversa, v'è chi evidenzia come la forma e gli effetti del matrimonio *same-sex* non possano che rimandare all'istituto previsto dal codice civile italiano, malgrado il rilevante discostamento in ordine alle condizioni di accesso. Peraltro, l'adesione all'una piuttosto che all'altra posizione non è priva di conseguenze: se il matrimonio tra persone dello stesso sesso deve essere qualificato come coniugio anche nell'ottica dell'ordinamento italiano, ne discenderebbe la possibilità di mantenerne la sottoposizione alla pertinente legge straniera per quanto riguarda i suoi effetti. In relazione alla prima posizione cfr., ad es., C. Campiglio, *Forum: Le discipline internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*/3, cit.; G. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 382. In relazione alla seconda, cfr., ad es., N. Boschiero, *Il problema delle qualificazioni*, in *Atti notarili*, F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), cit., p. 92 ss., spec. p. 95; nonché G. Biagioni, *Forum: Le discipline internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*/2, cit., il quale, utilizzando un approccio sostanziale, ritiene che non vi sarebbero particolari ostacoli ad applicare, nell'ordinamento italiano, una legge straniera che disciplini un'unione *same-sex* in termini di rapporto matrimoniale, posto la regolamentazione interna delle unioni civili è significativamente ricalcata su quella del matrimonio. Imponendo la riqualificazione tramite *downgrade*, il d.lgs. n. 7/2017 sembra aver aderito alla prima delle due posizioni prospettate.

- 69 La precisazione relativa all'esclusione dell'operatività del d.i.p. e, dunque, dell'eventuale rilievo della legge straniera («(...) prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso *regolata dalle leggi italiane* (...)»: così la delega, con enfasi aggiunta), si è resa necessaria in ragione del fatto che non sempre è possibile rinvenire una normativa sulle unioni civili nell'ambito degli ordinamenti stranieri: basti pensare al recentissimo caso della Germania, ove l'introduzione del matrimonio cd. egualitario ha determinato la contemporanea abrogazione della normativa sulle unioni civili (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*), fino ad allora riservate, al pari di quanto accade oggi in Italia, alle sole coppie di persone dello stesso sesso.
- 70 In base alla clausola generale di cui all'art. 1, comma 20, della legge L. n. 76/2016, «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*» (enfasi aggiunta).
- 71 Partendo dal presupposto che, visto che le differenze sono davvero poche e che, peraltro, riguardano perlopiù tematiche “di contorno”, si tratta di questioni di rilievo molto più teorico che pratico, ci si potrebbe ad esempio domandare se l'obbligo di fedeltà (art. 143, comma 2, c.c.) o la previsione dei legami di affinità (art. 78 c.c.), entrambi operanti solo per le coppie (di sesso differente) unite in matrimonio, possano ritenersi estesi alle coppie di coniugi stranieri dello stesso sesso, nel caso in cui analoghe previsioni siano rinvenibili anche a favore dei coniugi *same-sex* nella legge nazionale comune delle parti (individuata, nell'ipotesi qui considerata, dando dunque applicazione all'art. 29 della legge L. n. 218/1995 sui rapporti personali tra coniugi).
- 72 Si ritiene che, tra gli “istituti analoghi”, possano ricomprendersi tutte le *partnership* registrate purché improntate ad una matrice pubblicistica e non aventi natura essenzialmente contrattuale; ne fuoriescono invece le convivenze *de facto*. Sul punto v. M.M. Winkler, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 401.

Occorre anzitutto evidenziare come la norma non si riferisca a qualsiasi unione civile, contratta all'estero, in cui una delle parti sia cittadino italiano, bensì al ben più ristretto novero di casi in cui *entrambe* le parti siano italiane e, per di più, *entrambe* residenti in Italia al momento della conclusione del vincolo. Non solo, dunque, il parallelismo tra i due articoli risulta *ab origine* escluso ma, per di più, questa seconda previsione non determina alcuna lacuna, posto che tutte le unioni civili tra persone dello stesso sesso che siano contratte all'estero e che sfuggano al suo ambito applicativo rientrano comunque nella generale norma di conflitto introdotta dall'art. 32-ter, comma 4, il quale utilizza a titolo principale il criterio (fisso) del Paese di costituzione dell'Unione. Inoltre è ben chiaro l'intento anti-elusivo che informa la norma in parola, destinata ad evitare fittizie localizzazioni all'estero di un rapporto i cui elementi essenziali siano tutti riconducibili all'ordinamento italiano, eccezion fatta per il luogo di costituzione del vincolo⁷³: come rilevato dalla stessa relazione illustrativa di accompagnamento al progetto di decreto legislativo, infatti, «[l']applicazione della legge italiana in questi casi è conforme al principio di delega giacché riguarda cittadini italiani stabilmente residenti in Italia presumibilmente recatisi all'estero al solo fine di costituire l'unione civile», ragion per cui «non vi è ragione di imporre l'applicazione della legge italiana in assenza di intenti oggettivamente elusivi, come nel caso di unioni miste (...), oltre che in quello dell'unione civile costituita all'estero tra soggetti non cittadini, ipotesi rispetto alle quali sono prevalenti i profili di internazionalità»⁷⁴.

Ne consegue che, al pari del matrimonio, anche all'unione civile contratta all'estero vengono attribuiti effetti potenzialmente differenti da quelli che le sarebbero riconosciuti nell'ordinamento *a quo* (ai sensi dell'art. 32-ter, comma 4). Tuttavia, a differenza di quanto previsto dall'art. 32-bis in relazione al matrimonio (da integrarsi - come evidenziato - in via interpretativa per quanto ivi non previsto) rispetto all'unione civile ciò avviene solo a fronte di una localizzazione *fittizia* del rapporto al di fuori dell'ordinamento italiano.

6. Riflessioni conclusive: luci ed ombre della recente novella alla legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato

Quanto sin qui osservato consente di evocare una questione generale, di ordine sistematico, relativa al rapporto tra fonti del sistema di d.i.p. applicabile nell'ordinamento italiano ed alle connesse scelte di politica legislativa, anche in relazione alle prospettive di riforma della legge L. n. 218/1995, a più di vent'anni dalla sua entrata in vigore⁷⁵.

Le modifiche ad essa apportate con il d.lgs. n. 7/2017 conducono, infatti, ad una necessaria riflessione, di più ampia portata, sul percorso da intraprendere al fine di dare adeguato conto degli innumerevoli mutamenti che il diritto internazionale privato ha subito a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1999 e dalla conseguente acquisita competenza (concorrente), da parte dell'Unione europea, ad approvare normative direttamente vincolanti in materia di cooperazione giudiziaria civile *lato sensu*⁷⁶.

È pur vero che, in prima battuta, dovrebbe essere salutato con estremo favore ogni intervento, come quello recentemente realizzato, che porti con sé l'introduzione nella legge L. n. 218/1995 di utili riferimenti alle sopraggiunte modifiche del d.i.p. applicabile (anche) in Italia ad opera del legislatore dell'Unione.

Nondimeno, non si possono perdere di vista i nuovi problemi che tali emendamenti, inevitabilmente parziali e settoriali, possono sollevare.

73 Sicché proprio l'applicazione del nuovo 32-ter, comma 4, potrebbe in tal caso dar luogo a localizzazioni fittizie del rapporto.

74 Così la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, reperibile, unitamente ad esso, all'indicato indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/992085.pdf>. Secondo quanto evidenziato da C. Campiglio (*Forum: Le discipline internazionali della legge italiana di tutti i matrimoni e le unioni civili*/3, cit.), nonostante tenore letterale della delega paia militare nel senso della sottoposizione alla legge italiana di tutti i matrimoni e le unioni civili contratti all'estero tra soggetti dello stesso sesso, è risultato assai opportuno darne una interpretazione "utile", in sede di predisposizione del decreto legislativo delegato in materia di d.i.p., al fine di reagire solo di fronte alle conseguenze potenzialmente elusive della normativa italiana che potrebbero aver luogo nel caso in cui fattispecie (quasi) interamente interne fossero sottoposte alla disciplina di conflitto.

75 In materia si vedano altresì le considerazioni di ordine generale svolte da G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, cit., spec. p. 524-525.

76 Cfr. art. 81 TFUE.

Ad oggi, infatti, l'ordinamento italiano risulta dotato di una normativa-quadro di diritto internazionale privato che risulta carente di riferimenti agli ormai numerosi regolamenti europei applicabili *proprio vigore* sul piano interno, prevalendo su di essa. Ne discende che, introducendo ad esempio una norma dedicata allo scioglimento dell'unione civile come quella tratteggiata dal nuovo art. 32-*quater*, comma 2, rimane interamente a carico dell'interprete l'onere di sapere che il regolamento Roma III trova applicazione sia con riguardo allo scioglimento delle unioni civili - come indicato dall'inequivoco tenore di tale disposizione - sia a fronte dell'affievolimento o della conclusione di un'unione matrimoniale tra persone di sesso differente - senza che di quest'ultima circostanza compaia alcuna traccia nell'art. 31. Vero è che, a decorrere dal 21 giugno 2012, l'art. 31 già cede il passo all'applicazione (universale) del regolamento Roma III, a prescindere dalla sua differente formulazione; tuttavia con l'aggiunta dei nuovi articoli qui considerati, a fronte di un chiaro segnale (nello stesso art. 32-*quater*, comma 2) del fatto che il vigore e la conseguente prevalenza dello strumento di fonte europea sono presi espressamente in considerazione dalla legge L. n. 218/1995, l'interprete potrebbe essere indotto a ritenere che la stessa legge lo richiami *sempre*, e non solo *talora*, laddove una fattispecie ricada all'interno del suo ambito applicativo.

Sulla base di tali considerazioni⁷⁷ sarebbe altresì molto opportuno che in tempi brevi, tramite un intervento - che si sarebbe collocato senz'altro al di fuori della delega legislativa di cui all'art. 1, comma 28, lett. b, della legge Cirinnà - che coinvolga altresì la clausola generale di compatibilità di cui all'art. 2, l'interprete nazionale potesse essere messo al corrente della circostanza per cui diversi sono i regolamenti europei, la cui applicazione non può essere pregiudicata in virtù della stessa *primauté* riconosciuta al diritto dell'Unione, capaci di incidere non soltanto sui già evocati aspetti relativi all'individuazione del diritto applicabile, ma anche sulla delimitazione della competenza giurisdizionale del foro interno e sul regime di circolazione delle decisioni in Europa. E ciò vale in particolar modo se si considera che i regolamenti adottati più di recente nel contesto dello spazio giudiziario europeo⁷⁸ *escludono* radicalmente ogni residuo rilievo delle norme interne tese a delimitare l'ambito della giurisdizione del foro, sicché le previsioni nazionali poste a tal fine (art. 3 della legge L. n. 218/1995 *in primis*) non possono più trovare applicazione neanche a fronte di situazioni aventi collegamenti, oltre che con l'ordinamento europeo considerato, unicamente con Stati terzi non europei.

Per concludere, si ritiene sia necessario evocare incidentalmente un ultimo profilo di criticità. Si tratta di un tema non affrontato - e anch'esso non affrontabile, a tenore della delega legislativa - nel contesto del decreto legislativo sin qui preso in esame, sebbene strettamente connesso e per questo meritevole di un cenno in questa sede: ci si riferisce alla questione degli effetti da riconoscersi alle unioni civili contratte all'estero *tra soggetti di sesso differente*.

Nonostante l'entrata in vigore della legge L. n. 76/2016, l'unione civile contratta tra un uomo ed una donna mantiene il carattere di istituto sconosciuto⁷⁹ nell'ordinamento italiano⁸⁰, al pari del matrimonio omosessuale (al quale ultimo - lo si è visto - la legge L. n. 76/2016 si appropria infatti con la tecnica del *downgrade*).

Al riguardo si potrebbe sostenere che la stessa introduzione, nel nostro ordinamento, delle unioni civili riservate a soggetti dello stesso sesso renda oramai urgente ed ineludibile disciplinare tale questione ad essa strettamente connessa, poiché malgrado vi siano ordinamenti (basti pensare ai casi del Regno

77 E sulla scorta di quanto già emerso in dottrina: v. in particolare il dibattito sulle prospettive di riforma della legge l.n. 218/1995 apparso in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 625 ss.

78 Regolamento reg. 2009/4/UE in materia di obbligazioni alimentari nella famiglia; regolamento reg. 2012/650/UE in materia di successioni *mortis causa*; Regolamento reg. 2016/1103/UE in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi; regolamento reg. 1104/2016/UE in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

79 Differente ordine di considerazioni è, poi, quello relativo alla necessaria qualificazione "autonoma" (e dunque elastica), pur prendendo le mosse dalla *lex fori*, da operarsi sulle norme di diritto internazionale privato al fine di ricomprendervi fattispecie che ne fuoriuscirebbero sulla scorta di una qualificazione rigidamente operata *lege fori*: in argomento si rinvia a N. Boschiero, *Il problema delle qualificazioni*, cit., p. 61 ss., spec. p. 92 ss., la quale peraltro aderisce alla posizione secondo la quale (prima della legge L. n. 76/2016) la riconducibilità dei matrimoni stranieri *same-sex* alle norme di d.i.p. relative ai rapporti tra coniugi non avrebbe dovuto sollevare particolari problemi. In argomento si rinvia altresì a S. Armellini, *Qualificazione e istituti del diritto di famiglia sconosciuti, Il nuovo diritto di famiglia*, in A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri (a cura di), cit., p. 743 ss.; P. Franzina, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, in B. Cortese (a cura di), Torino, Giappichelli, 2014, p. 185 ss.; S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 227 ss.; N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Rivista di diritto internazionale privato*, 2007, p. 50 ss.; G. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 363 ss.

80 L'identità di sesso tra le parti è, infatti, presupposto indefettibile ed elemento profondamente connaturato all'istituto dell'unione civile tratteggiato dal legislatore italiano, al pari della differenza di sesso in relazione al matrimonio.

Unito o - fino al 2017 - della Germania⁸¹) che hanno optato per un sistema “a doppio binario” simile a quello oggi accolto in Italia, in cui il matrimonio rimane riservato alle coppie eterosessuali e l’unione civile è aperta esclusivamente a quelle omosessuali, esistono altri ordinamenti, come i Paesi Bassi, in cui l’istituto dell’unione civile è accessibile a qualsiasi coppia, a prescindere dal sesso.

La qualificazione di un’unione civile contratta all’estero tra soggetti di sesso differente, ed i conseguenti effetti da riconoscere ad essa nell’ordinamento italiano, restano quindi questioni sottratte alle maglie delle previsioni contenute nel d.lgs. n. 7/2017⁸². Tale lacuna, peraltro, potrebbe esporre l’ordinamento italiano a censure sotto il profilo della compatibilità con il diritto dell’Unione europea, nella misura in cui una simile circostanza incida, limitandola inevitabilmente, sulla libera circolazione delle persone e dei relativi *status*⁸³. A tal riguardo, nel prossimo futuro varrà forse la pena di considerare se non sarà opportuno inserire nella legge L. n. 218/1995 un’ulteriore previsione qualificatoria tesa a stabilire che dalle unioni civili concluse all’estero tra soggetti di sesso diverso debbano farsi discendere, nel contesto dell’ordinamento italiano, effetti equiparabili a quelli che la legge L. n. 76/2016 attribuisce alle unioni civili tra persone dello stesso sesso⁸⁴, quanto meno laddove esse vengano considerate quali istituti sconosciuti. In caso contrario, potrebbe anche prevedersi una norma di conflitto volta a sancire - sulla falsariga dell’art. 32-ter, comma 4, *mutatis mutandis* - che i rapporti personali e patrimoniali tra le parti, di sesso differente, di un’unione civile contratta all’estero siano regolati dalla legge dello Stato davanti alla cui autorità l’unione è stata costituita, eventualmente distinguendo la sola ipotesi (presumibilmente collegata ad intenti elusivi) in cui tutti gli elementi del rapporto riconducano all’ordinamento italiano⁸⁵.

Ciò, anche al fine di evitare quelle (invero improbabili ma, nondimeno, astrattamente ipotizzabili) situazioni di “bigamia” che verrebbero a determinarsi nel caso in cui un cittadino italiano contraesse un’unione civile eterosessuale all’estero e, successivamente, un matrimonio o un’unione civile in Italia: avuto riguardo, rispettivamente, agli artt. 86 del codice civile e 1, comma 4, della legge L. n. 76/2016, risulta che tra gli impedimenti alla conclusione del vincolo devono annoverarsi esclusivamente l’esistenza di un precedente *vincolo matrimoniale* - anche omosessuale, dal momento in cui il nuovo art. 32-bis della legge L. n. 218/1995 ne dispone l’equiparazione all’unione civile negli effetti - o, per l’appunto, di una precedente *unione civile tra persone dello stesso sesso*. Peraltro, nella misura in cui i suoi effetti non sono equiparati in Italia a quelli di un vincolo matrimoniale, l’esistenza di un’unione civile tra soggetti di sesso diverso, a differenza di un’unione contratta tra soggetti dello stesso sesso, non determina neppure l’attribuzione di un automatico diritto al ricongiungimento familiare ai sensi dell’art. 2, lett. b), n. 2, del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

Volendo trarre le fila dai diversi ordini di considerazioni sin qui svolti, sembra ragionevole ritenere che la recente, e significativa, novella alla legge L. n. 218/1995 potrebbe finalmente segnare il punto di avvio di un più ampio e generale ripensamento della normativa internazionalprivatistica di fonte interna, la cui obsolescenza, fino ad oggi evidenziata in misura sempre più accelerata dal legislatore dell’Unione europea, è stata recentemente stigmatizzata anche da istanze di origine interna, in corrispondenza con la significativa evoluzione che (, da ultimo, pure) il diritto di famiglia va conoscendo. Viene dunque spontaneo domandarsi se, dopo più di vent’anni, la normativa italiana di diritto internazionale privato sia in grado di reggere innanzi a tali spinte: benché le più recenti riforme abbiano dato luogo a specifici interventi di aggiornamento delle sue disposizioni, può ritenersi possibile percorrere la strada di interventi settoriali *ad hoc* - in quanto tali inevitabilmente parziali e incompleti (normalmente perché ancorati

81 È tuttavia del 30 giugno 2017 la definitiva approvazione, da parte del *Bundestag*, della riforma con cui si introduce il matrimonio cd. egualitario nell’ordinamento tedesco, prevedendo parallelamente che esauriscano i propri effetti - al termine di un periodo trimestrale di *vacatio legis* - le norme con cui si era introdotta in Germania l’unione civile tra persone dello stesso sesso (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*).

82 In argomento si rinvia ancora a S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, cit., spec. p. 227 ss.

83 Cfr. per tutti F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato*, 2008, p. 357 ss.

84 O, quanto meno, alle convivenze, motivando tale ulteriore *downgrade* in ragione del fatto che le coppie formate da soggetti di sesso differente compiono - laddove possibile - la precisa scelta di avvalersi di un istituto alternativo al matrimonio, sicché l’attribuzione ad esso dei medesimi effetti discendenti in Italia dalle unioni civili (e, dunque, dal matrimonio, vista la loro tendenziale sovrapponibilità) potrebbe finire con il tradire gli intendimenti degli stessi soggetti coinvolti.

85 Anche in tale ipotesi, assimilabile a quella contemplata dall’art. 32-*quinquies* in relazione alle unioni civili *same-sex*, potrebbe forse ammettersi il ricorso al *downgrade recognition* di cui alla nota precedente, ma in chiave anti-elusiva: trattandosi di cittadini italiani di sesso diverso ed aventi, dunque, a disposizione l’istituto matrimoniale, l’eventuale attribuzione degli effetti di una mera convivenza potrebbe anche ritenersi non lesiva del principio di uguaglianza.

ai rigidi limiti di una delega⁸⁶) - oppure sarebbe auspicabile porre mano al suo intero impianto? Si ritiene che i tempi per aderire al secondo percorso siano oramai maturi.

86 Così è stato, ad esempio, per l'art. 31, rimasto immutato perché non compreso nei limiti della delega conferita al Governo con la legge Cirinnà (v. *supra*, par. 3).

Giacomo Viggiani*

Une défaillance du système juridique italien. **La questione del cognome materno tra moniti pretori e inerzia legislativa**

Sommario

1. Premessa – 2. Il cognome del figlio e i rapporti di filiazione – 3. La modifica del cognome e gli “sgradevoli” dubbi – 4. Un’illegittimità accertata, ma non dichiarata – 5. *Cusan e Fazzo c. Italia* – 6. La declaratoria di incostituzionalità – 7. Una riforma ancora imperfetta

Abstract

I figli dovrebbero avere il cognome della madre? La mancanza di una tale previsione costituisce una violazione del principio di uguaglianza? Tali domande furono formulate per la prima volta già alla fine degli anni '70 e poi periodicamente rilanciate da proposte di legge mai approvate o ricorsi davanti alla giustizia. Ciononostante, niente è cambiato fino al dicembre 2016, quando la Corte Costituzionale ha preso una decisione storica, forzando il legislatore a farsi carico del problema. L'articolo analizza l'annosa questione dell'attribuzione del cognome materno, determinando quali siano gli attori, gli interessi e i diritti coinvolti, nonché offrendo spunti di riflessione sulla proposta di riforma pendente in Parlamento.

Should children have their mother's surname? Does the lack of this provision entail a violation of the equality principle? These questions were raised for the first time in Italy in late '70s and then revived periodically by unapproved bills or judicial complaints. Notwithstanding, a change only happened in December 2016, when the Constitutional Court issued a landmark decision, forcing the lawmaker to face the topic. The essay addresses the longstanding issue about mother's surname, determining what are the actors, the interests, the rights involved, and discussing the pending legislative reform.

1. Premessa

«*Une défaillance du système juridique italien*»¹. Così la Corte Europea dei Diritti Umani lapidariamente definisce l'incapacità dell'ordinamento italiano di risolvere internamente la *vexata quaestio* dell'acquisizione del cognome materno da parte della figliolanza nella famiglia fondata sul matrimonio. Controversia che può a tutti gli effetti dirsi storica e che trova la sua scaturigine nella Prima Repubblica, come si può facilmente evincere da un'indiscussa proposta di legge recante *Nuove norme in materia di diritto di famiglia*², depositata nel corso della VIII legislatura già alla fine degli anni '70. Il dibattito, mai sopito

* Ricercatore di Filosofia del Diritto, Università di Brescia.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Corte Edu, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, § 81.

2 Proposta di legge del 30 ottobre 1979, n. 832.

da allora, si è fatto poi più acceso, soprattutto in dottrina, negli anni '80 e '90³, complice l'evolversi della coscienza sociale e giuridica in tema di filiazione e rapporti tra coniugi, che aveva avuto una prima epifania nella riforma del diritto di famiglia di cui alla nota L. 19 maggio 1975, n. 151.

A ormai trent'anni di distanza dalla VIII legislatura, il prevalere del patronimico appare non solo anacronistico, ma incompatibile con l'assetto ordinamentale; il consunto cimelio di una tradizione ormai relegata ai libri di storia, di quando l'unico soggetto titolare dei diritti era il *pater familias*, il quale estendeva, attraverso l'istituto romano della *adgnatio*, il proprio cognome a tutta la cerchia familiare⁴, incluse la moglie⁵ e la prole. Occorre però non fare confusione. Se da un lato appare irrefragabile che l'origine dell'acquisizione del solo cognome paterno vada ritrovata in questa concezione romanistica della famiglia, dall'altro sarebbe errato e fuorviante considerarla oggi come un diritto *del* padre a trasmettere il proprio cognome a cui farebbe da contraltro il mancato diritto *della* madre di fare lo stesso. Non sussiste, nel nostro ordinamento, alcun diritto soggettivo a trasmettere il proprio cognome, nonostante talvolta sia la dottrina che la giurisprudenza trattino, come si vedrà più avanti, della questione del matronimico nei termini di (negato) diritto della madre a trasmettere il proprio cognome alla figliolanza, con pregiudizio per il principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.* e per quello sull'eguaglianza morale e giuridica tra coniugi *ex art. 29 Cost.*, nonché ovviamente degli artt. 143 e 147 c.c., in base ai quali i coniugi acquisiscono gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri, anche in rapporto alla prole. Il quadro normativo è invero ben più complesso e chiama in causa, oltre ai già citati principi costituzionali, la differenza tra figli nati all'interno del vincolo matrimoniale e quelli al di fuori, la distinzione tra nome proprio e cognome, nonché la teoria dell'interpretazione e quella delle fonti.

È forse questa complessità ad aver fatto sì che il legislatore non sia riuscito in quattro decadi a riformare la materia, nonostante i numerosi e ripetuti inviti e richiami dell'universo pretorio, divenuto in questi anni l'inevitabile cassa di risonanza delle richieste di giustizia dei cittadini. E nonostante la tanto attesa e auspicata declaratoria di incostituzionalità della Corte Costituzionale del dicembre 2016⁶, è improbabile che nella XVII Legislatura, ormai in fase crepuscolare, si possa assistere alla conclusione dell'*iter legis* per una delle proposte o disegni di legge pendenti.

Nell'attesa di un intervento del *conditor iuris*, non più differibile dopo l'intervento del giudice delle leggi, e anzi in suo supporto, scopo di questo contributo è quello di fare chiarezza sulla questione del cognome materno, determinando in cosa consista e quali siano gli attori, gli interessi e i diritti in gioco, nonché offrire spunti di riflessione sulle possibili riforme legislative⁷.

2. Il cognome del figlio e i rapporti di filiazione

Il cognome è uno dei due elementi costituenti il nome, il quale, come recita il secondo alinea dell'art. 6 c.c., si compone di prenome e cognome. Lo stesso articolo, ma nel primo alinea, sancisce che ogni persona, al momento dell'acquisizione della capacità giuridica, «ha diritto al nome che è per legge attribuito». La comprensione di questo alinea è fondamentale per non fraintendere quale sia la reale controversia

3 M. Tortorici, *Parità tra uomo e donna e cognome della famiglia: un problema ancora insoluto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1982, pp. 962-975; F. Pacini, *Una consuetudine secolare da rivedere*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. 4, 1985, pp. 1243-1260; M. C. De Cicco, *La normativa sul cognome e l'eguaglianza dei genitori*, in *Rivista di diritto civile*, 1985, pp. 962-995; M.C. De Cicco, *La normativa sul cognome e l'eguaglianza dei genitori*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, pp. 962 e ss.; F. Dall'Ongaro, *Il nome della famiglia e il principio della parità*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1988, pp. 670 e ss.; F. Dall'Ongaro, *Ancora sul nome della famiglia e sul principio della parità*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1988, pp. 1583 e ss.; F. Prosperi, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, pp. 844 e ss.; E. Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, in *Diritto di famiglia*, 1998, pp. 324-335; G. Cattaneo, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, 1, pp. 693 e ss.

4 Tribunale di Palermo, decreto del 17 marzo 1993, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994, 640 ss.

5 Tant'è che l'art. 143 bis c.c. ancora oggi dispone che la moglie aggiunga al proprio cognome quello del marito, anche se le è consentito mantenere quello da nubile, limitatamente ai rapporti professionali.

6 Corte costituzionale, sentenza del 21 dicembre 2016, n. 286.

7 Del disegno di legge pendente si darà conto nell'ultimo paragrafo. Sulle prospettive di riforma passate e presenti si vedano, A.O. Cozzi, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2010, pp. 449-466; S. Stefanelli, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2014 pp. 221-230; A. Busacca, *Status filiationis ed attribuzione del cognome. Situazione attuale e prospettive di riforma*, in *Humanities*, 4, 7, 2015, pp. 1-11; M.A. Iannicelli, *Prospettive di riforma in materia di attribuzione del cognome dei figli*, in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 147-171.

dietro alla mancata acquisizione del cognome materno da parte della prole. Ogni soggetto alla nascita è titolare del diritto al nome, nei termini non alla *scelta* del nome, bensì di un diritto ad *avere* un nome. Da un lato, il diritto ad avere un nome è un diritto incompressibile⁸ ma, dall'altro, la sua scelta non è incondizionata, bensì puntualmente regolamentata e orientata dalla legge, in particolare con riferimento ai rapporti di filiazione⁹.

Il nome, come si è detto, si compone di prenome e cognome, sul quale occorre poi tracciare una precisa linea di displuvio. Infatti le due parti non ricevono lo stesso trattamento o la stessa attenzione da parte dell'ordinamento. Il motivo è palese e si ritrova nell'interesse pubblicistico all'individuazione dei gruppi familiari e a quello costituzionale alla conservazione dell'unità familiare la cui garanzia, *ex art. 29*, comma 2, può costituire un limite all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Mentre infatti il prenome è elettivo (sia pure con certi limiti¹⁰) e pertanto scelto *ex post* per il soggetto minore da parte dei titolari della responsabilità genitoriale¹¹ (o dal tutore¹²) di comune accordo¹³ e nel suo esclusivo interesse¹⁴, il cognome è già stabilito *ex ante*, al momento del concepimento. Si conosce già, in base al rapporto di filiazione, quale cognome porterà il nascituro¹⁵. Le fattispecie possibili sono due: o il figlio nasce al di fuori del vincolo matrimoniale, oppure all'interno (secondo la vecchia dizione precedente il 1975, rispettivamente figli naturali e figli legittimi, secondo la vecchissima figli illegittimi e figli legittimi¹⁶).

Se il figlio nasce al di fuori del matrimonio¹⁷, può non essere riconosciuto dai genitori e risultare pertanto figlio di ignoti. In questo caso la legge prevede, non potendo restare il minore privo di nome, che sia lo stesso ufficiale dello stato civile a dargliene uno, sia per quanto riguarda il prenome che per quanto riguarda il cognome¹⁸. È questa forse l'unica fattispecie dove il cognome è veramente *scelto*, anche se con alcuni limiti¹⁹. Se viene riconosciuto, può esserlo o da un solo genitore, da entrambi i genitori simultaneamente o da entrambi ma in tempi diversi. Nel primo caso il figlio assume il cognome dell'unico genitore che lo ha riconosciuto (quindi anche il solo matronimico, se questi è la madre) mentre nel

-
- 8 Sia l'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo che l'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici sanciscono, per esempio, il diritto a vedersi attribuito un nome alla nascita e a preservarlo come parte della propria identità durante tutta l'esistenza.
- 9 Il procedimento di attribuzione è regolato dal D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, così come novellato dal D.p.r. 13 marzo 2012, n. 54.
- 10 Residuano alcuni limiti: il divieto di attribuire prenomi ridicoli o vergognosi o quel del padre, di un fratello o di una sorella vivente *ex art. 34*, comma 1, del D.p.r. 396/2000. Mi si permetta di rimandare a G. Viggiani, *Nomen Omen. Il diritto tra Stato e persona in Italia*, cit., pp. 85-104.
- 11 Art. 316 c.c.
- 12 Artt. 343 ss. c.c.
- 13 Artt. 316, 316 bis, 317 c.c.
- 14 G. Ferrando, *Il controllo giudiziale sulla potestà dei genitori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 20, 3, 2008, pp. 3-21. Si veda anche Corte di cassazione, sentenza del 20 dicembre 2012, n. 20385: «Il diritto alla scelta del nome (inteso come comprensivo del prenome e del cognome) diversamente dagli altri diritti fondamentali, caratterizzati dal minimo comune denominatore dell'autodeterminazione, non viene esercitato dal soggetto cui il nome è imposto al momento della nascita o nella sua immediatezza, ma dal genitore o dai genitori che lo riconoscono. In tutti gli ordinamenti si pone, conseguentemente, il problema di un adeguato bilanciamento del diritto dei genitori alla scelta del nome secondo preferenze, modelli o tradizioni costituenti il bagaglio culturale familiare di riferimento, ed il rispetto della dignità personale che costituisce il criterio conformativo immanente ad ogni diritto fondamentale dell'individuo».
- 15 Per un contributo generale sul tema, si veda, C. Caricato, *L'attuale normativa italiana in materia di attribuzione del cognome*, in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 7-26.
- 16 Il D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 ha eliminato ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi, e introducendo il principio dell'unicità dello *status filiationis*, anche adottivo, e conseguentemente l'eliminazione delle dizioni figlio "legittimo" e figlio "naturale" a favore di "figlio".
- 17 A. Vesto, *Cognome del figlio naturale: declino del patronimico e ascesa dell'identità personale del minore*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2010, pp. 325-331; R. Villani, *L'attribuzione del doppio cognome ai figli (naturali, nel caso di specie, ma in realtà, anche legittimi), quale strumento per salvaguardare la relazione tra i nati e i rami familiari di ciascun genitore?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2011, pp. 680-700.
- 18 Art. 29, comma 4 e 5, del D.p.r. 396/2000.
- 19 L'art. 34, comma 3, del D.p.r. 396/2000 vieta infatti di attribuire cognomi che facciano intendere l'origine naturale, o cognomi di importanza storica o appartenenti a famiglie particolarmente conosciute nel luogo in cui l'atto di nascita è formato.

secondo caso quello del padre²⁰. Nel terzo caso²¹, se il primo genitore riconoscente è la madre, «il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre», mentre non è prevista la fattispecie contraria. Quindi, se la madre riconosce il figlio in un secondo momento rispetto al padre, non è concessa la possibilità di aggiungere e o sostituire il patronimico con il matronimico. Si presti attenzione al fatto che il verbo “può” non si riferisce alla facoltà del figlio di assumere il patronimico (che resta irrinunciabile), ma bensì solo alla modalità di assunzione (aggiunta o sostituzione). Infine, se uno o entrambi i genitori riconoscono il figlio dopo l’attribuzione del cognome da parte dell’ufficiale dello stato civile, il figlio di maggiore età può decidere di conservarlo, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello del genitore che lo riconosce o del padre se lo riconoscono entrambi congiuntamente²². La conservazione del primo cognome risponde, in questo caso come nel riconoscimento del padre dopo quello della madre, alla esigenza di tutelare *ex art. 2 Cost.* l’identità personale del soggetto, di cui il cognome, una volta attribuito, diventa segno autonomo²³.

Nel caso di figlio minore, spetta tuttavia al giudice decidere circa l’assunzione del nuovo cognome del padre che lo ha tardivamente riconosciuto, previo ascolto del minore stesso, che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento²⁴. In tale circostanza, il giudice è investito della facoltà discrezionale di prendere in esame ognuna delle soluzioni possibili nell’interesse esclusivo del minore²⁵, con pregiudizio, se necessario, della volontà dei genitori e alla attribuzione del patronimico²⁶. Ricapitolando in breve:

Se figlio al di fuori del matrimonio (FA):

- $\wedge$ se $\neg G(\text{enitore}) \rightarrow C(\text{ognome})$ deciso dall’U(fficiale stato civile)
- $\wedge$ se $R(\text{iconosciuto da})IG(\text{enitore}) \rightarrow C(\text{ognome})IG$
 - per cui se $RGm(\text{adre}) \rightarrow CGm$
- $\wedge$ se $R(Gp(\text{adre}) + Gm(\text{adre})) \rightarrow CGp$
- $\wedge$ se già $CGm \wedge RGp \rightarrow CGp \vee CGm + CGp$
 - ma se già $CGp \wedge RGm \rightarrow CGp$
- $\wedge$ se già $CU \wedge R(Gp \vee Gm) \rightarrow CGp \vee CGm \vee CU + (CGp \vee CGm)$
- $\wedge$ se già $CU \wedge R(Gp + Gm) \rightarrow CGp \vee CU + CGp$
- $\wedge$ se già $CU + CGm \wedge RGp \rightarrow CGp \vee CU + CGp \vee CU + CGp + CGm$

Se $FA < 14 \text{ anni} \wedge R2G \rightarrow C$ deciso dal M(agistrato)

20 Art. 262, comma 1, c.c. O meglio nel secondo caso assumeva quello del padre fino al dicembre 2016, come si vedrà più avanti.

21 Art. 262, comma 1, c.c.

22 Lo stesso meccanismo si applica per il cognome dell’adottato *ex art. 299 c.c.*

23 Sul diritto al nome quale diritto della personalità, si vedano in generale L. Trucco, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giappichelli, 2004, pp. 125-168; C. Di Marco Gentile, *Il nome della persona – Tra mezzo di individuazione e segno di identificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995; M. La Torre, *Il nome: contrassegno dell’identità personale*, in *Giustizia civile*, 63, 9, 2013, pp. 443-462; V. Carbone, *I conflitti sul cognome e l’emergere di un diritto all’identità personale*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2006, pp. 469-480. Si veda poi l’esauriente passo di Corte di Cassazione, sentenza del 20 dicembre 2012, n. 20385: «Il diritto al nome costituisce una componente essenziale dei diritti fondamentali della persona umana perché rappresenta un elemento costitutivo dell’identità individuale, consentendo un’identificazione immediata e riconoscibile del soggetto che lo porta, da ritenersi un attributo necessario ed ineludibile per lo sviluppo soggettivo e relazionale della personalità».

24 Art. 262, comma 4, c.c. Così anche la circolare ministeriale del 21 maggio 2012, n. 14: «particolare attenzione andrà maggiormente posta nei casi di sostituzione del cognome paterno con altro cognome soprattutto se riferito a un minore (in genere cognome del nuovo coniuge o compagno della madre), ove andrà valutato nel concreto l’interesse del minore, nonché l’interesse del padre».

25 Tant’è che proprio a tutela dell’interesse esclusivo del minore, è fatto anche divieto all’ufficiale dello stato civile di ricevere il riconoscimento (e dunque di attribuire il cognome del riconoscente, se è il padre) del figlio nato al di fuori del matrimonio sotto i sedici anni in mancanza del consenso del genitore che per primo lo ha riconosciuto o della sentenza del tribunale per i minorenni che tiene luogo del consenso mancante (Art. 45 del D.p.r. 396/2000). Conforta in questo senso anche la circolare ministeriale del 21 maggio 2012, n. 14, che sottolinea «l’esigenza e l’opportunità di acquisire il consenso comunque di entrambi i genitori (a meno che non vi siano peculiari e comprovate circostanze familiari tali da arrecare pregiudizio al minore stesso) quale la decadenza della potestà genitoriale a carico di uno di loro». Dell’avvenuto nuovo riconoscimento, l’ufficiale dello stato civile dà comunque notizia all’altro genitore, il quale, se lo desidera, può procedere all’impugnazione (art. 47 del D.p.r. 396/2000.).

26 Art. 262 comma 3, c.c. Per un commento, si veda G. Cassano, *Automaticità della trasmissione del cognome versus identità personale*, in *Famiglia*, 2003, 3, 2, pp. 893-890.

Ciò che emerge dalla disciplina inerente i figli nati al di fuori del matrimonio è la posizione del cognome rispetto alla volontà dei genitori. Il cognome non è trasmesso tramite un loro atto di volontà. È pur vero che l'attribuzione del cognome segue a una manifestazione della volontà, quella che riconosce il figlio, ma ne è un effetto, per così dire, involontario e indisponibile. Lo dimostra la circostanza della dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità²⁷, che vale a costituire un rapporto giuridico di filiazione anche *contro* la volontà del genitore, pur attivando il "meccanismo" dell'imposizione del cognome che si è sopra esposto. E contro anche la volontà del soggetto interessato: nel caso di tardivo riconoscimento del padre, il figlio può sì mantenere quello della madre, ma deve pur sempre assumere anche quello del padre. Lo stesso dicasi nella fattispecie di primo cognome attribuito dall'ufficiale dello stato civile e di posteriore riconoscimento di uno o di entrambi i genitori.

Tutto ciò significa che sia errato o almeno improprio parlare di trasmissione del cognome o anche di attribuzione, come recita, invero infelicamente, la lettera della legge. Il cognome non si trasmette e non si attribuisce, bensì si acquisisce a titolo originario. E non potrebbe essere altrimenti, visto che il figlio ha diritto ad avere un cognome, a prescindere dall'eventuale *noluntas* dei genitori di attribuirgliene uno. Per questo motivo, è fuorviante incardinare la prevalenza del patronimico sul matronimico, osservabile già al livello del figlio nato al di fuori del matrimonio, come diritto soggettivo del padre a trasmettere il proprio cognome, negato invece alla madre.

Tuttavia, mi si obietterà, la questione del cognome materno non ha riguardato (anche se ben potrebbe) i figli nati al di fuori del matrimonio, ma, al contrario, quelli nati all'interno di esso. Ciò è vero, ma, in fondo, irrilevante. La fattispecie ha semplicemente meno varianti: il figlio nato in costanza di matrimonio acquisisce a titolo originario e *ope legis* (e non *voluntate patri*) il patronimico, di cui si riafferma la prevalenza. In forma logica:

Se figlio all'interno del matrimonio (FI) → CGp

La differenza, che poi genera la complicazione, risiede semmai nell'assenza di una disposizione. Mentre la disciplina sull'acquisizione del cognome per i figli nati al di fuori del matrimonio è puntualmente indicata, l'ordinamento è sprovvisto di disposizioni regolanti la fattispecie alternativa. Avremmo a che fare, nella classificazione di Guastini²⁸, con una lacuna normativa, poiché il legislatore avrebbe disciplinato i rapporti di filiazione, ma avrebbe improvvidamente ommesso di regolare una delle loro possibili combinazioni, cioè quando il figlio nasce da genitori coniugati. La lacuna potrebbe forse essere colmata tramite un ragionamento analogico rispetto alla fattispecie del figlio nato al di fuori del matrimonio e riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori, dove assume il cognome del padre. Senonché, laddove mancasse la volontà dei genitori coniugati di riconoscere il figlio, il giudice dovrebbe nominare, su richiesta del pubblico ministero, un curatore speciale, il quale a sua volta promuovesse un'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

Scartata questa ipotesi, la dottrina ha per lungo tempo considerato l'acquisizione del solo cognome paterno per i figli nati all'interno del matrimonio una norma senza disposizione, ovverossia una regola d'origine consuetudinaria²⁹, e in particolare una consuetudine *praeter legem*. Una "tradizione incosciente" – come la definirebbe Bobbio³⁰ – che avrebbe finito per imporsi alla volontà dei singoli come dovere vincolante. Un uso talmente radicato nel sentire sociale – d'altronde se ne ritrova la scaturigine nel diritto romano – che il legislatore non avrebbe pensato di positivizzare nemmeno in occasione della approvazione del nuovo ordinamento dello stato civile nel 2000 e poi della novella introdotta con la riforma del 2012³¹, ma di cui difficilmente si potrebbe negare l'immanenza nel sistema.

La lettura dell'acquisizione del patronimico come consuetudine può apparire *prima facie* percorribile, ma presenta almeno tre profili problematici. Innanzitutto, la consuetudine è tale poiché vi è il convincimento dei singoli nella doverosità della sua osservanza, ma, come si è già spiegato, l'acquisizione del cognome per il figlio nato all'interno del matrimonio, *rebus sic stantibus*, prescinde completamente dalla volontà dei genitori e quindi dalla credenza della vincolatività della norma consuetudinaria. Detto altrimenti, sarebbe contraddittorio affermare che, da un lato, sussiste la credenza da parte dei genitori di dover scegliere di attribuire al figlio il solo cognome paterno, mentre, dall'altro, che l'acquisizione del

27 Art. 274 c.c.

28 R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 394-410.

29 Si veda per esempio F. Pacini, *Una consuetudine secolare da rivedere*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. 4, 1985, pp. 1243-1260. Si veda anche Corte d'appello di Milano, decreto del 24 maggio 2002.

30 N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 33.

31 M. Trimarchi, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2013, pp. 243-250.

cognome del figlio non dipende dalla loro volontà. Quanto al secondo profilo problematico e fatto salvo il primo, è d'uopo ricordare che la consuetudine è un fatto normativo peculiare nel quale validità ed efficacia coincidono: una consuetudine è tale solo se è osservata e creduta vincolante dalla maggior parte dei consociati. Ecco allora che l'accumularsi di richieste contrarie alla norma consuetudinaria potrebbe essere sintomo che intorno ad essa non vi sia più quel generale consenso richiesto per la sua obbligatorietà. In merito invece al terzo profilo, è noto come l'uso, in caso di antinomia, soccomba sempre in forza del criterio gerarchico, con la differenza, rispetto alla legge ordinaria, che sarebbe suscettibile di essere immediatamente ignorata dal giudice in quanto *contra legem*. Se quindi l'automatica acquisizione del patronimico fosse una consuetudine e contrastasse con qualsiasi altra fonte (la riforma del diritto di famiglia del 1975 e il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi?), potrebbe essere forse troppo facilmente suscettibile di disapplicazione da parte del giudice. La caducazione della disciplina implicita in assenza di una nuova sarebbe poco auspicabile, perché produrrebbe la lacuna normativa suddetta, con grave pregiudizio per l'interesse alla conservazione dell'unità familiare ex art. 29, comma 2, Cost., nonché al diritto fondamentale del minore ad avere un nome. Scomparsa la norma consuetudinaria il giudice ordinario si troverebbe infatti di fronte a una pluralità di possibilità, tutte parimenti percorribili: l'attribuzione del solo cognome materno, sia quello materno che quello paterno, solo quello paterno o solo quello materno in caso di disaccordo tra i coniugi, ecc. Con conseguenze anche sul piano della certezza del diritto, laddove un altro giudice o anche lo stesso (perché no?) in una controversia successiva o nel caso di un secondo figlio potrebbe legittimamente optare per un'altra delle opzioni possibili.

Considerare l'acquisizione del solo patronimico per il figlio nato all'interno del matrimonio come consuetudine sarebbe, in ultima analisi, una scelta interpretativa esiziale e pertanto da non perseguire. E infatti, la Corte costituzionale a partire da due ordinanze della fine degli anni '80³² considera tale acquisizione *ope legis* del solo cognome paterno non come un uso, ma come una norma implicita di sistema, in quanto presupposta da una serie di disposizioni regolatrici di fattispecie diverse o complementari³³. Ma cosa prescriverebbe esattamente questa regola implicita? Certo, non il diritto del padre a trasmettere il proprio cognome, poiché esso, come si è già ampiamente detto, non si trasmette, ma si acquisisce a titolo originario. La norma implicita sancirebbe piuttosto forse la titolarità, in capo al figlio nato in costanza di matrimonio, del diritto a essere ascritto fin dalla nascita a una determinata compagine familiare che, come si sottolineava nell'introduzione, si identifica tradizionalmente con il solo cognome dell'ascendente paterno. A questo farebbe da riflesso l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelata dall'art. 29, comma 2 Cost., al punto da configurarsi quale potenziale limite all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che sarebbe gravemente pregiudicata se il cognome di tutti i figli nati all'interno del matrimonio fosse elettivo in sede di formazione dell'atto di nascita e non prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia.

3. La modifica del cognome e gli “sgradevoli” dubbi

Ora, una norma implicita non è comunque esente da un eventuale sindacato di costituzionalità. Tradizionalmente il cognome familiare è il cognome del *pater familias*. Ma rilevare il carattere tralatizio di una prassi o di una interpretazione, sebbene assurta al rango di diritto vivente, vale a significare solo che è in vigore da molto tempo, non che è consona all'architettura costituzionale dell'ordinamento o, più correttamente, all'attuale sua interpretazione. Orbene, il giudice delle leggi fu chiamato a pronunciarsi sulla questione già alla fine degli anni '80 da due diverse ordinanze di rimessione, a cui dette la stessa risposta: manifesta inammissibilità.

Nella prima delle due, il Tribunale di Trento con ordinanza del 7 maggio 1987 sollevava questione di legittimità costituzionale ex artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. degli artt. 71, 72, ultimo comma, e 73 del R.D. 9 luglio 1939 n. 1238 sull'ordinamento dello stato civile, nella parte in cui non prevedevano ai detento-

32 Corte costituzionale, sentenza 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giustizia Civile*, 10, 1994, pp. 2435-2440 e sentenza 23 luglio 1996, n. 297, in *Giustizia Civile*, 1, 1996, pp. 2798-2803.

33 La norma implicita sarebbe desumibile dall'art. 237 c.c., il quale ricomprende, fra i fatti costitutivi del possesso di stato, la circostanza «che la persona abbia portato il cognome del padre che essa pretende d'avere», o l'art. 33 del D.p.r. 396/2000, comma 1, che si limita a prendere atto che «Il figlio legittimato ha il cognome del padre», o l'art. 34, comma 1, dove è fatto divieto «di imporre al bambino lo stesso nome proprio del padre vivente», dando evidentemente per scontata l'attribuzione del cognome paterno e non materno, o dall'art. 262, comma 1, c.c., che dispone(va) che il figlio nato fuori del matrimonio assuma il cognome del padre, se i genitori lo hanno riconosciuto congiuntamente, o ancora dall'art. 299 c.c., comma 3, in tema di adozione, che prevede(va) che in caso di adozione congiunta l'adottato assuma il cognome del marito.

ri dell'allora potestà genitoriale la facoltà di attribuire entrambi i loro cognomi e al figlio il diritto di vedersi attribuito anche il cognome della madre. Più nel dettaglio il giudice rimettente lamentava la presunta violazione del diritto del figlio all'identità personale, la lesione del principio di uguaglianza tra i coniugi, nonché un'irragionevole disparità di trattamento tra gli allora figli legittimi e figli naturali, laddove per questi ultimi, come si è visto, era ed è prevista la possibilità, in taluni casi, di assumere il cognome della madre.

Pur nell'obsolescenza delle disposizioni denunciate come illegittime – il R.D. del 9 luglio 1939, n. 1238 è stato in parte³⁴ abrogato e sostituito dal D.p.r. del 3 novembre 2000, n. 396 – il sindacato di costituzionalità del 1988 è per noi molto interessante, perché presenta *in nuce* tutti gli elementi di discussione che abbiamo fino a ora enucleato. Poco interessante e anzi fuorviante appare l'asserita disparità di trattamento con i figli naturali, la cui disciplina anzi ribadisce la prevalenza del cognome paterno. Laddove si acquisisca il cognome della madre è solo perché il padre è giuridicamente assente. Se poi il cognome della madre rimane anche dopo un tardivo riconoscimento paterno, ciò si deve solo all'esigenza di tutelare l'identità personale e sociale del figlio, nonché alla sua più corretta identificazione da parte dello Stato. Più interessanti appaiono invece, da un lato, la considerazione del giudice trentino del diritto del figlio all'identità personale attraverso il riconoscimento anche dell'ascendenza materna e, dall'altro, l'incompatibilità della norma implicita e di un quadro normativo chiaramente differenziante tra madre e padre (e quindi tra donna e uomo) in tema di cognome con il principio di uguaglianza, sia nella veste dell'art. 3 che in quella dell'art. 29, comma 1. E tuttavia la Corte è sbrigativa – i tempi, forse, non erano ancora maturi – nel qualificare la tesi della lesione dell'identità personale del minore, che risulterebbe anagraficamente privato del ramo materno, come inconsistente, poiché oggetto del diritto dell'individuo all'identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta del nome, bensì il nome per legge attribuito, e successivamente la sua conservazione *ex art. 22 Cost*³⁵. È essenziale che il figlio abbia un nome, cioè prenome e cognome, ma non ha un diritto – e *a fortiori* non lo hanno i genitori per lui – a scegliere il cognome che più gli aggrada. La constatazione che il cognome non è scelto, ma è per legge attribuito, non esclude ovviamente il sindacato di costituzionalità *ex art. 29, comma 2*, dove la Corte rileva in effetti un *vulnus* al principio dell'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi. Ciononostante, lo ritiene soccombente rispetto alle esigenze di conservazione dell'unità familiare di cui al comma successivo e quindi in linea con l'impianto costituzionale. Il giudice delle leggi chiude così l'ordinanza di manifesta ammissibilità non entrando nel merito dell'acquisizione del solo patronimico per il figlio nato all'interno del matrimonio, sebbene inviti il legislatore, invero molto blandamente, a riformare la materia con un criterio di acquisizione del cognome che meglio si attagli all'evoluzione della coscienza sociale³⁶ e in modo da conciliare la portata dei due commi dell'art. 29 Cost. anziché limitare l'uno in funzione dell'altro.

Se il nome è per legge attribuito, è pur vero che per legge è possibile modificarlo, come recita l'art. 6, comma 3, c.c.³⁷. La modifica del cognome è questione sensibilmente diversa rispetto alla prima acquisizione, non solo per questioni temporali – la modifica avviene a cognome già acquisito –, ma perché

34 Ai sensi infatti dell'art. 109, comma 2, «Tutte le disposizioni del presente regolamento concernenti la registrazione informatica degli atti e la tenuta degli archivi di cui all'articolo 10, nonché la disposizione di cui all'articolo 12, comma 9, hanno efficacia dalla data che sarà stabilita dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 10, comma 2. Fino a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni di cui agli articoli 14, 16, 25, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 59, 60, 124, 125, 134, 136, 137 del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, nonché le disposizioni del decreto del Ministro di grazia e giustizia del 18 novembre 1967, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 22 novembre 1967, n. 291».

35 La tutela, per così dire, in negativo dell'art. 22 Cost., si comprende tenendo conto delle politiche fasciste di italianizzazione dei nomi allogeni o delle minoranze etniche e della conseguente tesaurizzazione di tali esperienze da parte del costituente. Si vedano A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno. Con un'appendice sulla condizione giuridica della minoranza tirolese nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1967; Idem, *Il Pluralismo linguistico in Italia fra Stato nazionale e autonomie regionali*, Pisa, Pacini, 1975. Si veda in generale M. Tasso, *Un onomasticidio di Stato*, Trieste, Mladika, 2010. Per dei contributi meno recenti, ma ricchi di dati, si rimanda a P. Parovel, *L'identità cancellata. L'italianizzazione forzata dei cognomi, nomi e toponimi nella "Venezia Giulia" dal 1919 al 1945, con gli elenchi delle province di Trieste, Gorizia, Istria ed i dati dei primi 5.300 decreti*, Trieste, E. Parovel Editore, 1985 e M. Bonifacio, *Cognomi dell'Istria: storia e dialetti, con speciale riguardo a Rovigno e Pirano*, Trieste, Edizioni Italo Svevo, 1997.

36 Le stesse conclusioni sono ribadite dalla Corte lo stesso anno in un'altra ordinanza di manifesta inammissibilità, la n. 586 del 19 maggio 1988. L'unica differenza sta nell'*occasio iuris*, una richiesta di rettificazione del cognome nell'ordinanza esposta, e l'attribuzione del cognome alla nascita nella seconda ordinanza.

37 «Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati». Per una ricostruzione, si veda B. Valenti, *Le modifiche al cognome nella prassi italiana*, in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 27-54.

presuppone un atto di volontà del soggetto interessato o dei rappresentanti legali³⁸. Come la scelta del nome, così la sua modifica, non è configurabile come diritto soggettivo, ma al più come interesse legittimo che il soggetto è chiamato a dimostrare. Quanto al quadro normativo, prima della novella semplificatrice di cui al D.p.r. del 13 marzo 2012, n. 54, la disciplina distingueva nettamente tra due fattispecie di cambiamento del cognome. Riguardo alla prima fattispecie³⁹, la normativa subordinava l'accoglimento della domanda alla presenza di presupposti tassativi oggettivi, quali il carattere ridicolo o vergognoso del cognome o la circostanza che esso riveli l'origine naturale del suo portatore. La domanda era inoltre accolta con semplice decreto del Prefetto. In merito alla seconda fattispecie, competente era invece il Ministro dell'Interno⁴⁰, mentre la previsione era generica⁴¹, lasciando pertanto aperta la possibilità di avanzare richiesta⁴² anche per motivazioni affatto soggettive⁴³. Ciò detto, la genericità della previsione non esimeva il richiedente dal supportare la richiesta di modifica da una convincente motivazione e da una adeguata documentazione, dovendo dimostrare la sussistenza dell'interesse legittimo. Dall'altro lato, l'inevitabile discrezionalità dell'autorità preposta in assenza di previsioni tassative doveva essere intesa come limitata alla individuazione delle ragioni ordinarie che potessero giustificare nel caso concreto il sacrificio dell'interesse del soggetto a portare il cognome che meglio lo contraddistingue⁴⁴, anch'esso meritevole di tutela nell'ordinamento sotto il profilo dell'identità personale⁴⁵. Così, poteva non essere motivo sufficiente a giustificare l'accoglimento della domanda di modifica il sospetto che il cognome denotasse un'ascendenza ebraica⁴⁶, o che il soggetto usasse tendenzialmente un cognome in luogo di un altro nella vita sociale⁴⁷, o ancora, per quel che qui rileva, il fatto che il cognome che si voleva assumere, nello specifico quello della madre, rischiasse l'estinzione⁴⁸. Richieste come quest'ultima appa-

38 Si noti, a margine, che tutte le controversie in tema di cognome materno sono *strictu sensu* richieste di rettifica, poiché il figlio ha comunque acquisito alla nascita quello paterno, non potendosi ritardare la formazione dell'atto di nascita né potendo restare il minore privo di cognome nelle more del giudizio.

39 Artt. 89-92 del D.p.r. 396/2000.

40 Artt. 84-88 del D.p.r. 396/2000, oggi abrogati.

41 Sono fatti salvi i divieti espressamente previsti dall'articolo 89, comma 3, del D.p.r. 396/2000.

42 Dopo la novella del 2012, per entrambe le fattispecie è sufficiente una semplice richiesta scritta al Prefetto della provincia in cui è situato l'ufficio dello stato civile dove si trova l'atto di nascita da modificare ex art. 89 del D.p.r. 396/2000. Acquisite tutte le informazioni necessarie e ritenuta la domanda meritevole di accoglimento, il prefetto fa affiggere all'albo pretorio del Comune un avviso della domanda per trenta giorni (Art. 90), al fine di rendere possibile la costituzione di eventuali opposizioni (Art. 91). Scaduto il termine, il prefetto accoglie la domanda tramite decreto (Art. 92).

43 Paradigmatica in questo senso la sentenza del 12 gennaio 2012, n. 57 del Tribunale Amministrativo della Liguria, che ha sanzionato una richiesta di aggiunta di un secondo cognome in base alle «ragioni affettive e di gratitudine evidenziate», senza alcun legame di parentela tra il richiedente e il soggetto terzo di cui si chiedeva di aggiungere il cognome. Per un commento si vedano L. Trucco, *Quando il nome patronimico diventa un "fatto di gratitudine": il TAR Liguria e il cambiamento del cognome*, in *Federalismi*, 7, 2012, pp. 1-10 e L. Fusaro, *Mutamento del cognome e rapporto di parentela*, in *Famiglia e diritto*, 4, 2013, pp. 379-380.

44 Risulta evidente come, nel giudizio di ponderazione, l'autorità debba distinguere tra aggiunta e sostituzione del cognome, in quanto nella prima ipotesi si introduce soltanto un ulteriore elemento identificativo a quello già presente, mentre nella seconda si giunge alla vera e propria eliminazione di un segno distintivo, con più grave pregiudizio all'interesse ordinamentale all'individuazione dei consociati. In questo secondo caso gli interessi privati del soggetto devono essere maggiormente pregnanti, affinché la domanda possa essere meritevole di accoglimento.

45 Così nella costante giurisprudenza del Consiglio di Stato: «In diritto, deve osservarsi che il provvedimento che autorizza o nega l'aggiunta di cognomi ha carattere discrezionale, dovendo lo stesso valutare e temperare gli interessi pubblici e privati in materia. Tuttavia, tale carattere non esclude, e, anzi, impone, una motivazione congrua e logica da cui si evincano le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a determinarsi nel senso dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza di aggiunta dei cognomi» (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 25 gennaio 1999, n. 63). Si veda anche Consiglio di Stato, sentenza del 26 giugno 2002, n. 3533, dove si ribadisce come «il provvedimento ministeriale negativo debba essere specificamente e congruamente motivato». Si vedano a vario modo Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 27 marzo 1979, n. 846; sez. II, sentenza del 22 giugno 1977, n. 968; sez. III, sentenza del 15 maggio 1979, n. 9; sez. IV, sentenza del 6 ottobre 1984, n. 750; sez. III, sentenza del 13 novembre 1984, n. 1374; sez. III, sentenza del 4 dicembre 1984, n. 1492; sez. IV, sentenza del 26 giugno 2002, n. 3533; Consiglio di Stato, IV sez., sentenza del 27 aprile 2004, n. 2572. L. Mormile, *Trasmissione del cognome paterno: la "tradizione" al vaglio della giurisprudenza tra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2005, pp. 829-845.

46 Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 27 marzo, 1979. Su tale questione nello specifico, si veda G. Resta, *Il nome come marchio d'infamia: il caso dei nomi ebraici tra vecchie e nuove discriminazioni*, in *Rivista di diritto privato*, 3, XIX, 2014, pp. 437-460.

47 Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 13 novembre 1984, n. 1374.

48 Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 dicembre 1984, n. 1492.

rivano talvolta al giudice amministrativo addirittura «palesamente aberranti, perché contrarie alla *ratio* ed alla nostra cultura, certe proposte, per le quali i figli dovrebbero di norma portare il cognome della madre a preferenza di quello del padre⁴⁹», ma non si escludeva che il matronimico possa essere posposto al patronimico, se ne ricorrevano le condizioni. Trattavasi nel caso di specie di domanda di aggiunta del cognome materno a un minore di anni quindici promossa dalla madre del medesimo. Questa sosteneva che, a causa della separazione dal marito poco dopo la nascita, il figlio aveva sempre vissuto con lei nella casa dei nonni materni, essendo quindi conosciuto tramite il loro cognome (*rectius*: il cognome del nonno materno) nell'ambiente sociale in cui viveva e nella vita scolastica, nonché riconoscentesi egli stesso come appartenente a quella compagine familiare.

Il Ministero di grazia e giustizia ricusava l'istanza, dichiarando i motivi di affetto verso i nonni materni e l'uso consolidato del cognome materno come insufficienti e di scarsa rilevanza e sottolineando come «l'aggiunta del cognome materno potrebbe indurre nei terzi sgradevoli dubbi sullo *status* e sulle origini dell'interessato⁵⁰». Il TAR adito confermava la decisione del Ministero, qualificando il provvedimento che autorizzava alla modifica del cognome come atto eminentemente discrezionale, su cui il sindacato giurisdizionale è circoscritto ai casi di manifesta irragionevolezza o di difetto di motivazione. Al contrario, il Consiglio di Stato accoglieva il gravame, evidenziando profili per noi di interesse. Orbene, in appello i giudici amministrativi ritengono che il provvedimento di diniego sia viziato da travisamento ed erronea supposizione dei fatti, nonché basato su un mero giudizio di valore, errore in cui cade anche il giudice di prime cure. Nell'opinione del Consiglio di Stato, il provvedimento di diniego non ha tenuto adeguatamente conto che la richiesta in esame riguarda l'aggiunta di un secondo cognome e non una sostituzione, e che pertanto, in linea di principio, non si determinava alcun serio nocumento all'identificazione della persona, che non perde un segno identificativo, ma ne acquisisce un secondo. Evidenziato il travisamento, il giudizio di ponderazione appare irragionevolmente sbilanciato verso il principio pubblicistico alla stabilità dei cognomi. In secondo luogo, il Consiglio di Stato censurava la totale assenza di motivazioni a sostegno del diniego. La presunta inconsistenza delle ragioni affettive e di radicamento sociale poste alla base della domanda è dichiarata e non dimostrata, risultando perciò apodittica. Come si è infatti già detto, se è vero che il provvedimento che autorizza o nega la modifica del cognome è atto discrezionale, non per questo può essere arbitrario, dovendo realizzare un appropriato temperamento tra esigenze pubblicistiche e interessi privati. Laddove manchino le ragioni alla base del giudizio di ponderazione, esso si riduce a mero giudizio di valore e come tale risulta insufficiente a fondare un provvedimento di diniego.

Quanto nello specifico sul cognome che si chiedeva di aggiungere e per quel che qui più rileva, si contrapponevano da un lato le ragioni affettive, morali e culturali verso i nonni materni e, dall'altro, il timore che il minore potesse essere identificato, in caso di accoglimento, come figlio naturale, con nocumento per la sua reputazione e dignità. È interessante notare come, nel ritenere meritevoli di apprezzamento le ragioni di gratitudine evidenziate, il Consiglio di Stato sottolinei, incidentalmente, che il minore per cui si chiede l'aggiunta del matronimico è «l'unico erede maschio, in grado di tramandare ai posteri il cognome⁵¹» dei nonni materni. L'affermazione è doppiamente stimolante, in quanto da un lato riafferma, implicitamente, che il cognome che di norma si trasmette (*rectius*: si acquisisce) è quello dell'ascendente di sesso maschile, e, dall'altro, sembra considerare soddisfatte le ragioni di gratitudine e di affetto verso la nonna attraverso l'aggiunta del solo cognome del nonno, confermando così il ruolo del patronimico nell'identificare l'intera compagine familiare. In merito agli «sgradevoli dubbi», il Consiglio di Stato li reputa improbabili, poiché, nel caso di specie, il minore continuerà comunque a portare per primo il patronimico, talché non si dovrebbero ingenerare dubbi sul suo *status* di figlio legittimo. L'affermazione si basa chiaramente sui modi di acquisizione del cognome per il figlio nato al di fuori del matrimonio, che in nessuna fattispecie acquisisce il doppio cognome nell'ordine paterno-materno, ma, al massimo, in quello materno-paterno⁵². Pertanto, se ne potrebbe concludere che, se ci fosse un reale rischio che il figlio appaia come nato al di fuori del matrimonio, la domanda di aggiunta di modifica di cognome potrebbe e forse dovrebbe essere respinta. Eppure subito dopo, in un *obiter dictum*, i giudici amministrativi precisano che scopo della disciplina sulla modifica del cognome è quello di tutelare l'interesse ordinamentale alla stabilità dei segni identificativi e non l'interesse di un soggetto a essere individuato come figlio legittimo nel contesto sociale in cui vive. Precisazione che può essere condivisibile quando la richiesta è avanzata da soggetto adulto nel pieno della sua capacità di agire, ma

49 Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 25 gennaio 1999, n. 63, § 8.

50 Idem, § 3.

51 Idem, § 7.2.

52 Si ricordi che in caso di riconoscimento congiunto e fino al dicembre 2016, il figlio assumeva il solo cognome paterno.

che potrebbe destare delle riserve quando è presentata per conto di un soggetto minore, il cui interesse potrebbe non coincidere con quello del rappresentante legale e dovrebbe perciò essere attentamente valutato. Riserve che si trovano puntualmente indicate in un precedente giurisprudenziale del TAR Friuli Venezia-Giulia, ove è stato riconosciuto legittimo il rigetto dell'istanza del figlio legittimo di sostituzione (e non di aggiunta) del cognome paterno con quello materno, poiché il figlio sarebbe apparso a quel punto come figlio della sola madre, generando un effetto deteriore sulla di lui immagine sociale, nonché differenziandolo anagraficamente dagli altri figli della coppia, con chiara lesione dell'unità familiare⁵³.

Va da sé che l'effetto deteriore sull'immagine sociale si può considerare rilevante solo se si è assunto precedentemente che la condizione di figlio nato al di fuori del matrimonio sia a sua volta deteriore rispetto a quella di figlio nato in costanza di matrimonio. Come socialmente (e anche giuridicamente) sicuramente era in passato, ma come potrebbe non essere più, stante l'evoluzione della coscienza sociale degli ultimi anni e la riforma del diritto di famiglia. Considerazioni che si ritrovano nel più recente caso giurisprudenziale in tema di matronimico affrontato dal Consiglio di Stato, risalente ai primi anni 2000⁵⁴. La domanda di sostituzione del cognome paterno con quello materno, avanzata dai rappresentanti legali per conto del figlio cinquenne, era motivata dal desiderio di evitare l'estinzione del cognome della madre e – ancora una volta – per ragioni di riconoscenza verso il nonno materno per l'apporto materiale e morale dato alla crescita e alla educazione del nipote.

Nel 26 febbraio 2002, il Ministero dell'Interno aveva rigettato la domanda, argomentando che le finalità che la richiesta intendeva perseguire potevano essere realizzate tramite la semplice aggiunta del matronimico, mentre la sostituzione del patronimico appariva non necessaria e pertanto ingiustificata. L'interesse ordinamentale appariva, di conseguenza, eccessivamente sacrificato nel giudizio di ponderazione. Si osservava, in secondo luogo, che la sostituzione sarebbe stata lesiva della dignità del minore, il cui *status* di figlio legittimo avrebbe potuto essere socialmente contestato. In un parere reso all'interno del ricorso straordinario dei genitori al Presidente della Repubblica, il Consiglio di Stato si pronuncia invece a sostegno della fondatezza del ricorso.

Quanto al temperamento tra il pubblico interesse alla stabilità e certezza degli elementi identificativi e la richiesta di sostituzione di cognome, i giudici amministrativi rilevano – ancora una volta – come il provvedimento impugnato non adduca alcuna giustificazione della lesione dell'interesse ordinamentale, ma si limiti a dichiararne la sussistenza; e che, anzi, «l'età del soggetto beneficiario del cambiamento del cognome è tale da escludere ragionevolmente motivi attinenti alla sicurezza pubblica o l'eventualità di apprezzabili confusioni nella imputazione di significativi rapporti sociali». Se è vero che le ragioni di gratitudine verso il nonno materno avrebbero potuto essere garantite anche da una semplice aggiunta, anziché con una sostituzione, la domanda deve comunque essere accolta in assenza di motivi ostativi.

L'unica valida ragione ostativa ricavabile dalla motivazione del provvedimento impugnato si riduce così nell'affermazione che il cognome, oltre ad avere una funzione identificativa, dà attuazione al diritto del soggetto ad appartenere a una determinata compagine familiare, la quale per i figli legittimi è quella paterna e si estrinseca pertanto nel patronimico. Il Consiglio di Stato ritiene, tuttavia, di non poter (più) condividere il giudizio sulla permanenza di una condizione deteriore del figlio naturale rispetto al figlio legittimo, ormai superata dalla progressiva equiparazione tra i due e nel rispetto della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

Ciò detto, permane la difficoltà rappresentata dalla norma implicita sull'acquisizione *ope legis* del solo cognome paterno, di cui la Corte costituzionale ha escluso nel 1988 l'ammissibilità della questione di legittimità proprio in ragione dell'art. 29, comma 1. Senonché, come si è già osservato, la norma implicita può essere interpretata come conferente al minore nato in costanza di matrimonio un diritto, irrinunciabile e indisponibile, a essere individuato come membro di quella compagine familiare, a sua volta identificata tramite il patronimico⁵⁵. La ragione della irrinunciabilità e indisponibilità di tale acquisizione risiedeva in origine nell'esigenza di tutela del figlio legittimo rispetto al figlio naturale, oggetto e vittima quest'ultimo della stigmatizzazione sociale in tempi passati. La parificazione giuridica tra i due tipi di figliolanza, impattando anche sulla loro percezione sociale, ha fatto venire meno le ragioni della irrinunciabilità del patronimico. Certo, la norma implicita è valida ed efficace, ma disciplina soltanto

53 Tribunale Amministrativo del Friuli Venezia-Giulia, sentenza del 13 ottobre 1997, n. 746, in *Giustizia civile*, 1998, 1 1752 e ss.

54 Consiglio di Stato, sez. I, parere del 17 marzo 2004, n. 515. Trattavasi di parere reso dal Consiglio di Stato all'interno di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con il quale due coniugi avevano presentato gravame avverso il diniego di autorizzazione di cambiamento del cognome del figlio minore contenuto nel decreto del Ministro dell'Interno del 26 febbraio 2002.

55 Si noti, incidentalmente, che tale diritto all'individuazione come figlio nato all'interno del matrimonio ha più un valore sociale che giuridico. In chiave pubblicistica, lo status di figlio nato all'interno del matrimonio si prova, come è noto, con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile *ex art.* 236 c.c.

l'acquisizione del cognome al momento della formazione dell'atto di nascita, mentre nulla dispone in merito al suo mantenimento, in relazione al quale rilevano invece le altre disposizioni – quelle esplicitate – dell'ordinamento dello stato civile. Tali disposizioni, come si è già osservato, non vietano esplicitamente la sostituzione richiesta, ma anzi permettono la modifica del cognome con una previsione affatto generica. La conclusione, per certi versi paradossale, a cui perviene il Consiglio di Stato è che l'acquisizione del patronimico alla nascita è un diritto indisponibile, ma che non lo è la sua conservazione, a cui si può derogare, su richiesta dell'interessato, per ragioni anche soggettive, quali la valorizzazione dell'ascendenza materna. Quanto poi all'apprezzamento dell'interesse del minore a vedere modificato il proprio cognome, i giudici di Palazzo Spada la liquidano asserendo che la Pubblica Amministrazione non può «sostituirsi alla concorde valutazione dei genitori esercenti la potestà parentale ai sensi dell'articolo 316 c.c.». Affermazione che desta delle perplessità, sia nell'ottica della tutela del minore sia per la contraddizione che si verrebbe a creare con l'acquisizione del cognome paterno nella fattispecie del figlio nato al di fuori del matrimonio, la cui decisione è presa dal giudice *ex art.* 262, comma 4, c.c. anche, se necessario, contro la volontà dei genitori.

Comunque sia, fatta salva la fattispecie del cambiamento di cognome coi limiti sopraesposti, la giurisprudenza di merito⁵⁶ si è collocata, negli anni successivi, nell'alveo delle ordinanze del 1988 del giudice delle leggi, confermando il diniego di acquisire il cognome materno o anche il cognome materno alla nascita. Il giudice delle leggi è tornato invece a occuparsi della materia nel 2006⁵⁷. La controversia, che troverà il suo epilogo in Corte Edu⁵⁸, è occasionata dalla richiesta di due coniugi mirante a ottenere la rettificazione dell'atto di nascita della propria figlia minore, al fine di valorizzare il patrimonio morale contenuto nel cognome del nonno materno (ancora!) ed evitarne l'estinzione, e dal risultante diniego da parte dell'ufficiale di stato civile. Dopo il rigetto del Tribunale⁵⁹ e della Corte d'appello di Milano⁶⁰, la quale ancora una volta sottolineava, in un *obiter dictum*, come attribuire ai figli nati in costanza di matrimonio il cognome materno avrebbe potuto far sorgere dei dubbi sulla loro legittimità, la Corte di cassazione⁶¹ sospendeva il giudizio e sollevava una nuova questione di legittimità costituzionale delle disposizioni espresse⁶² da cui era ricavata la norma implicita in riferimento agli artt. 2, 3 e 29, comma 2, Cost. in considerazione del tempo trascorso dal 1988 e della diversa sensibilità formatasi sul tema nella collettività, nonché delle sollecitazioni e degli impegni derivanti dai referenti internazionali⁶³.

4. Un'illegittimità accertata, ma non dichiarata

Prima di entrare nel merito della pronuncia del giudice delle leggi, è d'uopo soffermarsi brevemente sull'ordinanza di rimessione del giudice di legittimità, che presenta uno dei fraintendimenti in tema di cognome materno che ho denunciato nei paragrafi precedenti. La Cassazione si dilunga infatti con riguardo al contrasto tra la norma implicita e l'art. 2 Cost., in particolare sotto il profilo del diritto della identità personale, di cui il nome costituisce uno degli elementi più caratterizzanti. Si ricorderà, a questo

56 *Ex plurimis* Corte d'appello di Milano, decreto del 4 giugno 2002, in *Famiglia e Diritto*, 2003, pp. 173-177; Tribunale di Milano, decreto del 16 ottobre 2002, in *Giustizia Civile*, 2003, pp. 497-481.

57 Corte costituzionale, sentenza del 16 febbraio 2006, n. 61.

58 È il caso *Cusan e Fazzo c. Italia* della Corte Edu, a cui si accennerà a breve.

59 Tribunale di Milano, decreto 8 giugno 2001.

60 Corte d'appello di Milano, decreto del 4 giugno 2002.

61 Corte di cassazione, ordinanza di rimessione del 17 luglio 2004, n. 13298.

62 Artt. 143-bis, 236, 237, comma 2, 262, 299, comma 3, c.c., e degli artt. 33 e 34 del D.p.r. 396/2000.

63 *Ex multis*: art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo e art. 16, lettera g), della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, ma anche le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché una serie di pronunce della Corte Edu, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome (*Unal Tekeli c. Turchia*, 16 febbraio 2005, *Stjerna c. Finlandia*, 24 ottobre 1994, *Burghartz c. Svizzera*, 24 gennaio 1994). Per una visione di insieme, si veda A. Fabbri, *La trasmissione del cognome materno secondo il diritto internazionale in materia dei diritti umani*, Eadem (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 55-82. Si veda anche D. Vitiello, *La disciplina del cognome nella giurisprudenza europea: un inquadramento dei valori sottostanti e del loro bilanciamento*, in A. Fabbri (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 83-114.

proposito, nelle ordinanze del 1988 il giudice delle leggi aveva chiarito come, sotto il profilo dell'identità personale, il diritto al nome trova attuazione solo come diritto al nome per legge attribuito, e non come un'assoluta libertà di scegliere il nome che più si attaglia alla propria identità personale. È pur vero, però, che la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale aveva avuto una sostanziale evoluzione negli anni '90, ammettendo, per esempio, la conservazione di un cognome che non si aveva per legge diritto a portare. Così, per esempio, era avvenuto in un sindacato⁶⁴ di costituzionalità dove la *quaestio facti* riguardava un soggetto ormai adulto che si era visto notificare l'automatica rettifica del proprio cognome e, di conseguenza, di tutta la sua discendenza, dopo l'accertamento del carattere mendace della dichiarazione resa dalla madre circa la reale paternità del figlio al momento dell'iscrizione nel registro comunale dello stato civile molti anni prima. La donna, commettendo un falso ideologico, aveva dichiarato che il figlio era del marito, quando invece era stato concepito nell'ambito di un rapporto extracongiugale. La mendacia della donna, al di là dei rilevi penali *ex art. 483 c.p.*, faceva sì che il figlio passasse dallo *status* di legittimo a quello di naturale e pertanto avrebbe dovuto assumere retroattivamente il cognome dell'unico genitore che lo aveva riconosciuto, cioè quello della madre. Non essendo figlio del marito della donna, non aveva egli diritto a portare quel cognome, ovvero a essere identificato come membro di quella cerchia familiare tramite il patronimico. Sull'altro versante, l'interessato lamentava che, a causa di una condotta criminosa a lui non imputabile, subiva un grave nocumento, poiché era ormai individuato e conosciuto nella vita sociale e lavorativa col cognome del marito della madre, così come anche la sua discendenza, che avrebbe a sua volta visto il proprio cognome rettificato. Orbene, nel caso di specie la Corte costituzionale statuì che, una volta rettificato l'atto non veritiero, l'uomo ha diritto a conservare lo stesso il cognome del marito della donna, «non in quanto derivatogli dal presunto padre, bensì come segno distintivo che ha comunque assunto la rilevanza e l'autonomia proprie di una caratteristica precisa e personalissima della sua identità⁶⁵», «la quale, perché a lungo esteriorizzata, ha ormai assunto una dimensione oggettiva⁶⁶» e poiché, «tra i tanti profili, il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale è evidentemente il nome⁶⁷». E in quest'ottica appare corretto, da parte della Cassazione, esigere che il diritto all'identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, sia garantito *ex art. 2* anche nell'ambito di quella formazione sociale primaria quale è la famiglia, cosicché il figlio possa acquisire i segni identificativi di entrambi i genitori come elementi della sua identità; meno corretta sembra invece l'affermazione che tale garanzia sia duplice e che, oltre a quanto appena detto, si estenda anche alla legittima pretesa della madre di trasmettere *ex artt. 143 e 147 c.c.* il proprio cognome al figlio. Pretesa che va esclusa, in quanto non prevista neanche per il padre, poiché il cognome del figlio nato in costanza di matrimonio, appunto, non si trasmette con un atto di volontà.

Più appropriato è semmai il rilievo avanzato da giudici di legittimità in relazione agli artt. 3 e 29 Cost., poiché l'indefettibile acquisizione del patronimico comporta una patente violazione del principio fondamentale di uguaglianza e di pari dignità nei rapporti tra coniugi. Lesione che però nelle ordinanze di manifesta inammissibilità del 1988 veniva giustificata con le esigenze di bilanciamento con la tutela della unità familiare, anch'essa dotata di copertura costituzionale. Tuttavia, il giudice rimettente dubita che la norma implicita denunciata sia effettivamente indispensabile per assicurare l'unità familiare, stante le tante altre soluzioni praticabili, ma che anzi una norma così marcatamente discriminatoria sia deteriore alla conservazione della stabilità della famiglia, mascherando piuttosto un'illegittima discriminazione sulla base del sesso. Quanto all'obiezione sui problemi e le incertezze nel sistema di acquisizione del cognome che l'annullamento della norma implicita comporterebbe, proprio a causa delle tante altre opzioni percorribili, la Cassazione è lapidaria nell'affermare che la previsione di inconvenienti, peraltro suscettibili di essere risolti prontamente in via legislativa, non può arrestare l'esplicazione di un fondamentale principio costituzionale quale è il principio di uguaglianza.

Orbene, la Corte costituzionale solo in parte recepisce i rilievi della Corte di Cassazione e sicuramente non nel dispositivo, che resta di manifesta inammissibilità come nel 1988. Eppure, dopo quasi vent'anni da quelle due ordinanze, qualcosa cambia. La norma implicita, allora passata indenne al giudizio della Corte, in quanto regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela della unità e stabilità della famiglia, è adesso indicata come il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà ma-

64 Corte costituzionale, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giustizia Civile*, 10, 1994, pp. 2435-2440.

65 § 4.

66 § 5.

67 § 5.24. La stessa *ratio* è ribadita, *mutatis mutandis*, in Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 1996, n. 297, § 2.2., in *Giustizia Civile*, 1, 1996, pp. 2798-2803; sentenza del 11 maggio 2001, n. 120, in *Foro Italiano*, 2002, pp. 647-657; sentenza del 24 giugno 2002, n. 268.

ritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna⁶⁸. E tuttavia l'illegittimità di questo retaggio non viene dichiarata, giacché la Corte non procede a una sentenza di accoglimento in qualche misura additiva, capace di evitare un vuoto normativo, nascondendosi dietro il tema della discrezionalità legislativa⁶⁹. A nulla vale lo sforzo del giudice rimettente di circoscrivere il *petitum* alla sola fattispecie in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde volontà di far acquisire al figlio il solo cognome materno, così auspicando una soluzione a rima obbligata da parte del giudice delle leggi, poiché rimarrebbe, per esempio, anomica la modalità di acquisizione del cognome dei successivi figli, che potrebbe essere diverso in caso di sopraggiunto disaccordo tra i coniugi. Tra le righe è poi adombrato un nuovo invito al legislatore di legiferare per riformare la materia, destinato ancora una volta a cadere nel vuoto⁷⁰.

Va tuttavia segnalato che, subito dopo la pronuncia del 2006, il Ministero dell'Interno prende prontamente atto «in maniera inequivocabile come i tempi siano oramai maturi per una profonda revisione della materia che però necessariamente deve essere affrontata a livello legislativo⁷¹». Nelle more della riforma, le prefetture vengono invitate, con la medesima circolare, a porre particolare attenzione alle istanze di aggiunta – ma non di sostituzione – del cognome materno, da accogliersi in assenza di elementi ostativi. Al contrario, il legislatore, negli anni successivi, si è limitato solo a sancire la possibilità per i figli nati in costanza di matrimonio di aggiungere un secondo cognome successivamente all'acquisizione del patronimico alla nascita, anche se per ragioni sia oggettive che soggettive⁷², e dunque anche quello materno.

A seguito della pronuncia di inammissibilità nel 2006, la Cassazione rigetta il gravame e conferma la legittimità del diniego della domanda della rettificazione dell'atto di nascita della figlia minore dei ricorrenti⁷³. Nelle more del sindacato costituzionale la coppia aveva presentato richiesta per ottenere la rettificazione dell'atto di nascita di un altro figlio, ottenendo un diniego. Il Tribunale di Milano⁷⁴ ne conferma la legittimità. Avverso tale provvedimento ricorrono in appello⁷⁵, con esito analogo. Il rigetto dell'impugnazione in sede di giudizio di legittimità sembrerebbe scontata, visto che la sezione incaricata è la stessa che da lì a poco recepirà la dichiarata manifesta inammissibilità della Corte in merito al primo figlio. Senonché nel frattempo la Corte costituzionale si è pronunciata nelle sentenze del 22 ottobre 2007, n. 348 e 349. Senza entrare nel merito, il giudice delle leggi ha qui dato maggiore rilievo al carattere di fonte interposta di cui alla lettera dell'art. 117, comma 1, Cost., con conseguente maggiore vincolatività delle norme di origine internazionale nella risoluzione delle controversie. Proprio in quest'ottica, i giudici di legittimità aditi ritengono di dover procedere a un riesame della *ratio* della prima decisione e pertanto rimettono gli atti al primo Presidente⁷⁶. Di fronte all'eventualità di un'interpretazione costituzionalmente orientata o di una nuova ordinanza di rimessione, i genitori, vedendo concretizzarsi un

68 2.2

69 La dottrina ha considerato in generale deludente questa risposta della Corte. Si vedano, per esempio, E. Palici Di Suni, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2006, pp. 552-558; V. Carbone, *Non è attribuibile il cognome della madre anche con l'accordo dei coniugi*, in *Corriere giuridico*, 10, 2006, pp. 1352-1265; S. Niccolai, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Com'è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2006, pp. 558-575; V. Carfi, *Abbandono del patronimico: Corte di Cassazione vs Corte Costituzionale?*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 59-73; A. Ciervo, *Dal cognome patriarcale al cognome «patriarcale»? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009, pp. 153-170; G. Grisi, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, pp. 649-683.

70 La Corte ribadisce la stessa posizione nell'ordinanza del 27 aprile 2007, n. 145, relativa alla mancata facoltà, per i genitori non sposati che riconoscevano il figlio congiuntamente, di attribuire il solo cognome della madre. Si ricordi infatti che l'art. 262, comma 1, dispone che se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, il figlio assume il (solo) cognome del padre.

71 Ministero dell'Interno, sentenza del 30 maggio 2006, n. 21.

72 Art. 89 del D.p.r. 396/2000, così come novellato dall'art. 2 del D.p.r. 54/2012.

73 Corte di cassazione, ordinanza del 14 luglio 2006, n. 16093.

74 Tribunale di Milano, decreto del 25 ottobre 2006.

75 Corte di appello di Milano, decreto del 19 febbraio 2007.

76 Corte di cassazione, ordinanza del 19 marzo 2008, n. 23934. Per un commento si vedano M. Alcuri, *L'attribuzione del cognome materno al figlio legittimo al vaglio delle Sez. Un. della S.C.: gli orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria*, in *Corriere giuridico*, 4, 2009, pp. 489-505 e M.N. Bugetti, *Attribuzione del cognome ai figli e principi costituzionali: un nuovo intervento della Suprema Corte*, in *Famiglia e diritto*, 12, 2008, pp. 1101-1120.

rischio per l'unicità del cognome familiare, hanno preferito rinunciare al gravame e preferiscono allora percorrere un'altra strada⁷⁷, quella della Corte Edu, occasionando così *Cusan e Fazzo c. Italia*⁷⁸.

5. *Cusan e Fazzo c. Italia*

Il caso ha per oggetto la rettificazione del cognome della prima figlia, l'unica per la quale le vie di ricorso interne potevano dirsi esaurite. Lo stato italiano, in evidente difficoltà, impostava la sua difesa su due piani. Il primo, di carattere squisitamente procedurale, riguardava la presunta perdita dello *status* di vittima dei ricorrenti – puntando dunque a una pronuncia di inammissibilità –, in quanto i coniugi Cusan e Fazzo avevano ottenuto dal prefetto di Milano, nelle more del procedimento, l'aggiunta del cognome materno a quello paterno per tutta la loro prole. Lo *status* di vittima viene comunque confermato dai giudici di Strasburgo, poiché l'aggiunta in età adulta – la minore ha ormai tredici anni – del cognome materno non è equivalente all'acquisizione alla nascita né equivale ad avere solo quello materno. Il secondo piano, di carattere più sostanziale, mirava a che si considerasse il procedimento amministrativo, già in funzione dinanzi al Prefetto, sostitutivo dell'azione legislativa, valutandolo come un rimedio efficace e compensativo in casi di questo tipo.

Orbene, la Corte Edu si pronuncia a favore dei ricorrenti, incardinando la controversia nell'alveo dell'art. 8 (Diritto al rispetto alla vita privata e familiare) in combinato disposto con l'art. 14 Cedu (Divieto di discriminazione). Va innanzitutto premesso che la Convenzione non richiama alcun diritto al nome: la giurisprudenza della Corte lo individua riconducendolo appunto all'art. 8⁷⁹ a partire dalla decisione in *Burghartz c. Svizzera*⁸⁰, poi ribadita in *Unal Tekeli c. Turchia*⁸¹ e soprattutto in *Daroczy c. Ungheria*⁸². Sebbene in generale la Corte conceda un ampio margine di apprezzamento e discrezionalità agli Stati nella regolamentazione del nome, anche per la mancanza di una prassi comune identificabile tra di essi, nel caso italiano, la norma implicita denunciata operava a suo parere una disparità di trattamento tra i coniugi sulla base del loro sesso, in merito a una questione privata e determinante per l'identità personale, senza una giustificazione oggettiva e ragionevole. Già in *Unal Tekeli c. Turchia* – dove una cittadina turca aveva lamentato la disparità di trattamento rispetto al marito, in quanto a lui era permesso mantenere il cognome da celibe dopo il matrimonio, mentre lei non poteva conservare il cognome da nubile, con grave pregiudizio per la sua carriera lavorativa – la Corte aveva statuito che la tradizione di manifestare l'unità della famiglia con il solo cognome del *pater familias* non potesse giustificare una discriminazione nei confronti delle donne. La Corte, tuttavia, riconosce che il caso italiano non è completamente assimilabile a quello turco e che una regola che disciplini in modo certo e sicuro il cognome

77 La vicenda giuridica ed esistenziale della coppia è raccontata dalla stessa Alessandra Cusan in *Eadem, Peripezie di un buon diritto. Breve e veritiero racconto di una protagonista in 12 capitoli*, in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 205-211.

78 Corte Edu, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, § 81. *Ex multis* C. Pitea, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 8, 1, pp. 225-231; M. Calogero e L. Panella, *L'attribuzione del cognome ai figli in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: l'Affaire Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 222-246; V.F. Giardina, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione "controluce"*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2014, pp. 139-142; S. Winkler, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2014, pp. 520 e ss.

79 *Ex multis* E. Lamarque, *L'uso e la conservazione del nome nella propria lingua. Prove tecniche di circolazione delle giurisprudenze europee presso i giudici italiani*, in *Scritti in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 389-414, e in particolare pp. 398-402; L. Tomasi, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 111-138, e in particolare 111-122; G. Rossolillo, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2007, pp. 1028-1050; G. Rossolillo, *La legge applicabile al nome alla luce delle convenzioni internazionali e dei principi comunitari*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 91-109, e in particolare pp. 101-104; G. Ferrando, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2009, pp. 1049-1058; A.M. Gross, *Rights and Normalization: A Critical Study of European Human Rights Case Law on the Choice of Names*, in *Harvard Human Rights Journal*, 9, 1996, pp. 269-284.

80 Corte Edu, 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*.

81 Corte Edu, 16 novembre 2004, *Unal Tekeli c. Turchia*.

82 Corte Edu, 1 ottobre 2008, *Daroczy c. Ungheria*.

che il nascituro dovrà acquisire possa essere necessaria e non in contrasto con la Convenzione inoltre accoglie la tesi del Governo italiano secondo cui sostituendo il cognome del padre con quello della madre, si determinerebbe analoga discriminazione fra i ricorrenti. L'Italia sosteneva quindi che l'immanenza della norma circa l'automatica acquisizione del patronimico rientrasse nel proprio margine di apprezzamento e che eventuali profili discriminatori fossero compensati dalla possibilità di aggiungere il cognome materno in un momento successivo avanzando richiesta al prefetto. Ma la Corte è di diverso avviso e condanna l'Italia, non in quanto la norma implicita sia di per sé in contrasto con la Convenzione, ma sulla base di una lacuna assiologica (ma in francese la Corte usa la ben più evocativa *défaillance*), ovvero perché non prevede la facoltà di derogarvi anche laddove la volontà dei coniugi sia concorde. La norma insomma, pur non essendo illegittima – è corretto e utile che vi sia una regola certa nei casi in cui i coniugi siano in disaccordo –, è ingiusta perché eccessivamente discriminatoria nei confronti delle donne. La finalità è legittima e il mezzo forse ragionevole, ma sicuramente sproporzionato.

La Corte Edu conclude così condannando l'Italia e invitando il Governo e il Parlamento a adottare riforme nella legislazione al fine di renderla congrua con le conclusioni alle quali è giunta in questa decisione.

Nonostante la tempestiva reazione del Governo, che già tre giorni dopo, nella seduta del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2014, approva un disegno di legge per ottemperare al disposto della Corte di Strasburgo, la solerzia iniziale ha ben presto lasciato spazio al consueto torpore, né hanno visto la fine dell'*iter legis* gli oltre dieci progetti di legge presentati nella XVII legislatura.

6. La declaratoria di incostituzionalità

A causa dell'inerzia e della sordità del *conditor iuris*, il giudice delle leggi italiano si è trovato nel 2015 a doversi di nuovo pronunciare su una norma implicita ormai pacificamente illegittima, ma inspiegabilmente non ancora espunta dall'ordinamento. La controversia si differenzia però sensibilmente da *Cusan e Fazzo*, sia perché la norma implicita è denunciata nella parte in cui non prevede l'acquisizione dei cognomi di entrambi gli ascendenti – mentre in *Cusan e Fazzo* si chiedeva la sostituzione del patronimico col matronimico –, sia soprattutto perché il minore è figlio di padre italiano e madre brasiliana ed è quindi bipolide, con possibili ricadute in tema di diritto internazionale privato⁸³.

Orbene, in prima istanza⁸⁴ il Tribunale di Genova rigetta il ricorso dei genitori avverso il diniego dell'ufficiale di stato civile, richiamando le consuete argomentazioni riguardo la sussistenza di una norma implicita disciplinante la materia e la dichiarazione di inammissibilità della questione della Corte costituzionale nella già citata sentenza 16 febbraio 2006, n. 61. Avverso il provvedimento, i coniugi ricorrono in appello, argomentando – in maniera condivisibile – che l'orientamento della Corte costituzionale può considerarsi ormai superato, se si tiene conto della positivizzata facoltà di aggiungere il cognome materno in un momento successivo alla formazione dell'atto di nascita, oltre avere omesso di considerare che la sentenza citata dal giudice di prime cure è antecedente alla più recente giurisprudenza costituzionale sull'art. 117, comma 1, Cost. in merito agli obblighi scaturenti dal panorama normativo internazionale ed europeo. La distonia della norma implicita, sebbene considerata diritto vivente, ma in un mutato panorama costituzionale interno e sovranazionale, conduce quindi i giudici della Corte d'appello a disporre la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 237, 262 e 299 c.c. e 33 e 34 D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, comma 2, e 117, comma 1, Cost.

A ben vedere, il *petitum* è identico a quello della Cassazione nel 2006, quando il giudice delle leggi dichiarò la questione inammissibile per discrezionalità legislativa. Con sentenza del 21 dicembre 2016, n. 286 la Corte costituzionale, preso però forse anche atto del fallimento del legislatore nel proporre un sistema onomastico alternativo, decide di accogliere il *petitum* e dichiara la questione fondata, denunciando l'illegittimità costituzionale della norma implicita *de qua*. La declaratoria di incostituzionalità è inoltre estesa per via consequenziale anche alla disciplina dei figli nati al di fuori del matrimonio *ex art. 262, comma 1, c.c.* e a quella dei figli adottivi *ex art. 299, comma 3, c.c.* nelle parti in cui danno prevalenza al patronimico nel caso rispettivamente di riconoscimento e adozione congiunta. Visto però il

83 A. Gattini, *Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, pp. 93 e ss; F.M. Buonaiuti, *Il cognome dei figli nel diritto internazionale privato*, in A. Fabbriotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 173-204.

84 Tribunale di Genova, decreto del 25 gennaio 2013.

caso di specie, appare evidente come la denuncia dell'illegittimità sia limitata al solo caso in cui i due genitori, di comune accordo, vogliano attribuire al figlio il cognome della madre in aggiunta a quello del padre. Esula dall'analisi e dalla decisione della Corte la valutazione dell'opportunità e della possibilità di attribuire il solo cognome materno in luogo di quello paterno, com'era invece in *Cusan e Fazzo*. Con questa soluzione che può dirsi a rima obbligata, il giudice delle leggi tenta di allontanare lo spettro del vuoto normativo che si sarebbe venuto a creare a seguito dell'intervento caducatorio sulla norma implicita. Fatta salva quindi la fattispecie in esame, la norma implicita continua a vigere, seppur con un più ristretto ambito di applicazione. Una nuova disciplina regolante in modo organico la materia è rimessa poi dalla Corte a un intervento legislativo «indifferibile»⁸⁵, essendo per esempio indispensabile un correttivo per impedire che il numero dei cognomi aumenti in proporzione geometrica di generazione in generazione. Oppure, paradossalmente, in assenza di nuova disciplina, la discriminazione cacciata dalla porta potrebbe rientrare dalla finestra, per esempio risolvendo il problema della sovrabbondanza di cognomi, nel caso di due genitori con doppio cognome, determinandosi di trasmettere alla prole solo quello dei due nonni, maschi, paterno e materno. E comunque residua una pluralità di condizioni soggettive indeterminate, sulle quali soltanto il legislatore dovrebbe prendere una decisione definitiva. Fatta salva la possibilità che il figlio assuma il doppio cognome in caso di comune accordo tra i coniugi, resta da stabilire in quale ordine. E cosa dovrebbe fare l'ufficiale dello stato civile in difetto di accordo? Se i genitori si determinassero per attribuire il solo cognome materno? Quale cognome dovrebbero acquisire i figli successivi al primo? E tante altre domande restano aperte.

Questo dunque il dispositivo. Quanto al merito, la pronuncia appare schematica e piuttosto scarna, nonché passibile di alcune critiche. La sentenza è incardinata su due assi di illegittimità: il mancato diritto per la madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome e il mancato diritto per il figlio di essere identificato, sempre sin dalla nascita, anche con il matronimico. Quanto al primo profilo, che la Corte riassume come «mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome»⁸⁶, occorre ancora una volta ribadire come sia il risultato di un equivoco di fondo, non costituendo la determinazione del cognome del figlio oggetto di un diritto soggettivo o potestativo per nessuno dei genitori. Vi è semmai sicuramente, come prosegue la Corte, una lesione del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., nonché del principio di pari dignità morale e giuridica tra i coniugi *ex* art. 29 Cost., comma 1, che non trova (più), come già nel 2006, una giustificazione nella finalità di garanzia dell'unità familiare *ex* art. 29 Cost., comma 2, ma anzi la contraddice.

Più innovativo è il secondo asse di illegittimità, che rappresenta un passo in avanti rispetto alla precedente pronuncia. Nel 2016 il giudice delle leggi ritiene infatti che la mancata acquisizione del cognome materno, con conseguente negazione di quel ramo genitoriale nello sviluppo della sua personalità ai sensi dell'art. 2 Cost. sia intollerabile e non giustificabile coi tralatizi richiami alla salvaguardia dell'unità familiare *ex* art. 29, comma 2. Già nell'ordinanza di rimessione che aveva condotto alla sentenza del 2006, in verità, erano emersi alcuni profili inerenti il nome e l'identità personale con riferimento all'art. 2 Cost., che però il giudice delle leggi non aveva recepito. D'altronde, la giurisprudenza costituzionale in tema di diritto al nome sotto il profilo dell'identità personale aveva allora riguardato la conservazione di un cognome già acquisito (anche *contra legem*)⁸⁷, piuttosto che un diritto ad acquisire un cognome come futuro segno di un'identità personale ancora da divenire. Invero già allora avrebbe forse potuto rilevare, se fosse stata richiamata, la sentenza 4 luglio 2002, n. 494 della Corte costituzionale relativa al riconoscimento dello *status filiationis* del figlio nato da un rapporto incestuoso, al quale la dichiarazione giudiziale di paternità/maternità era preclusa dagli artt. 251, comma 1, e 278, comma 1, c.c. Nel censurare la normativa oggetto di sindacato, la Corte ne ha evidenziato il carattere odioso e repressivo, tale da privare i figli «della possibilità di avere un genitore, un nome e una famiglia»⁸⁸ e dunque di una parte della loro identità⁸⁹. La stessa correlazione tra cognome e identità la si ritrova in una più recente pronuncia del 2013, dove il giudice delle leggi ha riconosciuto il diritto del figlio ad accedere alla propria

85 § 6.

86 § 3.4.2. Si noti peraltro l'errore della scelta del verbo e in particolare "acquistare" in luogo "acquisire".

87 Si vedano in particolare le già richiamate decisioni della Corte costituzionale, sentenza 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giustizia Civile*, 10, 1994, pp. 2435-2440 e sentenza 23 luglio 1996, n. 297, in *Giustizia Civile*, 1, 1996, pp. 2798-2803.

88 § 4.

89 Per un commento si vedano G. Ferrando, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte Costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, pp. 841-856; S. Landini, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso*, in *Famiglia*, 2003, pp. 857-870; G. W. Romagno, *La successione dei figli privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2003, pp. 567-580; V. M. Sesta, *La condizione dei figli incestuosi tra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore*, in *Famiglia*, 2002, pp. 1130-1150; D. Tega, *La giurisprudenza costituzionale sul*

storia parentale, di cui la prima manifestazione è proprio il cognome, quale «elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona⁹⁰».

È a questo punto che la sentenza del 2016 inizia ad avvitarci su se stessa e a perdere di coerenza, se non contraddicendosi esplicitamente. Da un lato si afferma che «La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale [...] impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori⁹¹», ma dall'altro si parla di *volontà* concorde dei genitori di attribuire anche il cognome materno, nonché del presunto equivocado diritto della madre a trasmettere il proprio cognome. L'incongruenza è evidente: se il figlio è titolare di un diritto fondamentale ad acquisire il cognome di entrambi gli ascendenti, non può esso dipendere dalla volontà degli ascendenti stessi, pena una efficacia a intermittenza, o meglio la produzione di un'antinomia tra un fatto qualificato come obbligatorio – l'acquisizione del doppio cognome da parte del figlio – e uno come permesso o facoltativo – l'attribuzione del doppio cognome da parte di genitori concordi. L'antinomia non scatterà sempre, ma solo nel momento in cui il permesso non verrà utilizzato, il che però è lungi dall'essere fenomenicamente improbabile. L'antinomia è comunque ancora una volta il risultato della confusione tra attribuzione e acquisizione del cognome, che si è più volte richiamata e che andrà in qualche modo risolta al momento di raccogliere il precipitato della pronuncia sul piano legislativo.

Cusan e Fazzo è invece richiamato come mero elemento di cornice, non avendo di fatto peso nella giustificazione del *decisum*, e rimanendo completamente assorbita la censura relativa all'art. 117, comma 1, Cost. Nessuno accenno viene fatto alla condizione di bipolidia del minore, che anzi avrebbe potuto, nel caso di specie, prevenire la stessa ordinanza di rimessione⁹². La questione è qui complessa e necessiterebbe forse di un'analisi a parte. In sintesi, si può però supporre che dirimente avrebbe potuto essere a questo proposito la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in *Garcia Avello*⁹³, concernente due minori dotati di doppia cittadinanza, belga e spagnola, nati e cresciuti in Belgio, ma registrati nei due Stati con cognomi differenti a seconda della legislazione vigente. Più nello specifico in Belgio era stato attribuito il cognome paterno, mentre in Spagna sia quello paterno che quello materno. I titolari della responsabilità genitoriale avevano allora chiesto alla autorità belga di aggiungere anche il cognome materno, ma senza successo. Leggendo la controversia sotto la lente della cittadinanza dell'Unione e del divieto di discriminazione in base alla nazionalità *ex artt.* 18 e 20 TFUE (artt. 12 e 17 CE), i giudici di Lussemburgo ritengono che la diversità di cognome in Belgio e Spagna possa cagionare seri inconvenienti ai due minori nella vita quotidiana, nonché porre un ostacolo alla loro libertà di circolazione. Pertanto, il soggetto europeo bipolide possessore di doppio cognome secondo il diritto di uno Stato membro, può chiedere (*rectius*: esigere) che gli venga riconosciuto pure nell'altro Stato membro di cittadinanza, anche qualora tale ipotesi non sia normativamente ammessa. Qualche anno più tardi, in *Grunkin e Paul*⁹⁴ la Corte di Giustizia compie un ulteriore passo in avanti, estendendo ai cittadini non bipolidi il diritto a mantenere il cognome attribuito in un altro Stato in cui si è soggiornato, con pregiudizio, se necessario, rispetto alla legislazione dello Stato di cittadinanza. E ciò anche al fine di evitare difformità di trattamento tra chi possiede la doppia cittadinanza europea e chi, invece, l'ha di Paesi

diritto al nome e all'identità personale. Il caso dei figli incestuosi, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 75-89.

- 90 Corte costituzionale, sentenza del 18 novembre 2013, n. 278. Più nello specifico, il Tribunale per i minorenni di Catanzaro aveva sollevato, in riferimento agli articoli 2, 3, 32 e 117, comma 1, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della L. del 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui escludeva la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica.
- 91 § 3.4.1.
- 92 Si vedano A. Lang, *Cittadinanza dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome*, in *Diritto pubblico e comparato europeo*, 2, 2004, pp. 247-249 e G. Palmeri, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2004, pp. 217-230.
- 93 Corte di giustizia Ue, sentenza del 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*. Per un commento, si vedano E. Castorina, *Il caso «Garcia Avello» innanzi alla Corte di giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, pp. 2011-2015, T. Ballarino e B. Ubertazzi, *On Avello and other Judgments: a new Point of Departure in the Conflict of Laws*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, pp. 85-128 e M.N. Bugetti, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 442 e ss.
- 94 Corte di giustizia Ue, sentenza del 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin e Paul*. Per un commento, si veda L. Trucco, *Ancora un «via libera» della Corte di Lussemburgo alla «circolazione» dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello «statuto europeo del nome»)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, pp. 299-205.

non facenti parte dell'Unione. Tant'è che il Ministero dell'Interno, con una serie di circolari⁹⁵ emanate proprio a seguito di *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul*, ha chiarito che i soggetti nati all'estero ed in possesso alla nascita di doppia cittadinanza, italiana e del paese straniero di origine, sia europeo che extraeuropeo, possono rivolgersi direttamente all'ufficiale dello stato civile per l'aggiunta del cognome registrato nell'altro Paese, senza addirittura necessità di avvalersi della procedura del cambio di cognome facente capo al prefetto.

Orbene, nel caso genovese alla base dell'ordinanza di rimessione si ha a che fare con un minore nato in Italia da padre italiano (e il figlio è pertanto anche cittadino europeo) e da madre brasiliana e che è stato denunciato alle competenti autorità brasiliane con il doppio cognome, sia paterno che materno. La formazione dell'atto di nascita in Italia col solo cognome paterno farebbe sì che il minore sia identificato in due modi diversi nei due Paesi, mentre in base al diritto dell'Unione la tutela della sua identità personale può e deve essere unica in entrambi, pena una limitazione alla libera circolazione del suo status personale⁹⁶. L'orientamento della Corte di Giustizia, come espresso appunto in *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul*, nel caso di persone aventi la cittadinanza di due diversi Paesi, vieta di imporre, senza il consenso dell'interessato, una normativa interna a rettifica dell'altra normativa nazionale, perché ciò costituirebbe una discriminazione effettuata in base alla nazionalità, preclusa dall'artt. 18 TFUE (art. 12 CE).

In conclusione, per quando non si possa apprezzare la tanto attesa declaratoria della Corte Costituzionale, il giudice rimettente avrebbe potuto (e probabilmente dovuto) disapplicare la norma interna per dare invece applicazione alle fonti europee sul tema, derivanti in particolare della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

7. Una riforma ancora imperfetta

A seguito della pronuncia della Corte costituzionale e del parziale annullamento della norma implicita, il Ministero dell'Interno ha proceduto a recepirne il *decisum* con Circolare del 19 gennaio 2017, n. 1, ordinando agli ufficiali di stato civile di accogliere l'eventuale richiesta dei genitori che, di comune accordo, intendano attribuire al figlio (biologico o adottivo) il doppio cognome, paterno e materno. Allo stesso tempo, i disegni e le proposte di legge pendenti hanno subito una nuova accelerazione in sede parlamentare, in particolare nella veste del testo unificato⁹⁷ del Ddl 1628 intitolato *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli*, di cui adesso si darà conto. Il Ddl è stato invero già approvato dalla Camera dei Deputati il 24 settembre 2014 anche a seguito di *Cusan e Fazzo* ed è ora all'esame in commissione in sede referente in Senato. Esso si compone di 7 art., che scolpiscono la materia, per così dire, "a tutto tondo".

Orbene, si è visto fino a ora che i principali diritti e interessi in gioco nella vicenda del cognome materno sono l'interesse ordinamentale alla stabilità dei segni identificativi e alla corretta individuazione dei cittadini, sia come singoli che come appartenenti a una cerchia familiare, il (nuovo) diritto del figlio a vedersi riconosciuti entrambi i rami ascendenti attraverso l'acquisizione del doppio cognome e, infine, il rilievo costituzionale dato all'esigenza di pari dignità tra coniugi, da un lato, e alla conservazione dell'unità familiare, dall'altro. La riforma in tema di cognome deve pertanto tenere presenti tutti questi elementi ed effettuare tra di loro una ragionevole ponderazione.

Il Ddl 1628 non risponde a questo scopo e deve essere emendato, se non completamente riscritto. Il cuore del Ddl è costituito dall'art. 1 e dall'introduzione nel codice civile del nuovo art. 143-*quater*, volto a disciplinare, stavolta esplicitamente, il cognome del figlio nato in costanza di vincolo matrimoniale. La lettera di tale articolo appare infatti immediatamente censurabile ed espone il fianco a dubbi di costituzionalità. Il problema di fondo è che il compilatore concepisce il problema della mancanza del cognome materno come una questione dovuta all'automatismo della norma implicita; ma invero il profilo critico non sta nell'acquisizione automatica bensì esso risiede piuttosto nel fatto che *uno solo* dei cognomi si faceva acquisire al minore. Complice questo equivoco, il compilatore ha ritenuto che il problema si potesse risolvere sostituendo all'automaticità un atto di volontà dei genitori. Peraltro implicitamente introducendo una dubbia differenziazione tra *attribuzione* e *acquisizione* del cognome, con conseguenze esiziali per il figlio, nonché determinando la produzione di una nuova lacuna normativa.

95 Ministero dell'Interno, circolari del 15 maggio 2008, n. 397, del 18 febbraio 2010, n. 4, e del 21 maggio 2012, n. 14.

96 Così anche Tribunale di Lamezia Terme, decreto del 25 gennaio 2010, in un caso analogo.

97 Testo Unificato con C.1943, C.2044, C.2123 (Gov.), C.2407 e C.2517.

Nel primo alinea dell'143-*quater* si sancisce la facoltà dei genitori di attribuire al figlio o uno dei loro cognomi o entrambi nell'ordine a loro più congeniale. Immediatamente ci troviamo davanti a un'antinomia: da un lato, c'è la norma (costituzionale) che garantisce al minore il diritto ad acquisire il doppio cognome e, dall'altra, il diritto qui enunciato alla libera scelta del cognome da attribuire al figlio da parte dei genitori. Solo in caso di difetto di accordo tra i coniugi, il secondo alinea stabilisce che al figlio è attribuito (*rectius*: acquisisce) il doppio cognome in ordine alfabetico, a prescindere dalla volontà dei singoli genitori, che appunto in difetto di accordo si elidono. Il terzo alinea poi dispone che i figli successivi al primo, dovranno portare lo stesso cognome o gli stessi cognomi di quest'ultimo, con l'implicito fine di tutelare la stabilità dell'unità familiare. In forma logica:

Se FI

- $\wedge$ se V(olontà) $(G1+G2) \rightarrow CGp+CGm \vee CGm+CGp \vee CGp \vee CGm$
- $\wedge$ se $\neg V$ $(G1+G2) \rightarrow O(rdine\ alfabetico) (CGp+CGm \vee CGm+CGp)$

Se FI2 $\rightarrow$ CFI2 = CFI1

Fatto salvo quanto già detto, è evidente la lacuna normativa prodotta da questa disciplina. Il compilatore si è dimenticato di regolare la fattispecie in cui la volontà dei genitori sia sì concorde, ma nel lasciare il figlio privo di cognome. Lungi dall'essere un mero *lapsus calami*, è la diretta conseguenza della confusione tra acquisizione e attribuzione che si è prima denunciata.

Il quarto alinea introduce il necessario correttivo per le generazioni successive, per le quali, altrimenti, si potrebbe supporre un aumentare esponenziale del numero di cognomi. La lettera è, però, infelicissima: «Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterlo al proprio figlio soltanto uno, a sua scelta». Non solo si parla di attribuzione in luogo di acquisizione, che in fondo è coerente con l'altrettanta infelice dizione del primo alinea, ma si introduce addirittura il pericoloso concetto di trasmissione del cognome, ancora più fuorviante. Gli articoli seguenti estendono poi il contenuto, ove pertinente, al cognome del figlio nato fuori del matrimonio (art. 2), e al cognome adottato (art. 3), abrogando tacitamente la prevalenza del patronimico, ma essendo suscettibili, *mutatis mutandis*, delle stesse censure dell'art 1. L'art. 4 regola invece il cognome del figlio maggiorenne – nato o no in costanza di matrimonio⁹⁸ – all'entrata in vigore della legge e portatore del solo patronimico o matronimico. Ovviamente non si dispone un'aggiunta retroattiva del secondo cognome, perché impatterebbe sull'identità personale ormai consolidata del soggetto, di cui il nome è la prima estrinsecazione, nonché sarebbe in contrasto con evidenti ragioni di sicurezza pubblica. Si prevede, tuttavia, la possibilità per quest'ultimo di ottenere la semplice aggiunta del matronimico o del patronimico mancante al cognome già presente tramite una mera comunicazione all'ufficiale di stato civile, in deroga dunque alla disciplina amministrativa di fronte al Prefetto, che resta valido per tutte le altre fattispecie di modifica del cognome.

La nuova disciplina non potrà essere, come è noto, immediatamente operativa, anzi nell'art. 5 si ordina al Ministero di introdurre le necessarie correzioni all'ordinamento dello stato civile, con specifico riferimento al D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, entro dodici mesi, mentre l'art. 6 contiene la consueta clausola sull'invarianza finanziaria. Infine, l'art. 7 contiene una disposizione finale – che invero è transitoria – che regola le modalità della dichiarazione di nascita in relazione al cognome in attesa della novella adeguatrice del Ministero dell'Interno.

In conclusione, si può affermare che il Ddl 1628, pur muovendosi nella giusta direzione, non ha ancora raggiunto la piena maturità per essere approvato e diventare legge a tutti gli effetti. In particolare, dovrebbe meglio recepire il principio per cui il cognome non si attribuisce, non si trasmette, non si impone, ma si acquisisce a titolo originario. Non deve trovare spazio pertanto la volontà dei genitori, se non laddove segua al riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio o nella “trasmissione” del doppio cognome alle generazioni successive (dove si può però sempre prevedere *ex lege* l'ordine alfabetico dei due cognomi eletti), pena un'intollerabile eterodeterminazione del cognome del minore o che ne rimanga addirittura privo⁹⁹. L'acquisizione del cognome deve restare automatica e *ope legis* a tutela del minore stesso e a garanzia dei suoi diritti. La norma implicita disponente l'acquisizione au-

98 Va da sé che il figlio nato fuori del matrimonio non potrà aggiungere il cognome del genitore che non abbia precedentemente effettuato il riconoscimento ovvero la cui paternità o maternità non sia stata dichiarata giudizialmente.

99 Quale illustre esempio di posizione opposta, si veda comunque A. Fabbricotti, *Introduzione*, in Eadem (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 1-6, in particolare p. 6. che invece si dichiara per la completa determinazione del cognome da parte dei genitori alla nascita e poi successivamente da parte del singolo, una volta diventato adulto, facendo leva sul diritto all'identità personale.

tomatica del solo cognome paterno, era sì un retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, ma non perché fosse automatica. È anzi l'introduzione di una libertà di scelta dei genitori nell'individuare il cognome del figlio che reintroduce, surrettiziamente, quella potestà genitoriale che è ormai tramontata (o almeno dovrebbe). In conclusione, si ritiene pertanto che almeno i primi due alinea dell'art. 1 del Ddl 1628 debbano essere riformulati nella direzione di stabilire che il figlio nato all'interno del matrimonio acquisisca il cognome di entrambi gli ascendenti, in presenza o in assenza della loro concorde volontà ovvero a prescindere da essa, prima che il Ddl possa essere finalmente licenziato e la *vexata quaestio* del cognome materno raggiunga un meritato epilogo.

Commenti

Alessandra Nocco*

Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di "famiglia", con l'aiuto dei principi internazionali. Nota a Corte d'appello di Milano, 9 febbraio 2017

Sommario

1. L'omogenitorialità – 2. L'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali nell'ordinamento italiano – 3. La sentenza della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017 – 4. Una nozione giuridica inclusiva e non discriminatoria di *famiglia*

Abstract

La sentenza della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017 s'inserisce nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata, che interpreta in modo evolutivo la lettera *d* dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983. Tale interpretazione, consentendo l'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali, conferisce dignità giuridica alle famiglie arcobaleno, riconosce e rispetta la *vita familiare* quotidianamente vissuta dai loro componenti e, soprattutto, tutela il rapporto dei bambini con i loro genitori sociali, nel preminente interesse dei bambini stessi. L'analisi di questa giurisprudenza permette di evidenziare il prezioso contributo offerto dalle fonti extranazionali — *in primis* della giurisprudenza di Strasburgo — ai giudici italiani, chiamati a decidere i casi sottoposti alla loro attenzione nonostante la grave lacuna che caratterizza il diritto positivo in materia.

The decision of the Court of Appeal of Milan of February 9th, 2017 follows a well-established jurisprudence, providing an evolutionary interpretation of letter d of art. 44 of Act n.184 of 1983. According to this interpretation that admits co-parental adoption by same sex couples, legal dignity is given to the so called "rainbow families", as well as respects to their daily family life and, above all, protection to the relationship between children and social parents, in the best interests of the children. The analysis of this decision makes it possible to emphasise the valuable contribution offered by international law — Strasbourg case law in primis — to Italian courts, that have to decide cases in the vacuum created by legislative stalemate on the issue.

* Magistrato in tirocinio presso il Tribunale di Torino.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. L'omogenitorialità

Qualche considerazione preliminare sul tema dell'omogenitorialità sembra necessaria. Tutti i giorni si discute infatti, tra giuristi e non giuristi, dell'argomento. Il rischio che questo venga affrontato solo nell'ottica del *desiderio di genitorialità degli adulti* omosessuali – sia nel creare *ex novo* rapporti di filiazione giuridicamente rilevanti, sia nell'ottenere il riconoscimento giuridico di rapporti di filiazione già esistenti – è un rischio alto. Il *principio del preminente interesse del minore* impone tuttavia di interrogarsi, più che su tale aspetto – il quale pure merita una seria ed approfondita riflessione alla luce del «paradigma antidiscriminatorio»¹ –, soprattutto sul *diritto dei bambini* (già) nati e accuditi in contesti di convivenze omosessuali ad ottenere il riconoscimento e la tutela dei propri rapporti familiari alle *stesse condizioni*² dei bambini accuditi in contesti di convivenze eterosessuali³.

Il tema dell'omogenitorialità si presenta complesso sul piano fattuale, ancor prima che sul piano giuridico. Quando si parla di omogenitorialità, infatti, ci si riferisce ad una pluralità di situazioni che, benché accomunate dall'esistenza – attuale o potenziale – di un rapporto genitoriale tra un adulto di orientamento omosessuale e un minore da questi accudito, possono essere profondamente diverse tra loro. In via esemplificativa, un rapporto omogenitoriale può instaurarsi: tra il genitore biologico omosessuale e il figlio avuto da una precedente relazione eterosessuale; tra il genitore sociale e il figlio biologico del partner dello stesso sesso; direttamente tra un minore e le sue due mamme o i suoi due papà, come nel caso di adozione piena da parte della coppia omosessuale, o del ricorso, da parte della medesima coppia, a tecniche di PMA eterologa, tra cui la *surrogacy*. Non tutte queste fattispecie omogenitoriali, tuttavia, sono giuridicamente accessibili e riconosciute secondo l'ordinamento italiano.

Ai fini dell'analisi della pronuncia della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017 (e dei precedenti conformi e difformi) l'ipotesi che viene in particolare rilievo è quella di un rapporto omogenitoriale costituito e consolidato *di fatto*, in Italia, che richiede un riconoscimento giuridico successivo da parte dell'ordinamento. Più in particolare, ciò che s'impone all'attenzione del giurista è la necessità di riconoscere e tutelare – laddove ciò corrisponda all'interesse del minore – il rapporto familiare tra il minore stesso ed il co-genitore, partner *same-sex* del genitore biologico.

Uno sguardo alle fonti extranazionali – necessitato non solo dal fatto che il sistema di protezione dei diritti fondamentali della persona è un sistema *multilivello*, ma anche dalla tendenziale staticità ed inadeguatezza del diritto positivo italiano in materia familiare – consente subito di evidenziare quanto segue: in qualunque modo e luogo un rapporto genitoriale venga costituito, esso, se *effettivo*, tendenzialmente⁴ fa sorgere una «vita familiare» rilevante *ex art. 8 Cedu*, con la conseguenza che – secondo gli insegnamenti della Corte di Strasburgo – le esigenze di riconoscimento e protezione giuridica della *famiglia* non possono essere ignorate. Ciononostante, il diritto positivo italiano ad oggi non definisce né regola (ancora) i rapporti omogenitoriali.

La lacuna, considerato l'*obbligo* dei giudici (divieto di *non liquet*) di dare risposta alle esigenze di tutela loro rappresentate, impone agli stessi giudici di ricorrere ai *principi generali* e a quella giurisprudenza che, ad ogni livello, rende tali principi «strumenti vivi» di protezione dei diritti fondamentali. Ci si riferisce, evidentemente, non solo ai principi costituzionali ma anche a quelli extranazionali, tra i quali *in primis*: il diritto rispetto della vita privata e familiare; il divieto di discriminazioni basate sul ses-

1 L'espressione «paradigma antidiscriminatorio» si legge, con riferimento al tema dell'omogenitorialità, nell'importante sentenza della Corte di cassazione del 26 maggio 2016 n. 12962, pronunciata per la prima volta sul tema della *stepchild adoption* in contesti omogenitoriali, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 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; ma anche in *Famiglia e diritto*, n. 11/2016, p. 1025 e ss., con nota di S. Veronesi, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Articolo29*, www.articolo29.it con nota M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, 2016. Per alcuni ulteriori commenti v. A. Figone, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 29, 2016, p. 61 ss.; A. Fasano, *Anche la Cassazione riconosce la stepchild adoption*, in www.ilfamiliarista.it, 3 ottobre 2016.

2 Intendendosi qui per «condizioni» non solo quelle stabilite dal diritto positivo per la costituzione dello *status* di figlio, ma anche quelle ricavabili da orientamenti giurisprudenziali consolidati, ovverosia dal diritto vivente.

3 La diversità di tutela giuridica prevista per i diversi tipi di coppie non dovrebbe infatti mai tradursi in una diversità di tutela giuridica dei rapporti di genitorialità.

4 A rigore, non in tutti i casi in cui vi sia un rapporto genitori-figli caratterizzato dalla *effettività* è ravvisabile, secondo la Corte Edu, una «vita familiare» da tutelare *ex art. 8 Cedu*. L'esistenza di una «vita familiare» va infatti verificata *caso per caso*, sulla base di *diversi indici*. Per es., nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, la Corte ha escluso che, di per sé, l'accudimento possa l'esistenza di una «vita familiare» e ha tutelato la posizione giuridica degli interessati facendola ricadere nella diversa nozione di «vita privata» (pur riconducibile alla medesima disposizione).

so, sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale; il principio della libera circolazione degli *status* familiari; il principio del preminente interesse del minore.

Il ricorso a detti principi in materia di omogenitorialità si è dimostrato, nell'ultimo decennio, molto fruttuoso⁵. Certamente non si può negare – come ricordato anche dal Primo Presidente della Corte di cassazione dott. Canzio in occasione del discorso di apertura dell'anno giudiziario 2017⁶ – che la soluzione per via giurisprudenziale di questioni giuridicamente complesse ed eticamente sensibili quali quelle relative al tema qui affrontato «non è la via preferibile», in quanto «sarebbe da privilegiare il percorso ermeneutico disegnato sulla base di una chiara ed esplicita volontà legislativa». Tuttavia la giurisprudenza – e specialmente (ha osservato Canzio) quella di legittimità, attesa la sua funzione nomofilattica – «non può e non intende sottrarsi al dovere di apprestare tutela ai diritti fondamentali della persona». In particolare, nell'assolvere tale delicato compito, la Cassazione considera la famiglia una «comunità di vita e di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti, all'interno della quale il principio guida resta quello dell'interesse del minore».

2. L'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali nell'ordinamento italiano

Il percorso di approvazione, con voto di fiducia, del disegno di legge Cirinnà (AS 2081) è stato lungo e tortuoso. Il «sì» da parte del Senato della Repubblica, come noto, ha implicato la rinuncia all'introduzione, nel corpo del testo del disegno di legge, dell'istituto della adozione co-parentale o *stepchild adoption* per le famiglie omogenitoriali, il quale sarebbe stato disciplinato dall'art. 5, invece stralciato. La disposizione, nell'ultima versione approvata dalla Camera, rubricata «Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184» così recitava: «All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: «coniuge» sono inserite le seguenti: «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo le parole: «e dell'altro coniuge» sono aggiunte le seguenti: «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Se fosse entrata in vigore, la norma avrebbe quindi consentito di impiegare l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera b della citata legge per riconoscere giuridicamente la genitorialità sociale del partner del genitore biologico, *anche del suo stesso sesso*⁷, quantomeno nell'ambito di una unione civile. La novella avrebbe rappresentato un importante passo avanti in termini di tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare e dei *rainbow children* e, più in generale, delle *rainbow families*. Invero, parte della dottrina ha segnalato che si sarebbe trattato di una tutela parziale, non ancora nel segno dell'*uguaglianza di tutti i bambini*⁸: l'adozione in casi particolari determina, infatti, l'instaurazione di un rapporto giuridico tra adottante ed adottato *meno intenso* rispetto a quello che si instaurerebbe con l'adozione *piena*, invece preclusa. Il rilievo, per quanto incontrovertibile,

5 Ed invero, i giudici italiani che si sono occupati di omogenitorialità hanno dimostrato di prendere «molto sul serio» il compito di «garantire», nel silenzio del legislatore, «il diritto dei figli alla certezza e alla stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale». Così si legge in G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.cortedicassazione.it, p. 12.

6 Discorso di apertura dell'anno giudiziario 2017, in www.cortedicassazione.it.

7 Sembra interessante segnalare la posizione recentemente espressa dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nel Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido, approvato il 7 marzo 2017, liberamente accessibile in www.camera.it, ove si legge (paragrafo 4.9, pp. 129-130) che: «[...] il principale requisito da valutare ai fini dell'adozione dovrebbe essere l'idoneità affettiva della famiglia che si renda disponibile ad accogliere il minore adottando (articolo 6, comma 2, della legge n. 184 del 1983). Partendo dalla considerazione che l'adozione è un istituto connotato da una forte componente solidaristica, funzionale ad assicurare un'adeguata educazione ed assistenza, morale e materiale, [...] non vi è motivo di precludere l'adozione stessa alle coppie di conviventi, eterosessuali oppure omosessuali, così come alle parti di un'unione civile. Prescindendosi dallo specifico status dei soggetti richiedenti, ciò che è, infatti, da ritenersi prevalente è il superiore interesse del minore e, correlativamente, l'esistenza di una idonea relazione affettiva tra l'adottante e l'adottato, dovendo tali presupposti essere accertati dal giudice, caso per caso, senza nessun automatismo» (corsivi aggiunti).

8 A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in [Articolo29](http://Articolo29.it), www.articolo29.it, 2016, ove si legge che si sarebbe trattato solo di «un primo passo verso l'uguaglianza di tutti i figli, indipendentemente dal tipo di famiglia in cui crescano» (corsivo aggiunto). Cfr. anche E. Falletti, *Lo status unico della filiazione ex art. 315 c.c. e lo stralcio dell'adozione coparentale dalla legge sulle unioni civili*, in www.europeanrights.eu, 2016; M. Gattuso e M. Winkler, *La clausola generale di equivalenza*, ed in particolare la seconda parte del Cap., dal titolo *Clausola generale di equivalenza e filiazione*, p. 238 ss in G. Buffone, M. Gattuso, M. Winkler, *Unione civile e convivenza, Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, Giuffrè, 2017.

non deve sminuire quella che sarebbe stata la portata culturale e giuridica della novità legislativa: essa, infatti, avrebbe introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano una disposizione esplicita nel riconoscere l'esistenza delle famiglie omogenitoriali e la meritevolezza delle loro istanze di protezione⁹. I tempi, tuttavia, non erano ancora maturi¹⁰.

Dalla prima lettura della legge n. 76 del 2016 sembrerebbe che il legislatore, con lo stralcio dell'art. 5, abbia voluto estromettere *tout court* il tema dell'omogenitorialità dalla medesima, ignorando o volendo ignorare l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale ormai piuttosto consolidato che impiega l'istituto dell'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali e che supera il vuoto normativo. Ad una lettura più attenta pare invece potersi concordare con quei commentatori secondo i quali il legislatore avrebbe ritenuto tale giurisprudenza «impregiudicata»¹¹. Peraltro – come si avrà modo di sottolineare a breve – anche la giurisprudenza, a partire proprio dalla pronuncia della Corte d'appello di Milano qui in commento, abbraccia ormai apertamente questa lettura. La disposizione su cui si basa tale tesi è il comma 20, ultima parte, dell'articolo unico della recente legge.

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

La disposizione contiene anzitutto una «clausola di equivalenza», da alcuni definita il vero «cuore pulsante» della disciplina: essa infatti consente di interpretare tutte le disposizioni di legge, gli atti aventi forza di legge, i regolamenti, gli atti amministrativi e i contratti collettivi vigenti in modo da adeguarli al neo-introdotto istituto dell'unione civile tra persone *same-sex*. Tale sforzo ermeneutico, tuttavia, per espressa previsione del secondo periodo del comma in esame, non può riguardare né le norme del codice civile non espressamente richiamate dalla legge n. 76 del 2016, né le disposizioni della legge sull'adozione.

La prima esclusione, quella relativa alle disposizioni del codice civile «non espressamente richiamate dalla legge», si giustifica alla luce della volontà del legislatore di ricondurre la disciplina delle unioni civili all'art. 2 Cost. («formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo»), e non all'art. 29 Cost. («La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»), volontà che tuttavia nulla toglie al carattere *familiare* delle unioni non coniugali e che non svisciva la tutela giuridica accordata – seppur tardivamente – alle famiglie omoaffettive.

La seconda esclusione, quella relativa alle disposizioni di cui alla legge n. 184 del 1983, si giustifica invece alla luce della volontà di impedire alle coppie *same-sex* l'accesso all'istituto dell'adozione *per via*

9 Prima dello stralcio, sulla apparentemente imminente introduzione legislativa del nuovo istituto, così si esprimevano ad es. B. Polisenio, M. Maglietta, *Stepchild adoption, al centro del dibattito tra diritti e legittimità*, in *Guida al Diritto*, n. 2/2016, p. 15: «La particolare forma di adozione che il Ddl si propone di introdurre *ex lege* nell'ordinamento giuridico italiano anche per le coppie omosessuali segna, finalmente, un decisivo traguardo nel riconoscimento del «diritto alla vita privata e familiare» anche alle persone dello stesso sesso».

10 Sulle ragioni dello stralcio scrive G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 11: «Dal punto di vista della disciplina, la principale differenza rispetto al matrimonio riguarda i rapporti con i figli, in particolare il fatto che il testo definitivamente approvato non prevede più che il partner possa adottare il figlio dell'altro secondo quanto dispone, per il coniuge, l'art. 44, lett. b), della legge sull'adozione [...]. Il dibattito parlamentare si è purtroppo focalizzato sulla condotta dei genitori, prospettandosi da alcuni come preminente l'esigenza di rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all'estero. In tal modo si ripropone quella logica – che speravamo ormai estranea al sistema – per cui il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i genitori viene condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute «devianti». Sostanzialmente dello stesso avviso L. Volpe, *Le unioni civili e le convivenze di fatto, Profili civili, penali e fiscali*, in *La Tribuna Dossier*, 2016, p. 20. Lo stralcio dell'art. 5 del disegno di legge Cirinnà chiude peraltro le porte alla possibilità di interpretare la lett. b del co. 1 dell'art. 44 della legge sulle adozioni nel senso di far rientrare nella parola «coniuge» anche il partner (di sesso diverso o anche dello stesso sesso) convivente col genitore biologico del minore, come rilevato anche da G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit. Peraltro, non risultano precedenti giurisprudenziali in tal senso. Si ricorda, in proposito, solo la sentenza della Corte di cassazione, n. 21651 del 2011, in www.ilfamiliarista.it, che aveva interpretato in modo estensivo la lettera b, ma solo per affermare che non possa automaticamente escludersi l'adozione in casi particolari del «figlio del coniuge» in caso di intervenuta separazione personale del genitore biologico e dell'aspirante adottante *nelle more della procedura*, se si è instaurata una positiva relazione tra il minore ed il richiedente, dovendo il giudice accertare, caso per caso, quale sia l'interesse del minore.

11 Tra gli altri, cfr. S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile* in questa *Rivista*, n. 2/2016, p. 102.

legislativa (volontà peraltro espressa anche attraverso lo stralcio dell'art. 5 del disegno di legge). Il terzo periodo del comma 20, come già visto, stabilisce tuttavia che: "Resta fermo quanto previsto e *consentito* in materia di adozione dalle norme vigenti" (corsivo aggiunto).

Orbene, secondo la condivisibile opinione di molti autorevoli commentatori¹², il legislatore, con questa espressione posta a chiusura della legge, ha voluto – quantomeno – legittimare l'orientamento giurisprudenziale che già applica la lettera *d* del comma 1 dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983 per riconoscere la genitorialità sociale del partner *same-sex* del genitore biologico¹³.

Prima di analizzare in modo specifico la pronuncia della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017, è allora opportuno ricordare questa giurisprudenza, evidenziando l'utilizzo delle fonti extranazionali da parte dei giudici italiani. Appaiono tuttavia necessari un preliminare inquadramento dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44* ed un breve resoconto sull'evoluzione giurisprudenziale nell'applicazione della lett. *d* del comma 1.

Prendendo le mosse dal tenore letterale della disposizione si può anzitutto ricordare che l'art. 44 della legge sulle adozioni così recita: "1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio adottivo anche dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. [...] 3. Nei casi di cui alle lettere a), c) e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. [...]". (corsivi aggiunti). Le «condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7» cui la disposizione fa riferimento sono quelle relative allo *stato di adottabilità* del minore. L'art. 7 stabilisce infatti che: «L'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti», e il successivo art. 8 recita: 1. Sono dichiarati *in stato di adottabilità* dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata *la situazione di abbandono* perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio. [...]".

Dalla lettura in combinato disposto delle disposizioni sopra citate emerge quindi che: 1) l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 (in tutte le ipotesi) è consentita *anche fuori dalle condizioni di cui all'art. 7* e, quindi, anche fuori dall'ipotesi in cui il minore sia dichiarato *in stato di adottabilità* in forza di una *accertata situazione di abbandono*; 2) l'adozione in casi particolari di cui alla lettera *d* del comma 1 dell'art. 44 può essere disposta quando vi sia la *constata impossibilità di affidamento preadottivo*, ma non anche la *dichiarazione dello stato di adottabilità per accertata situazione di abbandono*, situazione che, come appena

12 Tra questi, oltre a S. Stefanelli, cfr. per es. anche G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit.: "L'ampio riferimento contenuto nella seconda parte del comma 20 a quanto (espressamente) «previsto» e a quanto «consentito» (secondo l'interpretazione corrente) conforta nel ritenere che questa lettura dell'art. 44, lett. d), legge adoz. [...] vada mantenuta ferma anche dopo l'approvazione della nuova legge".

13 Nella giurisprudenza di merito, in senso favorevole all'adozione, cfr.: Tribunale di Roma, 30 luglio 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014 con nota M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*; in www.questionegiustizia.it, 2014 con nota G. Zaccaro, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*; in *Diritto24*, *Sole24Ore*, 2014 con nota G. Vaccaro, *Solo adozione speciale per le coppie omosessuali*; in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014 con nota J. Long, *Adozione in casi particolari e second parent adoption*; in *Rassegna di Diritto civile*, 2015, p. 679 ss., con nota di G. Salvi, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, 109, con nota di J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Diritto civile contemporaneo*, 2015, II, con nota critica di G. Miotto, *Stepchild adoption omoparentale e interesse del minore*. Corte d'appello di Roma, 9 aprile 2015. Tribunale di Roma, 30 dicembre 2015, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 589 ss., con nota di A. Scalera, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 974 ss., con nota di M. Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore – adozione incrociata da parte di una coppia di comamme*. Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015 – adozione in casi particolari a favore del compagno del padre biologico del figlio generato con GPA all'estero – in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 969 ss., con nota di M. Farina. Tribunale per i minorenni di Bologna, con due sentenze gemelle del 6 luglio 2017, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2017, con nota di A. Schillaci, *La vita non si ferma: l'unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini*. In senso contrario, cfr. Tribunale per i minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, 205, con nota A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, riformata dalla sentenza della Corte d'appello di Torino del 27 maggio 2016*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 822 ss.; Tribunale per i minorenni di Milano, 17 ottobre 2016 e 20 ottobre 2016, di cui la prima riformata dalla sentenza della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017. Nella giurisprudenza di legittimità, in senso favorevole all'adozione, cfr. la sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 22 giugno 2016, cit.

verificato, non è un presupposto della adozione *ex art. 44*, ma solo dell'adozione piena; 3) l'adozione in casi particolari di cui alla lettera *d*, inoltre, può essere disposta anche a favore di chi non è coniugato.

L'istituto dell'adozione in casi particolari venne introdotto dalla legge n. 184 del 1983 per rendere effettivo il diritto del minore ad avere una famiglia anche qualora non ci fossero i presupposti per disporre l'adozione piena, e tuttavia l'adozione apparisse una buona soluzione, rispondente al preminente interesse del minore stesso. Si introdusse pertanto questo strumento con effetti più limitati, "più duttile, che non presuppone necessariamente l'abbandono, che non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine, ammissibile anche a favore di persone singole"¹⁴, per far fronte alle esigenze prospettate dall'evoluzione realtà sociale. La scelta del legislatore fu quindi quella di regolamentare l'istituto stabilendo dei presupposti – sia oggettivi, sia soggettivi – e degli effetti in parte diversi rispetto a quelli stabiliti per l'adozione piena.

Ciò premesso in termini generali sull'adozione in casi particolari, si deve ora specificare che l'ipotesi positivizzata dalla lettera *d* ("quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo") venne introdotta allo scopo di consentire l'adozione di minori *in stato di abbandono* allorché, per le loro particolari condizioni psico-fisiche, per l'età, la storia di accudimento o altre ragioni *di fatto*, non fosse possibile l'adozione: proprio da questi fattori derivava la *constatata impossibilità di affidamento preadottivo*. Nel tempo, tuttavia, una parte della giurisprudenza¹⁵, ha progressivamente esteso il campo di applicazione della disposizione¹⁶, impiegandola – oltre che nei casi di impossibilità *di fatto* di affidamento – anche nei casi di impossibilità *giuridica*, al contrario determinata dalla *manca di una situazione di abbandono* del minore: quest'ultimo, infatti, in quanto adeguatamente accudito, da un punto di vista giuridico non avrebbe potuto essere dato in affidamento a persone diverse da quelle che già se ne prendevano cura.

14 G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 3.

15 Un'altra parte della giurisprudenza, ormai piuttosto minoritaria – e comunque superata dalla pronuncia della Corte di cassazione. n. 12962 del 2016 – ha continuato ad intendere la disposizione in senso restrittivo, secondo l'intento originario del legislatore che la introdusse. Questa giurisprudenza ritiene infatti che il requisito della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" debba intendersi solo come impossibilità *di fatto* (che presuppone lo *stato di abbandono*), e non anche come *impossibilità giuridica*. Per le pronunce di merito cfr., già Tribunale per i minorenni di Potenza, 15 maggio 1984, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1984, p. 1039 ss.; Tribunale di Roma, 22 dicembre 1992, in *Giurisprudenza di merito*, 1993, p. 924 ss.; Corte d'appello di Torino, 9 giugno 1993, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994, p. 165 ss.; Tribunale per i minorenni di Ancona, 15 gennaio 1998, in *Giustizia Civile*, 1998, I, 1711. Più di recente si è espresso per l'interpretazione restrittiva il Tribunale per i minorenni di Milano, con sentenza del 17 ottobre 2016, ma anche del 20 ottobre 2016, e ciò nonostante il precedente di merito dello stesso Tribunale del 28 marzo 2007 e la già intervenuta pronuncia della Corte di cassazione n. 12962 del 2016 in senso contrario. La sentenza del Tribunale per i minorenni di Milano 17 ottobre 2016 è stata riformata dalla sentenza della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017, qui in commento. Tra le più recenti sentenze di legittimità che aderiscono alla lettura restrittiva si segnalano invece la sentenza della Corte di cassazione n. 22292 del 2013, in *Guida al Diritto*, 2013, 46, p. 34 e quella della Corte di cassazione n. 1792 del 2015, in *studialelegale.leggiditalia.it*. In entrambe queste ultime pronunce la Corte di cassazione ha evidenziato che, per far luogo all'adozione in casi particolari, occorre che sia integrato il presupposto dello *stato di abbandono* e che sia *di fatto* impossibile un affidamento preadottivo. La recente pronuncia della Corte di cassazione n. 12962 del 2016 più volte menzionata ha tuttavia sottolineato che queste due pronunce non si pongono in contrasto con la possibilità di pronunciare l'adozione in casi particolari *ex lett. d* comma 1, art. 44 della legge sulle adozioni anche *in difetto del presupposto in questione*: esse infatti riguardavano richieste di adozione avanzate da coppie quando era già *in corso un affidamento preadottivo di un minore*, precedentemente dichiarato in stato di abbandono, *presso un'altra coppia*. A ben vedere, dunque, nei casi in esame, era sopravvenuta alla semplice impossibilità *di fatto* di affidamento preadottivo legata allo *stato di abbandono*, anche l'impossibilità *giuridica* di affidamento preadottivo a favore di una nuova coppia, determinato dall'affidamento preadottivo già in corso.

16 Del resto, ciò è valso per l'istituto dell'adozione in casi particolari in generale, e non solo per l'ipotesi di cui alla vigente lett. *d*. Scrive in proposito G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit. p. 4: "Nel trascorrere del tempo l'adozione particolare è stata impiegata per dare una risposta ad una casistica assai varia, a problemi diversi da quelli sui quali il legislatore del 1983 aveva focalizzato la sua attenzione". In particolare, l'istituto è stato impiegato, da un lato, per colmare il vuoto di tutela esistente nella "zona grigia tra adozione e affidamento", dall'altro per tutelare le nuove emergenti «realtà familiari, diverse dal modello tradizionale», ed il rapporto tra il bambino e i "genitori sociali o di fatto" che sovente svolgono un ruolo non irrilevante nell'educazione del bambino, che si venivano a creare *de facto* in queste famiglie "altre". Quanto alla casistica, molti casi di adozione *ex art. 44* riguardano: il riconoscimento di rapporti genitoriali costituiti all'estero sulla base di istituti sconosciuti alla tradizione giuridica italiana, quali la *kafalah* di diritto islamico; il riconoscimento di adozioni realizzate da *single* in altro Stato che ciò consente; la formalizzazione di rapporti costituiti in seno a famiglie «ricostituite»; prima della l. n. 40 del 2004, per istituire un rapporto genitoriale giuridico in difetto del rapporto biologico, come nel caso di fecondazione eterologa o *surrogacy*. Da ultimo, l'adozione in casi particolari è stata appunto impiegata al fine di riconoscere e tutelare i rapporti omogenitoriali.

L'interpretazione evolutiva del requisito di cui alla lettera *d*, definita nel 2015 da una giurisprudenza di merito¹⁷ addirittura come «eversiva» del dato normativo¹⁸, è stata inaugurata già con la storica sentenza della Corte costituzionale n. 383 del 1999¹⁹. Questa sentenza ha infatti rilevato per la prima volta²⁰ – esplicitando in modo illuminante il *nuovo spirito* assunto dalla disposizione – che “quando il minore già gode di vincoli parentali idonei a garantirgli l’ambiente adatto alla sua crescita, perché possa darsi corretta applicazione alla norma *non è necessaria la formale constatazione dell’impossibilità di un affidamento diverso da quello in atto, atteso che il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti preesistenti mediante un’adozione con effetti limitati rispetto a quella piena, ma con presupposti meno rigorosi*” (corsivi aggiunti). La *ratio* dell’ipotesi di cui alla lettera *d*, dunque, è (divenuta) quella di riconoscere giuridicamente, nell’interesse esclusivo del minore, un rapporto genitoriale già *in atto*, consolidato in modo positivo nel tempo, in grado di arricchire la vita affettiva del minore, e dunque di incrementare il suo benessere psicofisico.

-
- 17 Tale giurisprudenza, che continua ad aderire ad una interpretazione restrittiva ed originalista della disposizione, pare destinata a divenire minoritaria. Infatti, seppur dal punto di vista prettamente numerico non sono ancora così numerose le sentenze di merito che si sono espresse in senso favorevole alla adozione co-parentale in contesti omogenitoriali attraverso la lettura estensiva/evolutiva della lett. *d*., tuttavia in senso favorevole si sono espresse ben tre Corti d’appello - quella di Roma prima (Corte d’appello di Roma, 23 dicembre 2015), quella Torino poi (Corte d’appello di Torino, 27 maggio 2016), quella di Milano da ultimo (Corte d’appello di Milano, 9 febbraio 2017) - ribaltando le decisioni di merito che avevano invece aderito alla interpretazione restrittiva. La Corte d’appello di Milano, come si vedrà, è giunta addirittura ad affermare che l’interpretazione restrittiva ed originalista dell’art. 44, lett. *d*, sarebbe, oggi, *incostituzionale*, perché violerebbe il principio fondamentale di eguaglianza e i diritti dei minori, i quali verrebbero discriminati in ragione dell’orientamento sessuale e del tipo di legame instaurato con il partner da parte del genitore. Peraltro, le tre Corti d’appello non hanno fatto altro che conformarsi alla importante decisione della Corte di cassazione in materia, la quale si è appunto espressa in senso favorevole all’interpretazione estensiva/evolutiva della lett. *d*, in modo da consentire l’adozione co-parentale anche in contesti omogenitoriali. Se non per il numero, per l’autorità delle decisioni, pare dunque di essere in presenza di un *trend* giurisprudenziale destinato ad imporsi su scala nazionale.
- 18 Il riferimento è alle due sentenze del Tribunale per i minorenni del Piemonte e della Valle d’Aosta dell’11 settembre 2015, cit..
- 19 Corte costituzionale del 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 2951 ss., con nota di A. Celotto. Si tratta di una decisione interpretativa di rigetto, riferita alla interpretazione della originaria lettera *c* dell’art. 44 l. ad., oggi lett. *d*.
- 20 Ma l’impostazione viene mantenuta ferma dalla Consulta ancora oggi. Anche in recenti sentenze del giudice delle leggi, infatti, la distinzione tra adozione di minori *in stato di abbandono* e di minori *non in stato di abbandono* viene ribadita per identificare la disciplina applicabile al riconoscimento del provvedimento di adozione pronunciata all’estero a favore della compagna della madre. Così in Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 2016, n. 76, su cui E. Bilotti, *Riconoscimento in Italia di un provvedimento straniero di «stepchild adoption»: la Corte costituzionale ritiene inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge n. 184/1983*, in *Diritto civile contemporaneo*, www.diritto civile contemporaneo.com 2016.

Da questa – ormai risalente – pronuncia in avanti la giurisprudenza di merito e di legittimità maggioritaria²¹ hanno sempre interpretato il requisito dell'impossibilità di affidamento preadottivo anche come impossibilità giuridica, oltre che come impossibilità di fatto²².

In particolare, in non poche occasioni i giudici hanno abbracciato una lettura aperta della lettera *d* del comma 1 dell'art. 44 per consentire l'adozione in casi particolari di un minore *da parte del genitore sociale, partner di sesso diverso del genitore biologico* (tipicamente nell'ambito di famiglie "ricostituite"). Ad esempio, il Tribunale per i minorenni di Milano, con sentenza del 28 marzo 2007²³ ha disposto l'adozione in casi particolari di una minore, orfana di padre dall'età di due anni, a favore del nuovo compagno della madre, il quale da oltre sette anni coadiuvava la donna nell'accudimento della bambina. Nella lucida ed articolata motivazione della pronuncia si legge, tra l'altro, che: "[...] Certamente nella originaria

21 L'orientamento minoritario ha invece sempre sottolineato che l'interpretazione evolutiva dell'espressione «impossibilità di affidamento preadottivo» potesse favorire «aggiramenti e attacchi all'adozione legittimante», realizzati dando «luogo alla trasformazione di affidamenti abusivi in adozioni in casi particolari, incoraggiando così comportamenti captativi, soprattutto da parte di coppie prive di figli e sprovviste dei requisiti dell'adozione legittimante, a scapito dei minori e dei genitori che versino in condizioni di momentanea e grave difficoltà». Così P. Morozzo Della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 353 ss.; ma nello stesso senso anche L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IV, 2a ed., Torino, 1997, p. 474, secondo cui un «ampliamento il cui uso distorto potrebbe lasciar sopravvivere un pericoloso varco idoneo a consentire quegli aggiramenti alla legge che la riforma, come primo obiettivo, ha inteso abolire», nonché di una «prassi deviante, da scoraggiare», per il «timore che, intendendo la impossibilità di affidamento preadottivo nella sua accezione più lata, si vengano a creare le premesse perché l'adozione possa essere chiesta anche da coloro che non ne abbiano i requisiti». Più di recente G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 1339, secondo cui, con l'interpretazione estensiva in trattazione «si finirebbe per privare di qualsiasi significato la casistica dettata dal legislatore per l'«adozione in casi particolari»: qualunque minore, invero, ancorché non venga a trovarsi in stato di abbandono, potrebbe essere adottato ai sensi dell'art. 44, esito interpretativo, questo, che appare francamente paradossale». F. Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2016, p. 277, secondo cui l'orientamento evolutivo della lett. *d* «va criticato non soltanto per essere manifestamente *contra legem*, ma anche perché consentirebbe un'indiscriminata apertura verso le adozioni che non avrebbero più soltanto la funzione di proteggere i minori nelle situazioni d'emergenza che giustificano l'applicazione delle regole sull'adozione in casi particolari, ma anche quella di sanare rapporti familiari di fatto illecitamente precostituiti». Al contrario, Tommaseo condivide il riconoscimento degli effetti e la trascrizione dei provvedimenti esteri di adozione co-parentale anche in contesti omogenitoriali, sulla base del divieto di discriminazioni basate sul sesso e su ogni altra condizione personale di cui agli artt. 2 Cost., ma anche 8 e 14 Cedu. Ancora, A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2016, p. 719 ss., il quale auspica una riforma dell'istituto dell'adozione in modo da renderla idonea a realizzare pienamente il fondamentale diritto del minore a mantenere le strette relazioni affettive con i componenti del nucleo familiare in cui è inserito, ma sostiene che in difetto di un intervento legislativo (che introduca, ad esempio, la *step parent adoption* in contesti omogenitoriali), non sia possibile accedere all'interpretazione aperta della lettera *d*, poiché questa ipotesi riguarderebbe soltanto i minori in stato di abbandono e non potrebbe essere estesa ad altri casi. In particolare, sull'interpretazione aperta, l'A. scrive a p. 723: «Siffatta interpretazione della norma, definita «eversiva» da un altro giudice, oblitera che l'adozione particolare costituisce istituto eccezionale, volto a garantire, in quattro peculiari ipotesi, «tassative e di stretta interpretazione», un'adeguata assistenza morale e materiale al minore che si trovi in stato di abbandono o comunque in una situazione di carenza nel rapporto con i genitori». E ancora cfr.: R. Carrano, M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 1550 ss.; N. Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 176 ss. Quest'ultimo A., in particolare, reputa che l'adozione da parte del genitore sociale omosessuale possa realizzarsi per il tramite di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 44, co. 1, lett. *b*), legge n. 184/1983. Come già detto nel testo, tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016 tale tesi non è più sostenibile, perché espressamente contraria al diritto positivo sopravvenuto rispetto al commento.

22 Per interpretazioni estensive dell'art. 44 co. 1, lett. *d* della legge n. 184 del 1983 volte a consentire l'adozione in casi particolari da parte di coloro che abbiano accolto minori privi di sufficiente assistenza da parte dei genitori, stabilendo vincoli profondi e duraturi che rendono, più che giuridicamente impossibile, «solo» inopportuno un affidamento preadottivo ad altri soggetti estranei cfr. Corte costituzionale n. 383 del 1999, citata nel testo, in www.giurcost.org; per alcune pronunce di merito cfr. le seguenti: Tribunale per i minorenni di Roma, 18 marzo 1985, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1985, p. 620 ss.; Tribunale di Torino, 11 novembre 1985, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, p. 645 ss.; Tribunale per i minorenni di Torino, 28 dicembre 1985, in *Diritto di famiglia*, 1986, p. 172 ss.; Tribunale per i minorenni di Roma, 22 giugno 1987, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1988, p. 947 ss.; Tribunale per i minorenni di Genova, 14 ottobre 1995, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 346 ss.; Tribunale per i minorenni di Perugia, 5 luglio 1999, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, p. 638 ss.; Tribunale per i minorenni di Roma, 8 gennaio 2003, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, p. 1123 ss.

23 Tribunale per i minorenni di Milano, 28 marzo 2007, in *Famiglia e minori*, 2007, p. 83 ss. Il Tribunale per i minorenni di Milano ha tuttavia poi mutato il proprio orientamento, esprimendosi per la lettura restrittiva con le più recenti pronunce del 17 ottobre 2016 e del 20 ottobre 2016, che si sono allontanate sia dal precedente di merito, sia dalla pronuncia della Corte di cassazione n. 12962 del 2016. Più in particolare, il Tribunale per i minorenni di Milano, con la sentenza del 17 ottobre 2016 ha negato l'adozione incrociata da parte di una coppia di mamme, mentre con la sentenza del 20 ottobre 2016 ha negato l'adozione da parte del compagno della madre.

idea del legislatore l'adozione in casi particolari aveva l'obiettivo, quanto alla ipotesi di cui alla lettera *b* (oggi lettera *d*) di rafforzare legami *di fatto* esistenti nell'ambito della unità familiare e, quanto alle altre ipotesi, di evitare a minori per i quali non fosse possibile l'adozione legittimante, il ricovero in istituti. In realtà, l'evoluzione dei costumi e delle *diverse forme dei legami affettivi significativi* ha via via *ampliato la portata della norma* di carattere residuale in esame, giacché ciò che deve costituire il principio fondamentale cui ispirarsi è il *preminente interesse del minore nel caso concreto* (corsivi aggiunti). E ancora: "Deve in conclusione ritenersi che la impossibilità di affidamento preadottivo non possa e non debba riferirsi solo ad una ipotesi *di fatto* [...], ma che possa riferirsi *anche ad una situazione di diritto*, ovvero alla giuridica impossibilità di un affidamento preadottivo perché, ad esempio, *manchi lo stato di abbandono*" (corsivi aggiunti). Più di recente, la Corte d'appello di Firenze, con sentenza del 4 ottobre 2012²⁴ – in riforma della pronuncia del Tribunale per i minorenni di Firenze del 20 marzo 2012 – ha sostenuto che l'adozione in casi particolari *ex art. 44* non può pregiudicare lo *status* del minore allevato in una famiglia "di fatto" – si legga: non coniugale – e che pertanto, quando ciò sia corrispondente all'interesse dell'adottando, la lettera *d* del co. 1 *deve essere interpretata in modo da consentire l'adozione da parte del partner del genitore biologico*, "dovendo il trattamento privilegiato accordato al matrimonio trovare un *limite nei diritti inviolabili* del minore, che non può subire effetti lesivi da un'interpretazione restrittiva della norma".

Anche gran parte della dottrina, peraltro, concorda con l'interpretazione "aperta" della lettera *d* e condivide la possibilità di applicare la disposizione in esame, quando ciò sia conforme all'interesse del minore nel caso concreto, per riconoscere giuridicamente lo stato di filiazione nei confronti del genitore sociale, partner del genitore biologico.

Secondo l'orientamento maggioritario sia in dottrina che in giurisprudenza, l'adozione in casi particolari *ex* lettera *d*, dunque, è una forma di adozione che si può e si *deve* disporre anche per riconoscere la genitorialità sociale del partner del genitore biologico: tale interpretazione, lungi dall'essere «eversiva», è infatti consentita dalla legge, sostenuta dalla Consulta sin dal secolo passato e persino *doverosa* quando rispondente all'interesse preminente del bambino ed ai suoi diritti inviolabili²⁵. In difetto del riconoscimento e della tutela dei rapporti con i genitori, infatti, molteplici potrebbero essere le conseguenze sfavorevoli per il minore coinvolto – sia sul piano personale-affettivo, sia sul piano economico-sociale –, e ciò specialmente nei momenti critici della vita familiare. Si pensi, in via puramente esemplificativa, all'ipotesi di morte del genitore biologico o del genitore sociale, alle questioni relative al diritto di visita successivamente alla eventuale interruzione della relazione tra i due o, più semplicemente, alle difficoltà di gestione, per il genitore sociale, dei rapporti formali con i terzi e la PA (es. scuola del minore, enti sportivi, enti sanitari, altro), laddove il genitore sociale non sia considerato «familiare» del minore.

Ciò premesso sull'evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione della lettera *d* in generale, si può ora passare all'analisi dell'applicazione della stessa lettera *d*, nello specifico, *alle fattispecie omogenitoriali*²⁶. Nel corso dell'ultimo decennio una parte della giurisprudenza ha cominciato ad estendere l'interpretazione «aperta» della disposizione anche alle famiglie omoaffettive, al fine di riconoscere il rapporto dei minori con i genitori sociali, compagni o compagne *dello stesso sesso* dei genitori biologici. In questa ulteriore apertura – che, così come le precedenti, ha avuto quale obiettivo quello di elevare il livello di protezione e di promozione dei rapporti genitoriali positivi già in atto, nel preminente interesse dei bambini – una parte della dottrina ha visto addirittura lo strumento attraverso cui i partner dello stesso sesso tentavano indebitamente di ottenere un riconoscimento giuridico, seppur indiretto, della loro convivenza omosessuale²⁷.

24 Corte d'appello di Firenze, Sezione per i minorenni, 4 ottobre 2012, in www.aiaf-avvocati.it.

25 Si pensi al diritto alla bigenitorialità e al diritto alla certezza dello *status* (più in particolare, al diritto alla *corrispondenza* dello *status* sociale di figlio del genitore sociale, vissuto nella quotidianità, e lo *status* giuridico). Si pensi, ancora, al diritto dei bambini alla continuità affettiva.

26 J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 109 ss.; L. Attademo, *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44, comma 1, lett. d)*, l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995, in *Corriere Giuridico*, 2016, 10, p. 1203 ss.. Con riferimento al rapporto tra l'istituto della *stepchild adoption* in contesti omogenitoriali e la nuova legge sulle unioni civili cfr. l'articolo contributo di S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, cit.

27 In questo senso R. Carrano, M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omosessuali*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, p. 1553, ove si legge che "dietro l'interesse del minore si nasconde il tentativo degli adulti di ottenere, seppur indirettamente, il riconoscimento giuridico di vincoli familiari diversi e non riconosciuti dalla legge", nonché p. 1563, ove si legge che "a ben vedere, il Tribunale sembrerebbe aver privilegiato il diritto delle due donne ad ottenere un riconoscimento giuridico, seppur indiretto, di una nuova forma di genitorialità, ovvero di una famiglia omosessuale". La tesi dimostra la sua fallacia se solo si considera che le convivenze omosessuali hanno ormai una ben precisa rilevanza giuridica quali *famiglie* nell'ordinamento italiano, conferita loro dalle

La pronuncia che ha avuto il ruolo di apripista culturale e giuridico in questa direzione è stata quella del Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014²⁸. Il caso riguardava la richiesta di una donna di adottare, *ex* lettera *d*, la figlia biologica della propria compagna, nata con PMA eterologa nell'ambito di un progetto di genitorialità condiviso sin dal principio da entrambe. La sentenza ha stabilito per la prima volta che, quando un bambino viene concepito nell'ambito di un progetto omogenitoriale e cresce positivamente ed egualmente supportato da *due mamme che riconosce ambedue come tali*, allora si configura un vero e proprio *diritto* di quel bambino a che l'ordinamento giuridico riconosca il suo rapporto filiale con la mamma sociale, gli consenta di assumere il doppio cognome e faccia scaturire dall'adozione in casi particolari *ex* lettera *d* tutti gli effetti giuridici che sarebbero scaturiti nel caso in cui ad adottare fosse stato il partner di sesso diverso del genitore biologico. Ed invero, secondo i giudici romani, l'omogenitorialità, pur essendo una genitorialità "diversa", è comunque "sana e meritevole di essere riconosciuta". L'opinione contraria, infatti, è sorretta da un *mero pregiudizio privo di fondamento scientifico*²⁹ e diffuso in una parte della società, pregiudizio che il Tribunale per i minorenni, quale organo superiore di tutela dell'interesse del benessere psico-fisico dei bambini, non può e non deve prendere in considerazione. La lettura dell'art. 44, comma 1, lettera *d*, peraltro, non può essere diversa a seconda che venga in rilievo una fattispecie eterogenitoriale o omogenitoriale. Ed invero, la conclusione che non occorra lo stato di abbandono per disporre l'adozione in casi particolari *ex* lettera *d* "non può non applicarsi, ad avviso del Collegio, anche ai conviventi del medesimo sesso. Ciò, in primo luogo, [...] alla luce dell'inequivoco dato letterale [...]". Tale norma, infatti, non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali. Inoltre, secondo il Collegio, "una lettura in senso diverso sarebbe, peraltro, contraria alla *ratio legis*, al dato costituzionale, nonché ai principi della Cedu, di cui l'Italia è parte" (corsivo aggiunto)³⁰.

La sentenza del 30 luglio 2014 del Tribunale per i minorenni di Roma è stata impugnata sia in secondo grado (dal PM), che in sede di legittimità (dal Procuratore Generale). In entrambe le occasioni è stata confermata: prima con la sentenza del 23 dicembre 2015 della Corte d'appello di Roma³¹ e poi in Cassazione, con la prima importante pronuncia di legittimità sul tema, la n. 12962 del 26 maggio 2016³². Ambedue le pronunce appena citate hanno condiviso integralmente l'iter motivazionale e le conclusioni

disposizioni della legge n. 76 del 2016, e ciò a prescindere dalla presenza o meno di prole. I rapporti verticali, invece, possono essere riconosciuti e protetti se ed in quanto ciò risponda all'interesse dei minori coinvolti. Ciò non toglie, e non va negato, che sia anche interesse dei genitori essere riconosciuti come tali, ma questo non consente – ad avviso di chi scrive – di postulare la strumentalizzazione del principio del *best interest of the child* al fine di realizzare interessi diversi.

28 Tribunale per i minorenni di Roma, 30 luglio 2014, cit..

29 Al contrario, studi scientifici anche molto recenti dimostrano che il benessere psicofisico dei figli dipende dalla stabilità delle relazioni familiari, sia che esse si sviluppino all'interno di una coppia eterosessuale, sia che si sviluppino all'interno di una coppia omosessuale. Cfr., *ex multis*, gli studi menzionati in S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, cit., p. 9, nota n. 41 del contributo.

30 Con particolare riferimento alla contrarietà «ai principi della Cedu» di una lettura discriminatoria della lett. *d* in base al sesso e ed all'orientamento sessuale dell'aspirante adottante, il Collegio richiama ampiamente la giurisprudenza di Strasburgo a sostegno della propria argomentazione. Anzitutto richiama la pronuncia *X e altri c. Austria*, Grande Camera 19 febbraio 2013 che ha ritenuto *discriminatoria* e lesiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare la legge austriaca che consentiva l'accesso all'adozione alle coppie di conviventi eterosessuali, ma non alle coppie di conviventi omosessuali. Il risultato censurato dalla Corte Edu era quindi quello di precludere *già in astratto* ai conviventi omosessuali la possibilità di adottare un minore, senza che le autorità nazionali potessero valutare, nel caso concreto, se l'adozione realizzasse o meno il suo interesse. Dalla sentenza *X e altri c. Austria* il Tribunale per i minorenni di Roma trae quindi lo spunto, da un lato, per sottolineare che «la legge italiana *consente* al convivente del genitore di un minore di adottare quest'ultimo, *indipendentemente dall'orientamento sessuale*» e, dall'altro, per affermare che «una diversa interpretazione della norma sarebbe [...] contraria [...] anche ai diritti fondamentali garantiti dalla Cedu». Calando poi i principi espressi dalla Corte Edu nel caso sottoposto alla loro attenzione, i giudici romani scrivono, ancora: «Fermo restando che, come sottolineato dalla Corte di Strasburgo, la possibilità di introdurre o meno il matrimonio per le coppie omosessuali, così come la decisione di ammetterle alla domanda di adozione, costituisce una scelta dei legislatori nazionali dei singoli Paesi, [...], la possibilità di evitare il pregiudizio di terzi, nel caso di specie di una bambina, ove l'interpretazione della legge già in vigore in uno Stato lo consenta, s'impone» (tutti i corsivi nelle citazioni testuali sono aggiunti). Sebbene dunque gli Stati restano liberi di aprire istituti quali l'adozione o il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ciò tuttavia non può mai pregiudicare l'interesse preminente dei minori coinvolti, né può discriminare tra conviventi eterosessuali e conviventi omosessuali sulla base di meri pregiudizi privi di fondamento.

31 Corte d'appello di Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro italiano*, n. 2/2016, I, p. 699 ss.

32 Questa importante sentenza è stata peraltro oggetto di attenzione anche del Primo Presidente della Corte di cassazione dott. Canzio, nel suo discorso di apertura dell'anno giudiziario 2017. In particolare, egli ha commentato la pronuncia come segue «Nel settore civile, alcune sentenze hanno riguardato temi sensibili dal punto di vista etico-sociale. Vanno segnalate le sentenze n. 12962 e n. 19599. L'una, nell'affermare la legittimità della adozione di un minore da parte del partner del genitore biologico, convivente dello stesso sesso, ha escluso ogni rilievo all'orientamento sessuale dei richiedenti, dovendosi perseguire

raggiunte dai giudici di prime cure. Tuttavia, sembra fondamentale ricordare brevemente, per il suo valore nomofilattico, almeno la sentenza di legittimità, sottolineando in modo particolare l'utilizzo delle fonti extranazionali fatto da parte degli ermellini.

La Corte di cassazione, con la pronuncia n. 12962, ha infatti valorizzato in modo molto significativo le predette fonti, e lo ha fatto in diversi passaggi, rendendo evidente l'importante contributo offerto dalle stesse nell'evoluzione del diritto di famiglia italiano in tema di omogenitorialità. Quanto al tipo di utilizzo di tali fonti, e soprattutto della giurisprudenza della Corte Edu, si può affermare che siano esse state impiegate sia per interpretare in modo (convenzionalmente) orientato le fonti interne, sia per rafforzare il ragionamento giuridico. Non pare si possa dunque parlare di uso meramente retorico. Per dimostrarlo, sembra opportuno ricordare alcuni passaggi significativi della sentenza. La Suprema Corte scrive: "[...] Il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte, dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all'interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione (cfr., tra gli altri, il caso *Moretti e Benedetti c. Italia* – ricorso n. 16318 del 2007 – deciso con la sentenza 27 aprile 2010, nella quale viene affrontato un conflitto analogo a quello sopra illustrato in ordine alla sentenza di questa Corte n. 22292 del 2013, ma con soluzione che privilegia la relazione instaurata con gli affidatari provvisori; il medesimo principio è stato affermato nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015 – ricorso n. 25358 del 2012 – la cui fattispecie riguarda un progetto procreativo realizzato mediante gestazione per altri, vietato nel nostro ordinamento)" (corsivi aggiunti). Anche alla luce delle due sentenze *Moretti e Benedetti* e *Paradiso e Campanelli*, entrambe emesse dalla Corte Edu nei confronti dell'Italia, la Cassazione ha affermato e confermato il principio per cui i rapporti familiari positivamente consolidati, seppur non rispondenti ad una tipologia giuridica esplicitamente regolamentata, vanno protetti e conservati nel loro contenuto relazionale, salvo ragioni ostative concrete. Un diverso approccio, infatti, violerebbe il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu, così come interpretato nella giurisprudenza di Strasburgo.

In un altro significativo passaggio la Cassazione ha ricordato – come già i giudici di primo grado – la sentenza sul caso *X e altri c. Austria* del 2013, la quale ha riconosciuto anche in tema di adozione del figlio del partner la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della Convenzione, in presenza di un'ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso (nell'ordinamento austriaco tale forma di adozione era consentita soltanto alle coppie eterosessuali, anche se non sposate). La Corte di Strasburgo, al riguardo, ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito "motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione co-parentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale". Sul punto, nella pronuncia della Cassazione si legge (corsivi aggiunti): "Il rilievo della pronuncia [*X e altri c. Austria*] rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all'applicazione del paradigma antidiscriminatorio. Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso o l'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato, ed il consenso dei medesimi in ordine alla estensione del diritto all'adozione delle coppie formate da persone dello stesso sesso non è immediatamente rilevante, se in concreto si verifica una situazione, come nella fattispecie esaminata dalla Corte, di disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni "serie" (non essendovi evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità, come riconosciuto anche dalla sentenza di questa Corte n. 601 del 2013)".³³ Per la Cassazione, dall'applicazione dei principi espressi in sede extranazionale al caso di spe-

comunque il *favor* di consolidamento del rapporto fra il minore e chi già se ne prende cura e ponendo l'interesse esclusivo del primo come unica condizione».

- 33 La sentenza della Corte di cassazione n. 601 del 2013 riguardava il ricorso presentato dal padre contro l'affidamento esclusivo di un minore alla madre la quale, dopo la fine del rapporto coniugale, aveva intrapreso una convivenza omosessuale. In un passaggio significativo della sentenza con cui la Corte di cassazione, nella sentenza n. 601, ha respinto il predetto ricorso si legge: «Il motivo è inammissibile, perché il ricorrente si limita a fornire una sintesi del motivo di gravame in questione, dalla quale, invero, non risulta alcuna specificazione delle ripercussioni negative, sul piano educativo e della crescita del bambino, dell'ambiente familiare in cui questi viveva presso la madre [...]. Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino» (corsivi aggiunti). Per alcuni commenti cfr. L. Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizi" e interesse del minore*, in *Corriere Giuridico*, 7, 2013, p. 893 ss.; F. Ruscello, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2013, p. 572 ss.; M. Winkler, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso*

cie, consegue che: poiché all'adozione italiana in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo"), sia in concreto ("l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, primo comma, n. 2, non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner" (corsivi aggiunti).

Per gli ermellini, la pronuncia X e altri c. Austria ha quindi un ruolo fondamentale nella decisione³⁴ perché, attraverso l'applicazione del «paradigma antidiscriminatorio» come disegnato dalla Corte Edu, consente di affermare la preminenza del divieto di discriminazioni basate sul sesso e sull'orientamento sessuale su altre ragioni, se non sufficientemente serie e convincenti, e se non supportate da evidenze scientifiche; in particolare, tale *paradigma antidiscriminatorio*, secondo la Cassazione, vince sul *mero pregiudizio* che possa nuocere al bambino essere adottato nell'ambito di una famiglia omoaffettiva, escludendo la possibilità di decidere se disporre o meno l'adozione alla luce dell'omogenitorialità della fattispecie. Gli ermellini concludono quindi confermando il *decisum* dei giudici di secondo e di primo grado.

Altre due interessanti pronunce italiane in materia adozione coparentale in contesti omogenitoriali sono, di nuovo, del Tribunale per i minorenni di Roma: la pronuncia del 22 ottobre 2015 e quella del 23 dicembre 2015. Esse si pongono in linea di continuità con l'orientamento inaugurato con la sentenza del 30 luglio 2014 e confermano l'applicabilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lettera d per riconoscere la genitorialità sociale del partner *same-sex* del genitore biologico. L'omogenitorialità, anche secondo queste due sentenze, è infatti una forma «diversa» di genitorialità, ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta. L'iter argomentativo delle sentenze ricalca quasi pedissequamente quello della prima, romana, in materia.

In particolare, la sentenza del Tribunale per i minorenni del 22 ottobre 2015 ha ribadito che, nell'ipotesi in cui un minore sia stato concepito ed allevato nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, ha diritto ad una bigenitorialità anche giuridica, da realizzarsi mediante adozione da parte della mamma sociale ex lettera d, se sussiste un interesse concreto in tal senso. Ha richiamato le fonti extranazionali già ricordate nelle pronunce precedenti, sottolineando che la normativa di cui alla lettera d del comma 1 dell'art. 44 «*deve poter essere interpretata alla luce dei principi costituzionali e convenzionali che costituiscono il fondamento per il riconoscimento di nuove forme di genitorialità. E nel caso di specie l'interpretazione della norma è nel senso di essere applicabile a tali nuove forme di genitorialità, senza forzatura alcuna*» (corsivo aggiunto). Il contributo delle fonti internazionali appare quindi, di nuovo, molto importante, atteso che i *principi convenzionali* assurgono a ruolo di *fondamento* per il riconoscimento di *nuove* forme di genitorialità nell'ordinamento giuridico familiare italiano, a legislazione invariata.

Ancor più interessante appare la sentenza del 23 dicembre 2015³⁵ che ha applicato per la prima volta tali principi – e soprattutto quello del preminente interesse del minore – al caso di un bambino nato all'estero mediante *surrogacy*, tecnica di procreazione in Italia sanzionata penalmente³⁶, ed accudito da due genitori dello stesso sesso. La possibilità di riconoscere giuridicamente un rapporto genitoriale costituito in altro Stato secondo una tecnica assolutamente vietata nel nostro ordinamento è stata a lungo controversa ed ha sollevato questioni giuridiche, ma anche etiche, di non poco momento. Nel caso di specie, i giudici romani hanno tuttavia ritenuto che, fermo restando il divieto penale vigente, la tecnica attraverso la quale il bambino è venuto al mondo è *irrilevante* nell'ottica dell'applicabilità dell'istituto

sesso, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1038 ss.; L. Franco, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Copie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 506 ss. Per una sentenza di merito conforme v. Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013, in *Articolo29*, www.articolo29.it, che ha rifiutato l'affido esclusivo alla madre in ragione dell'omosessualità del padre. Ma v. anche: Tribunale di Nicosia, ordinanza del 14 dicembre 2010; Tribunale di Firenze, ordinanza del 30 aprile 2009; Tribunale di Bologna, decreto del 15 luglio 2008; Tribunale di Napoli, 28 giugno 2006, confermata da Corte d'appello di Napoli, 11 aprile 2007 e da Corte di cassazione 18 gennaio 2008.

34 Peraltro la Cassazione utilizza la pronuncia X e altri c. Austria, cit., anche come spunto di riflessione per evidenziare che, rispetto alla situazione descritta dalla Corte Edu nel par. 91 della stessa pronuncia, il consenso degli stati aderenti alla Cedu all'adozione co-parentale e all'adozione piena da parte di persone dello stesso sesso è notevolmente cresciuto. Sottolineano i giudici italiani che, infatti, in ben quattordici Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Malta, Austria) è consentita l'adozione alle coppie dello stesso sesso, mentre in Germania è possibile soltanto l'adozione del figlio del partner, così come in Croazia, Estonia e Slovenia, e non l'adozione piena.

35 Per un commento cfr. M. Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 7-8/2016, p. 976 ss.

36 L'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004 stabilisce infatti che: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

della *stepchild adoption* per riconoscere un rapporto genitoriale oramai esistente e costituente una “vita familiare”. Più in particolare, a loro avviso, la circostanza che la tecnica procreativa in questione – consentita in diversi Paesi democratici quali il Regno Unito, l’Olanda, il Belgio, la Grecia – sia vietata in Italia non sminuisce l’esigenza di salvaguardare l’interesse del minore nel definire la propria identità come essere umano, anche attraverso la formalizzazione dello *status* di «figlio» della coppia committente, interesse che deve prevalere su altre considerazioni³⁷.

Per giungere a queste importanti conclusioni, il Tribunale per i minorenni ha fatto ampio ed impegnato ricorso alle fonti internazionali, e particolarmente alla giurisprudenza della Corte Edu³⁸. Ed invero, i giudici hanno anzitutto evidenziato che la lacuna del diritto positivo italiano, il quale non prevede (in modo esplicito) l’applicabilità della *stepchild adoption* in contesti omogenitoriali, “non esclude che [...] si possano e si debbano applicare le norme in vigore. Anzi impone che esse vengano applicate secondo una interpretazione [...] costituzionalmente garantita e – tenendo conto anche della giurisprudenza di Strasburgo – convenzionalmente conforme [...]”. Quanto alle pronunce richiamate, i giudici hanno ricordato, quali strumenti di ausilio per l’interpretazione orientata delle fonti interne (utilizzo *ad interpretandum*), anzitutto le pronunce *Schalk e Kopf c. Austria* e *Vallianatos c. Grecia*, con cui la Corte Edu ha affermato che le coppie di partner dello stesso sesso hanno la medesima capacità di dare vita ad una relazione stabile ed hanno il medesimo bisogno di riconoscimento e protezione della propria unione di quelle formate da persone di sesso diverso. Inoltre, hanno ricordato il caso *X e altri c. Austria* del 2013, che come già detto ha stabilito che non è possibile discriminare i conviventi omosessuali rispetto ai conviventi eterosessuali nell’accesso all’istituto della *stepchild adoption*. Alla luce dei principi espressi dalla Corte di Strasburgo, i giudici romani hanno dunque di nuovo abbracciato la lettura convenzionalmente – oltre che costituzionalmente – orientata della lettera *d*, da lunghi anni condivisa dalla giurisprudenza con riferimento alle coppie eterosessuali non coniugali. Una lettura restrittiva della disposizione, motivata dall’omogenitorialità della fattispecie, determinerebbe infatti una “discriminazione non consentita nel nostro ordinamento giuridico, che viola la Costituzione (art. 2 Cost.), in uno con la Cedu di cui l’Italia è stata ideatrice/ fautrice sin dalla sua originaria redazione (art. 117 Cost.)”.

Con più specifico riferimento al tema della *surrogacy*, ed alla presunta contrarietà all’ordine pubblico internazionale del riconoscimento del rapporto genitoriale costituito, il Collegio romano ha supportato la propria argomentazione richiamando sia la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015, sia soprattutto le sentenze gemelle *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, nelle quali la Corte Edu ha espresso alcuni importanti principi in materia. In particolare, secondo i giu-

37 Il principio era già stato espresso dalla Corte costituzionale con la pronuncia del 28 novembre 2002, n. 494, con riferimento ai figli venuti al mondo a seguito di una relazione incestuosa. La Consulta dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 278, co. 1, c.c., che escludeva dalla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e dalle relative indagini i casi in cui era vietato il riconoscimento, a norma dell’art. 251, co. 1, c.c. In quella occasione, i giudici delle leggi affermarono con forza il *diritto fondamentale del figlio, anche se nato da una relazione incestuosa, a vedersi riconosciuto lo status familiare nei confronti dei genitori*. Alcuni commenti alla decisione si leggono in *Famiglia*, 2003, parte II, p. 841 ss., con nota di G. Ferrando, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*; in *Giurisprudenza italiana*, 2003, parte I, p. 868 ss.; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, parte I, p. 4058 ss., con nota di C.M. Bianca, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all’art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*; sempre in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, parte II, p. 446 ss., con nota di G. Di Lorenzo, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*. In termini conformi si è espressa la Corte costituzionale 10 febbraio 2006, n. 50, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, parte I, p. 172 ss. La riforma della filiazione ha ammesso il riconoscimento dei figli di genitori consanguinei, previa autorizzazione del giudice che verifica se ciò sia o meno nell’interesse del minore. Su questo aspetto della riforma, e sul diritto fondamentale dei figli al riconoscimento dello *status*, cfr. in dottrina S. Troiano, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, p. 243 ss.; S. Stefanelli, *Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell’ordinamento italiano*, in *Diritto processuale - Annuario giuridico dell’Università di Perugia*, 2013, p. 337 ss.

38 In verità, il Tribunale ha richiamato la giurisprudenza della Corte Edu anche al fine di supportare la propria argomentazione in ordine alla condivisibilità della giurisprudenza italiana che applica la lett. *d* del co. 1 dell’art. 44 della legge sulle adozioni per riconoscere il rapporto tra il minore e il partner di sesso diverso del genitore biologico, in difetto dello stato di abbandono. Ciò in quanto il PM presso il Tribunale per i minorenni, nel caso di specie, continuava a sostenere la lettura restrittiva della disposizione, ormai abbandonata quasi del tutto da lungo tempo, probabilmente al fine di evitare l’applicazione dell’istituto in contesti omogenitoriali, senza incorrere nella censura di discriminarietà sulla base dell’orientamento sessuale dell’adottando. Nella sentenza, sul punto, si legge che: “[...] ritiene il Collegio che la lettura della norma data dal Procuratore minorile ha retto soltanto nei primi anni dall’entrata in vigore della legge perché l’espressione “constatata impossibilità di disporre l’affidamento preadottivo” viene da tempo intesa dalla giurisprudenza soprattutto di merito, ma anche di legittimità, anche come impossibilità giuridica di far luogo a tale affidamento, dovuta alla impossibilità di una dichiarazione di adottabilità per l’inesistenza di una situazione di abbandono. In tal senso si è espressa anche la Corte Europea dei diritti dell’uomo con sentenza del 21 gennaio 2014, nel caso *Zhou c. Italia*, in cui si dà atto che nel Tribunali italiani (ben sei su tredici interpellati dal Governo) in relazione all’art. 44 lett. d) si registra un’interpretazione estensiva, ovvero si dichiara l’adozione in casi particolari in favore di un minore anche in situazioni in cui non sussiste lo stato di abbandono dell’adottando (cfr. par. 26)”.

dici di Strasburgo, il concetto di *ordine pubblico internazionale* trova un *limite* nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, indipendentemente dalla sussistenza di una relazione genitoriale biologica o «solo» sociale. Come anche sopra ricordato, infatti, la necessità di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la propria identità attraverso il riconoscimento/consolidamento dello *status* di «figlio» viene anteposta, dalla Corte Edu, ad ogni valutazione la liceità del ricorso a metodi di procreazione praticati all'estero da cittadini di Paesi che non consentono di avvalersi dei medesimi. Infatti, secondo la giurisprudenza di Strasburgo richiamata nella pronuncia in trattazione, qualora lo Stato di appartenenza non riconosca la loro identità, i bambini generati con ricorso alla maternità surrogata soggiacciono ad uno stato di *assoluta incertezza giuridica*, sono *ingiustificatamente privati della figura genitoriale di riferimento e sono messi nella condizione di dover avere una duplice rappresentazione di sé, in un caso valida solo socialmente e nell'altro solo legalmente*. Applicando dunque tutti questi principi di diritto al caso di specie, con l'ausilio più che significativo della Cedu – ritenuta dai giudici in “perfetta sintonia” con la Carta costituzionale, in quanto sia l'una che l'altra “tutelano i diritti inviolabili delle persone come singoli e nelle formazioni sociali alle quali appartengono” – i giudici romani hanno *consentito* l'adozione *ex* lettera *d* anche in questo particolare e delicato caso³⁹.

Concludendo con il sommario esame di questa pronuncia sembra molto importante ricordare il seguente passaggio motivazionale, nell'ottica della costruzione di una nozione giuridica di famiglia «allargata», grazie al contributo delle fonti extranazionali: “Questo Collegio, nel decidere, è tenuto ad orientarsi in conformità alle pronunce convenzionali, [...]. In questo senso, quindi, appaiono significative le indicazioni provenienti dal sistema [...] sovranazionale. Fra queste, nel caso di specie, *deve essere dato rilievo alle questioni connesse all'evoluzione socio-giuridica della famiglia e dell'emergere di nuovi modelli di vita familiare*, considerati ormai formazioni sociali giuridicamente rilevanti. L'evoluzione in corso coinvolge naturalmente anche l'Italia ed il sistema interno e, nel caso di specie, *questo Collegio è chiamato a tutelare i nuovi modelli familiari socialmente e giuridicamente rilevanti attraverso gli istituti in vigore, di cui già dispone*. Emerge così un quadro chiaro nel quale non solo trova conferma l'idea pluralistica dei modelli familiari, ma anche una concezione funzionale della famiglia che pone attenzione al rapporto prima ancora che all'atto. L'esistenza di rapporti familiari già consolidati, la presenza di vincoli e legami affettivi, umani e solidali, la comunità di vita materiale e spirituale depongono a favore della rilevanza giuridica, anche ai fini dell'adozione, di ogni modello familiare, ove si accerti che esso sia luogo di sviluppo e promozione della personalità del minore, il cui superiore interesse deve sempre prevalere» (corsivi aggiunti).

Due sentenze gemelle di segno completamente opposto ai precedenti romani sono state invece emesse dal Tribunale per i minorenni di Torino, in data 11 settembre 2015: i giudici torinesi hanno infatti ritenuto che l'unica interpretazione corretta dell'art. 44, comma 1, lettera *d* della legge n. 184 del 1983 fosse quella fedele all'*original intent* del legislatore, ovverossia quella secondo cui per “impossibilità di affidamento preadottivo” *ex* lettera *d* possa e debba intendersi soltanto l'impossibilità *di fatto*, e non anche quella *giuridica*. Di conseguenza, in difetto dello *stato di abbandono* del minore, non si potrebbe disporre la sua adozione in casi particolari, a prescindere dall'orientamento sessuale dell'aspirante adottante. L'opinione contraria darebbe infatti luogo, addirittura, ad una interpretazione “eversiva” del dato normativo, esponendo qualunque minore, già adeguatamente accudito – magari da entrambi i genitori, madre e padre – al rischio di essere adottato da un secondo, un terzo, un quarto, un quinto ... genitore «intenzionale» o «sociale», non avente alcun legame biologico né, in ipotesi, affettivo con lui⁴⁰.

Contrariamente rispetto a quanto affermato dal Tribunale per i minorenni di Torino, come visto sopra, il riconoscimento e la tutela dei rapporti di genitorialità sociale si giustificano invece soltanto in presenza di una vita familiare *effettiva*, basata su un legame affettivo profondo, reale ed attuale, con la conseguenza che l'adozione in casi particolari *ex* lett. *d* può essere disposta solo a condizione che

39 I giudici onorari componenti del Collegio, sulla presunta nocività, per i minori in genere, della loro crescita in contesti familiari omogenitoriali, hanno ritenuto che “il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla *qualità dei processi e delle dinamiche relazionali* che si attualizzano al suo interno. In altri termini, a loro avviso, «non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano” (corsivi aggiunti).

40 Si legge nella motivazione: “Ad avviso di questo Collegio ritenere compresa la «impossibilità giuridica» nella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo conduce ad una lettura *eversiva* della norma, che diviene così, inammissibilmente, un grimaldello per forzare la struttura stessa della tutela offerta al minore. [...]. La contraria opinione conduce tra l'altro, proprio perché *eversiva* del dato normativo, a ritenere adottabile nella forma della lett. *d*) ogni e qualunque minore non in stato di abbandono (perché normo-accudito da madre e padre), ove tanto realizzi il suo preminente interesse. Tale conclusione è palesemente inaccettabile alla luce del dato positivo, perché condurrebbe all'accoglimento della domanda di adozione proveniente da ogni soggetto [...] che intenda adottare il minore – come detto, definitoriamente non in stato di abbandono – nella forma della lett. *d*), al fine di «ampliarne» l'accudimento o le risorse economiche, in prospettiva anche successoria” (corsivi aggiunti).

il rapporto con il genitore sociale arricchisca in modo significativo, da ogni punto di vista, la vita del minore interessato, e che ciò sia dimostrato nel corso del giudizio. In proposito basti pensare che questi aspetti, in tutte le sentenze che hanno concluso disponendo la *stepchild adoption* omoparentale, sono stati attentamente valutati sia, in prima battuta, attraverso l'occhio critico dei componenti onorari dei tribunali minorili e/o dei consulenti tecnici nominati (esperti delle aree della psicologia, psicoterapia, pedagogia, pediatria, neuropsichiatria infantile e sociologia), sia, in seconda battuta, attraverso l'indagine giuridica condotta ai sensi dell'art. 57 della legge n. 184 del 1983, anche alla luce delle conclusioni degli esperti di cui sopra e dei servizi sociali/consulenti tecnici incaricati di effettuare le opportune indagini, avendo sempre come riferimento le circostanze del caso di volta in volta sottoposto alla loro attenzione⁴¹. Tale bifasica indagine, peraltro, non pare essere invece stata condotta dai giudici torinesi, i quali, con riferimento alle *specifiche* situazioni familiari esaminate, ed ai *concreti* minori interessati, non hanno spiegato se, e perché, riconoscere giuridicamente il rapporto instaurato con i genitori sociali omosessuali rispondesse o meno al preminente interesse dei primi. La scelta di non soffermarsi su tale aspetto cruciale, forse, tradisce un «atteggiamento prudenziale»⁴² del Collegio, motivato dall'omogenitorialità della fattispecie⁴³. Tuttavia, se così fosse, si tratterebbe di un tipo di approccio in contrasto tanto con i principi internazionali e gli insegnamenti della giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia dell'UE, quanto con la giurisprudenza italiana, anche costituzionale e di legittimità. Si pensi, in proposito, a titolo esemplificativo, alla già esaminata pronuncia n. 601 del 2013, con cui la Corte di cassazione ha chiarito che non può essere posto alla base di nessuna sentenza «il mero pregiudizio che sia» – o anche solo il dubbio che possa essere – «dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo, infatti, si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino» (corsivi aggiunti).

Orbene, le sentenze torinesi di primo grado sono state ribaltate, nel secondo grado di giudizio, dalla pronuncia del 27 maggio 2016 della Corte d'appello di Torino⁴⁴, che si è posta invece nel solco

41 Scrive S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, cit., 3, in merito al tipo di apprezzamento giudiziale in sede di verifica, ai sensi dell'art. 57 della legge sulle adozioni, della conformità della richiesta di adozione (anche omoparentale) all'interesse del minore, valutazione che: «si misura sull'ampio ventaglio delle condizioni specifiche del caso concreto che è dato accertare attraverso l'indagine di cui all'art. 57, comma 3, in specie della qualità della vita e della reciproca relazione di attaccamento. Rileveranno così, in termini espressivi della capacità di amare dell'adottante, l'apprezzamento dei motivi della sua richiesta, la valutazione di idoneità della sperimentata convivenza, la maturità affettiva dell'adulto e la sua capacità di educare il minore, oltre alla serenità dell'ambiente familiare, in cui si evidenzia tanto il ruolo svolto dall'adulto, quanto la sua percezione da parte del bambino e dell'ambiente sociale in cui è inserito, da valutarsi anche in prospettiva futura». E ancora, poco dopo: «Opportunamente, inoltre, le decisioni ad oggi pubblicate dimostrano la diffusione, nella maggior parte dei tribunali per i minorenni, della buona prassi di disporre la consulenza tecnica di collegi peritali di comprovata professionalità, per l'espletamento dell'indagine di cui all'art. 57, co. 3, ed in ausilio ai risultati di quella affidata ai servizi sociali territoriali». Per completezza si ricorda che l'art. 57 della legge sulle adozioni, come modificato dalla legge n. 149 del 2001, che riguarda la valutazione della rispondenza dell'adozione in casi particolari all'interesse del minore così recita: «Il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'art. 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia. L'indagine dovrà riguardare, in particolare: a) idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore».

42 Il principio di precauzione, utilizzato «per escludere in via di principio l'interesse del bambino ad essere adottato dal convivente dello stesso sesso del proprio genitore, in ragione del potenziale rischio che da tale ambiente di vita potrebbe derivare alla sua serena ed equilibrata crescita» non è «conferente». Così scrive S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, cit., p. 9, evidenziando inoltre che «il principio di precauzione trova applicazione rispetto alla scelta tra due alternative, concretamente praticabili, e sostiene quella che certamente non presenta rischi rispetto all'altra di cui non è accertata la pericolosità [...]. Alternativa non c'è, né può esserci, tuttavia, per il minore nato in una coppia omosessuale, a coronamento di un progetto genitoriale maturato con consapevolezza e determinazione [...]. Infine, alla verifica del difetto di quelle condizioni di rischio, oltre che all'adozione dei provvedimenti più opportuni nell'interesse del bambino è preordinata proprio la valutazione del tribunale per i minorenni, parametrata al caso concreto».

43 Ed invero, quella dell'atteggiamento «prudenziale» in materia di omogenitorialità è stata una delle argomentazioni spese dal Pres. Scovazzo, estensore delle sentenze in commento nel testo, a sostegno della tesi sposata nelle medesime, in occasione del secondo incontro del Ciclo di *Conversazioni di Diritto di Famiglia* organizzato dall'Associazione dei Giovani Avvocati di Torino, dal titolo *L'evoluzione della figura genitoriale. Adozione omogenitoriale (Report dal Tribunale per i minorenni di Torino), fecondazione eterologa e maternità surrogata (in particolare il caso Paradiso-Campanelli c. Italia)*. Incontro tenutosi il 17 marzo 2016 presso il Palazzo di Giustizia di Torino, al quale la scrivente ha potuto assistere.

44 Corte d'appello di Torino, 27 maggio 2016, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, *Dalla Corte d'Appello di Torino nuova conferma alla stepchild adoption per le famiglie arcobaleno*.

dell'orientamento romano, riprendendone le argomentazioni. Anzitutto ha infatti ritenuto che l'istituto dell'adozione in casi particolari ben possa trovare applicazione *anche in difetto dello stato di abbandono e di adottabilità*, quando ciò risponda all'interesse *concreto* del minore. In secondo luogo ha ritenuto che, per l'appunto, non si può discriminare l'aspirante adottante in ragione dell'orientamento sessuale e dell'omogenitorialità della fattispecie, a discapito dei diritti dei minori.

Ancora una volta, senza ripercorrere l'*iter* argomentativo della Corte d'appello di Torino, sovrapponibile a quello dei precedenti conformi, è interessante dare atto dell'utilizzo delle fonti internazionali ed europee. I giudici del secondo grado, già a supporto della lettura aperta della lettera *d* a prescindere dell'orientamento sessuale dell'aspirante adottante, hanno sottolineato la necessità di interpretare il diritto interno in maniera *convenzionalmente orientata*, ed hanno ricordato gli insegnamenti della Corte Edu nei casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 2014 sul rispetto del diritto alla vita privata e familiare, diritto che include quello dei minori al riconoscimento e alla tutela dello *status* di "figlio". Per rafforzare il proprio ragionamento e sottolineare l'importanza dei rapporti genitoriali *di fatto*, i giudici dell'appello hanno inoltre richiamato diverse altre pronunce della Corte Edu in cui la Corte di Strasburgo ha chiarito la portata della nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 Cedu, tra cui *Gas e Dubois c. Francia*, *K.T. c. Finlandia*, ed *Emonet e altri c. Svizzera*. Da queste e altre pronunce, secondo le parole del Collegio, emerge come la nozione di "vita familiare" sia una concezione "fondamentalmente ancorata ai fatti, e non basata su condizioni giuridiche". Sono infatti "i rapporti, i legami, la convivenza, a meritare tutela. L'esistenza di una vita familiare non è subordinata all'accertamento di un determinato *status* giuridico quanto piuttosto all'effettività dei legami [...]" (corsivi aggiunti). Applicando quindi questi principi al caso, rilevato che nella fattispecie il minore era inserito sin dalla sua nascita in un contesto omoaffettivo e che veniva adeguatamente accudito sia dalla mamma biologica sia dalla mamma sociale, partner della prima, e rilevato ancora che esisteva un forte legame affettivo tra il minore stesso e la co-mamma, i giudici torinesi hanno concluso che potesse "ritenersi consolidata la vita familiare (rilevante anche ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione) tra il minore e la compagna della madre biologica" (corsivi aggiunti) e che la domanda di adozione *ex art. 44, comma 1, lettera d* dovesse quindi essere accolta, in riforma della sentenza impugnata, "non sussistendo gli impedimenti in diritto riscontrati dalla pronuncia del Tribunale, né ravvisandosi alcun ostacolo, in fatto, per quanto riguarda l'interesse del minore. Il bambino, come ha ben osservato il Procuratore Generale nel corso della discussione, è già *di fatto* inserito in un nucleo familiare adeguato, e si impone, assai semplicemente, la tutela di tale situazione di fatto [...]" (corsivi aggiunti). Anche in questa pronuncia, dunque, il contributo della giurisprudenza di Strasburgo si è dimostrato molto importante in quanto ha aiutato i giudici a dimostrare l'esistenza di una "vita familiare" da riconoscere, tutelare e promuovere con tutti gli strumenti messi a disposizione dal diritto positivo, compresi quelli derivanti dall'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme vigenti, in mancanza di uno strumento giuridico pensato *ad hoc*.

Gli argomenti abbracciati dalle tante pronunce che hanno disposto l'adozione co-parentale *ex* lettera *d*, sia in contesti omogenitoriali che eterogenitoriali, sono stati "apertamente messi in discussione da due recenti sentenze del Tribunale per i minorenni di Milano"⁴⁵, le quali si sono discostate non soltanto dalla giurisprudenza di merito (anche dello stesso Tribunale per i minorenni di Milano)⁴⁶, ma altresì dall'orientamento espresso dalla Corte di cassazione con la pronuncia n. 12962 del 2016 (che al momento delle sentenze milanesi era già intervenuta). Le pronunce alle quali si fa riferimento sono quella del 17 ottobre 2016 e quella del 20 ottobre 2016⁴⁷.

Più in particolare, la prima ha negato l'adozione c.d. incrociata da parte di una coppia di mamme, mentre la seconda ha negato l'adozione *ex* lettera *d* in un contesto familiare eteroaffettivo, respingendo la domanda di un uomo di poter adottare il figlio biologico della propria compagna.

Entrambe le sentenze di merito, come osservato in dottrina, nella pur ampia motivazione, "si basano su un'interpretazione rigidamente letterale dell'art. 44 che non tiene conto dell'evoluzione normativa dell'istituto e soprattutto della complessiva evoluzione del diritto di famiglia, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale"⁴⁸. Esse infatti muovono da una premessa che, come già detto, non pare (più) potersi condividere, ovvero che l'adozione in casi particolari, così come l'adozione piena, sia ammissibile solo in presenza di una "situazione di abbandono". Si tratta, invero, di una tesi contraria non tanto e non solo alla lettura evolutiva della lettera *d*, ma già all'interpretazione letterale della medesima, letta

45 G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 9.

46 Tribunale per i minorenni di Milano, 28 marzo 2007, in *Famiglia e minori*, 2007, p. 83 ss.

47 Per un interessante commento cfr. G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2017, p. 171 ss.

48 G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 9.

sistematicamente rispetto alle altre disposizioni vigenti, come dimostrato in precedenza. Peraltro, la nozione di «abbandono» utilizzata nelle pronunce in esame è una nozione eccessivamente ampia e del tutto atecnica: l'«abbandono», infatti, viene qui definito come “grave carenza delle figure genitoriali”. Al contrario, la nozione tecnica di “abbandono” fatta propria dall'art. 8 della legge n. 184 del 1983 è molto più ristretta e riguarda le situazioni in cui vi è una “mancanza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, non dovuta a causa di forza maggiore transitoria”.

Le sentenze appaiono censurabili sia sotto i profili brevemente indicati, sia sotto ulteriori profili, ma ciò che qui preme sottolineare è che entrambe appaiono disarmoniche rispetto agli insegnamenti internazionali ed europei in merito al riconoscimento e alla tutela dei rapporti genitoriali che integrano una *vita familiare effettiva*. D'altro canto, se si vuole invece evidenziare un aspetto positivo di questa recente giurisprudenza milanese, è che essa non discrimina tra genitorialità “tradizionale” ed omogenitorialità, ma chiude (almeno apparentemente) all'interpretazione aperta della lettera *d* nell'uno come nell'altro caso, a prescindere dall'orientamento sessuale dell'aspirante adottante. D'altra parte, come più volte ribadito, un diverso esito avrebbe reso le pronunce contrarie non soltanto all'art. 8 Cedu, come appunto sono, ma anche all'art. 14 Cedu, letto in combinato disposto con l'art. 8.

3. La sentenza della Corte d'appello di Milano del 9 febbraio 2017

Così com'era accaduto per le sentenze torinesi che avevano respinto le domande di *stepchild adoption* in contesti omogenitoriali, anche questa giurisprudenza milanese di primo grado è stata ribaltata nel secondo grado di giudizio. Più in particolare, la sentenza del 17 ottobre 2016, che aveva negato la c.d. adozione incrociata da parte di una coppia di mamme, è stata impugnata e riformata dalla sentenza del 9 febbraio 2017 della Corte d'appello di Milano⁴⁹, la quale ha disposto la predetta adozione nell'interesse delle due bambine coinvolte, col parere favorevole del Procuratore Generale in sede. Anche questa pronuncia si è, dunque, conformata all'orientamento inaugurato in sede di merito dal Tribunale per i minorenni di Roma, confermato in secondo grado dalle Corti d'appello di Roma e di Torino e abbracciato anche in sede di legittimità dalla pronuncia n. 12962 del 2016 della Cassazione.

L'iter argomentativo seguito dal Collegio milanese in questa articolata ed interessante decisione di secondo grado, frutto della riunione dei due ricorsi presentati dalle co-mamme appellanti, non si discosta, nella sostanza, da quello dei precedenti conformi. Evidenziate le circostanze di fatto, le argomentazioni delle parti, gli esiti delle indagini disposte dal Tribunale per i minorenni nel corso del giudizio di primo grado⁵⁰ e i precedenti della giurisprudenza italiana in materia, la Corte è passata ad esaminare la questione giuridica sottesa al caso, ovvero la interpretazione più corretta da dare alla più volte citata lettera *d*, nel composito quadro delle fonti del diritto e nel contesto socio-culturale attuale. Sul punto, i giudici di secondo grado hanno evidenziato senza mezzi termini che “l'unica condizione posta dall'art. 44 lett. d) è l'impossibilità di procedere con l'affido preadottivo e non viene richiesto che sussista una relazione di coniugio tra i soggetti chiamati ad esercitare il ruolo genitoriale, a differenza di quanto previsto dalla lettera b). Il legislatore richiede una stabile relazione sotto il profilo affettivo, educativo e materiale e intenzionalmente non richiama il rapporto di coniugio. Tale circostanza può quindi verificarsi anche nel caso di coppie omosessuali [...]. Una lettura dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983 che escludesse la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari per le coppie di fatto omosessuali si porrebbe in contrasto con gli articoli 14 e 8 della Cedu, come rilevato da Tribunale per i minorenni di Roma con sentenza n. 299/2014”. La disposizione di cui alla lettera *d*, più in particolare, secondo i giudici dell'appello, si caratterizza per essere una “norma residuale avente *carattere aperto* nella sua stessa sintetica espressione letterale, per certi versi enigmatica se non venisse letta alla luce della *ratio* dell'intero istituto dell'adozione speciale e dei principi cardine del superiore interesse del minore e del

49 Per un commento cfr. M. Gattuso, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2017.

50 Le indagini, predisposte dal Servizio Adozioni della ATS di Milano, avevano evidenziato anzitutto che le bambine erano nate nell'ambito di un progetto di co-genitorialità concordato all'interno della loro unione e che l'adozione era voluta da entrambe le mamme per riconoscere e tutelare il rapporto già in essere con le figlie. Queste ultime – era emerso dalle indagini – vedevano nelle co-mamme delle figure genitoriali stabili e positive, pur avendo le co-mamme differenti predisposizioni e competenze, nonché diversi carichi legati alle contingenze lavorative. Entrambe le mamme erano comunque risultate dotate di capacità e competenze genitoriali particolarmente elevate.

suo diritto a mantenere la continuità (anche giuridica) di legami con persone con cui abbia un rapporto «stabile e duraturo» (così come specificato per la lettera a dalla recente legge 173 del 2015)⁵¹.

Nel caso di specie, inoltre, le appellanti avevano dimostrato la sussistenza di quella fondamentale condizione che l'art. 57 n. 2 della legge n. 184 del 1983 impone di valutare, ovverossia che l'adozione richiesta rispondesse al preminente interesse dei minori adottandi⁵². Le bambine infatti vivevano in una situazione di benessere psicofisico e riconoscevano nelle appellanti, in egual modo, le loro figure genitoriali. Orbene, quando la condizione di cui all'art. 57 viene dimostrata, secondo i giudici dell'appello, «il riconoscimento giuridico della genitorialità sociale è interesse e diritto dei bambini». Anche il Procuratore Generale presso la Corte d'appello, con valutazioni condivise dalla Corte e poste a base della decisione, aveva peraltro evidenziato la «particolare idoneità affettiva ed educativa delle adottanti e i benefici che avrebbero tratto le minori dall'accoglimento delle domande, con riconoscimento giuridico e conseguente tutela di relazioni affettive di natura stabile, consolidate all'interno di un nucleo familiare, in piena corrispondenza dell'interesse preminente delle minori».

La Corte d'appello non ravvisa dunque alcuna ragione per confermare la pronuncia di primo grado accedendo ad una interpretazione restrittiva dell'art. 44, superata dallo stesso Tribunale di Milano già a partire dal 2007⁵³. Secondo i giudici del gravame, in conclusione, «le argomentazioni del primo giudice non convincono affatto, giacché vengono ravvisati ostacoli all'adozione richiesta che viceversa la norma non pone». Inoltre, «davvero non si comprendere perché debbano essere posti limiti che finiscono per discriminare situazioni del tutto analoghe».

Un aspetto che qualifica la pronuncia in commento rispetto alle precedenti è quello di aver rafforzato la propria argomentazione attraverso il riferimento alla recente legge n. 76 del 2016, la quale, almeno apparentemente, come detto, non aveva preso alcuna posizione in tema di omogenitorialità⁵⁴. Secondo la Corte d'appello (e contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di primo grado)⁵⁵, la legge Cirinnà avrebbe infatti non solo legittimato, ma anche *avallato* l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi dal 2014 in avanti sulla lettera d dell'art. 44, e ciò in attesa di disciplinare l'istituto dell'adozione omoparentale in un momento successivo⁵⁶. Più precisamente, secondo la Corte milanese, la legge n. 76 si sarebbe «limitata a regolamentare le unioni civili tra persone dello stesso sesso e a disciplinare le convivenze, avendo il legislatore semplicemente deciso di non affrontare congiuntamente anche il problema della regolamentazione della c.d. *stepchild adoption*, preferendo *rinviarlo* e procedendo così allo stralcio del relativo articolo che prevedeva una modifica dell'art. 44 lettera b)», ma tale modifica della lettera b) «*si imponeva proprio per l'interpretazione che in un numero crescente di casi veniva data alla lettera d)*». Di con-

51 La nuova legge sul diritto alla continuità affettiva dei bambini tiene conto dei legami positivamente instaurati dal minore dichiarato adottabile con la famiglia affidataria, nel senso che anche gli affidatari sono considerati quali possibili genitori adottivi, se ciò risponde al concreto interesse del minore. In argomento, *ex multis*, cfr. il recente contributo di A. Cordiano, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, n. 2, p. 255 ss., nel quale la nuova legge sul diritto alla continuità affettiva dei minori viene comparata con l'evoluzione degli istituti dell'adozione e dell'affidamento.

52 Sul punto, i giudici dell'appello hanno censurato la pronuncia di primo grado, sottolineando che il Tribunale per i minorenni di Milano non aveva proceduto nella valutazione prescritta dall'art. 57 e non avevano quindi verificato se, nel caso di specie, le adozioni richieste realizzassero o meno l'interesse delle minori. Ciò in quanto avevano ritenuto, a monte, che non ricorreranno i presupposti per avanzare domanda di adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d, data la mancanza del requisito dello *status di abbandono*.

53 Sentenze del 2 febbraio 2007 e 28 marzo 2007.

54 In argomento, la Corte d'appello ha esordito affermando, in termini piuttosto generali, che: «[...] seppure questa sia una materia in cui il diritto fatica a regolamentare la varietà e la complessità delle relazioni umane e dove le norme appaiono sovente inadeguate per una società in continua evoluzione e che esige riforme in tempi rapidi, tuttavia, consapevole di ciò, il Legislatore appare lungimirante laddove da un lato adotta una *tecnica normativa elastica* e che si presta particolarmente ad *interpretazioni evolutive* e, dall'altro, richiama espressamente nelle norme stesse i *principi generali che devono costituire il costante riferimento in questa materia*. È il caso di tutto l'impianto normativo dell'adozione in casi particolari [...]» (corsivi aggiunti).

55 I giudici di primo grado avevano infatti ritenuto che «il fatto che nella discussione della legge si sia posto il problema dibattuto se estendere o meno la adozione ex art. 44 lettera b) (anzi in genere l'adozione) alle unioni civili dimostra all'evidenza che originariamente non era stato previsto. La dizione «resta fermo» non può certamente essere intesa nel senso di introdurre una nuova normativa che la legge non aveva previsto perché sarebbe un controsenso logico [...]. Appare comunque desumibile [...] la chiara volontà del legislatore di confermare la normativa vigente per quanto attiene all'art. 44 lettera b)».

56 In dottrina, sul tema, cfr. B.E. Hernandez-Truyol, R. Virzo (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, ed *ivi* in part. N. Cipriani, *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, p. 249 e ss., ma anche V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, n. 4/2017, p. 381 e ss.

sequenza, dalla legge n. 76 non emergerebbe affatto – come invece ritenuto dai giudici di primo grado – una volontà del legislatore di “delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell’adozione in casi particolari ma, semmai, una «volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44, lettera d)”. Infatti, se è vero che con la legge Cirinnà si è stralciato l’articolo che prevedeva una modifica dell’art. 44, lettera b, dall’altro “il legislatore ha sentito il bisogno di aggiungere una locuzione che non può essere interpretata in nessun altro modo se non come clausola di salvaguardia, altrimenti non se ne comprenderebbe il senso, [...], ovvero l’espressione “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione delle norme vigenti”. Che resti fermo quanto previsto può apparire pleonastico, ma è fatto salvo anche quanto consentito, evidentemente dalla interpretazione giurisprudenziale così come si è sviluppata nel tempo e come indicata da ultimo dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 12962/16” (corsivi aggiunti).

In conclusione, scrive condivisibilmente la Corte, “la piena equiparazione, sotto il profilo che qui interessa, dei diritti dei figli dei genitori coniugati e dei figli di genitori uniti civilmente o conviventi, siano essi eterosessuali o omosessuali, si ha oggi attraverso un’interpretazione estensiva, o meglio, evolutiva, dell’art. 44 lettera d, profilandosi, in caso contrario, un problema di incostituzionalità dell’art. 44 per violazione del principio di eguaglianza, a maggior ragione dopo l’approvazione della legge sulle unioni civili, questione che il Tribunale per i minorenni di Milano avrebbe quindi dovuto sollevare prima di accedere ad una interpretazione restrittiva che, di fatto, viola i diritti dei minori” (corsivi aggiunti).

Quanto all’utilizzo delle fonti internazionali ed europee da parte dei giudici della Corte d’appello di Milano, si può osservare anzitutto che la parte motivazionale della pronuncia si apre con queste parole: “La Corte ritiene che la sentenza impugnata debba essere riformata in quanto le domande proposte dalle appellanti sono fondate e le argomentazioni sviluppate a sostegno delle stesse sopra riportate sono pienamente condivise dalla Corte, così come le osservazioni svolte dal Pubblico Ministero presso il Tribunale per i minorenni e dal Procuratore Generale nei rispettivi pareri scritti, depositati in atti, favorevoli all’accoglimento delle domande di adozione”.

Orbene, sia le co-mamme appellanti, sia il Pubblico Ministero presso il Tribunale per i minorenni di Milano, sia il Procuratore Generale presso la Corte d’appello di Milano avevano fatto ampio uso del diritto internazionale e del diritto dell’UE, tanto positivo quanto giurisprudenziale, per sostenere la lettura aperta della lettera d dell’art. 44. Ciò significa che anche la Corte d’appello ritiene di poter porre le fonti extranazionali citate dalle parti a sostegno dell’interpretazione evolutiva in trattazione. Peraltro, esplicita tale convincimento nel passaggio in cui evidenzia la *doverosità* dell’interpretazione evolutiva della lettera d in “tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l’interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, apparendo oltretutto il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani del tutto coerente con tali conclusioni”. Dette conclusioni, più in particolare, non possono essere scalfite dall’omogenitorialità della fattispecie, sia in quanto non è dimostrato che essa possa recare un pregiudizio allo sviluppo armonioso e sereno dei bambini, sia in quanto, evidentemente, non possono essere posti ostacoli alla richiesta di adozione, conculcando il principio del *best interest of the child* “per il prevalere di pregiudizi legati ad una concezione dei vincoli familiari non più rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell’epoca attuale”. “Del resto - continua significativamente la Corte d’appello di Milano - proprio l’interpretazione evolutiva della Corte Edu⁵⁷ della nozione di *vita familiare* di cui all’art. 8 della Convenzione [...] è giunta ad affermare che nell’ambito della vita familiare deve annoverarsi il rapporto fra persone dello stesso sesso, rapporto che non può quindi essere escluso dal diritto di famiglia, con la conseguenza che non già le aspirazioni o i desideri degli adulti debbano avere necessariamente pari riconoscimento da parte dell’ordinamento, bensì i diritti dei bambini” (corsivi aggiunti).

Per tutte queste condivisibili ragioni la Corte, in riforma della sentenza emessa dal Tribunale per i Minorenni di Milano il 13 settembre 2016 ed in accoglimento degli appelli proposti dalle co-mamme, ha dichiarato, con il parere favorevole del Procuratore Generale in sede, l’adozione incrociata delle minori, disponendo che le stesse aggiungessero al proprio cognome quello della mamma sociale adottante e riconoscendo la dignità giuridica di *famiglia* a tutte le persone coinvolte.

57 In particolare, la Corte d’appello di Milano fa riferimento alle seguenti pronunce della Corte Edu: K.B. c. Austria del 2010; Oliari e altri c. Italia del 2015; Pajic c. Croazia del 2016.

4. Una nozione giuridica inclusiva e non discriminatoria di *famiglia*

I principi di matrice extranazionale e la giurisprudenza elaborata intorno ad essi (soprattutto dalla Corte Edu) hanno contribuito in modo *determinante* all'evoluzione del diritto familiare italiano. Con riferimento ai rapporti giuridici verticali nelle famiglie omoaffettive, le fonti extranazionali hanno incoraggiato l'interpretazione evolutiva delle norme esistenti al fine di dare riconoscimento, protezione, dignità a questi rapporti, nell'interesse preminente dei minori interessati e nel rispetto della loro *vita familiare*. Il processo di lento adeguamento giurisprudenziale alle indicazioni extranazionali ha portato all'evoluzione della stessa nozione giuridica di *famiglia*, qualche decennio fa intesa unicamente quale società naturale fondata sul matrimonio, ed oggi intesa, in senso inclusivo e non discriminatorio, quale stabile comunità di affetti, a prescindere dal *nomen iuris*.

A conferma della tesi, sempre sul piano dei rapporti verticali o di genitorialità, giungono le due recentissime pronunce del Tribunale per i minorenni di Bologna del 6 luglio 2017⁵⁸, che ancora una volta hanno consentito l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d* della legge n. 184 del 1983 a favore di due minori allevati in contesti omoaffettivi (rispettivamente, accuditi da due mamme e da due papà).

Le due pronunce, come evidenziato dalla dottrina, si segnalano anzitutto perché, approfondendo le argomentazioni già presenti nella sentenza della Corte d'appello di Milano appena commentata, evidenziano la peculiare considerazione degli effetti prodotti, nella materia *de qua*, dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Ed invero, come si legge in un recente e condivisibile commento della dottrina, "se già la Corte d'appello di Milano, con la pronuncia dello scorso 9 febbraio, aveva fatto ampio riferimento alla legge n. 76 del 2016, ed in particolare alla corretta interpretazione del terzo periodo del comma 20, il Tribunale per i minorenni di Bologna si spinge ancora oltre, chiarendo oltre ogni ragionevole dubbio che, *per effetto [...] dell'espresso riferimento alla «vita familiare» contenuto nel comma 12 dell'articolo unico, le unioni civili devono essere considerate alla stregua di vere e proprie famiglie, così offrendo all'adozione in casi particolari un substrato relazionale solido, sicuro, giuridicamente tutelato*"⁵⁹ (corsivi aggiunti).

Ed invero, il Tribunale per i minorenni di Bologna ha applicato *direttamente* ai due casi sottoposti alla sua attenzione la legge Cirinnà, legge che, a sua volta, come noto, è il frutto dell'ottemperanza del legislatore italiano al *dictum* della Corte Edu nel caso *Oliari e altri c. Italia* del 2015. Ad avviso del Tribunale, più in particolare, "in primo luogo, la nuova normativa ha eletto le coppie formate da persone dello stesso sesso, ove sussistenti vincoli affettivi, al rango di «famiglia» (è inequivoco il riferimento, nella normativa, alla «vita familiare», a tacer d'altro); in secondo luogo, come aveva efficacemente rilevato già la Corte d'appello di Milano, la clausola di cui all'ultimo periodo del comma 20 della legge Cirinnà è stata inserita «proprio allo scopo di scongiurare che fosse impedito agli omosessuali di continuare a fruire di un istituto già esistente. La sua funzione, dunque, è quella di chiarire all'interprete che la mancata previsione legislativa dell'accesso all'adozione coparentale non deve essere letta come un segnale di arresto o di contrarietà rispetto all'ordinamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza in favore dell'adozione coparentale ai sensi della lettera d)"⁶⁰.

Alla luce di tutto quanto sopra evidenziato si può dunque concludere che la giurisprudenza italiana in materia di omogenitorialità, con il prezioso contributo delle fonti extranazionali, ha saputo costruire una nuova nozione giuridica di famiglia, includendo non solo le famiglie eterosessuali non coniugali, ma anche le famiglie omoaffettive caratterizzate dalla presenza di figli.

58 Per un primo commento cfr. A. Schillaci, *La vita non si ferma: l'unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2017.

59 Così in A. Schillaci, ult. cit.

60 Sulle ancor più recenti decisioni di merito in materia di adozione co-parentale in contesti omogenitoriali (Tribunale per i minorenni di Venezia, 31 maggio 2017; Tribunale per i minorenni di Palermo, 30 luglio 2017; Tribunale per i minorenni di Bologna, 20 luglio 2017) si rinvia, per un primo commento, al contributo di M. Gattuso e A. Schillaci, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2017. Gli autori rilevano come, nonostante queste sentenze siano espressione di *tre diversi atteggiamenti* delle corti minorili italiane sul tema, tutte e tre aderiscono, in linea di principio, all'indirizzo della Cassazione, "potendosi ritenere così verosimilmente accantonato quell'orientamento di netta contrapposizione seguito dai Tribunali per i minorenni di Torino e Milano [...] che divergevano con varia motivazione dall'interpretazione evolutiva del tribunale per i minorenni di Roma avallato dalla Cassazione, le cui decisioni sono state poi riformate dalle rispettive Corti di appello".

Osservatorio documenti

Germania

Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (EheRÄndG k.a.Abk.)

G. v. 20.07.2017 BGBl. I S. 2788 (Nr. 52); Geltung ab 01.10.20

Eingangsformel

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Artikel 1 ändert mWv. 1. Oktober 2017 BGB § 1309, § 1353

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 1309 wird folgender Absatz 3 angefügt:
„(3) Absatz 1 gilt nicht für Personen, die eine gleichgeschlechtliche Ehe eingehen wollen und deren Heimatstaat die Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht vorsieht.“
2. § 1353 Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:
„Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

Artikel 2 Änderungen weiterer Gesetze

Artikel 2 ändert mWv. 1. Oktober 2017 LPartG § 20a (nei), EGBGB Artikel 17b, TSG § 7, PStG § 17 (neu)

(1) Das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2429) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Nach § 20 wird folgender Abschnitt 5 eingefügt:
„Abschnitt 5 Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe
§ 20a Eine Lebenspartnerschaft wird in eine Ehe umgewandelt, wenn zwei Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner gegenseitig persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Ehe auf Lebenszeit führen zu wollen. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden. Die Erklärungen werden wirksam, wenn sie vor dem Standesbeamten abgegeben werden.“

2. Die bisherigen Abschnitte 5 und 6 werden die Abschnitte 6 und 7.
(2) Das Personenstandsgesetz vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2522) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
 - a) Der Angabe zu Kapitel 4 werden die Wörter „und Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe“ angefügt.
 - b) Nach der Angabe zu § 17 wird folgende Angabe eingefügt:
„§ 17a Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe und ihre Beurkundung“.

2. Kapitel 4 wird wie folgt geändert:

- a) Der Überschrift werden die Wörter „und Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe“ angefügt.
- b) Folgender § 17a wird angefügt:
„§ 17a Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe und ihre Beurkundung
(1) Die Lebenspartner haben bei der Umwandlung ihrer Lebenspartnerschaft in eine Ehe das Bestehen der Lebenspartnerschaft durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.
(2) Für die Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe gelten die §§ 11 und 12 Absatz 1 und 2 Nummer 1 bis 3 sowie die §§ 14 bis 16 entsprechend.“
(3) § 7 Absatz 1 des Transsexuellengesetzes vom 10. September 1980 (BGBl. I S. 1654), das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2522) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. In Nummer 2 wird das Wort „oder“ gestrichen und das Komma durch einen Punkt ersetzt.
2. Nummer 3 wird aufgehoben.
(4) Artikel 17b des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. Der Überschrift werden die Wörter „und gleichgeschlechtliche Ehe“ angefügt.
2. Absatz 4 wird wie folgt gefasst:
„(4) Die Bestimmungen der Absätze 1 bis 3 gelten für die gleichgeschlechtliche Ehe entsprechend.“

Artikel 3 Inkrafttreten

- (1) Dieses Gesetz tritt am ersten Tag des dritten auf die Verkündung*) folgenden Monats in Kraft.
- (2) Für Rechte und Pflichten der Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner bleibt nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe der Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft weiterhin maßgebend.
- (3) Lebenspartnerschaften können ab Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht mehr begründet werden.

Anm. d. Red.: Die Verkündung erfolgte am 28. Juli 2017.

Schlussformel

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.
Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Der Bundespräsident
Steinmeier

Die Bundeskanzlerin
Dr. Angela Merkel

Der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz
Heiko Maas

Der Bundesminister des Innern
Thomas de Maizière

Portogallo

Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida), 22 agosto 2016

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, e 17/2016, de 20 de junho.

Artigo 2.º

Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Os artigos 2.º, 3.º, 5.º, 8.º, 14.º, 15.º, 16.º, 30.º, 34.º, 39.º e 44.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, Procriação medicamente assistida, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, e 17/2016, de 20 de junho, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 2.º

[...]

1 - (Anterior corpo do artigo.)

2 - A presente lei aplica-se ainda às situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º

Artigo 3.º

[...]

1 - As técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição, devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas.

2 - É proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Artigo 5.º

[...]

1 - As técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.

2 - ...

Artigo 8.º

Gestação de substituição

1 - Entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.

3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

4 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2.

5 - É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.

6 - Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

7 - A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

8 - No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei.

9 - Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.

10 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.

11 - O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

12 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.

Artigo 14.º

[...]

1 - ...

2 - ...

3 - ...

4 - ...

5 - O disposto nos números anteriores é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º

6 - Nas situações previstas no artigo 8.º, devem os beneficiários e a gestante de substituição ser ainda informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal.

Artigo 15.º

[...]

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

2 - ...

3 - ...

4 - ...

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Artigo 16.º

[...]

1 - Aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respetivos beneficiários, dadores, incluindo as gestantes de substituição, e crianças nascidas é aplicada a legislação de proteção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde.

2 - ...

Artigo 30.º

[...]

2 - ...

...omissis...

p) Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, incluindo as gestantes de substituição, beneficiários e crianças nascidas;

q) ...

3 - ...

Artigo 34.º

[...]

Quem aplicar técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.

Artigo 39.º

Gestação de substituição

1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.

3 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

4 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias.

5 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos.

6 - Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos.

7 - A tentativa é punível.

Artigo 44.º

[...]

1 - ...

a) ...

b) A aplicação de qualquer técnica de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, fora dos centros autorizados;

c) ...

d) ...

2 - ...»

Artigo 3.º

Regulamentação

O Governo aprova, no prazo máximo de 120 dias após a publicação da presente lei, a respetiva regulamentação.

Artigo 4.º

Entrada em vigor

1 - A presente lei entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao da sua publicação.

2 - As alterações aos artigos 8.º e 39.º, introduzidas pela presente lei, entram em vigor na data de início de vigência do diploma referido no artigo anterior.

Aprovada em 20 de julho de 2016.

omissis

Portogallo

Decreto Regulamentar n. 6/2017, 31 luglio 2017

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, veio regular o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA). A referida lei estabelece assim as condições em que é possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para situações absolutamente excecionais e com requisitos de admissibilidade estritos.

Neste sentido, o recurso à gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, e sempre sujeito à celebração de contratos de gestação de substituição, que depende de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) e audição prévia da Ordem dos Médicos.

A necessidade imperiosa de cumprimento dos requisitos já legalmente fixados exige, portanto, que a regulamentação concretize as condições indispensáveis à plena aplicação das soluções legislativas adotadas, garantindo-se que a mesma não cria constrangimentos adicionais que não constem de lei expressa, sob pena de violação da reserva de lei.

Assim, atendendo à necessidade de assegurar a unidade e coerência legislativa, foram envolvidos na regulamentação da referida Lei os mesmos especialistas que estiveram na base da regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, através do Despacho n.º 11613/2016, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 188, de 29 de setembro.

Neste âmbito, o processo de elaboração do anteprojeto de decreto regulamentar foi desenvolvido pela referida Comissão, tendo a mesma consultado o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, os Diretores dos Centros de PMA, a Sociedade Portuguesa de Medicina de Reprodução e a Sociedade Portuguesa de Andrologia, Medicina Sexual e Reprodução no desenvolvimento dos seus trabalhos. Das consultas efetuadas e da reflexão realizada pela própria Comissão resultou a identificação de matérias que, com o acesso à gestação de substituição, através da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, considera-se relevante regulamentar. Cabe, agora, ao Governo criar as condições necessárias a implementação plena das soluções adotadas pelo legislador parlamentar.

Neste sentido, importa através do presente decreto regulamentar definir o procedimento de autorização prévia a que se encontra sujeita a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, assim como o próprio contrato de gestação de substituição, cuja supervisão compete ao CNPMA, devendo garantir-se que os contratos de gestação de substituição asseguram a prevalência dos interesses da criança sobre quaisquer outros e que os interesses da mulher gestante são tidos em devida consideração.

Destaca-se a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição, designadamente no âmbito da celebração e da execução do próprio contrato, circunscrevendo-se a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao mínimo indispensável, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta. Isto, obviamente, sem prejuízo das situações em que a gestante de substituição é uma familiar próxima, em que poderá existir, habitualmente, uma relação entre a gestante de substituição e a criança nascida. Procura-se, ainda, assegurar a máxima segurança médica possível, acautelando o envolvimento de todas as partes, numa decisão alicerçada na tutela de interesses comuns e, em especial, dos interesses da criança.

Seguindo o princípio de equilíbrio e prevenção de possíveis complicações físicas e psicológicas para a gestante de substituição, deve ser garantida à mesma, no âmbito do próprio contrato, um acompanhamento psicológico antes e após o parto.

Por fim, dada a necessidade de PMA no âmbito das situações de gestação de substituição, é premente assegurar o princípio da igualdade de tratamento no recurso às técnicas de PMA, em especial, no contexto do Serviço Nacional de Saúde, entre os beneficiários desta alternativa terapêutica e os beneficiários que reúnam os requisitos previstos nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, assim como a correta qualificação da gestante de substituição e do casal beneficiário para efeitos de aplicação do regime de proteção de parentalidade.

Foram ouvidos o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

Assim:

Nos termos do n.º 6 do artigo 112.º e da alínea c) do artigo 199.º da Constituição e do artigo 3.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, o Governo decreta o seguinte:

Artigo 1.º

Objeto

O presente decreto regulamentar regula a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição.

Artigo 2.º

Pedido de autorização prévia

- 1 - O pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) através de formulário disponível no respetivo sítio da internet, cujo modelo é criado por este Conselho, subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição.
- 2 - O pedido de autorização prévia deve ser acompanhado dos seguintes elementos e documentação:
 - a) Da identificação do casal beneficiário e da gestante de substituição, escolhida por aquele casal;
 - b) Da aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição por parte do casal beneficiário e da gestante de substituição;
 - c) Da documentação médica, com origem no centro de Procriação Medicamente Assistida (PMA) no qual a técnica de PMA ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, destinada a comprovar que a mulher elemento do casal beneficiário se encontra nas condições previstas nos n.os 2 e 3 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto;
 - d) De uma declaração de psiquiatra ou psicólogo favorável à celebração do contrato de gestação de substituição;
 - e) De uma declaração do Diretor do centro de PMA no qual a técnica ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do ou dos tratamentos a realizar.
- 3 - No prazo máximo de 60 dias a contar da apresentação do pedido de autorização prévia, o CNPMA delibera sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia e, em caso de admissão, envia a documentação referida na alínea c) do número anterior à Ordem dos Médicos, solicitando o respetivo parecer dessa entidade, observadas as necessárias garantias de confidencialidade.
- 4 - No decurso do prazo referido no número anterior, o CNPMA pode excecionalmente solicitar ao requerente informações ou documentos complementares ao pedido apresentado, suspendendo-se o prazo até à receção das informações ou documentos.
- 5 - A Ordem dos Médicos tem um prazo máximo de 60 dias, a contar da receção da documentação referida no n.º 3, para apresentar o seu parecer ao CNPMA.
- 6 - O parecer da Ordem dos Médicos referido nos n.os 3 e 5 não tem carácter vinculativo.
- 7 - No caso de a Ordem dos Médicos não emitir o seu parecer no prazo fixado pelo n.º 5, pode o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem o parecer.
- 8 - O CNPMA deve decidir se autoriza ou rejeita a celebração do respetivo contrato de gestação de substituição, no prazo máximo de 60 dias a contar da receção do parecer da Ordem dos Médicos ou da expiração do prazo referido no n.º 5, no caso de a Ordem dos Médicos não apresentar o seu parecer no prazo fixado.
- 9 - Para efeitos do disposto no número anterior, o CNPMA deve tomar as diligências que considere adequadas e necessárias para a decisão, designadamente, a realização de uma reunião com a gestante de substituição e o casal beneficiário, e a realização de uma avaliação completa e independente do casal beneficiário e da gestante de substituição, por uma equipa técnica e multidisciplinar designadamente na área da saúde materna e da saúde mental.

Artigo 3.º

Contrato de gestação de substituição

- 1 - O CNPMA aprova o contrato-tipo de gestação de substituição, que contém os elementos essenciais do contrato, disponibilizando-o no respetivo sítio da internet.

- 2 - Por acordo das partes, podem ser aditadas cláusulas ao contrato-tipo referido no número anterior.
- 3 - Do contrato-tipo devem constar, entre outras, cláusulas tendo por objeto:
 - a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança;
 - b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar;
 - c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto;
 - d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação;
 - e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde;
 - f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;
 - g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição;
 - h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor;
 - i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar;
 - j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências;
 - k) A gratuidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes;
 - l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato;
 - m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.

Artigo 4.º

Declaração negocial

Sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição, são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Artigo 5.º

Recurso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida no Serviço Nacional de Saúde

O acesso a técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde pelo casal beneficiário e a gestante de substituição, nos termos legalmente definidos, deve obedecer aos mesmos critérios que são aplicados aos beneficiários com acesso a técnicas de PMA ao abrigo da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, e não pode ser objeto de tempos de espera distintos dos aplicáveis a esses beneficiários.

Artigo 6.º

Regime de proteção de parentalidade

- 1 - No que respeita ao casal beneficiário, o parto da gestante de substituição é considerado como seu para efeitos de licença parental, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade.
- 2 - No que respeita à gestante de substituição, o seu parto beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade.
- 3 - O regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade é aplicável à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança.

Artigo 7.º

Avaliação

O disposto no presente decreto regulamentar é objeto de avaliação no prazo de um ano após a data da sua entrada em vigor.

Artigo 8.º

Entrada em vigor

O presente decreto regulamentar entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 22 de junho de 2017.

Augusto Ernesto Santos Silva - Adalberto Campos Fernandes

Promulgado em 26 de julho de 2017.

omissis

Osservatorio decisioni

*Corte d'appello di Milano, sezione delle persone, dei minori e della famiglia***Ordinanza del 25 luglio 2016, n. 273**

AZIONE DI DISCONOSCIMENTO PER DIFETTO DI VERIDICITÀ – GESTAZIONE PER ALTRI (MATERNITÀ SURROGATA) – RICHIESTA DI INDICAZIONE DELLA MADRE GESTANTE IN LUOGO DI QUELLA INTENZIONALE - PRINCIPIO DEL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE – IMPOSSIBILITÀ DI VALUTAZIONE IN CONCRETO – ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE – RILEVANZA – NON MANIFESTA INFONDATEZZA

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 codice civile, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio (nella specie nato tramite gestazione per altri, per cui il certificato di nascita reca l'indicazione della madre intenzionale in luogo della gestante), possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, in riferimento agli articoli 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'art. 8 Cedu, e non permetta di valutare in concreto l'interesse del minore a mantenere la relazione filiale, riconosciuta all'estero, con i genitori d'intenzione.

Riferimenti normativi: Art. 8 Cedu; artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione; art. 263 codice civile.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE PERSONE MINORI E FAMIGLIA

omissis

ha pronunciato la ordinanza *...omissis...*

Ragioni di fatto e diritto della decisione

1. A seguito della nascita a *...omissis...* in data 2 gennaio 2012 di *...omissis...*, riconosciuto come figlio naturale di *...omissis...* e di *...omissis...*, e della sospensione da parte dell'Ufficio dello stato civile di Milano del procedimento relativo alla richiesta di trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, veniva effettuata segnalazione alla Procura della Repubblica sul rilievo che potesse ricorrere un'ipotesi di maternità surrogata e venivano svolte indagini da parte della Procura presso il Tribunale per i minorenni, nel corso delle quali lo *...omissis...* ammettevano il ricorso in India alla pratica della surrogazione, con ovulo di donatrice anonima.

Su iniziativa del pubblico ministero presso il Tribunale per i minorenni si apriva procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore.

Nella pendenza di tale procedimento, veniva accolta la richiesta di trascrizione del certificato di nascita, riproposta dai genitori del bambino, così risultando il piccolo *...omissis...*

Con decreto 4/22 maggio 2012, il Tribunale per i minorenni di Milano, su richiesta del pubblico ministero, considerato che dagli atti era emerso che il bambino non era stato partorito da *...omissis...* autorizzava ai sensi dell'art. 264, comma 2, codice civile l'impugnazione del riconoscimento, nominando a tal fine curatore speciale del minore *...omissis...*

Il procedimento per la dichiarazione dell'adozione esitava nel provvedimento 6-14 settembre 2012 col quale il TM dichiarava non luogo a provvedere, avendo peraltro i genitori del piccolo *...omissis...*

contratto matrimonio ...*omissis*... ed essendo risultata certa, in base all'eseguito test sul DNA, la paternità biologica di ...*omissis*...

2. Il nominato curatore chiamava quindi in giudizio ...*omissis*... chiedendo all'adito Tribunale di Milano di dichiarare l'inefficacia del riconoscimento di figlio naturale da lei effettuato nei confronti del minore e di ordinare al competente ufficiale di stato civile di provvedere alle conseguenti annotazioni.

Si costituiva ...*omissis*... la quale dava atto che il piccolo ...*omissis*...era nato a seguito di pratica di maternità surrogata effettuata secondo la legge indiana ed aveva un «*patrimonio genetico indiano al 50%, in quanto era indiana la donatrice del gamete femminile (per scelta volontaria e consapevole della coppia)*». Detto delle personali condizioni di salute (patologia tumorale e sottoposizione a chemioterapia) preclusive alla produzione di propri ovociti e alla gestazione, richiamato il criterio guida dell'interesse del minore cui aveva fatto riferimento la giurisprudenza di merito che aveva consentito la trascrizione in Italia di atti di nascita formati all'estero a seguito di ricorso alla surrogazione, sottolineato di aver già intrapreso un percorso volto ad affrontare la problematica delle origini del bambino al fine delle opportune comunicazioni al figlio, concludeva chiedendo al Tribunale di decidere secondo giustizia, valutando quanto esposto in diritto.

3. Il Tribunale di Milano con sentenza n. 396/2014 accoglieva la domanda del curatore e dichiarava che ...*omissis*... non è figlio di ...*omissis*... disponendo a cura dell'ufficiale di stato civile le conseguenti annotazioni di legge.

Il Tribunale, premessa la propria giurisdizione e premesso che lo status filiationis del minore, cittadino italiano in quanto figlio naturale del padre ...*omissis*..., doveva essere regolato dalla legge italiana, perveniva a tale decisione, sulla base dei seguenti rilievi in diritto, nel seguente ordine logico prospettati:

- l'art. 269, comma 3, codice civile connette la maternità esclusivamente al parto;

- la filiazione *ex matre* non può dedursi dall'allegato contratto per la fecondazione eterologa con maternità surrogata, essendo esso privo di validità nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 16 della legge n. 218/1995 per contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico e dovendo applicarsi alla fattispecie la regola dell'art. 33 legge n. 218/95;

pur accogliendo un concetto di maggior flessibilità dell'ordine pubblico interno, come proposto dalla difesa della convenuta, nella fattispecie «...*l'applicazione della vigente normativa italiana – che in caso di diversa soluzione verrebbe sostanzialmente aggirata con sostanziale abrogazione dell'art. 269, comma 3, codice civile – esclude il ricorso alla tecnica procreativa attuata*».

4. Avverso la sentenza del Tribunale ha proposto appello la ...*omissis*... che:

- 4.1. in via principale, ha chiesto la riforma della decisione, anche attraverso l'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 16 della legge n. 218/1995. A sostegno di tale richiesta la difesa appellante ha, per un verso, sottolineato, la non coincidenza dell'ordine pubblico, da quella disposizione richiamata, con l'ordine pubblico interno, dovendo invece aversi riferimento all'ordine pubblico internazionale anche in considerazione della diffusione in altri paesi della pratica della surrogazione di maternità; per altro verso, ha sottolineato come la stessa nozione di ordine pubblico interno deve ritenersi incisa dalla sentenza n. 162/14 con cui la Corte costituzionale, successivamente alla decisione impugnata, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 40/2004 che ponevano il divieto della fecondazione eterologa.

- 4.2. in via subordinata, ha chiesto che la Corte, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, sollevi questione di legittimità costituzionale sull'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, nella parte in cui pone il divieto assoluto di effettuare la maternità surrogata, in relazione agli articoli 2, 3, 13, 29, 31 e 32 della Costituzione.

Evidenziava l'appellante l'irragionevolezza del divieto di surrogazione di maternità *ex art. 3 Cost.*, risultando quel divieto privo di sanzione per la coppia che ricorra alla pratica della surrogazione all'estero, nel paese dove è consentita, e potendo, comunque, la madre sociale, o d'intenzione, qualora la coppia abbia utilizzato i gameti maschili del partner, chiedere ed ottenere l'adozione del minore ai sensi dell'art. 44, lettera b) della legge n. 184/1983.

Sottolineava un ulteriore profilo di contrasto con l'art. 3, risultando escluse dal ricorso alle tecniche di fecondazione assistita le coppie il cui peculiare quadro clinico rende la pratica della surrogazione di maternità unica tecnica idonea a garantire la possibilità di avere una famiglia con figli, prospettandosi così plurimi profili di discriminazione.

Rilevava poi la ...*omissis*... che il divieto del ricorso alla maternità surrogata è in contrasto col diritto della coppia di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare (articoli 2, 3, 13, 29, 31 Cost.), impedendo quel divieto a una coppia affetta da patologie legate a sterilità o infertilità di formare una famiglia con dei figli. E ciò in contrasto con la natura di interesse di rango costituzionale riconosciuta alle esigenze della procreazione dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 151/2009 e con le affermazioni contenute nella sentenza n. 162/2014.

Richiamava infine la *...omissis...* il contrasto tra il divieto del ricorso alla maternità surrogata e il diritto alla salute della coppia (art. 32 Cost.), comprensivo secondo univoca interpretazione anche della salute psicologica, la cui più opportuna valutazione compete, oltre che alla coppia, al medico.

- 4.3. in estremo subordine, ha chiesto che la Corte, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, sollevi questione di legittimità costituzionale sull'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, con riferimento agli articoli 2, 3, 13, 29, 31, 32 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui la norma non consente di procedere alla trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero a seguito dell'applicazione di tecniche di maternità surrogata, atti formati in modo legittimo nei paesi che consentono simile tecnica.
5. Si è costituito nel procedimento di gravame il curatore del minore, che:
 - 5.1. ha svolto un preliminare riferimento alla doverosità dell'iniziativa giudiziaria intrapresa a seguito di mandato, rilevando che, sebbene gli esiti della indagine psicosociale disposta dal TM avessero «...confermato l'interesse del minore a mantenere il legame familiare con la madre sociale e... in qualche modo riconosciuto l'esigenza che il minore possa godere di uno status giuridico nei confronti della signora *...omissis...*», lo stato della legislazione non consentiva a madre e figlio di vedersi riconosciuto un legame giuridico se non «in modo forse un po' affievolito» per il tramite dell'adozione in casi particolari;
 - 5.2. in via principale, ha chiesto il rigetto delle domande di merito;
 - 5.3. in via subordinata, ha chiesto di sollevare la questione di legittimità costituzionale proposta dall'appellante, in relazione a tutte le norme da questa richiamate, prospettando anche l'ulteriore profilo di incostituzionalità costituito dalla illecita discriminazione di genere, palesata dal fatto che, mentre l'uomo completamente sterile, a seguito della sentenza n. 162/2014, ricorrendo a tecniche di fecondazione eterologa e per l'effetto della sola donazione di gameti, può riconoscere un figlio come proprio, la medesima possibilità non è data alla donna, nell'ipotesi in cui la stessa, oltre a non poter produrre ovociti, non abbia la possibilità di portare a termine la gravidanza.
6. Precise dalle parti le conclusioni come sopra riportate, scaduti gli assegnati termini *ex art.* 190 codice di procedura civile, la causa è pervenuta in decisione.
7. Occorre svolgere un preliminare rilievo in ordine alle domande con cui l'appellante propone la necessità di interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 16 della legge n. 218/1995, o solleva al riguardo questione di legittimità costituzionale, in relazione alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero, atti formati in modo legittimo nei paesi che consentono la maternità surrogata.

Invero, la questione della possibilità di trascrizione, certamente assai rilevante per i minori nati da surrogazione effettuata all'estero, non appare dirimente nella presente fattispecie, la cui peculiarità è che il certificato di nascita del minore come figlio di *...omissis...*, certificato legittimamente formato in India e comprovante quelle genitorialità, risulta essere stato trascritto in Italia (cfr. certificato stato civile 1 marzo 2012, doc. 4 fascicolo di parte *...omissis...*, primo grado di giudizio).

- 7.1. Pertanto, data l'avvenuta trascrizione dell'atto di nascita, la questione affrontata dal Tribunale, e ora posta all'esame della Corte, come rilevato con chiarezza dal curatore, non è quella di autorizzare la trascrizione di uno status *filiationis* giuridicamente riconosciuto solo all'estero e di costituire uno status inesistente per l'Italia, dal momento che *...omissis...* è oggi, a tutti gli effetti, riconosciuto giuridicamente come figlio della *...omissis...*, bensì quella della rimozione, attraverso la proposta azione, di uno status già riconosciuto, a causa della non veridicità di quel riconoscimento, in Italia trascritto.
8. Ciò premesso, prendendo in esame la prospettata questione di costituzionalità del divieto di surrogazione di maternità in relazione ai segnalati parametri, può convenirsi con la difesa dell'appellante – e con il curatore per quanto da questi evidenziato – che il divieto normativo possa apparire in contrasto, sotto più profili, con le richiamate norme costituzionali.
- 8.1. Innanzitutto, in relazione all'art. 3 della Costituzione, per le diverse possibilità offerte alle coppie, i cui problemi di sterilità/infertilità non incidono sulla possibilità di gestazione della donna, rispetto a quelle offerte alle coppie nei casi in cui il peculiare quadro clinico della stessa non consente la gestazione, coppie che, quindi, solo derogando al divieto potrebbero avere un figlio per via naturale, geneticamente riconducibile ad almeno uno dei partner.

La situazione della coppia che presenti, quanto alla donna, una patologia preclusiva della gestazione, pur nella sua peculiarità, pare, infatti, assimilabile, agli effetti di un necessario uguale trattamento da parte del legislatore, a quella della coppia i cui problemi di sterilità/infertilità non incidono sulla gestazione, considerando che l'obiettivo dichiarato della legge n. 40/2004 è quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da infertilità e sterilità della coppia mediante il ricorso alle tecniche di riproduzione, alle condizioni e modi previsti dalla legge, e considerando che tutte le coppie per le quali si ravvisa una patologia di sterilità/infertilità dovrebbero poter utilizzare la migliore tecnica scientifica per far fronte alla patologia.

Nè il sottolineato contrasto potrebbe escludersi sul rilievo di alcuni in ordine alla natura non terapeutica della surrogazione, dovendo ritenersi che la pratica della gestazione per altri, in quanto pre-

suppone comunque la fecondazione in vivo o in vitro di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia dei genitori d'intenzione, rientri nella generale cornice della procreazione medicalmente assistita (implicita conferma sta, peraltro, nel divieto posto nella stessa legge). In tale prospettiva riguardata, anche la surrogazione assume rilievo di terapia rientrante nella logica della legge n. 40/2004 secondo cui il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano «altri» metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità (art. 1, comma 2), così collocando la metodica della PMA nell'ampio genus delle terapie.

8.1.1. Il divieto normativo comporta poi, a seguita della sentenza n. 162/14 con cui la Corte costituzionale ha rimosso il divieto del ricorso alla fecondazione eterologa, anche una discriminazione di genere. Infatti, mentre è ora consentito ad un uomo completamente sterile di poter ricorrere alle tecniche riproduttive e di poter riconoscere come proprio un figlio per l'effetto della donazione di gameti, la stessa possibilità non è consentita ad una donna che non possa portare a termine la gravidanza.

8.1.2. Non può essere poi sottovalutato il fatto che coppie italiane facciano ricorso alla surrogazione di maternità in paesi stranieri, europei ed extraeuropei, dove tale pratica è consentita, dando luogo, così come era avvenuto per la fecondazione eterologa, a un vasto fenomeno di turismo procreativo, non ostacolato dalle sanzioni penali, atteso il consistente orientamento giurisprudenziale di merito che, per un verso, esclude la punibilità della coppia sul rilievo che è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero che questi risultino punibili come illeciti penali, ancorchè con *nomen iuris* e pene diversi, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati; e, per altro verso, è orientato, con riferimento all'atto di nascita del nato, ad escludere la sussistenza del reato di cui all'art. 567 codice penale, ogniquale volta l'atto sia già stato formato dall'autorità amministrativa estera alla stregua della normativa del paese straniero, e ad escludere anche la consumazione del reato *ex art.* 495 codice penale.

Rilevata la fragilità, in un contesto globale, del rigido strumento normativo della proibizione assoluta a fronte, della diffusione all'estero del ricorso alla surrogazione di maternità, deve constatarsi che, anche nel caso della surrogazione, si determina un ingiustificato diverso trattamento delle coppie in base alla loro capacità economica, venendo di fatto negato l'esercizio del diritto di formare una famiglia con figli propri alle coppie prive delle risorse finanziarie per fare ricorso alla pratica della surrogazione in altri paesi.

8.2. Il divieto di surrogazione di maternità, impedendo alla coppia, impossibilitata alla gestazione a causa di una patologia della donna, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli si pone poi in formale contrasto con gli articoli 2, 3, e 31 della Costituzione, norme nelle quali la Corte costituzionale ha radicato la fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima e intangibile della persona umana. Va qui richiamata la sentenza n. 162/2014, nella parte in cui la Consulta ha affermato che «...la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi...», precisando come il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, «...anche indipendentemente dal dato genetico...», è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico, emergendo dallo stesso istituto dell'adozione, per quanto finalizzato a garantire una famiglia ai minori, che comunque «...il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa...».

8.3. In stretta connessione col profilo ora considerato, può ancora individuarsi un contrasto tra il divieto normativo e il diritto alla salute costituzionalizzato all'art. 32 della Carta, inglobando la nozione di salute diversi aspetti dell'esistenza personale.

Sulla incontestabile premessa che, per una donna, l'impossibilità di portare avanti una gravidanza rappresenti una patologia produttiva di disabilità, si richiama la comune configurazione del diritto alla salute, comprensivo secondo la costante giurisprudenza costituzionale, e in linea con quanto sancito dall'Organizzazione mondiale della sanità, anche della salute psichica, la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica. Così come affermato nella citata sentenza n. 162/2014, secondo la quale l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, può incidere negativamente, «...in misura anche rilevante, sulla salute della coppia...», con evidente riferimento all'influenza delle problematiche riproduttive sulla salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia e quindi sui loro reciproci rapporti.

9. I cennati profili in ordine alla incidenza del divieto assoluto di ricorso alla pratica della surrogazione di maternità sui richiamati principi costituzionali non appaiono, tuttavia, a questa Corte idonei a fondare il prospettato dubbio di costituzionalità se riguardati in più ampia e doverosa prospettiva, ossia considerando se quel divieto possa rappresentare strumento necessario per garantire altri valori costituzionali di pari rango, a fronte dei quali risulti giustificata la limitazione legislativa dei diritti prima richiamati, pure costituzionalmente garantiti.

9.1. La surrogazione di maternità cui fa riferimento la legge n. 40/2004 riveste, infatti, nel contesto delle metodiche di procreazione medicalmente assistita, una particolare posizione in quanto, se è certamente una pratica di riproduzione, è anche, ed essenzialmente, una pratica relazionale che coinvolge più sog-

getti e in modo assai più pervasivo di quanto accada con la fecondazione eterologa, assumendo nella surrogazione di maternità rilievo, oltre alla posizione del nato, quella della donna gestante per altri.

Pertanto, è ai diritti di tali soggetti che occorre avere riguardo per valutare se, in un bilanciamento realizzato con criteri di ragionevolezza e proporzionalità, sussista l'esigenza di salvaguardia di altri valori costituzionali di pari grado a quelli sopra considerati.

10. La Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, ritenendo l'interesse «...della persona nata dalla PMA di tipo eterologo...» come «...l'unico interesse che si contrappone...» ai beni costituzionali incisi dal divieto di fecondazione eterologa e valutando se tale interesse potesse essere leso «... a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica...», era pervenuta a conclusione negativa, affermando, anche sotto i considerati profili, che il divieto di fecondazione eterologa era il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

I rilievi del giudice delle leggi, pur nella peculiarità della pratica qui considerata, possono rappresentare una linea guida anche per il nato da surrogazione di maternità.

- 10.1. Per quanto concerne la questione del diritto a conoscere la propria identità genetica, la Consulta nella richiamata sentenza ha osservato che la questione «...neppure è nuova. Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia", nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del decreto legislativo n. 154 del 2013). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile vulnus agli articoli 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013)...».

Le argomentazioni della Corte possono essere qui utilmente richiamate, non trovando ostacolo nel fatto che nella surrogazione la questione identitaria del nato potrebbe porsi sotto un profilo sia genetico (con riferimento alla donna che ha fornito l'utilizzato gamete femminile) che biologico (con riferimento alla donna che ha portato avanti la gravidanza), dovendo ogni ragionamento al riguardo essere collocato in un'ipotetica cornice in cui la regolamentazione della surrogazione di maternità consentirebbe un possibile accesso alle informazioni, nei limiti e secondo le indicazioni richiamate dalla Corte costituzionale.

- 10.2. Nemmeno si giustifica il divieto di surrogazione quale mezzo per garantire l'interesse del nato a non subire il pregiudizio derivantegli dalla rottura del legame instaurato durante la gravidanza con la donna gestante, diversa da quella che per lui assumerà il ruolo di madre effettiva.

Non si intende sottovalutare l'importanza del legame prenatale madre/figlio, ma solo sottolineare che se, per un verso, non esistono nel nostro paese accreditati ed esaurienti report psicologici che confermino il pregiudizio derivante da quel distacco ai nati da surrogazione di maternità, per altro verso, gli esiti delle ricerche effettuate nei paesi in cui la surrogazione non è vietata ed è regolamentata (ad esempio, le ricerche effettuate nel Regno Unito dal *Centre for Family Research* dell'Università di Cambridge, a cura della Prof. Susan Golombok (www.cambridge.org/.../modern-families-parents-and-children-) indicano dopo adeguato monitoraggio che i bambini nati da «gestazione di sostegno» non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo rispetto a quelli nati da concepimento naturale o da ovodonazione. Esiti che sembrano esprimere quindi la rilevanza, per l'armonico sviluppo psicofisico del figlio, della positività della relazione con i genitori intenzionali che quel figlio hanno voluto, curano e amano.

Sicché, pur nel quadro di un generale principio di precauzione, non pare che, sotto il profilo considerato, il divieto di surrogazione di maternità possa rappresentare l'unico mezzo per garantire la tutela di un interesse costituzionalmente tutelato del nato.

11. A diversa conclusione perviene questa Corte andando a valutare se nella condizione della donna gestante per altri debba ravvisarsi o meno una lesione della sua dignità, intesa – prima ancora che come diritto fondamentale – come principio che permea l'intero patto costituzionale fondato sulla centralità dell'essere umano, considerato, in quanto tale e nella sua vita di relazione, sempre fine e mai mezzo, principio che inerisce, integrandosi, ai diritti fondamentali dai quali diventa inscindibile.

Tale valutazione va fatta anche alla stregua della normativa sovranazionale, con particolare riferimento alla Carta di Nizza introduttiva del principio, giuridicamente vincolante per l'Unione, della inviolabilità della dignità umana.

- 11.1. Alla dignità ha fatto riferimento nella sentenza 24001/2014 la Cassazione che ha posto proprio la dignità umana della gestante, unitamente ad altri profili (la prevista sanzione penale in caso di violazione del divieto e le regole proprie dell'istituto dell'adozione), a sostegno della affermata contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione.

Il richiamo operato dalla Corte di legittimità alla dignità della gestante come bene giuridico fondamentale la cui tutela fa ostacolo alle pratiche di surrogazione di maternità è netto, e, pur tuttavia, la Corte nella sentenza in esame ha anche considerato che, stante la fattispecie esaminata (assenza di legame genetico tra il nato e entrambi i «committenti» che avevano stipulato in Ucraina un contratto di surrogazione nullo anche secondo la legge di quel paese), non rilevava «...domandarsi se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame...».

- 11.2. L'interrogativo accennato dalla Cassazione, in quanto riguardante ipotesi di surrogazione di maternità caratterizzate da intenti di pura solidarietà, pone quindi in relazione la lesione della dignità della donna con la mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, conseguente alla commercializzazione, della relazione con i committenti.

Tale prospettiva non può che essere condivisa, apparendo irriducibile il contrasto tra la maternità surrogata e il principio di dignità personale della gestante con riferimento alla mercificazione del suo corpo, se degradato per «contratto» a solo strumento di procreazione, e con riferimento alla vincolatività di un «contratto» che la obbliga a disporre del proprio corpo come mezzo per fini altrui e a consegnare il nato ai committenti.

- 11.3. Con particolare riferimento a tale ultimo profilo, proprio in ragione della stretta interazione tra dignità e autodeterminazione delle persone, considera la Corte che la condizione della gestante per altri, contrattualmente vincolata alla gravidanza e alla consegna del nato, risulta in contrasto con il peculiare diritto di autodeterminazione riconosciuto alla donna – il cui corpo e la cui soggettività sono centrali nelle relazioni procreative – dal nostro ordinamento che, proprio in relazione alle scelte di genitorialità, a lei attribuisce parola definitiva in ordine alla decisione di interruzione della gravidanza, nei casi consentiti, e in ordine alla decisione di non voler essere nominata.

12. Per tali rilievi, si ritiene che il divieto di maternità surrogata garantisca la tutela di fondamentali diritti della donna, violata nella dignità se vincolata in una «gestazione per altri» attuata nella logica dello sfruttamento e commercializzazione del suo corpo, logica particolarmente evidente nel caso delle donne più vulnerabili nei paesi in via di sviluppo e contrastante con i valori condivisi della civiltà europea, espressi a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina, secondo cui «... Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto...» (art. 21), fino alla Carta di Nizza che all'art. 3 stabilisce il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; e lesa nel suo peculiare diritto di autodeterminazione dall'obbligo contrattuale di dare, come oggetto di consegna, il nato, ai committenti.

13. Di contro, potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla pratica «relazionale» della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisse un «ripensamento», ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino, non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre.

Solo in tale cornice, che consentirebbe di diversamente apprezzare i diritti dei soggetti coinvolti, potrebbe essere apprezzato come non manifestamente infondato il prospettato dubbio di costituzionalità.

- 13.1. Quella prospettiva, tuttavia, con ogni evidenza è stata, e resta, estranea alla presente fattispecie, in cui la surrogazione si è svolta al di fuori di una pratica relazionale, nel contesto di un mercato notoriamente all'epoca deregolato (risulta, peraltro, nelle more del decorso del termine per il deposito degli atti difensivi, che il Governo indiano ha deciso di vietare alle donne indiane, per proteggerne la dignità, di portare avanti la gravidanza a pagamento per coppie di stranieri), in una situazione nella quale, al di là di quanto risultante dal modulo sottoscritto (doc. 2-bis, fascicolo primo grado C.), non è dato intravedere una condizione di soggettività e libertà della donna che ha portato avanti la gravidanza, consegnando dopo il parto la creatura che è nata agli *intended parents*.

- 13.2. Pertanto, al di là di ogni rilievo (del quale il giudice remittente dovrebbe farsi carico in sede di rimessione) in ordine alla natura dell'intervento che si richiederebbe al giudice delle leggi, appare chiaro che il dubbio di costituzionalità – che andrebbe riferito alla assolutezza del divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 – non assume rilevanza alcuna nel caso di specie, dovendo questa Corte delimitare la proposta questione di legittimità con riferimento ad una fattispecie che non si allontani da quella concreta, emergente dal caso in esame.

14. Ritene la Corte che sia invece prospettabile una diversa questione di legittimità costituzionale che pone al centro l'interesse del nato da ricorso a surrogazione di maternità effettuata all'estero, secondo le leggi del paese dove quella pratica è consentita, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita.

Il dubbio di costituzionalità deriva dalla formulazione dell'art. 263 codice civile – non prevedendo tale norma che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso – in stretta connessione con l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, da considerare «diritto vivente», che esclude possa ravvisarsi un conflitto tra *favor minoris* e *favor veritatis*.

- 14.1. La Corte costituzionale ha avuto già modo di pronunciarsi al riguardo con la sentenza n. 112/1997, essendo stata investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 codice civile, sollevata sul rilievo che una declaratoria di non veridicità del riconoscimento, pur in presenza dei presupposti normativi, potrebbe risultare pregiudizievole all'interesse del minore, e che una decisione che non considerasse il preminente interesse di questi alla conservazione del suo status, si risolverebbe nella mera certificazione della corrispondenza tra il dato naturale e la situazione giuridica, senza alcuna valutazione delle specifiche esigenze di tutela del minore.

La Consulta ritenne la questione infondata, affermando che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è ispirata al «*principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere*», e individuando nella verità del rapporto di filiazione un valore necessariamente da tutelare, con la precisazione che la finalità perseguita dal legislatore con l'impugnazione ex 263 codice civile consiste proprio nell'attuazione del diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica.

- 14.2. Analogo principio è stato poi ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/1999, ad altri fini resa, secondo la quale «*...Nella crescente considerazione del "favor veritatis" non si è ravvisata una ragione di conflitto con il "favor minoris", poichè anzi la verità biologica della procreazione si è ritenuta una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, riconoscendosi espressamente l'esigenza di garantire al figlio il diritto alla propria identità e precisamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze nn. 216 e 112 del 1997), rispetto al quale può recedere l'intangibilità dello status, allorchè esso risulti privato del fondamento della presunta corrispondenza alla verità biologica...*».
- 14.3. Allo stesso criterio di riferimento si è successivamente richiamata la Cassazione nella sentenza n. 7294/2005, con la quale ha, tra l'altro, ritenuto manifestamente infondata la questione, nuovamente prospettata, di legittimità costituzionale dell'art. 263 codice civile, nella parte in cui non prevede alcuna valutazione dell'interesse del minore. Ha sottolineato la Corte di legittimità che «*...non vi può essere conflitto tra "favor veritatis" e "favor minoris", ove si consideri che l'autenticità del rapporto di filiazione costituisce l'essenza stessa dell'interesse del minore, quale inviolabile diritto alla sua identità...*».
- 14.4. Ancora, su un piano generale, nella più recente ordinanza n. 12/2012 la Corte costituzionale ha affermato che la crescente considerazione del *favor veritatis* non si pone in conflitto con il *favor minoris*, poichè anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico.
- 14.5. A ulteriore conferma che il *favor veritatis* si ponga, con riferimento all'impugnazione del riconoscimento del minore per difetto di veridicità, quale regola di «diritto vivente», rammenta questa Corte che, nella XIV legislatura, è stata depositata alla Camera il 25 ottobre 2001 la proposta di legge n. 1858/C, recante un unico articolo destinato proprio a sostituire l'art. 263 codice civile con norma che prevedeva che, nel decidere sull'impugnazione, «*...il giudice deve tenere conto dell'interesse del figlio a mantenere o meno lo status derivante dal riconoscimento contestato...*».
15. Alla stregua di tali rilievi, ritiene la Corte di non poter esplorare soluzioni ermeneutiche che consentano di prendere in considerazione, nella cornice dell'art. 263 codice civile, la specifica situazione, del minore, al fine di privilegiare una soluzione idonea a realizzare il suo concreto ed effettivo interesse, alla luce della sua vicenda esistenziale e del contesto personale.

La norma, che non accoglie nella sua formulazione un riferimento all'interesse del minore, nel richiamato univoco indirizzo interpretativo da considerare «diritto vivente», pone tuttavia dubbi di costituzionalità con riferimento ai principi di particolare tutela e protezione che la Costituzione e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, assicurano ai minori.

16. La questione ha un'incidenza attuale nel presente procedimento che è stato promosso ex art. 263 codice civile dal curatore con riferimento all'art. 269, 3° comma, codice civile – la cui portata non ha consentito allo stesso curatore speciale «*...di astenersi dall'intraprendere l'azione in oggetto, una volta ottenuto il mandato giudiziale...*» (comparsa conclusionale in appello), in quanto «*...le norme inderogabili che definiscono e disciplinano in Italia la genitorialità ed in particolare la maternità non consentono oggi a madre e figlio di vedersi riconosciuto tale legame giuridico, se non per il tramite dell'adozione in casi particolari – nel*

presupposto quindi che l'interesse del minore, di cui lo stesso curatore è portatore, debba identificarsi nel favor veritatis.

La rilevanza della questione si evidenzia nella possibilità che una decisione di accoglimento da parte della Corte costituzionale potrebbe influenzare l'esito del presente giudizio, a fronte della conclusione fondata sulla non veridicità del riconoscimento ex art. 269, comma 3, codice civile.

Qualora, infatti, fosse consentita una valutazione in concreto dell'interesse del minore, non astrattamente coincidente col favor veritatis, l'interesse del piccolo *...omissis...* a vedersi o meno mantenuto lo stato di filiazione materna, come risultante dal trascritto certificato di nascita, potrebbe essere misurato anche alla stregua di altri profili, riguardanti la particolare modalità della sua venuta al mondo, la possibilità o meno di altro legame giuridico, certo e ugualmente tutelante, con la madre intenzionale, e tutte le circostanze, anche relative alla relazione con la predetta madre intenzionale, emerse nella fattispecie in esame (si richiamano i rilievi del curatore, sub 5.1).

17. La necessità di tenere sempre da conto il concreto interesse del minore nelle vicende giudiziarie che lo riguardano trova indicazioni oramai numerose nelle convenzioni e regolamentazioni sovranazionali e nel percorso giurisprudenziale, europeo e anche interno, che hanno contribuito a conferire all'interesse del minore valore di clausola generale, da intendersi come strumento proprio per una attenta valutazione delle circostanze del caso concreto.
- 17.1. E' inevitabile un preliminare richiamo, oltre che alle Convenzioni più risalenti nel tempo – la Convenzione di New York (Convenzione ONU sui diritti del fanciullo) e la Convenzione di Strasburgo (Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli) – alla Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ora parte integrante del Trattato sull'Unione, che codifica all'art. 24, comma 2, il principio che «*In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*»; nonché alle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore, adottate dal Consiglio dei ministri del Consiglio d'Europa nel 2010 a Bruxelles che pongono il principio fondamentale per cui «*Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori affinché il loro interesse superiore sia posto davanti a ogni altra considerazione in tutte le questioni che li coinvolgono o li riguardano*».
- 17.2. Le citate Linee Guida rendono chiaro nelle loro articolate indicazioni che il riferimento al «superiore» interesse del minore va inteso come ricerca di una soluzione che garantisca l'effettiva attuazione, non di un interesse astratto e preconetto, ma come ricerca del *the best interest*, cioè dell'interesse concreto di «quel» minore che, nel singolo caso sottoposto a valutazione, è destinatario di un provvedimento.
- 17.3. Anche il più recente percorso giurisprudenziale interno offre esempi della rilevanza della ricerca del concreto interesse del minore in tema di relazioni familiari.

Si richiamano le pronunce di merito che, sulla base di una concreta valutazione del *the best interest of the child*, hanno ammesso la trascrivibilità nei registri dello stato civile italiano di atti stranieri attributivi della genitorialità alla madre intenzionale, a seguito di accordo di maternità surrogata nel Regno Unito (Corte Appello Bari 13 febbraio 2009); di atto di nascita, formato in Spagna, del figlio di una coppia di donne, nato con donazione del gamete maschile e trasferimento dell'ovulo di una delle due all'altra che ha portato a termine la gravidanza (Corte Appello Torino 29 ottobre 2014) e le note e numerose decisioni in tema di adozione ex art. 44 decreto-legge 1983/184 del figlio del partner di coppia dello stesso sesso. Un riferimento può essere fatto anche alla giurisprudenza di legittimità (cfr. sentenza n. 601/2013, con la quale la Corte di cassazione, con riferimento al contestato affidamento di un minore alla madre, con altra donna convivente, ha respinto il ricorso del padre sul rilievo che costituiva un mero pregiudizio ritenere che fosse dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale) e alla giurisprudenza costituzionale (cfr. sentenza n. 31/2012, con cui la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 567 codice penale nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata a carico dei genitori per il delitto di alterazione di stato, debba automaticamente conseguire la perdita della potestà genitoriale, precludendo così al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore).

18. Con particolare riferimento alle azioni di stato, va anche rilevato come i criteri di riferimento si siano nel corso del tempo modificati, riflettendo intervenuti mutamenti nel costume e nella sensibilità sociale – basti pensare, senza pretesa di completezza, alla originaria codicistica supremazia del favor legitimatis, grandemente attenuata dalla riforma del 1975 a favore della verità biologica, e alle disposizioni in tema di filiazione del nato da fecondazione eterologa – sicché, tenuto conto dei principi desumibili dalla normativa sovranazionale e nazionale e dagli approdi giurisprudenziali, europei e interni, e anche delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie in tema di procreazione assistita, sembrerebbe opportuna una rinnovata riflessione sul tema della coincidenza – per quanto qui interessa, limitatamente all'art. 263 c.c. – tra favor veritatis e favor minoris, considerando il concreto interesse del minore come criterio correttivo del principio di verità.

19. Alla stregua dei rilievi svolti, sembra quindi non manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità di una norma che non prevede, e non consente nella sua univoca interpretazione, di valutare il concreto interesse del minore a mantenere, o a perdere, l'identità relazionale e lo status di una riconosciuta filiazione materna, e che impedisce quindi che quell'interesse possa essere effettivamente realizzato con l'ampiezza di tutele e garanzie riconosciute da plurimi principi costituzionali a ogni persona, ai figli, e, a maggior ragione, ai minori, soggetti più deboli nel contesto sociale e familiare.
- 19.1. Il riferimento è all'art. 2, per la natura di diritto inviolabile riferibile al diritto del minore a non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere una «madre», e di mantenere la filiazione nei confronti della madre intenzionale; all'art. 30 che riconosce e promuove, sia pure in via sussidiaria, accanto alla genitorialità biologica, una genitorialità sociale, fondata sul consenso e indipendente dal dato genetico, della quale in alcune situazioni problematiche, quale potrebbe essere ritenuta la non utile accertabilità di filiazione biologica, l'interesse del minore, non realizzabile nella pienezza della sua tutela con altre modalità, potrebbe giovare, principio che incrocia il valore delle garanzie offerte al figlio dalla assunzione di responsabilità sociale nei suoi confronti; all'art. 31, che, con disposizione riassuntiva e generale, chiude e completa il quadro delle garanzie costituzionali dei rapporti familiari e dell'infanzia.
- 19.2. L'impossibilità di valutare in concreto un interesse che possa non coincidere col favor veritatis può prestarsi a dubbi di ragionevolezza ex art. 3 Costituzione, specie considerando l'indicazione dell'art. 9 della legge n. 40/2004 che, prima della decisione n. 162/14 della Consulta, in costanza del divieto di accesso alla fecondazione eterologa, aveva comunque assicurato al nato lo stato di figlio del coniuge o del convivente della donna che lo aveva partorito.
- E' noto, peraltro, che, nel nuovo assetto conseguente all'abolizione del divieto di accesso alla eterologa, esclusa la possibilità che il coniuge o il convivente del genitore naturale possano disconoscere la paternità del nato o, rispettivamente, impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, autorevole dottrina dubita che permanga in capo al figlio la legittimazione alle azioni indicate, anche sul rilievo che, stante la regola di cui all'art. 9, comma 3, un eventuale accertamento negativo della paternità legale non potrebbe comunque preludere a un successivo accertamento positivo della paternità biologica. Sotto tale profilo, nella prospettiva in cui non si possa procedere a valutazione concreta dell'interesse del minore, la condizione in cui si trova dal punto di vista dello status il nato da surrogazione può risultare irragionevolmente diversa e sfavorevole rispetto a quello assicurata al minore nato dalla, precedentemente vietata, fecondazione eterologa.
20. La norma in esame, nella vigente interpretazione, sembra prestare il fianco al dubbio di costituzionalità anche con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, come declinato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella valutazione del diritto del minore al rispetto della sua vita privata in situazioni riconducibili alla maternità surrogata.
- 20.1. Si richiamano innanzitutto le sentenze del 26 giugno 2014 (casi *Mennesson e Labasse contro Francia* – ricorsi n. 65192/11 e n. 65941/11), nelle quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato la questione del rifiuto di attribuire riconoscimento legale in Francia ai rapporti genitoriali legalmente stabiliti negli Stati Uniti tra minori nati da maternità surrogata e le coppie che si erano sottoposte a tale trattamento.
- La questione posta alla Corte dai ricorrenti non aveva ad oggetto la compatibilità con la Convenzione del divieto posto da uno Stato membro di ricorrere alla surrogazione di maternità, bensì la compatibilità, con i diritti garantiti dalla Convenzione, della decisione dello Stato francese di privare i bambini, nati da quella pratica regolarmente effettuata all'estero, nel Paese in cui gli stessi risiedono, del loro status di figli della coppia che ha fatto ricorso alla procreazione assistita.
- In entrambi i casi, la Corte, considerato che non vi era stata violazione dell'art. 8 nei confronti delle coppie genitoriali ricorrenti, rilevava la violazione della norma con riferimento al diritto dei minori al rispetto della propria vita privata, rispetto concernente il diritto di ciascuno su ogni profilo della propria identità di essere umano, filiazione compresa.
- Riteneva infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto tale profilo, che i minori si trovavano in uno stato di incertezza legale e che gli effetti del mancato riconoscimento nell'ordinamento francese del rapporto di parentela tra i bambini e la coppia genitoriale non restavano confinati alla sfera giuridica dei genitori – i soli ai quali poteva essere imputata la scelta di ricorrere a una tecnica di procreazione vietata in Francia – ma si estendevano anche alla sfera giuridica dei minori, incidendo sul loro diritto al rispetto della vita privata, che implica la possibilità da parte di ciascuno di definire i contenuti essenziali della propria identità, compresi i rapporti di parentela.
- Pur avendo sottolineato l'importanza che uno dei genitori fosse anche padre biologico («*prend un relief particulier*»), la Corte europea non ha operato però distinzioni al riguardo e ha affermato che «... *les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers... ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y com-*

pris sa filiation, se trouve significativement affectée», ritenendo tale situazione non compatibile con l'interet supérieur des enfants.

- 20.2. Da tali sentenze può, quindi, trarsi l'affermazione generale di un obbligo positivo degli Stati contraenti, di tutelare l'identità personale di un minore – seppure nato attraverso la pratica, vietata nello stato membro, della maternità surrogata – in quanto individuo, a prescindere dai suoi legami biologici con i genitori intenzionali: gli Stati membri del Consiglio d'Europa, se possono scoraggiare o vietare il ricorso alla surrogacy, non possono rifiutare, senza eccedere il margine di discrezionalità loro consentito, la trascrizione di un atto di nascita che assicura il rispetto del minore alla vita privata, rispondendo tale trascrizione al *best interest* del minore.
- 20.3. Ancora, all'interesse del minore si è richiamata la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Paradiso-Campanelli/Italia* del 27 gennaio 2015, concernente un caso di maternità surrogata caratterizzato dall'assenza di legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore.

In tale pronuncia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che vi fosse stata violazione dell'art. 8 in relazione alla disposta misura dell'allontanamento del minore, estendendo la nozione di «vita familiare» tutelabile ex art. 8 alla relazione di fatto tra i genitori d'intenzione e il minore, pur costituita illegalmente secondo l'ordinamento nazionale; richiamando gli obblighi positivi degli Stati, laddove sia accertata l'esistenza di un legame familiare, «...di agire in modo tale da permettere a tale legame di svilupparsi...»; affermando che «...nel giusto equilibrio da garantire tra i vari interessi coesistenti, quello del minore, quello dei genitori, e quelli dell'ordine pubblico... l'interesse superiore del minore deve costituire la considerazione determinante...» ritenendo «...necessario che un minore non sia svantaggiato per il fatto che è stato messo al mondo da una madre surrogata, a cominciare dalla cittadinanza o dalla identità...».

Pur in attesa della decisione della Grande Camera, cui su richiesta di rinvio del Governo italiano il caso è stato deferito con decisione della Corte in data 1° giugno 2015, va sottolineato il rilievo delle indicazioni con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha svincolato la nozione giuridica di «vita familiare» dall'indifettibilità del legame genetico, ritenendola comprensiva di relazioni di fatto la cui tutela corrisponde al preminente interesse del minore.

21. Alla stregua della connotazione attribuita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo al diritto del minore al rispetto della propria vita privata ex art. 8 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non pare conforme a tale norma l'impossibilità di valutare se, ai fini dell'attuazione in concreto di quel diritto, vada o meno assicurato il mantenimento della riconosciuta relazione filiale del nato da maternità surrogata con i genitori d'intenzione, anche nell'ambito dell'istituto regolato dall'art. 263 codice civile, della cui costituzionalità, in relazione all'art. 117, primo comma, Costituzione, può quindi dubitarsi.
22. Chiarito che la questione in esame non concerne la liceità della pratica della surrogazione, ma i diritti del bambino da tale pratica nato – prospettiva efficacemente sintetizzata nella decisione di una Corte californiana (caso *Re Buzzanca, Superior Court of California - Family Law Division* 27 agosto 1997) con le parole «...the baby is here. All the matter is what is best for him now that he is here and not how he is arrived...») – pare a questa Corte che il prospettato dubbio di costituzionalità, che concerne esclusivamente la possibilità di valutare il concreto interesse del minore, nel rispetto del diritto alla sua vita privata, a mantenere o meno il riconosciuto status di filiazione materna, non resti privo di rilievo a causa di una possibile contrarietà di quell'interesse all'ordine pubblico, secondo la declinazione e le indicazioni offerte nella già richiamata sentenza di legittimità 24001/2014.

Premesso che la contrarietà del mantenimento dello status filiationis all'ordine pubblico non potrebbe comunque essere ricavata dal divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, non potendo la norma imperativa italiana, da sola, esprimere il principio di ordine pubblico di riferimento, dovendo aversi riguardo, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, all'ordine pubblico internazionale (così assumendo inevitabile rilievo l'esistenza di paesi, anche della compagine europea, che consentono il ricorso alla pratica della surrogazione di maternità), la questione va valutata anche sotto altra decisiva angolazione.

Va cioè sottolineato, alla stregua delle plurime indicazioni normative e giurisprudenziali finora richiamate, che, con riferimento allo stato di filiazione, così come per ogni altra questione concernente un minore, il concetto di ordine pubblico deve essere declinato, per l'appunto, con riferimento all'interesse di questi (così la citata sentenza 20 ottobre 2014 della Corte Appello di Torino), secondo un principio ricavabile anche dall'art. 23 del reg. CE 2201/2003 (norma che, con riferimento alle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, espressamente prevede che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico debba essere effettuata tenendo conto del superiore interesse del figlio) e con nettezza affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui «... il riferimento all'ordine pubblico non può, tuttavia, dare carta bianca e giustificare ogni tipo di rimedio, poichè l'obbligo di prendere in considerazione il superiore interesse del bambino incombe sullo Stato a prescindere dalla natura del legame genitoriale, sia esso genetico o di altro tipo...» (Corte EDU, sentenza *Paradiso/Campanelli*, punto 80).

23. Nemmeno, a parere di questa Corte, il dubbio di costituzionalità è inciso dalla considerazione di altri interessi di rango costituzionale.

In particolare, non potrebbe assumere rilievo contrastante con la valutazione in concreto dell'interesse del minore il diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Tale diritto, riguardato sotto il duplice profilo di diritto a conoscere la verità in ordine alla particolare modalità della propria nascita e di diritto a conoscere i dati anagrafici/sanitari del donatore e/o della donna partorienti, si realizza su un piano diverso da quello che attiene all'accoglimento o meno dell'impugnazione *ex* articolo 263 codice civile, a meno di non voler attribuire all'annotazione della non veridicità del riconoscimento, la funzione di «comunicazione» della non-nascita dalla madre, in una logica latamente sanzionatoria della condotta genitoriale, a scapito del possibile interesse del minore al mantenimento di un rapporto giuridico (oltre che di affetto), corrispondente alla effettività della relazione, con la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino, ne è madre.

P.Q.M.

La Corte d'appello di Milano, letto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87;

- dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 codice civile, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenni possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, in riferimento agli articoli 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848;

- dispone la sospensione del giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

...omissis...

*Corte di Cassazione, prima sezione civile***Sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878**

MINORE NATO ALL'ESTERO DA DONNA ITALIANA – MATRIMONIO CON PERSONA DELLO STESSO SESSO CONTRATTO ALL'ESTERO – RETTIFICA DELL'ATTO DI NASCITA EFFETTUATA ALL'ESTERO CON L'INDICAZIONE DELLA CONIUGE NON GENITORE BIOLOGICO – TRASCRIZIONE IN ITALIA DELL'ATTO RETTIFICATO – COMPATIBILITÀ CON L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – ACCOGLIMENTO

La rettifica dell'atto di nascita di un minore registrato unicamente come figlio di una donna italiana e solo in seguito anche della sua coniuge, sposata all'estero, pur non essendo genitore biologico, in conformità al corrispondente atto estero già validamente rettificato, non è contraria all'ordine pubblico internazionale.

Riferimenti normativi: art. 8 Cedu; artt. 16 e ss. e 95 e segg. d.P.R. n. 396/2000.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

...omissis...

ha pronunciata la seguente
SENTENZA

...omissis...

Svolgimento del processo

Con ricorso in data 5-11-2014, ...omissis..., cittadine italiane, residenti e coniugate all'estero, chiedevano, ai sensi dell'art. 95 e segg. D.P.R. n. 396 del 2000, al Tribunale di Venezia la "rettificazione" (o sostituzione) dell'atto di nascita del minore ...omissis... (a seguito di fecondazione assistita), emesso dall'Ufficio dello stato civile britannico di Kensington e Chelsea, trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Venezia.

Il predetto Ufficio britannico, come precisavano le ricorrenti, aveva successivamente chiarito che la registrazione del minore, come figlio della sola ...omissis..., era da considerarsi invalida, dovendo il nato essere registrato anche come figlio della ...omissis..., di cui assumeva il cognome, pur non avendo essa alcun rapporto biologico con lui. L'ufficiale dello stato civile di Venezia aveva rifiutato la rettificazione (o la sostituzione) dell'atto.

Il Tribunale di Venezia, con decreto in data 6/7/2015, rigettava la domanda, sostenendo che la richiesta "rettificazione" era contraria all'ordine pubblico italiano.

Le odierne ricorrenti proponevano reclamo alla Corte di Appello di Venezia.

La Corte, con provvedimento in data 19/10/2015, rigettava il reclamo. Essa richiamava l'art. 18 D.P.R. n. 396 del 2000, per cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico, nonché l'art. 16 L. n. 218 del 1995, per cui la legge straniera non è applicabile se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

Affermava ancora la Corte che la questione relativa alla trascrizione richiesta non costituiva una mera "rettificazione", ma atteneva necessariamente alla validità in Italia del matrimonio tra persone dello stesso sesso, e che la giurisprudenza italiana di legittimità era "granitica" nell'individuare, nella diversità di sesso tra i nubendi, un requisito indispensabile per l'esistenza del matrimonio civile. Ammetteva che in alcuni Stati Europei era stato introdotto il riconoscimento delle unioni tra persone dello

stesso sesso, e addirittura il matrimonio tra esse, e precisava che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 9, garantisce il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia, ma ciò deve avvenire secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

Concludeva affermando che, mancando a livello europeo ed extraeuropeo una disciplina sostanziale comune e cogente delle unioni dello stesso sesso, non si poteva prescindere dall'esaminare la corrispondenza dei modelli normativi liberamente scelti dai vari Stati, essendo inammissibile il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare, che devono trovare ingresso nella sede e nelle forme istituzionali proprie.

Ricorrono per cassazione ...*omissis*... che pure depositano memoria difensiva.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 360 n. 3 c.p.c. in relazione all'art. 112 c.p.c., censurando l'affermazione del giudice a quo circa l'esistenza di una questione, sottesa alla loro domanda di rettificazione (o sostituzione) dell'atto di nascita di ...*omissis*..., attinente al loro matrimonio, osservando che esse non hanno chiesto la trascrizione del matrimonio stesso, celebrato all'estero, né che ne vengano riconosciuti gli effetti in Italia. Aggiungono che la Corte di merito nulla ha precisato sull'eventuale contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita di un minore, indicante due genitori dello stesso sesso.

Con il secondo motivo, le ricorrenti lamentano violazione dell'art. 360 n. 5 c.c., per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti. Richiamano il preminente interesse del minore, da valutarsi alla luce della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo nonché del Regolamento CE n. 2201 del 2003, e precisano che la trascrizione del nuovo atto di nascita del minore gli garantirebbe il pieno diritto all'identità personale e al suo status di figlio di una coppia di genitori, indipendentemente dal fatto che siano di sesso diverso o di sesso uguale. Secondo le ricorrenti, il diniego di trascrizione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario e costituirebbe violazione della vita privata e familiare del minore oltre che delle stesse ricorrenti. Esse sottolineano il principio della conservazione degli stati familiari costituiti all'estero, e si riferiscono a varie sentenze della Corte EDU e ad alcuni precedenti della giurisprudenza di questa Corte.

...*omissis*...

Venendo all'esame dei due motivi di ricorso, che possono trattarsi congiuntamente, va osservato che la richiesta rettificazione (o sostituzione) dell'atto di nascita del minore (già trascritto in Italia), come figlio delle ricorrenti, nonostante esse non abbiano chiesto la trascrizione del loro atto di matrimonio, presuppone, seppur incidentalmente, un esame circa la contrarietà o meno all'ordine pubblico del matrimonio o di una forma di convivenza legale tra di loro. E' pur vero che, come sottolinea l'impugnativa in esame, il giudice a quo erra, affermando che il matrimonio tra persone dello stesso sesso, pronunciato all'estero, è da considerarsi inesistente nel nostro ordinamento. Al contrario, questa Corte (Cass. N. 4184 del 2012) ha evidenziato che esso non può considerarsi inesistente, ma soltanto inefficace.

Tuttavia il provvedimento impugnato e lo stesso ricorso in esame scontano l'assenza in Italia, all'epoca, di una normativa sulle coppie dello stesso sesso, introdotta, come è noto, dalla L. 20/5/2016, n. 76, nonché di alcune pronunce di questa Corte, assai rilevanti, e che questo Collegio pienamente condivide (Cass. 12962 del 2016; Cass. N. 19599 del 2016).

La disciplina italiana dell'unione civile tra coppie omosessuali è molto simile (anche se non mancano significative differenze) a quella del matrimonio, dall'atto al rapporto, dal regime della nullità al contenuto degli obblighi nascenti dall'unione, dai rapporti patrimoniali alle vicende dello scioglimento, ai rapporti successori, ... e si delega il Governo ad adottare un Decreto Legislativo per applicare la disciplina dell'Unione Civile alle persone dello stesso sesso che abbiano contratto matrimonio all'estero (un decreto ha successivamente chiarito e specificato tale previsione).

Si precisa, al comma 20 dell'art. 1, che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle che contengono le parole «coniuge, coniugi» o termini equivalenti in qualsiasi fonte normativa (anche nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi) si applicano a ognuna delle parti dell'unione civile, ma non le norme del codice civile, al di là di quelle espressamente indicate dalla legge in esame, e neppure quelle della L. n. 184 del 1983 (affidamento e adozione). Si aggiunge peraltro che "resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti in materia di adozione". Non si potranno dunque disporre adozioni piene e neppure adozioni in casi particolari ex art. 44 L. n. 184, quanto alla lettera b) : adozione del figlio del coniuge. Resta aperta una via già praticata da alcune pronunce di merito che avevano applicato la lettera d) dell'art. 44: impossibilità di affidamento preadottivo, secondo

un'interpretazione estensiva, che attiene pure all'impossibilità giuridica, oltre a quella di fatto (ove ad esempio non vi siano adottanti disponibili), e può prescindere dunque dall'abbandono.

Tale interpretazione ha trovato, dopo la L. n. 76, sicuro avallo in una recente pronuncia di questa Corte, già ricordata (Cass. N. 12962 del 2016). Nella specie, due donne, legate da una relazione sentimentale di convivenza, decidono di avere un figlio, ricorrendo in Spagna alla fecondazione assistita di una di esse (con seme di donatore anonimo). Nasce una bambina che instaura un profondo legame affettivo con entrambe. La compagna della madre chiede di poter adottare la bambina ai sensi dell'art. 44 lett. d) della L. 184/1983. Questa Corte privilegia appunto l'interpretazione estensiva della predetta norma, alla luce del quadro costituzionale e convenzionale ed in particolare dei principi affermati dalla Corte EDU in ordine al reale interesse del minore.

Ancor più rilevante, per il caso in esame, altra recente decisione, anch'essa già ricordata (Cass. N. 19599 del 2016). Due donne, una spagnola e l'altra italiana, si sposano in Spagna; per realizzare il loro progetto familiare, una di esse mette a disposizione un proprio ovulo che, fecondato con gamete di donatore anonimo, viene impiantato nell'utero dell'altra. Nasce in Spagna un bambino che, nell'atto relativo, viene indicato come figlio di entrambe. Interviene il divorzio tra di esse e l'ufficiale di stato civile italiano rifiuta la trascrizione dell'atto di nascita straniero, in quanto contrario all'ordine pubblico. Questa Corte conferma la pronuncia, favorevole alla trascrizione, della Corte di Appello.

Vengono enucleati espressamente vari principi di diritto: l'ordine pubblico, la cui contrarietà impedisce la trascrizione in Italia di atti dello stato civile formati all'estero, *ex art. 18 D.P.R. 396/2000*, attiene ad "esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo; la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l'ordine pubblico (nell'accezione anzidetta), per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti tale fattispecie; la donazione di un ovulo da una donna alla propria partner, che partorisce grazie al gamete di maschio anonimo, realizza una fattispecie differente dalla maternità surrogata, trattandosi di "una tecnica fecondativa simile ad una fecondazione eterologa (...) in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto)"; il disposto di cui all'art. 269 3. comma c.c. (per cui madre è colei che partorisce) non impedisce il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero, in cui il nato risulti figlio di due madri (quella che ha partorito e quella genetica): la norma non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore, e considerando che essa attiene piuttosto alla prova della filiazione.

Più in generale, si potrebbe osservare che, anche in passato, frequentemente non vi è stata esatta coincidenza tra verità biologica e legale, in relazione all'interesse perseguito dal legislatore (si pensi al divieto per il padre, fino alla riforma del 1975, di riconoscere il figlio, nato fuori del matrimonio, a preminente tutela del matrimonio stesso e della prole nata al suo interno). Tornando al provvedimento impugnato, il giudice a quo richiama l'art. 17 D.P.R. n. 396 del 2000, ove si precisa che gli atti formati all'estero non possono essere trascritti, se contrari all'ordine pubblico, nonché l'art. 16 L. n. 218 del 1995 per cui parimenti la legge straniera non si applica, se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

Quanto alla nozione di ordine pubblico, si distingue correntemente tra ordine pubblico internazionale e interno, costituendo il primo un limite all'applicazione del diritto straniero, il secondo, un limite all'autonomia privata, indicato dalle norme imperative di diritto interno.

Al riguardo si è pronunciata ripetutamente questa Corte (tra le altre, Cass. N. 17349 del 2002, Cass. S.U. n. 19809 del 2008), per cui quello richiamato dall'art. 16 L. 218 del 1995 (e, necessariamente, pure dall'art. 18 D.P.R. N. 396) non è l'ordine pubblico interno, bensì l'ordine pubblico internazionale, costituito "dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico: dunque in oggi il complesso di principi a carattere generale, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali".

Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l'altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore.

Quanto ai diritti delle coppie di egual sesso, vanno ricordati, in particolare, l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, predetta, circa il diritto di sposarsi e formare una famiglia, nonché gli artt. 8 e l'art. 14, riguardo al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione.

Va pure richiamata la Carta Europea dei diritti fondamentali (all'origine Carta di Nizza del 2000): l'art. 9 sancisce il diritto, per ogni individuo, di sposarsi e costituire una famiglia, garantito dalle leggi dei

singoli Stati; l'art. 21 vieta le discriminazioni: non solo quella del sesso (e si intende in genere la discriminazione della donna rispetto all'uomo), ma anche per «orientamento sessuale».

Relativamente alla nostra Costituzione, può ricordarsi il principio di uguaglianza, indipendentemente dal sesso (e dunque anche dall'orientamento sessuale) (art. 3) e la protezione dei diritti fondamentali nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo (art. 2) (e tra esse possono sicuramente annoverarsi tipologie familiari, diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio, garantita dall'art. 29). E, ancora, l'impegno ad eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana, riguardante ogni individuo, in particolare quelli soggetti a discriminazione tra cui storicamente possono considerarsi le coppie omosessuali (art. 3).

Quanto al preminente interesse del minore, nella Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, si afferma che questi deve godere di una particolare protezione così da svilupparsi in modo sano e normale, fisicamente, intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente, in condizioni di libertà e dignità (art. 2), che ha diritto al nome e ad una nazionalità (art. 3); all'affetto e alla comprensione, possibilmente nell'ambito della sua famiglia (art. 6); all'educazione, così da sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale, il suo senso di responsabilità morale e sociale (art. 7).

La Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo costituisce un vero e proprio statuto dei suoi diritti. Si inizia con la solenne affermazione (art. 2) del principio di uguaglianza tra minore e minore contro qualsiasi discriminazione, e con l'altra relevantissima affermazione della preminente tutela del suo interesse. Segue l'enunciazione dei diritti del minore nei più diversi settori: in particolare alla vita, al nome, alla nazionalità, alle relazioni familiari, alla identità personale, all'educazione da parte dei genitori, ove possibile.

Nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si indicano i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori salvo che ciò appaia contraria al loro interesse (art. 24). Ovviamente il diritto alla protezione e al rispetto della dignità umana e alla propria vita privata e familiare vale per qualsiasi individuo, e massimamente proprio per il minore, che si trova nella fase delicata dello sviluppo psicofisico e della formazione graduale di una personalità compiuta.

Va ancora ricordato che l'art. 23 Reg. CE. n. 2201 del 2003 stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi, tenendo conto del preminente interesse del minore.

Relativamente alla nostra Costituzione, si può richiamare il diritto del minore ad essere mantenuto, istruito, educato dai propri genitori, ma, nel caso di loro incapacità la legge provvede a che siano assolti i loro compiti; la garanzia di ogni tutela giuridico-sociale dei figli nati fuori dal matrimonio (e le riforme del 2012-2013 hanno delineato un unico status per i figli nati dentro e fuori del matrimonio, dopo che quella del 1975 aveva eliminato alcune gravi discriminazioni). Allo stesso modo la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità e l'impegno a rimuovere gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana, sembrano attagliarsi particolarmente al minore, per il quale lo sviluppo della personalità è caratteristico dato biologico.

Ma, al fine di valutare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, almeno per quanto attiene agli Stati componenti del Consiglio d'Europa, è sicuramente relevantissima la giurisprudenza della Corte EDU, interpretativa della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (al riguardo, Corte Cost. n. 317 del 2009).

Quanto alla posizione di coppie dello stesso sesso, la Corte EDU (di cui si richiamano alcune pronunce, a puro titolo esemplificativo), ha affermato che il diritto di sposarsi non deve limitarsi a persone dello stesso sesso (pur precisando che la materia è di competenza dei singoli Stati, i quali però devono permettere che le coppie omosessuali possano godere di una vita familiare), (Corte EDU 24/6/2010, ricorso n. 30141/04); ha sanzionato le scelte del legislatore (nella specie, greco) che aveva previsto unioni registrate alternative al matrimonio, escludendo coppie omosessuali (Corte EDU 7/11/2013, ricorsi n. 29381/09; 326884/09), ha condannato l'Italia per non aver accolto i numerosi richiami a legiferare in materia di coppie omosessuali, affermando che tale omissione, ripetuta nel tempo, comporta una violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU (Corte EDU 21/7/2015, ricorsi nn. 18766/11, 36030/11).

Quanto alla posizione del minore, ripetutamente la Corte EDU è intervenuta, affermando la preminenza del suo interesse, da valutarsi in concreto, nonché il suo diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare. (Con riguardo al principio della prevalenza del superiore interesse del minore, tra le altre, ancora a titolo esemplificativo: Corte EDU, 13/6/1979, *M. v. Belgio*; 26/5/1994, *K. v. Irlanda*; 27/4/2010, *M. e B. v. Italia*; 27/1/2015, *P. e C. v. Italia*, ove espressamente si afferma che l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può utilizzarsi in modo automatico senza prendere in considerazione l'interesse del minore e la relazione genitoriale, indipendentemente dal legame genetico (la pronuncia è stata riformata dalla Grande Chambre, con sentenza del 24/1/2017, che peraltro non ha modificato il principio suindicato); 26/6/2014, *M v. Francia*, che ha condannato la Francia per aver

negato la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, in violazione della normativa interna che vieta la surrogazione di maternità.

Nella specie, come chiariscono le ricorrenti, la nascita del bambino costituì un progetto condiviso della coppia, espressione di affetto e solidarietà reciproca.

Nella sentenza di questa Corte n. 19599 del 2016, che costituisce il naturale precedente di questa (pur essendo le fattispecie dedotte, come si è visto, parzialmente diverse), si afferma che la donazione di ovulo fecondato alla partner che partorisce, non si configura come maternità surrogata, ma piuttosto come una situazione analoga alla fecondazione eterologa. Come è noto, la legge n. 40 del 2004 aveva originariamente escluso la procreazione mediante fecondazione eterologa (con seme diverso da quello del marito o del partner). La Corte Costituzionale, con sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato illegittima la previsione, ammettendo quindi a tutti gli effetti tale tipo di procreazione assistita. Ma già erano previsti, all'art. 9, gli effetti della fecondazione eterologa, ancorché all'epoca vietata, che dunque sono stati confermati e rafforzati dall'intervento della Consulta.

L'art. 9 precisa che, in caso di tecnica eterologa, il donatore non acquisisce relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere diritti o essere titolare di obblighi nei suoi confronti; il coniuge o il convivente il cui consenso alla tecnica sia ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento. È vero che la legge n. 40 prevede che i conviventi siano di sesso diverso e che la procreazione assistita si effettui solo in caso di sterilità della coppia.

Tuttavia, trattandosi di fattispecie effettuata e perfezionata all'estero e certificata dall'atto di stato civile di uno Stato straniero, si deve necessariamente affermare, per quanto si è andato finora osservando, che la trascrizione richiesta non è contraria all'ordine pubblico (internazionale).

Conclusivamente il ricorso va accolto e cassata l'ordinanza impugnata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, può decidersi nel merito, con l'accoglimento della domanda proposta dalle ricorrenti di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore, già trascritto nei registri dello stato civile di Venezia, come modificato rispetto a quello originario dall'Ufficio dello stato civile britannico di Kensington e Chelsea. Non si fa luogo a pronuncia sulle spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa l'ordinanza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie la domanda proposta dalle odierne ricorrenti.

...omissis...

Tribunale per i minorenni di Venezia

Sentenza del 31 maggio 2017

COPPIA DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – ACCOGLIMENTO

L'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, lett. d), Legge n. 184/1983, non specificando requisiti soggettivi ma richiedendo unicamente la verifica in concreto dell'interesse del minore, è possibile nel caso in cui l'adozione da parte della compagna della madre biologica corrisponda all'interesse della minore.

Riferimenti normativi: art. 44, lett. d), Legge n. 184/1983.

IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI VENEZIA

omissis

SENTENZA

Letto il ricorso *ex art. 44 lett. d)* della legge 184 del 1983 presentato da ...*omissis*... con il quale ha chiesto di adottare la minore ...*omissis*..., figlia della compagna ...*omissis*...

vista la documentazione allegata;

sentite la ricorrente e la madre della minore, unico genitore ad averla riconosciuta;

assunte informazioni e visto il parere favorevole del PM, espresso argomentando in base ai principi enunciati nella sentenza del 26.5.2016 della Corte di Cassazione, sez. I civile, e tenuto conto di quanto esposto nella relazione del consultorio familiare;

rilevato che dalle informazioni trasmesse dal servizio sociale è emerso come la ricorrente e la madre della minore costituiscano una coppia con un legame solido e duraturo, come entrambe le donne vivano la relazione con la bambina come quella di un genitore con la propria figlia e come siano "consapevoli che dovranno avere un atteggiamento aperto verso l'identità di genere della bambina per permetterle uno sviluppo adeguato e l'opportunità di relazionarsi con persone ad orientamento non omosessuale";

considerato che con la sentenza sopra menzionata la Corte di Cassazione ha interpretato la lett. d) dell'art. 44 L. 184/183 nel senso che si possa far luogo all'adozione non solo nel caso di impossibilità di fatto di un affidamento preadottivo, ma anche nel caso di impossibilità di diritto (come quello di specie, in cui la minore è accudita dalla propria madre e non versa in uno stato di carenze di cure da parte del genitore), concependo così tale adozione quale strumento giuridico per dare riconoscimento giuridico a situazioni di fatto caratterizzate da positivi e significativi legami affettivi;

considerato altresì, che l'adozione in casi particolari prevista dalla norma invocata non specifica requisiti soggettivi, ma richiede unicamente la verifica in concreto dell'interesse del minore;

considerato che la madre ha dato il suo assenso e che l'adozione costituisce il riconoscimento giuridico di un rapporto di filiazione sorto già anni addietro;

ritenuto, pertanto, che l'adozione corrisponda all'interesse della minore;

P.Q.M.

Visto l'art. 44 lett. d) L 184/83,
dichiara farsi luogo all'adozione di ...*omissis*...

Tribunale per i minorenni di Palermo

Sentenza del 3 luglio 2017

COPPIA DELLO STESSO SESSO UNITA CIVILMENTE – ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – RIGETTO - TRASFERIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE DAL GENITORE BIOLOGICO ALL'ADOTTANTE – MANCATA ACQUISIZIONE DEL RELATIVO CONSENSO

L'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 nel caso in cui un minore debba essere adottato dalla compagna della madre biologica, anche se unita civilmente, ai sensi degli artt. 48 e ss. della stessa legge, comporta il trasferimento della responsabilità genitoriale dal genitore biologico all'adottante, essendo riservato, in caso di adozione, l'esercizio congiunto di tale responsabilità alle sole coppie coniugate, sicchè nella specie il consenso espresso dal primo appare viziato.

Riferimenti normativi: artt. 44, lett. d), 48 e 50, Legge n. 184/1983.

IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI PALERMO

omissis

SENTENZA

omissis

Ragioni della decisione in fatto ed in diritto

- I. Il 16 dicembre 2016 A ha chiesto di adottare, con l'adozione prevista dall'art. 44 lett. D) lg 183/84, la piccola C, figlia di B, con la quale la ricorrente ha contratto una unione civile. Ha esposto, infatti, che la procreazione della bambina fa parte di un comune progetto genitoriale da tempo condiviso con la propria compagna e risponde al superiore interesse della minore. B non si è costituita in giudizio, ma è stata ascoltata nel corso del procedimento ed ha espresso il consenso all'adozione precisando che è sua volontà condividere le responsabilità genitoriali con la ricorrente, che, fin dalla gestazione, è stata presente, come un altro genitore, per la bambina.

Il Pubblico Ministero ha manifestato parere favorevole all'accoglimento del ricorso.

- II. L'art. 44, lg 184/83 estende l'adozione anche ai minorenni che non siano in stato di abbandono, quando, però, essi si trovino in situazioni particolari espressamente indicate dalla norma e meritevoli di tutela. Si tratta di una deroga al principio generale formulato dalla n. 184 del 1983, che, affermando il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia (art. 1, comma 1), consente di norma l'adozione solo quando la famiglia di origine non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore (art. 1, comma 4) ed è addirittura per lui così pregiudizievole da determinare la necessità di rompere i legami familiari.

Come osservato nella pronuncia n. 383/99 della Corte Costituzionale "il legislatore - sostituita la titolazione originaria del Titolo VIII del Libro I del codice civile <<Dell'adozione>> con quella di <<Adozione di persone maggiori di età>> (art. 58 della legge n. 184 del 1983), per essere ormai l'adozione dei minori disciplinata dagli artt. 6 e seguenti della stessa legge - ha ritenuto di mantenere l'adozione cosiddetta ordinaria in particolari ipotesi. Ha compiuto cioè - come si legge nella Relazione della II Commissione permanente del Senato, comunicata il 28 luglio 1982 - una scelta diretta ad una drastica riduzione a ipotesi limitate e tassative dell'applicabilità ai minori dell'adozione cosiddetta ordinaria, che corrisponde alla evoluzione avutasi, nella cultura giuridica e nel costume, dell'istituto dell'adozione dei minori. Tale scelta ha segnato più nettamente il passaggio da una tradizione privatistica ad una funzione pubblicistica dell'istituto e la sua considerazione alla stregua dell'esclusivo interesse del minore. In presenza di situazioni che non avrebbero potuto - per la mancanza della condizione di abbandono di

cui al comma 1 dell'art. 7 (art. 44, comma 1) o per la difficoltà concreta, in considerazione di condizioni personali del minore - giustificare l'adozione" piena il legislatore ha, quindi, disciplinato alcune tassative ipotesi prevedendo una forma di adozione che presenta la peculiarità di non avere effetto risolutivo nei confronti della famiglia di origine (cfr. la pronuncia citata).

Così, le lettere a) e c) della norma offrono al minore orfano di padre e di madre, che non si trovi, tuttavia, in stato di abbandono, la possibilità di formalizzare il rapporto affettivo instauratosi con chi si è occupato di lui - sia egli parente ovvero persona che abbia intrattenuto con il minore rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero sia disposto a prendersi cura dei suoi bisogni speciali - mentre la lettera b) consente l'adozione da parte di uno dei coniugi del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge.

La lettera d) prevede, invece, che si possa fare ricorso all'adozione "*quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*", formulando una clausola residuale che consente l'adozione quando, a prescindere dalla dichiarazione dello stato di abbandono, essa corrisponda all'interesse del minore a vedere riconosciuti, anche formalmente, i legami affettivi consolidati con chi si è preso cura di lui. La condizione prevista dalla lettera d), infatti, (cfr. Corte Costituzionale n. 383/99 e 315/07 e Cass. I sez. civ. n. 12962/16) va interpretata coordinandola con l'intero testo dell'articolo, che non prevede, come già rilevato, come presupposto necessario, la dichiarazione dello stato di abbandono (alla quale segue normalmente l'affidamento preadottivo) ed è diretta, quindi, a regolare non solo i casi in cui, pur dichiarato lo stato di adottabilità, non sia stato di fatto possibile l'affidamento preadottivo (per esempio per la preesistenza di legami affettivi del minore con soggetti che non hanno i requisiti previsti dall'art. 22 lg 184/83, ovvero per la mancanza di manifestazioni di disponibilità all'adozione di quel minore da parte di coniugi con i requisiti di cui al predetto articolo ecc.) ma anche quei casi in cui l'affidamento preadottivo non sia possibile di diritto, perché proprio manca - come è ben possibile per il 1 comma dell'art. 44 cit - la pronuncia dello stato di adottabilità.

Seguendo tale interpretazione l'istituto è stato utilizzato nella prassi di alcuni Tribunali per i Minorenni per procedere alla cosiddetta adozione mite che formalizza il rapporto con gli affidatari senza peraltro spezzare i rapporti con la famiglia di origine (prassi, pure, positivamente richiamata dalla Corte EDU nella nota pronuncia *Zhou c. Italia*).

Nell'ipotesi della lettera d) dell'art. 44 lg. 183/84, inoltre, l'adozione è permessa anche a chi non sia coniugato, sempre che l'età dell'adottante superi di almeno diciotto anni quella dell'adottando.

A differenza dell'adozione piena prevista dagli artt. 25 e ss. della lg 183/84, l'adozione in tutti i casi particolari fin qui esaminati, richiede l'assenso dei genitori, dal quale il Tribunale può prescindere solo quando il genitore che deve prestarlo non esercita la responsabilità genitoriale ed il rifiuto è contrario all'interesse del minore, ovvero nel caso in cui sia impossibile ottenere l'assenso per incapacità o irreperibilità delle persone chiamate ad esprimerlo.

Nel pronunciare l'adozione il Tribunale verifica, infine - ma non per ultimo - che l'adozione realizzi il preminente interesse del minore, tenendo in considerazione la personalità del fanciullo e dell'adottante, l'idoneità affettiva e la capacità di educare di quest'ultimo, i motivi dell'adozione.

III. Gli effetti dell'adozione in casi particolari sono regolati dagli artt. 47 e ss. lg. 184/83.

In particolare, l'art. 55 lg. 184/83, che richiama gli artt. 300 e 304 cc, prevede che l'adottato conserva i diritti e doveri verso la famiglia di origine e partecipa alla successione dell'adottante.

Quest'ultimo, inoltre, ai sensi dell'art. 48 lg. 184/83 ha l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 cc.

Le disposizioni degli artt. 48 e 50 lg. 184/83 stabiliscono, poi, che l'adottante esercita la responsabilità genitoriale al posto del genitore, il quale, invece, fatta eccezione per il solo caso in cui sia coniugato con l'adottante, la perde.

L'art. 50 cit., infatti, prevede che se cessa l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante, il Tribunale adotta i provvedimenti opportuni e può autorizzare, se lo ritiene conveniente all'interesse del minore, che l'esercizio della responsabilità genitoriale "sia ripreso dai genitori", con la conseguenza che, finché la responsabilità genitoriale è esercitata dall'adottante, il genitore biologico ne è escluso e, nel caso in cui venga meno l'adottante, il genitore, per riprenderne l'esercizio, necessita di una specifica autorizzazione.

L'art. 48, invece, formula l'unica eccezione a tale regola, stabilendo che se il minore è adottato dal coniuge di uno dei genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi.

Le predette norme, che non sono state toccate dalle recenti modifiche introdotte dalle leggi 219/12 e 173/15 e dal DL 154/13, sono, peraltro, strettamente correlate alla natura intrinseca dell'adozione che, anche nella forma dell'adozione in casi particolari, attribuisce all'adottato lo stato di figlio dell'adottante e - trattandosi di adozione di persona minore di età - non può che, conseguentemente, attribuire all'adottante l'esercizio della responsabilità genitoriale in sostituzione del genitore. L'unica eccezione, dell'adozione del figlio del coniuge della quale si è detto, è, inoltre, coerente con il principio generale che connota tutta la legge 184/83 (ed è espressamente, tra l'altro, sancito nella norma dell'art. 48 ora citata,

oltreché per l'adozione piena dall'art. 6 della legge), secondo il quale la responsabilità genitoriale sui figli adottivi è esercitata in comune dalle coppie coniugate. Viceversa, nel caso di adozione da parte di persona non coniugata, quest'ultima esercita la responsabilità genitoriale sull'adottato in via esclusiva.

Gli artt. 48 e 50 lg. 183/84 forniscono in questo modo un principio certo di diritto, che è imposto sia dalla natura dell'istituto – che incide sullo stato e sui diritti fondamentali ed indisponibili delle persone – che dalla necessità di evitare inopportuni conflitti tra genitori biologici e quelli adottivi. La natura particolare dell'adozione in esame, che come rilevato, non spezza il legame con la famiglia di origine, impone di scegliere, infatti, chi debba esercitare la responsabilità genitoriale poichè in seguito all'adozione in casi particolari un minore può trovarsi ad essere figlio di tre (per esempio nel caso di adozione del figlio del coniuge) o addirittura di quattro genitori (adozione da parte di una coppia di un bambino che ha entrambi i genitori). Tale scelta è operata dalla legge che, coerentemente con l'essenza dell'istituto, trasferisce la responsabilità genitoriale interamente sull'adottante, a differenza, per esempio, di quanto previsto per l'affidamento temporaneo, per il quale l'art. 5 lg. 184/83 (salvi i casi di cui agli artt. 330 e 333 cc) attribuisce agli affidatari solo i poteri connessi con la responsabilità genitoriale che riguardano gli ordinari rapporti con le istituzioni scolastiche e le autorità sanitarie.

In altre parole, l'adozione dei minorenni, pur nei casi particolari dell'art. 44 lg. 184/83, conserva la sua funzione specifica di collocare il minore nella famiglia dell'adottante e, se certamente permette, a differenza dell'adozione piena, il mantenimento dei rapporti affettivi e dei diritti verso i genitori biologici, attribuisce tuttavia, secondo i principi generali, l'esercizio della responsabilità genitoriale alla persona singola o alla coppia di coniugi che diventa genitore per effetto dell'adozione stessa.

- IV. Ciò premesso, deve osservarsi che la ricorrente chiede l'adozione della piccola C richiamando la norma dell'art. 44 lett. d) lg. 184/83, sul presupposto che la minore non si trova in stato di adottabilità – ma ha anzi una madre che la ama e che si prende cura adeguatamente di lei – e che non è possibile il suo affidamento preadottivo.

Sia la ricorrente che la resistente hanno, inoltre, sottolineato il loro intendimento di portare avanti una genitorialità condivisa sulla bambina, che è parte della relazione familiare costituita anche attraverso l'unione civile tra loro contratta.

E' evidente dalle loro dichiarazioni che le parti vogliono attuare una adozione coparentale della minore, alla quale entrambe sono legate da affetto e che vogliono veder crescere partecipando entrambe delle funzioni e responsabilità genitoriali.

Tuttavia, la norma dell'art. 44 lett. d), la cui applicazione è sollecitata dalla ricorrente, non produce, quegli effetti che le parti vogliono ottenere.

Come già rilevato sub III, infatti, gli artt. 48 e 50 della legge 184/83 consentono l'esercizio comune della responsabilità genitoriale solo nel caso di adozione da parte di una coppia di coniugi o dell'adozione del figlio del coniuge, riservando l'adozione coparentale esclusivamente alle coppie coniugate.

Al di fuori di queste ipotesi, invece, ed in particolare nel caso in esame di adozione da parte di persona non coniugata, l'esercizio della responsabilità genitoriale compete esclusivamente all'adottante. Il provvedimento richiesto con il ricorso produrrebbe, quindi, l'effetto di attribuire esclusivamente all'odierna ricorrente l'esercizio della responsabilità genitoriale, privandone la resistente, la quale, peraltro, come già rilevato, potrebbe riacquistarla solo nel caso in cui l'adottante ne cessasse e solo dopo una specifica nuova pronuncia del Tribunale per i Minorenni ai sensi dell'art. 50 della lg. 184/83.

Tale assetto normativo, peraltro, non è stato modificato, ma anzi confermato dall'art. 1 co 17 della legge 76/16 "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (pure richiamata nel ricorso) che, nel prevedere che le disposizioni di legge che si riferiscono al matrimonio o ai coniugi si applicano anche ad ognuna delle parti delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, espressamente ha escluso le disposizioni della legge 184/83, così impedendo al giudice di applicare, nel caso dell'adozione, le regole dettate per i coniugi anche a chi ha contratto una unione civile.

Non è, peraltro, possibile per il giudice estendere analogicamente alle coppie non coniugate, pur legate da un rapporto affettivo stabile o perfino da una unione civile, l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale attribuito, in caso di adozione, dalla legge esclusivamente alle coppie coniugate.

Ed infatti, il ricorso all'analogia è escluso, innanzitutto, dall'esistenza della norma dell'art. 48 lg. 184/83 che contiene una precisa regolamentazione della responsabilità genitoriale dell'adottante.

In secondo come già detto, l'art. 1 co 17 della legge 76/16 ha espressamente escluso che le disposizioni della legge 184/83 che riguardano i coniugi possano estendersi anche a chi ha contratto una unione civile, impedendo l'applicazione analogica.

Inoltre, l'art. 48 della legge 183/84 quando attribuisce l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale all'adottante ed al coniuge che sia genitore dell'adottante introduce una eccezione alla regola generale per la quale in conseguenza dell'adozione la responsabilità genitoriale è esercitata dall'adottante in vece del genitore.

Infine, le norme che regolano l'attribuzione della responsabilità genitoriale devono ritenersi di stretta interpretazione e non suscettibili di applicazione analogica, operazione interpretativa che introdurrebbe una inammissibile incertezza, in contrasto sia con l'interesse del minore, che degli adulti coinvolti, a vedere tassativamente regolati dalla legge gli istituti e gli effetti degli istituti che incidono sul loro stato personale.

Non è consentito, pertanto, al giudice derogare alla regola fissata dall'art. 48 lg. 184/83, elaborando una soluzione diversa in considerazione delle circostanze concrete del caso, poiché, come rilevato, le norme di che trattasi sono stabilite nel superiore interesse del minore, come anche nell'interesse degli adulti coinvolti, alla certezza dei rapporti giuridici che li riguardano.

- V. Le considerazioni che precedono inducono, sotto altro profilo, a concludere che, peraltro in buona sostanza, manca o è viziato da errore, nel caso che ci occupa, il consenso materno all'adozione, perché la resistente, quando ha dichiarato di consentire all'adozione della ricorrente, ha evidentemente indicato che intende, però, per parte sua, continuare ad esercitare la responsabilità genitoriale sulla figlia e non certo trasferirla all'adottante.

Tuttavia, l'assenza o il vizio della manifestazione di volontà del genitore ostacolano ai sensi dell'art. 46 lg. 184/83 la pronuncia di adozione, in quanto il genitore deve esprimersi con la piena consapevolezza degli effetti della scelta esistenziale che sta compiendo, destinata a determinare la modifica dello stato del figlio e ad incidere sul proprio diritto al rispetto della vita familiare.

Va aggiunto, infine, ma tale considerazione è quella preminente nella decisione, che non corrisponde all'interesse della minore il vedersi privata delle competenze genitoriali materne – che non sono assolutamente messe in discussione nel presente procedimento – perché esse siano trasferite, in via esclusiva, alla ricorrente, pur se quest'ultima è legata alla bambina da un rapporto affettivo stabile e positivo.

- VI. La soluzione adottata, infine, non si pone in contrasto con i principi di diritto internazionale e costituzionale che regolano la materia.

La regola fin qui esaminata si applica, infatti, a tutti i casi di adozione di persona non coniugata, non essendo in essa prevista deroga alcuna. In particolare, la legge non distingue in base all'orientamento sessuale dell'adottante, ma soltanto in base allo stato di coniugio.

La Corte Costituzionale (vd la sentenza sopra citata n. 383/99), nel respingere la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 44 lett b) nella parte in cui non prevede l'adozione del minore in favore del vedovo del genitore, ha ribadito, inoltre, che presupposto indefettibile della norma predetta che consente l'adozione coparentale, è la sussistenza, al momento della domanda, dello stato di coniugio tra l'adottante ed il genitore del minore e che tale condizione, imposta dalla legge, non determina disparità di trattamento con le ipotesi nelle quali manchi lo stato di coniugio.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, poi, nella sentenza *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012 (ric. n. 25951/07), si è pronunciata sul caso sovrapponibile a quello oggi in esame di due donne residenti in Francia, unite da un patto civile di solidarietà, che avevano visto respingere dal giudice nazionale la richiesta dell'una di adottare la figlia dell'altra, per la ragione che l'adozione avrebbe determinato il trasferimento della responsabilità genitoriale esclusivamente in favore della compagna della madre, a discapito di quest'ultima e dell'interesse della minore. La Corte, dopo avere osservato che nel diritto francese, in caso di adozione semplice, solo le coppie sposate potevano esercitare la responsabilità genitoriale congiunta, ha ritenuto che il matrimonio consiste in una situazione giuridica ed in uno stato peculiare, non assimilabile a quello delle coppie sposate ed ha concluso per la non violazione della Convenzione.

Tali principi sono stati richiamati altresì nella più recente pronuncia del 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria* (ric. n. 19010/07). Anche in questo caso la Corte ha ribadito la sua precedente giurisprudenza, secondo la quale il matrimonio conferisce uno status particolare a coloro che vi si impegnano, gli art. 12 e 14 della Convenzione non impongono agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali e i predetti Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra modalità di riconoscimento giuridico godono di un certo margine di apprezzamento. Ha concluso, quindi, che non vi è violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 nel caso in cui la norma interna consenta l'adozione coparentale alle coppie coniugate, escludendo tutte le coppie non coniugate indipendentemente dal loro orientamento sessuale, mentre vi è violazione se la legge nazionale impedisce l'accesso all'adozione solo alle coppie non coniugate omosessuali.

Sul fronte della giurisprudenza interna, infine, le conclusioni che precedono non sembrano porsi nemmeno in contrasto con la nota e recente pronuncia della Corte di Cassazione sezione I civile n. 12962/16 prima richiamata sub II ed alla quale si fa riferimento nel ricorso.

Tale sentenza, infatti, ha ribadito i seguenti principi di diritto che non sono qui messi in discussione e che, anzi, sono pienamente condivisi dal collegio: che lo stato di abbandono del minore non è un presupposto dell'adozione prevista dall'art. 44 lett. d); che “la constata impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo” indicata dalla norma può sussistere sia in fatto che in diritto; che l'adozione di cui all'art. 44

lett. d) è consentita a tutte le persone che rispettino i requisiti previsti dalla legge, indipendentemente dal loro orientamento sessuale.

La predetta pronuncia, al contrario, non si è occupata degli effetti dell'adozione stabiliti dagli artt. 48 e ss lg. 184/83 di cui fin qui si è trattato, argomento che, peraltro, non formava oggetto del ricorso proposto dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Roma ed il cui esame la sentenza stessa ha giudicato inconferente ai fini della decisione della questione giuridica che formava specifico oggetto dei motivi di ricorso (cfr le pagine 33 e 34 della sentenza citata: *“già sul piano dell'esame testuale delle norme l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso, oltretutto a differenze di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo”*).

Per completezza deve aggiungersi che, comunque, a differenza di quanto adombrato nel ricorso, il diritto della piccola C a mantenere in ogni caso i rapporti affettivi con la ricorrente non rimarrà privo di tutela e sarà garantito dall'art. 333 cc.

Al riguardo si richiama la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 225/16, che ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 337 ter cc, nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, in quanto l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo da quest'ultimo intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore *“comunque pregiudizievole al figlio”*, in relazione alla quale l'art. 333 dello stesso codice consente al giudice di adottare *“i provvedimenti convenienti”* nel caso concreto (cfr la motivazione della sentenza n. 225/16).

Il ricorso va dunque respinto per le ragioni fin qui enunciate.

Per questi motivi

rigetta il ricorso proposto da A il 16 dicembre 2017 per ottenere l'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) della minore C.

omissis

Tribunale per i minorenni di Bologna

Sentenza del 20 luglio 2017

COPPIA DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI –ACCOGLIMENTO – TRASFERIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE DAL GENITORE BIOLOGICO ALL’ADOTTANTE – INSUSSISTENZA – INCLUSIONE NELLA NOZIONE GIURIDICA DI FAMIGLIA - SUSSISTENZA

Nell’ipotesi di minore concepito e cresciuto nell’ambito di una coppia dello stesso sesso, sussiste il diritto ad essere adottato dalla madre non biologica, secondo le disposizioni sulla adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), Legge n. 184 del 1983, considerato l’interesse concreto del minore al suo riconoscimento in ragione del rapporto genitoriale di fatto instauratosi fra il genitore sociale ed il minore e non essendo tale interpretazione rimessa in discussione dalla Legge n. 76/2016 ma, anzi, avallata dalla stessa clausola di salvaguardia di cui al relativo art. 1, comma 20. L’adozione *de qua* non comporta il trasferimento della responsabilità genitoriale dal genitore biologico all’adottante ai sensi degli artt. 48 e 50 della stessa legge, trovando applicazione la disciplina generale sull’unicità dellom status di figlio di cui agli artt. 315 e ss. cc. La coppia unità civilmente rientra pienamente nella nozione di famiglia.

Riferimenti normativi: art. 44, lett. d), 48 e 50, Legge n. 184 del 1983; art. 1, comma 20, Legge n. 76 del 2016; 315 e ss c.c..

IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BOLOGNA

omissis

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 286\16 ADN-CP
avente ad OGGETTO: ricorso ex art. 44, lett. d), legge n. 184/1983

In fatto

....omissis... ha richiesto, ai sensi dell’art. 44 lett. d, l. adoz., di poter adottare la minoreomissis..., a seguito di procreazione medicalmente assistita. L’istante premette di avere instaurato una relazione affettiva conomissis... nel gennaio del 2006 per approdare ad una successiva stabile convivenza nel giugno 2008 che prosegue fino ad oggi.omissis...

Nel 2010, l’istante riferisce di avere deciso, in accordo con la propria compagna, di avere un figlio, ricorrendo alla procedura di procreazione medicalmente assistita presso una clinica specializzata di Bruxelles. La coppia decideva consensualmente che, a portare avanti la gravidanza, sarebbe stataomissis... in quanto tra le due donne era quella più desiderosa di vivere questa fase della genitorialità.omissis...

Orbene, le indagini svolte hanno dato tutte esito positivo. A conferma rilevano i colloqui con i genitori e l’osservazione diretta relazionata dagli Assistenti Sociali, dalle quali emerge che “la bimba è apparsa solare, intelligente e molto dolce, si è trovata a proprio agio e si è relazionata con le sue mamme con naturalezza ed affetto.” Ancora, si legge in relazione, “trascorre la giornata del sabato con mamma.. con cui prepara un dolce e la pasta alla carbonara, il loro piatto preferito. Tutti i giorni è lei che si occupa di andarla a ritirare all’uscita di scuola e di accompagnarla alle eventuali attività ludico/sportive.” Ed infine, ancora in relazione “... parla della sua famiglia con serenità, conosce la storia che l’ha portata al mondo ed è consapevole del percorso di adozione intrapreso da; si è dimostrata contenta oltre che desiderosa di assumerne il cognome” (cfr. relazione psicossociale relativa all’istanza di adozione).

Sulla base degli atti e dei documenti, alla luce delle prove acquisite e dell'istruttoria condotta, è pacifico e certo che la minoreomissis... riconosce inomissis... i suoi genitori; la relazione della coppia si distingue per solidità affettiva, costanza nel tempo e comunanza di obbiettivi, al punto da dovere essere considerata, a tutti gli effetti, una famiglia. Il tessuto familiare di questa unione include la piccolaomissis... che è di fatto un membro della famigliaomissis... In particolare, è provato che: a) la bambina è stata sempre trattata daomissis... come sua figlia, avendo questi provveduto in qualità di madre al suo mantenimento, alla sua educazione, alle sue esigenze di vita quotidiana; b)omissis... è a tutti gli effetti considerata madre, nelle relazioni sociali, affettive e di vita quotidiana (scuola, istituzioni, contesti di riferimento, etc.); c)omissis... è considerata figlia diomissis... anche nell'ambito delle famiglie di origine di entrambe le madri.

Sulla scorta dei dati sin qui brevemente illustrati, può procedersi all'esame del merito della domanda.

In diritto

Nell'Ordinamento italiano, in linea con gli altri sistemi giuridici europei, il legame genitoriale può originare da un procedimento adottivo: il genitore diventa tale in assenza di legame biologico con il minore e a seguito di procedura giurisdizionale che sostituisce al vincolo biologico una attribuzione giuridica della responsabilità genitoriale. L'origine del progetto genitoriale non incide sullo stato giuridico dei figli che è sempre e comunque lo stesso (art. 315 c.c. come modificato dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219). Il referente normativo principale, in materia di adozione, è la legge 4 maggio 1983 n. 184 ("diritto del minore ad una famiglia"). La normativa in esame enuclea, in modo tipico e tassativo, i casi *ex lege* che consentono l'instaurazione giuridica (piuttosto che biologica) del legame genitoriale. In linea di principio, l'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto. I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare (art. 6, legge 184 del 1983). Condizione necessaria perché l'adozione possa essere pronunciata, è che l'età degli adottanti superi di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando. In ogni caso, l'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità (art. 7 comma I): sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio.

La norma testé citata (art. 7) ha riguardo ai casi "ordinari" di adozione ed esclude, di norma, l'adozione da parte di coppie formate dallo stesso sesso, atteso che il procedimento adottivo è riservato ai coniugi e non è esteso agli uniti (come noto, l'unione civile è la formazione familiare composta da due persone dello stesso sesso: v. art. 1, legge 20 maggio 2016 n. 76). L'adozione non è consentita nemmeno alle persone che siano solo conviventi di fatto come nel caso in esame (al riguardo, v. art. 1, comma 36, legge 76/2016 cit.). A fronte di casi ordinari, la normativa disciplina anche «casi particolari» di adozione, nell'ambito dell'art. 44 l. 184 del 1983. L'adozione nei casi ordinari è detta "piena o legittimante" poiché esplica effetti totalmente parificanti rispetto alla genitorialità biologica. Gli effetti dell'adozione "non piena" sono invece regolati dagli artt. 45 e ss. l. 184 del 1983.

L'adozione in casi particolari prevede che i minori possano essere adottati ("*anche quando non ricorrano le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7*"): a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Adozione piena e adozione in casi particolari rappresentano due diversi istituti giuridici, anche se, in concreto, gli Autori dibattono circa la persistente diversità effettiva, alla luce delle modifiche apportate al "sistema" dal dlgs. 154 del 2013. L'adozione cd. legittimante, come visto, abilita l'adozione (nazionale o internazionale) di bambini in stato di abbandono, prevedendo una corsia preferenziale in favore delle persone con cui il minore abbia instaurato legami affettivi significativi e un rapporto stabile e duraturo (si tratta, in genere, della cd. famiglia affidataria: v. art. 5-bis, legge 173 del 2015). Per effetto dell'adozione ordinaria, la relazione tra minore e adottante è del tutto equiparata a quella sussistente tra genitore biologico e la propria prole. La "adozione in casi particolari" è ammessa, invece, in diversi casi specifici che concernono, per lo più, ipotesi in cui vi è già una relazione genitoriale di fatto tra un bimbo

ed un adulto. La stessa è consentita anche ai singoli ed alle coppie non sposate. Si tratta dell'ipotesi di bambini già curati da parenti o conoscenti (lettera A) e dell'ipotesi di bambini che hanno instaurato una relazione filiale col nuovo coniuge del proprio genitore (lettera B). In questi casi non si tratta di trovare un genitore per un bambino abbandonato ma di tutelare e coprire giuridicamente situazioni in cui un bambino ha già chi si occupa di lui, dove vi è già un "genitore di fatto" che è tuttavia privo di riconoscimento legale formale (sul "valore" dei legami genitoriali di fatto, cfr. legge 173 del 2015 e Corte Cost. n. 225 del 2016). L'adozione in casi particolari è altresì prevista per bambini orfani portatori di handicap (lettera C), per i quali, essendo l'adozione ammessa anche per i singoli e le coppie non sposate, viene così ampliata la platea degli aspiranti adottanti.

L'adozione in casi particolari è prevista, infine, quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, lett. d, legge 184 del 1983): si tratta della norma di riferimento per l'odierna decisione.

In passato, infatti, la disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza in modo restrittivo, come applicabile comunque alla ipotesi del bambino "in stato di abbandono". Si sosteneva, dunque, che la norma ampliasse il ventaglio degli adottanti a fronte di minori in stato di abbandono, difficilmente adottabili e di fatto rimasti senza proposte adottive: come per il caso di bambini affetti da patologie psichiatriche o fisiche invalidanti. La giurisprudenza più recente ha mutato indirizzo e interpretato la norma in modo diverso: secondo il nuovo *trend* pretorile, la disposizione prevedendo che "*vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*", fa riferimento (non solo a situazioni di impossibilità materiale di adottare bambini in stato di abbandono, ma anche) ad ogni altra ipotesi di impossibilità giuridica di adottare con adozione legittimante. Si tratta, cioè, di casi in cui non vi è uno stato di abbandono e dove, tuttavia, l'adozione appare comunque consigliabile per una migliore tutela dei diritti del minore. Su questa linea si sono ritenuti adottabili bambini non abbandonati che risultano affidati da anni ad una coppia o ad un singolo.

Si arriva così al tema oggetto della presente indagine: proprio attraverso il menzionato art. 44 lett. d), infatti, si è arrivati ad affermare che, nell'ipotesi di minore concepito e cresciuto nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, «*sussiste il diritto ad essere adottato dalla madre non biologica, secondo le disposizioni sulla adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 ed a prendere il doppio cognome, sussistendo, in ragione del rapporto genitoriale di fatto instauratosi fra il genitore sociale ed il minore, l'interesse concreto del minore al suo riconoscimento*». In questi termini si è pronunciato originariamente il Tribunale per i Minorenni di Roma, con sentenza 30 luglio 2014 (est. Cavallo), inaugurando una presa di posizione ermeneutica confermata negli arresti successivi (Trib. Minorenni Roma, 22 ottobre 2015, est. Cavallo; Trib. Minorenni Roma, 23 dicembre 2015, est. Cavallo), anche nel secondo grado. In particolare, secondo il giudice d'appello romano, «*nell'ipotesi di minore concepito e cresciuto nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, sussiste il diritto ad essere adottato dalla madre non biologica, secondo le disposizioni sulla adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184, sussistendo, in ragione del rapporto genitoriale di fatto instauratosi fra il genitore sociale ed il minore, l'interesse concreto del minore al suo riconoscimento; la sussistenza di tale rapporto genitoriale di fatto e del conseguente superiore interesse al riconoscimento della bigenitorialità devono essere operate in concreto sulla base delle risultanze delle indagini psico-sociali*» (Corte App. Roma, 23 dicembre 2015, Pres. Montaldi, est. Pagliari); della stessa idea la Corte di Appello di Torino che, riformando il primo grado, afferma «*l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso*» (Corte App. Torino, Pres. Mecca, est. Lanza).

La questione della adozione coparentale è stata infine affrontata dalla Suprema Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi con riguardo alla impugnazione della pronuncia della Corte di Appello romana del 23 dicembre 2015. Definendo il procedimento in senso conforme alla decisione impugnata, la Suprema Corte di Cassazione ha, *in primis*, affermato che in ipotesi di domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica non sussiste alcun conflitto di interessi fra quest'ultima e la figlia e non vi è pertanto alcuna necessità di nominare un curatore speciale. Ha quindi osservato che l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso (Cass. Civ., sez. I, sentenza 26 maggio 2016 n. 12962, Pres. Della Palma, est. Acierno). In tempi recenti, l'indirizzo del tutto maggioritario in giurisprudenza è stato, infine, avallato dalla Corte di Appello di Milano, con la pronuncia 9 febbraio 2017.

Reputa questo Tribunale che l'indirizzo sin qui illustrato sia stato anche confermato dalla legge n. 76 del 2016. In primo luogo, la nuova normativa ha eletto le coppie formate da persone dello stesso sesso, ove sussistenti vincoli affettivi, al rango di "famiglia" (è inequivoco il riferimento, nella normativa, alla "vita familiare", a tacer d'altro), così offrendo all'adozione in casi particolari, un substrato relazionale solido, sicuro, giuridicamente tutelato. Soprattutto, come ben ha messo in evidenza la Corte di Appello di Milano, nella decisione citata, la legge di nuovo conio ha confermato l'orientamento di Cassazione, con l'articolo 1 comma 20: *"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"*.

Ebbene, come hanno sottolineato i commentatori, questa norma nasce da un compromesso legislativo, reso necessario a seguito dello stralcio dell'articolo che prevedeva una modifica dell'art. 44 lettera b). Per effetto di detto stralcio, il Legislatore ha sentito il bisogno di aggiungere una locuzione che non può essere interpretata in nessun altro modo se non come clausola di salvaguardia, altrimenti non se ne comprenderebbe il senso, avendo già detto che l'equiparazione del termine coniuge all'unito civilmente vale per le leggi in vigore tranne che per la 184/83, ovvero l'espressione: *"resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti"*. Che resti fermo quanto previsto può apparire pleonastico ma è fatto salvo anche quanto consentito evidentemente dalla interpretazione giurisprudenziale così come si è sviluppata nel tempo e come indicata da ultimo dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 12962/16. E' insomma evidente che dalla legge n. 76 del 2016 non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 D). Questa lettura è stata anche seguita in Dottrina ed è ritenuta corretta da questo Tribunale. La «clausola di salvaguardia» che chiude il comma 20 rende immune dall'eccezione alla clausola generale di equivalenza prevista per la legge sulle adozioni «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». In questo modo, tale disposizione apre alla possibilità di un'applicazione alle unioni civili delle disposizioni in materia di adozioni, ma solo, per l'appunto, nei limiti del diritto vigente. Come ha efficacemente rilevato la Corte di Appello di Milano, la clausola nasce dalla consapevolezza degli effetti che lo stralcio di cui si è detto avrebbe comportato al consolidato orientamento giurisprudenziale che riconosce alle coppie di persone dello stesso sesso la possibilità di ricorrere alla c.d. «adozione coparentale» (*stepchild o secondparent adoption*). Pertanto, allo stralcio dell'articolo 5 è seguita l'aggiunta della clausola in parola, proprio allo scopo di scongiurare che fosse «impedito agli omosessuali di continuare a fruire di un istituto già esistente». La sua funzione, dunque, è quella di chiarire all'interprete che la mancata previsione legislativa dell'accesso all'adozione coparentale non deve essere letta come un segnale di arresto o di contrarietà rispetto all'orientamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza in favore dell'adozione coparentale ai sensi della lettera d). In conclusione, è opportuno rammentare che l'interpretazione qui in esame risulta avallata non solo dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 12962 del 2016, ma anche da Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, secondo cui la ratio dell'effettiva realizzazione degli interessi del minore consente l'adozione per *"constatata impossibilità di affidamento preadottivo"* anche quando i minori *"non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili"*.

Alla luce di quanto sin qui osservato, ove le indagini *ex lege* diano esito positivo, l'adozione risponda all'interesse del minore e vi sia il consenso di tutti i soggetti interessati *«non si comprende come possano essere posti ostacoli alla richiesta di adozione se non per il prevalere di pregiudizi legati ad una concezione dei vincoli familiari non più rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale. Del resto proprio la interpretazione evolutiva della Corte EDU della nozione di vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è giunta ad affermare che nell'ambito della vita familiare deve annoverarsi il rapporto fra persone dello stesso sesso, rapporto che non può quindi essere escluso dal diritto di famiglia con la conseguenza che non già le aspirazioni o i desideri degli adulti debbano avere necessariamente pari riconoscimento da parte dell'ordinamento, bensì i diritti dei bambini»* (Corte App. Milano, cit.).

Va rimarcato che – a parere di questo Collegio – la stabile relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i desideri e i sogni comuni per il futuro, la condivisione insieme dei frammenti di vita quotidiana, costituisce a tutti gli effetti una "famiglia", luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore "omoaffettività" possa costituire ostacolo formale.

Per le ragioni sin qui esposte, si intende confermare l'indirizzo già espresso da questo Ufficio e che si riporta: «Nell'ipotesi di minore concepito e cresciuto nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, sussiste il diritto ad essere adottato dalla madre non biologica, secondo le disposizioni sulla adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184, sussistendo, in ragione del rapporto genitoriale di fatto instauratosi fra il genitore sociale ed il minore, l'interesse concreto del minore al suo riconoscimento. Questa interpretazione è stata di recente avallata dall'articolo 1 della legge 76 del 2016. Infatti, la «clausola di salvaguardia» che chiude il comma 20 di detto articolo apre alla possibilità di un'applicazione alle unioni civili delle disposizioni in materia di adozioni, ma solo, per l'appunto, nei limiti del diritto vigente. La sua funzione, dunque, è quella di chiarire all'interprete che la mancata previsione legislativa dell'accesso all'adozione coparentale non deve essere letta come un segnale di arresto o di contrarietà rispetto all'orientamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza in favore dell'adozione coparentale ai sensi della lettera d) dell'art. 44 l. 184 del 1983» (cfr. Trib. Minorenni Bologna, sentenza 6 luglio 2017).

Orbene, la coppia ...omissis... non è unita civilmente ma ciò – a parere del Collegio – non può costituire un ostacolo giuridico in quanto il vincolo matrimoniale è richiesto normativamente solo per l'ipotesi di cui alla lettera B) della citata norma e non per l'ipotesi che qui si invoca.

Pertanto, non si intende abbandonare la soluzione interpretativa, ormai costantemente adottata da questo Tribunale, anche alla luce di recente contrario arresto di merito (Trib. Minorenni Palermo, sentenza 3 luglio 2017) che ha optato per statuizione contrastante, individuando nell'articolo 48 l. n. 183 del 1984 alcune condizioni legali ostative.

Invero, tale norma – che afferma la condivisione genitoriale fra coniugi – non può essere letta come limite per le coppie non unite da vincolo matrimoniale: semplicemente, è da escludere che dalla permanenza dell'art. 48 cit. possa trarsi una deroga ai principi di cui agli artt. 315 bis e ss. cod. civ., i quali sono stati recepiti dal legislatore italiano in funzione della protezione del migliore interesse del minore. Parimenti l'art. 50 l. cit., nella parte in cui dà disposizioni per l'ipotesi di decadenza dell'adottante dalla responsabilità genitoriale, è norma dettata per il caso in cui la responsabilità genitoriale sia stata attribuita per intero all'adottante, cui non può ascriversi una qualche portata generale. L'art. 50 è, difatti, disposizione speciale per il caso in cui, a seguito dell'adozione speciale, apprezzato l'interesse del minore, si sia ritenuto di privare il genitore legale della responsabilità genitoriale. Per tutti gli altri casi, la disciplina degli effetti è quella del codice civile, che non esclude – anzi, impone, se nell'interesse del minore – l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante e del genitore legale. Né può ravvisarsi un qualche pericolo di indeterminatezza in una fattispecie così delicata come quella relativa alla responsabilità genitoriale, posto che la condivisione della responsabilità fra genitori trova una tassativa e determinata disciplina nel codice civile (315 bis e ss.), sicché l'affidabilità del genitore rappresenta l'unica sicura guida nel perseguimento dell'interesse del bambino.

V'è da dire, inoltre, che una lettura di segno opposto, che pur non negando l'applicabilità dell'art. 44 lettera d) alle relazioni genitoriali di fatto anche in presenza di un affidabile genitore legale (biologico, ex art. 8 legge 40/2004 o adottivo), voglia trarre dagli artt. 48 e 50 una qualche limitazione sul piano degli effetti, appare contraddittoria e di scarsa tenuta già sul piano logico giuridico. Richiedendo al genitore legale di manifestare, con il proprio assenso ex art. 46, primo comma, anche la volontà di abdicare alla propria responsabilità genitoriale, a pena di un consenso irrimediabilmente "viziato" (interpretazione che, ove seguita, imporrebbe comunque ai sensi degli artt. 111 Cost. e 101, secondo comma c.p.c., di sollevare d'ufficio il tema salvaguardando il contraddittorio, a pena di insanabile vizio in rito), dovrebbe assumersi che tale assenso sarebbe comunque privo di effetto in carenza di un provvedimento che dichiara la decadenza dalla responsabilità genitoriale, il quale non potrebbe fondarsi, com'è ovvio, sulla sola volontà del genitore, non vertendosi in materia di diritti disponibili, ma necessiterebbe di una valutazione di oggettiva incapacità genitoriale dello stesso genitore legale; sicché una tale interpretazione finirebbe col tradire il presupposto da cui muove (la possibilità di utilizzare in questi casi l'art. 44 lettera d), finendo in ultima analisi col ricondurre sempre l'adozione in casi particolari al presupposto dell'abbandono del minore, in evidente violazione del chiaro disposto di cui all'art. 44, primo comma cit..

In definitiva, gli artt. 44, 48 e 50 L. n. 183 del 1984 non possono interpretarsi nel senso che la responsabilità genitoriale è esercitata congiuntamente "solo" quando gli adottanti sono coniugati; certamente affermano che la stessa è congiunta quando gli adottanti sono coniugati, ma implicitamente rinviando, negli altri casi, all'intero sistema in materia del codice civile. Una lettura di segno opposto non solo appare distonica rispetto al nuovo quadro normativo emergente dalla riforma in materia di filiazione, ma sarebbe incompatibile col presupposto da cui muove (della applicabilità dell'art. 44 lettera D in ipotesi di impossibilità solo giuridica) finendo col produrre, in ultima analisi, effetti contrari al superiore interesse del minore.

La disamina sin qui condotta induce a dover accogliere la domanda dell'istante sulla scorta del seguente principio di diritto: in virtù della clausola di salvaguardia di cui all'art. 1 comma 20 legge n. 76 del 2016, l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere

il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso.

La norma applicata ha, invero, la preminente finalità di garantire copertura giuridica ad una situazione di fatto, già consolidata da anni, nell'esclusivo superiore interesse del minore ad avere una famiglia attraverso il riconoscimento di rapporti, già esistenti e consolidati, tra lo stesso minore e le persone che fin dalla nascita se ne prendono cura. Lo spirito della norma in esame - è bene riaffermarlo ancora una volta - non è quello di sostituire un vincolo tra minorenni e genitori biologici *"ma porsi "accanto" ad esse, arricchendo la sfera delle relazioni del minore con un riconoscimento giuridico che lo tutela particolarmente, garantendogli una adeguata assistenza morale e materiale"* (Trib. Minorenni Milano sent. n. 626\2007).

La sua *ratio legis* è quindi, sicuramente, di valutare, in concreto, ciò che può comportare maggiore utilità per il minore (utilità notoriamente intesa come preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero di inconvenienti) nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del minore stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi.

Ed appare evidente che, attualmente, la situazione di fatto, prospettata dalla ricorrente ed accertata dal Tribunale, non goda di alcuna tutela di legge e ciò può ripercuotersi negativamente nella quotidianità della minore poiché il mancato riconoscimento legale del proprio genitore sociale potrebbe costituire una minaccia anche all'equilibrio psicofisico della bambina che, crescendo, vedrà delegittimata colei che, a tutti gli effetti, si comporta ed è considerata dal contesto socio-familiare di appartenenza come uno dei due genitori. Inoltre, e principalmente, qualora questo Giudice rigettasse l'istanza di adozione, la minore non potrebbe vantare alcun diritto nei confronti della ricorrente (si pensi alle ipotesi di separazione della coppia o di morte o incapacità sopravvenuta della madre biologica) la quale, a sua volta e nei suoi confronti, non avrebbe alcun obbligo giuridico in qualità di genitore. In altri termini, non è contestabile che, qualora nel nostro ordinamento giuridico, in ipotesi del genere, non si riconoscesse rilievo giuridico al rapporto tra il minore e l'adottante, resterebbe gravemente sacrificata proprio la posizione della bambina sotto plurimi profili e, se anche l'interesse del minore al riconoscimento giuridico della relazione genitoriale con l'istante è certamente speculare, nel caso in esame, a quello del genitore adottante, tale considerazione non modifica l'ottica della presente decisione che assume, al centro della valutazione giurisdizionale, il *best interest* del minore al riconoscimento dello status di figlio e il suo diritto a vivere una vita familiare, oltre che con il genitore biologico, anche con quello che lo ha accudito, cresciuto e "curato" fin dalla sua nascita e per un consistente lasso temporale.

In definitiva, l'origine del progetto genitoriale non può in alcun modo incidere sullo stato giuridico dei figli che è sempre e comunque lo stesso (art. 315 c.c. come modificato dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219) e negare ad un minore i diritti ed i vantaggi connessi al riconoscimento legale del legame genitoriale già instaurato con la propria madre sociale costituirebbe una scelta non corrispondente con l'interesse dello stesso minore.

Il ricorso merita accoglimento.

Nulla per le spese di lite.

P.Q.M.

DICHIARA l'adozione di ...*omissis*... e dispone che la minore assuma il cognome Antoni posponendolo al proprio.

omissis

*Corte costituzionale***Sentenza dell'8 novembre 2016, n. 286**

AUTOMATICA ATTRIBUZIONE DEL COGNOME PATERNO AL FIGLIO – CONTRARIA VOLONTÀ DEI GENITORI-CONIUGI – DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE – PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA DEI CONIUGI – ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

La normativa italiana, quale desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile; 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238; e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli anche il cognome materno, al momento della nascita del figlio nato nel matrimonio, del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio, o dell'adozione, è contraria alla Costituzione tenuto conto del diritto all'identità personale e del principio di uguaglianza dei coniugi

Riferimenti normativi: artt. 8 e 14 Cedu; artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione; artt. 237, 262 e 299 del codice civile; artt. 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

omissis

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile, 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), promosso dalla Corte di appello di Genova, nel procedimento proposto da M.M. e M.G., con ordinanza del 28 novembre 2013, iscritta al n. 31 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 13, prima serie speciale, dell'anno 2014.

Visto l'atto di costituzione di M.M. e M.G., in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sul minore V., nonché l'atto di intervento dell'Associazione Rete per la Parità;

udito nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2016 il Giudice relatore Giuliano Amato;

uditi gli avvocati Antonella Anselmo per l'Associazione Rete per la Parità e Susanna Schivo per M.M. e M.G., in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sul minore V.

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza emessa il 28 novembre 2013, la Corte d'appello di Genova ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile, 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma

dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui prevede «l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori».

2. Il giudizio a quo ha per oggetto il reclamo avverso il provvedimento del Tribunale ordinario di Genova che ha respinto il ricorso avverso il rigetto, da parte dall'ufficiale dello stato civile, della richiesta di attribuire al figlio dei ricorrenti il cognome materno, in aggiunta a quello paterno.

La Corte d'appello di Genova osserva che, sebbene la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno, anche in presenza di una diversa volontà dei genitori, non sia prevista da alcuna specifica norma di legge, essa è desumibile dal sistema normativo, in quanto presupposta dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché dall'art. 72, primo comma, del r.d. n. 1238 del 1939, e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000.

Il rimettente evidenzia che molti Stati europei si sono già adeguati al vincolo posto dalle fonti convenzionali e, in particolare, dall'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva con legge 14 marzo 1985, n. 132. Essa impegna gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare tale discriminazione in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, ad assicurare «gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome».

Vengono, inoltre, richiamate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa 28 aprile 1995, n. 1271 e 18 marzo 1998, n. 1362, nonché la risoluzione 27 settembre 1978, n. 37, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul genere nella scelta del cognome (sentenze 16 febbraio 2005, *Unal Tekeli contro Turchia*; 24 ottobre 1994, *Stjerna contro Finlandia*; 24 gennaio 1994, *Burghartz contro Svizzera*).

Viene, in particolare, richiamata la sentenza di questa Corte in cui si afferma che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna» (sentenza n. 61 del 2006). In quella occasione, osserva il rimettente, la Corte costituzionale ritenne che la questione esorbitasse dalle proprie prerogative, in quanto l'intervento invocato avrebbe comportato un'operazione manipolativa eccedente dai suoi poteri.

Il giudice a quo evidenzia, tuttavia, la necessità di una rivalutazione della medesima questione, alla luce degli argomenti sviluppati dalla Corte di cassazione nell'ordinanza n. 23934 del 22 settembre 2008, con la quale – ai sensi dell'art. 374, secondo comma, del codice di procedura civile – veniva disposta la trasmissione degli atti al Primo Presidente ai fini della rimessione alle sezioni unite, per valutare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che regolano l'attribuzione del cognome ai figli.

Il rimettente ritiene che la distonia rispetto ai principi sanciti dall'art. 29 Cost., già rilevata nella sentenza n. 61 del 2006, imponga – alla luce dei due eventi normativi consistenti, da un lato, nella modifica dell'art. 117 Cost. e, dall'altro, nella ratifica del trattato di Lisbona – la riproposizione della questione relativa alla norma implicita che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa volontà dei genitori.

Tale disciplina si porrebbe in contrasto, in primo luogo, con l'art. 2 Cost., per la violazione del diritto all'identità personale, che trova il primo ed immediato riscontro proprio nel nome e che, nell'ambito del consesso sociale, identifica le origini di ogni persona. Da ciò discenderebbe il diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali.

Viene, inoltre, denunciata la violazione dell'art. 3 e dell'art. 29, secondo comma, Cost., sotto il profilo del diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nei confronti dei figli e dei coniugi tra di loro. D'altra parte, ad avviso del rimettente, l'esigenza di tutela dell'unità familiare non sarebbe idonea a giustificare l'obbligatoria prevalenza del cognome paterno.

Viene, infine, denunciata la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., «come interpretato nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale [...], costituendo le norme di natura convenzionale già citate parametri del giudizio di costituzionalità delle norme interne».

3. Nel giudizio dinanzi alla Corte si sono costituite le parti reclamanti nel giudizio principale, chiedendo l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo.
- 3.1. In punto di fatto, esse evidenziano che il proprio figlio minore, nato in costanza di matrimonio, è titolare di doppia cittadinanza e tuttavia – per effetto del rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile di procedere all'iscrizione del minore con il cognome di entrambi i genitori – egli viene identificato diversamente nei due Stati dei quali è cittadino: in Italia con il solo cognome del padre ed in Brasile con il doppio cognome, paterno e materno.

Dopo avere illustrato l'evoluzione normativa e giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 61 del 2006, la difesa delle parti ricorrenti evidenzia che, nelle more del presente giudizio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'impossibilità per i genitori di far iscrivere il figlio "legittimo" nei registri dello stato civile attribuendogli alla nascita il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale «dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane» (sentenza 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo contro Italia*).

Ad avviso delle parti reclamanti, tale decisione, vertente su un caso sostanzialmente identico a quello all'esame di questa Corte, rafforza gli argomenti a sostegno della fondatezza della questione.

- 3.2. Con riferimento alla denunciata violazione dell'art. 2 Cost., la difesa delle parti private richiama i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale sul diritto al nome come segno distintivo dell'identità personale, anche in riferimento alla posizione del figlio adottivo (sentenze n. 268 del 2002; n. 120 del 2001; n. 297 del 1996 e n. 13 del 1994).

Pur riconoscendo che permangono delle differenze in materia di attribuzione del cognome tra la posizione del figlio di una coppia non unita in matrimonio o adottato e la posizione del figlio di una coppia coniugata, le parti ricorrenti ritengono che la rigidità della norma che impone in ogni caso l'attribuzione del cognome paterno sacrifichi il diritto all'identità del minore, che si vede negata la possibilità di aggiungere il cognome materno, qualora tale scelta sia espressione di un'esigenza connessa all'esercizio del diritto all'identità personale.

Ad avviso delle parti private, se il diritto al nome e, più in particolare, al cognome, costituisce la manifestazione esterna e "tangibile" del diritto all'identità personale, l'attribuzione automatica al figlio di una coppia coniugata del solo cognome paterno determina l'irrimediabile compromissione di tale diritto, precludendo al singolo individuo di essere identificato attraverso il cognome che meglio corrisponda alla propria identità personale.

- 3.3. Con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 3, primo comma, e dell'art. 29, secondo comma, Cost., sotto il profilo dell'uguaglianza e pari dignità dei genitori e dei coniugi, vengono richiamate le pronunce con le quali, sin dal 1960, la giurisprudenza costituzionale ha affermato l'illegittimità di norme che prevedevano un trattamento irragionevolmente differenziato dei coniugi (sentenze n. 33 del 1960; n. 126 e n. 127 del 1968; n. 147 del 1969; n. 128 del 1970; n. 87 del 1975; n. 477 del 1987; n. 254 del 2006; in tema di eguaglianza nei rapporti patrimoniali tra i coniugi, vengono, inoltre, citate le sentenze n. 46 del 1966; n. 133 del 1970; n. 6 del 1980 e n. 116 del 1990).
- 3.4. Quanto alla denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., la difesa delle parti private richiama i principi affermati a livello internazionale, e recepiti dall'ordinamento italiano, sulla protezione dei diritti del fanciullo e sulla parità di genere. Vengono richiamati, in particolare, l'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881); l'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo (fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176); l'art. 16, lettera g), della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women* – CEDAW), adottata il 18 dicembre 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, ratificata e resa esecutiva con legge 14 marzo 1985, n. 132.

Da tale quadro normativo emergerebbe la non conformità ai principi sopra richiamati della norma che impone l'attribuzione automatica ed esclusiva del solo cognome paterno. Essa sarebbe lesiva sia dei principi che garantiscono la tutela del diritto al nome, sia di quelli in tema di eguaglianza e di non discriminazione tra uomo e donna nella trasmissione del cognome al figlio, sia esso legittimo o naturale.

La difesa delle parti reclamanti evidenzia, in particolare, che sebbene la CEDU non contenga alcun riferimento espresso al diritto al nome del singolo individuo, la Corte di Strasburgo, in molteplici pronunce, ne ha ricondotto la tutela entro l'ambito applicativo del diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8 della CEDU. In queste decisioni la Corte europea – pronunciandosi su casi analoghi a quello successivamente deciso dalla citata sentenza nel caso *Cusan e Fazzo* – ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU, in combinato disposto con l'art. 14, in ragione della disparità di trattamento fondata sul genere.

- 3.5. Le parti private deducono, inoltre, che la pronuncia richiesta alla Corte non sarebbe tale da invadere la sfera di discrezionalità del legislatore, trattandosi, viceversa, di un intervento costituzionalmente imposto, limitato all'apposizione, alla norma impugnata, delle "rime obbligate". La Corte potrebbe, infatti, limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme invocate, nella parte in cui non consentono ai genitori di scegliere, di comune accordo, il cognome da trasmettere ai figli.

D'altra parte, non sarebbe ravvisabile alcun vuoto normativo derivante dall'invocato intervento caducatorio. Al riguardo, sono richiamate le pronunce che affermano che, a fronte di «*un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. [...] Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione*» (sentenza n. 113 del 2011; nello stesso senso, sentenze n. 78 del 1992 e n. 59 del 1958).

4. L'Associazione Rete per la Parità ha depositato atto di intervento in cui ha chiesto l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Genova.

In via preliminare, sono state illustrate le ragioni dell'ammissibilità dell'intervento, sebbene l'Associazione non rivesta la qualità di parte nel giudizio a quo.

Quanto al merito della questione, l'Associazione ha esposto e ribadito i medesimi argomenti svolti dalla difesa delle parti private a sostegno della rilevanza e della fondatezza della questione.

5. L'ordinanza di rimessione è stata ritualmente notificata al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale ha omesso di intervenire in giudizio.

Considerato in diritto

1. Con ordinanza emessa il 28 novembre 2013, la Corte d'appello di Genova ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile, 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui prevede «l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori».

È denunciata, in primo luogo, la violazione dell'art. 2 Cost., in quanto verrebbe compresso il diritto all'identità personale, il quale comporta il diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali.

Viene, inoltre, evidenziato il contrasto con gli artt. 3 e 29, secondo comma, Cost., poiché sarebbe leso il diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nei confronti dei figli e dei coniugi tra di loro.

Viene, infine, ravvisata la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa 28 aprile 1995, n. 1271 e 18 marzo 1998, n. 1362, nonché alla risoluzione 27 settembre 1978, n. 37, relative alla piena realizzazione dell'uguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome dei figli.

2. Preliminarmente, va confermata l'ordinanza dibattimentale, allegata alla presente sentenza, con la quale è stato dichiarato inammissibile l'intervento dell'associazione Rete per la Parità.
3. La questione sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost. è fondata.
- 3.1. È denunciata l'illegittimità costituzionale della norma – desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ. e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000 – che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori.

Va rilevato, preliminarmente, che tra le disposizioni individuate dal rimettente compare, altresì, l'art. 72, primo comma, del r.d. n. 1238 del 1939, il quale, tuttavia, è stato abrogato dall'art. 110 del d.P.R. n. 396 del 2000. Dal tenore complessivo degli argomenti sviluppati nell'ordinanza di rinvio si evince, peraltro, che tale disposizione rientra nel fuoco delle censure del rimettente al solo fine di esplicitare la norma – da essa presupposta – che prevede l'automatica attribuzione del solo cognome paterno.

L'esistenza della norma censurata e la sua perdurante immanenza nel sistema, desumibili dalle disposizioni che implicitamente la presuppongono, è stata già riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, nelle precedenti occasioni in cui ne è stata denunciata l'illegittimità (sentenze n. 61 del 2006 e n. 176 del 1988; ordinanze n. 145 del 2007 e n. 586 del 1988). In queste pronunce, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di tale norma, in quanto presupposta dalle medesime disposizioni, regolatrici di fattispecie diverse, individuate dall'odierno rimettente (artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000).

Sebbene essa non abbia trovato corpo in una disposizione espressa, ancora una volta, non vi è ragione di dubitare dell'attuale vigenza e forza imperativa della norma, in base alla quale il cognome del padre si estende *ipso iure* al figlio.

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, sia precedente, sia successiva alle richiamate pronunce di questa Corte, laddove ha riconosciuto che – da tali pur eterogenee previsioni – si desume l'esistenza di una norma che, sebbene non prevista testualmente nell'ambito di alcuna disposizione, è ugualmente presente nel sistema e «*certamente si configura come traduzione in regola dello Stato di un'usanza consolidata nel tempo*» (Cass., sez. I, 17 luglio 2004, n. 13298; v. anche Cass., sez. I, 22 settembre 2008, n. 23934).

Nel caso in esame, la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno è oggetto di censura per la sola parte in cui non consente ai genitori – i quali ne facciano concorde richiesta al momento della nascita – di attribuire al figlio anche il cognome materno.

- 3.2. Così ricostruito l'oggetto della presente questione, va rilevato che già in precedenti occasioni questa Corte ha esaminato la disciplina della prevalenza del cognome paterno, al momento della sua attribuzione al figlio, ma ha dichiarato inammissibili le relative questioni, ritenendole riservate alla discrezionalità del legislatore, nell'ambito di una rinnovata disciplina.

Tuttavia, già nell'ordinanza n. 176 del 1988, è stato espressamente riconosciuto che «*sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro*» (v. anche ordinanza n. 586 del 1988).

Diciotto anni dopo, con ancora maggiore fermezza, nella sentenza n. 61 del 2006, in considerazione dell'immutato quadro normativo, questa Corte ha espressamente rilevato l'incompatibilità della norma in esame con i valori costituzionali della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Tale sistema di attribuzione del cognome, infatti, è definito come il «*retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna*».

- 3.3. A distanza di molti anni da queste pronunce, un «*criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi*», non è ancora stato introdotto.

Neppure il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), con cui il legislatore ha posto le basi per la completa equiparazione della disciplina dello status di figlio legittimo, figlio naturale e figlio adottato, riconoscendo l'unicità dello status di figlio, ha scalfito la norma oggi censurata.

Pur essendo stata modificata la disciplina del cambiamento di cognome – con l'abrogazione degli artt. 84, 85, 86, 87 e 88 del d.P.R. n. 396 del 2000 e l'introduzione del nuovo testo dell'art. 89, ad opera del d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127) – le modifiche non hanno attinto la disciplina dell'attribuzione «originaria» del cognome, effettuata al momento della nascita.

Va, d'altro canto, rilevata un'intensa attività preparatoria di interventi legislativi volti a disciplinare secondo nuovi criteri la materia dell'attribuzione del cognome ai figli. Allo stato, tuttavia, essi risultano ancora in itinere.

Nella famiglia fondata sul matrimonio rimane così tuttora preclusa la possibilità per la madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome, nonché la possibilità per il figlio di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome della madre.

- 3.4. La Corte ritiene che siffatta preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare.
- 3.4.1. Quanto al primo profilo di illegittimità, va rilevato che la distonia di tale norma rispetto alla garanzia della piena realizzazione del diritto all'identità personale, avente copertura costituzionale assoluta, ai sensi dell'art. 2 Cost., risulta avvalorata nell'attuale quadro ordinamentale.

Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.

È proprio in tale prospettiva che questa Corte aveva, da tempo, riconosciuto il diritto al mantenimento dell'originario cognome del figlio, anche in caso di modificazioni del suo status derivanti da successivo riconoscimento o da adozione. Tale originario cognome si qualifica, infatti, come autonomo segno distintivo della sua identità personale (sentenza n. 297 del 1996), nonché «*tratto essenziale della sua personalità*» (sentenza n. 268 del 2002; nello stesso senso, sentenza n. 120 del 2001).

Il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale è culminato nella recente affermazione, da parte di questa Corte, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, quale «*elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona*» (sentenza n. 278 del 2013).

In questa stessa cornice si inserisce anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

In particolare, nella sentenza *Cusan Fazzo contro Italia*, del 7 gennaio 2014, successiva all'ordinanza di rimessione in esame, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU, e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale «*dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane*». La Corte EDU ha, altresì, ritenuto che tale impossibilità non sia compensata dalla successiva autorizzazione amministrativa a cambiare il cognome dei figli minorenni aggiungendo a quello paterno il cognome della madre.

La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori.

Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno.

- 3.4.2. Quanto al concorrente profilo di illegittimità, che risiede nella violazione del principio di uguaglianza dei coniugi, va rilevato che il criterio della prevalenza del cognome paterno, e la conseguente disparità di trattamento dei coniugi, non trovano alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., né nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost.

Come già osservato da questa Corte sin da epoca risalente, «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la disuguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «*si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità*» (sentenza n. 133 del 1970).

La perdurante violazione del principio di uguaglianza "morale e giuridica" dei coniugi, realizzata attraverso la mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome, contraddice, ora come allora, quella finalità di garanzia dell'unità familiare, individuata quale ratio giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi, ed in particolare, della norma sulla prevalenza del cognome paterno.

Tale diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica.

4. Con la presente decisione, questa Corte è, peraltro, chiamata a risolvere la questione formulata dal rimettente e riferita alla norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre. L'accertamento della illegittimità è, pertanto, limitato alla sola parte di essa in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.
- 4.1. Rimane assorbita la censura relativa all'art. 117, primo comma, Cost.
5. Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), la dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, alla disposizione dell'art. 262, primo comma, cod. civ., la quale contiene tuttora – con riferimento alla fattispecie del riconoscimento del figlio naturale effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori – una norma identica a quella dichiarata in contrasto con la Costituzione dalla presente sentenza.

Anche tale disposizione va, pertanto, dichiarata illegittima, nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno.

- 5.1. Per le medesime ragioni, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, va estesa, infine, all'art. 299, terzo comma, cod. civ., per la parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione.
6. Va, infine, rilevato che, in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità.

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1. dichiara l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile; 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile); e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno;
2. dichiara in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno;
3. dichiara in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione.

Corte europea dei diritti umani

Cusan e Fazzo c. Italia, sentenza del 7 gennaio 2014, n. 77/07

ATTRIBUZIONE DEL COGNOME MATERNO AL FIGLIO – RIFIUTO – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA FAMILIARE – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – VIOLAZIONE

Negare l'attribuzione del cognome materno al figlio, peraltro nonostante la comune volontà dei genitori, dà origine a una violazione del divieto di discriminazione, protetto dall'art. 14 Cedu, nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare, a causa del diverso, e non giustificabile, trattamento riservato in materia ai genitori in ragione del loro sesso.

Riferimenti normativi: Artt. 8 e 14 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION

omissis

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1964 et en 1958 et résident à Milan.
6. Les requérants sont un couple marié. Le 26 avril 1999 naquit leur premier enfant, une fille, Maddalena.
7. Le requérant présenta à l'officier d'état civil une demande tendant à ce que sa fille soit inscrite dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui de sa mère (Cusan). Cette demande fut rejetée et Maddalena fut inscrite avec le nom de son père (Fazzo).
8. En juin 2000, les requérants introduisirent devant le tribunal de Milan un recours contre cette décision. Ils faisaient valoir qu'ils s'accordaient à vouloir inscrire Maddalena avec le nom de sa mère et qu'aucune disposition du droit italien ne s'y opposait.
9. Par un jugement du 6 juin 2001, dont le texte fut déposé au greffe le 8 juin 2001, le tribunal de Milan rejeta le recours des requérants.
10. Dans ses motifs, le tribunal observa que même si aucune disposition légale n'imposait d'inscrire un enfant né d'un couple marié avec le nom de son père, cette règle correspondait à un principe bien enraciné dans la conscience sociale et dans l'histoire italienne. Le tribunal estima par ailleurs superflue la question de l'existence ou non d'une disposition légale explicite. Il releva en effet que selon l'ancien article 144 du code civil («le CC»), toute femme mariée adoptait le nom du mari, et estima que les enfants ne pouvaient être inscrits qu'avec ce nom ; ce nom était en effet commun aux époux, même si, par la suite, l'article 143 bis du CC avait prévu que le nom du mari puisse être seulement ajouté à la suite de celui de sa femme.
11. Les requérants interjetèrent appel.
12. Par un arrêt du 24 mai 2002, dont le texte fut déposé au greffe le 4 juin 2002, la cour d'appel de Milan confirma le jugement de première instance.
13. Dans ses motifs, la cour d'appel observa que la Cour constitutionnelle avait affirmé à plusieurs reprises

(ordonnances nos 176 du 28 janvier 1988 et 586 du 11 mai 1988) que la non-prévision de la possibilité, pour la mère, de transmettre son nom de famille aux «enfants légitimes» ne violait ni l'article 29 (fondation du mariage sur l'égalité morale et juridique des époux) ni l'article 3 (égalité des citoyens devant la loi) de la Constitution. Elle nota que la Cour constitutionnelle avait indiqué qu'il appartenait au législateur de décider de l'opportunité d'introduire un système différent d'attribution du nom de famille, et qu'au moins six projets ou propositions de loi étaient pendants devant le Parlement. Cela démontrait à ses yeux que la règle non écrite d'attribution du nom était encore en vigueur ; la jurisprudence n'en avait par ailleurs pas mis en doute l'existence.

14. Pour la cour d'appel, la non-application de cette règle aurait entraîné des conséquences pour les enfants auxquels serait attribué le nom de la mère, en ce qu'ils auraient pu être pris pour des «enfants non légitimes».

15. Les requérants se pourvurent en cassation.

16. Par une ordonnance du 26 février 2004, dont le texte fut déposé au greffe le 17 juillet 2004, la Cour de cassation estima que la question incidente de la constitutionnalité de la règle attribuant aux «enfants légitimes» le nom du père était pertinente et n'était pas manifestement infondée ; en conséquence, elle suspendit la procédure et ordonna la transmission du dossier à la Cour constitutionnelle.

Dans les motifs de l'ordonnance, la Cour de cassation précisa que la règle en cause n'était pas une règle de droit coutumier, mais se dégageait de l'interprétation de certains articles du CC.

17. Par un arrêt (no 6) du 16 février 2006, la Cour constitutionnelle déclara cette question de constitutionnalité irrecevable.

Dans ses motifs, la Cour constitutionnelle considéra que le système en vigueur résultait d'une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari, qui avait ses racines dans le droit romain et n'était plus compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme. Elle releva de plus que l'article 16 § 1 g) de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination envers la femme (ratifiée par la loi no 132 du 14 mars 1985) engageait les États contractants à adopter toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination envers les femmes à propos de toute question relative au mariage ou aux rapports familiaux et, en particulier, à assurer les mêmes droits au mari et à la femme, y compris dans le choix du nom.

18. La Cour constitutionnelle se référa également aux recommandations nos 1271 de 1995 et 1362 de 1998 du Conseil de l'Europe, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour (en l'occurrence *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A no 280-B ; *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, série A no 299-B ; et *Ünal Tekeli c. Turquie*, no 29865/96, CEDH 2004-X).

19. Cependant, la Cour constitutionnelle ne s'estima pas compétente pour procéder à l'intervention souhaitée par la Cour de cassation.

Elle releva en effet que toute une série d'options restaient ouvertes, à savoir : 1o) s'il fallait faire dépendre le choix du nom exclusivement de la volonté des époux ; 2o) s'il fallait permettre aux époux de déroger à la règle ; 3o) si le choix des époux devait avoir lieu une seule fois et valoir pour tous leurs enfants, ou bien si un choix individuel devait être exprimé pour chaque enfant. Elle observa que les projets de loi (nos 1739-S, 1454S et 3133-S) présentés au cours de la XIV^e législature témoignaient de la diversité des solutions pouvant être envisagées, et estima que le choix entre ces solutions ne pouvait être fait que par le législateur. Elle retint également qu'une déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions internes pertinentes aurait créé un vide juridique.

20. Par un arrêt du 29 mai 2006, dont le texte fut déposé au greffe le 16 juillet 2006, la Cour de cassation prit acte de la décision de la Cour constitutionnelle et débouta les requérants de leur pourvoi.

Dans ses motifs, elle souligna que la règle dénoncée par les requérants était symptomatique d'une conception patriarcale de la famille et se conciliait difficilement avec les textes internationaux pertinents, mais estima que le soin de mettre en place en la matière un régime juridique compatible avec la Constitution devait revenir au législateur.

21. Le 31 mars 2011, les requérants demandèrent au ministre de l'Intérieur d'être autorisés à faire compléter le nom de leurs «enfants légitimes» par l'adjonction du nom «Cusan». Ils expliquaient souhaiter leur permettre par ce biais de s'identifier au patrimoine moral de leur grand-père maternel – décédé en 2011, et qui selon leurs dires avait été un philanthrope – ; le frère de la requérante n'ayant pas eu de descendants, le nom «Cusan» ne pouvait se perpétuer, précisaient-ils, qu'en passant aux enfants de Mme Alessandra Cusan.

22. Par un décret du 14 décembre 2012, le préfet de Milan autorisa les requérants à changer le nom de leurs enfants en «Fazzo Cusan».

23. Les requérants précisent qu'en dépit de cette autorisation, ils souhaitent maintenir leur requête devant la Cour. A cet égard, ils font observer que le décret du Préfet a été émis à l'issue d'une procédure administrative, et non judiciaire, et qu'ils n'ont pas été autorisés à donner à leur enfant uniquement le nom de famille de leur mère, comme ils l'avaient demandé au tribunal de Milan.

omissis

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, SEUL OU LU EN CONJONCTION AVEC L'ARTICLE 14

27. Les requérants se plaignent du refus des autorités italiennes de faire droit à leur demande tendant à ce que soit attribué à leur fille le nom de famille de sa mère et du fait que la législation italienne, telle qu'interprétée à l'époque des faits, imposait l'attribution automatique et sans exception du nom du père aux «enfants légitimes». Ils considèrent que la loi aurait dû permettre aux parents de choisir le nom de famille de leurs enfants et invoquent l'article 8 de la Convention, seul ou lu en conjonction avec l'article 14.

omissis

A. Sur la recevabilité

1. L'exception du Gouvernement tirée de la perte de la qualité de «victimes» des requérants

29. Le Gouvernement affirme tout d'abord que la requête est «aujourd'hui irrecevable et (...) mal fondée», faisant valoir que les requérants ont été autorisés par le préfet de Milan à ajouter, pour tous leurs enfants mineurs, le nom de famille de la mère (Cusan) au nom de famille du père (Fazzo – paragraphe 22 ci-dessus).
30. Les requérants n'estiment pas avoir perdu leur qualité de victimes. Selon eux, l'autorisation d'ajouter le nom de la mère au nom du père n'était pas une mesure suffisante, car il n'y a pas eu reconnaissance, même implicite, d'une violation de la Convention et elle n'a pas permis d'attribuer à Maddalena le nom «Cusan» dès sa naissance. De plus, précisent-ils, aucune indemnisation ne leur a été accordée pour la période antérieure à la décision du préfet.
31. La Cour rappelle qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de «victime» que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir, par exemple, *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, § 69, série A no 51 ; *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 36, Recueil des arrêts et décisions 1996-III ; *Dalban c. Roumanie* [GC], no 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI ; *Jensen c. Danemark* (déc.), no 48470/99, CEDH 2001-X ; et *Torreggiani et autres c. Italie*, nos 57875/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, § 38, 8 janvier 2013).
32. En l'espèce, les requérants se plaignent de ne pas avoir pu faire attribuer à leur fille, dès sa naissance, le nom de famille de sa mère. Les autorités italiennes n'ont pas accepté d'inscrire Maddalena dans les registres d'état civil avec le nom de famille de la requérante, et se sont bornées à autoriser, environ treize ans plus tard, un changement de nom en se fondant sur l'article 84 du décret présidentiel no 396 de 2000 (paragraphe 22 et 26 ci-dessus). Ce changement n'a pas consisté en l'attribution du seul nom de famille de la mère, comme les requérants le souhaitaient (paragraphe 23 ci-dessus), mais en un simple ajout du nom de la mère à celui du père.
33. Dans ces circonstances, l'exception du Gouvernement tirée de la perte par les requérants de leur qualité de victimes ne peut être retenue.

2. L'exception du Gouvernement tirée de l'absence de préjudice important

34. Le Gouvernement affirme également, dans le dernier paragraphe de ses observations, que «les requérants n'ont subi aucun préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b)» de la Convention.
35. Les requérants estiment que cette exception n'est pas étayée. En tout état de cause, même s'ils n'ont subi aucune perte financière, ils estiment avoir subi une atteinte à l'un de leurs droits fondamentaux, à savoir le droit au nom, qui relève de la notion de «vie privée» au sens de l'article 8 de la Convention, et une discrimination basée sur le sexe. De plus, selon eux, la requête soulève des questions de caractère général non encore résolues par la Cour et susceptibles d'intéresser toute personne se trouvant dans une situation comparable à la leur.
36. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, le principal élément du critère de recevabilité prévu à l'article 35 § 2 b) de la Convention est la question de savoir si le requérant n'a subi aucun «préjudice important» (*Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie* (déc.), no 36659/04, § 32, 1er juin 2010). La notion de «préjudice important», issue du principe de *minimis non curat praetor*, renvoie à l'idée que la violation d'un droit doit atteindre un seuil minimum de gravité pour justifier un examen par une juridiction

internationale. L'appréciation de ce seuil est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce (*Korolev c. Russie* (déc.), no 25551/05, CEDH 2010). Cette appréciation doit tenir compte tant de la perception subjective du requérant que de l'enjeu objectif du litige. Elle renvoie ainsi à des critères tels que l'impact monétaire de la question litigieuse ou l'enjeu de l'affaire pour le requérant (*Adrian Mihai Ionescu*, décision précitée, § 34).

37. La Cour observe que l'affaire ne semble pas comporter d'enjeu financier. Toutefois, l'importance subjective de la question paraît évidente pour les requérants (voir, a contrario, *Shefer c. Russie* (déc.), no 45175/04, 13 mars 2012). Ces derniers ont en effet introduit un recours contre la décision refusant d'attribuer à Maddalena le nom de famille de sa mère et ont poursuivi la procédure jusqu'au bout (voir, mutatis mutandis, *Eon c. France*, no 26118/10, § 34, 14 mars 2013).
38. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la première condition de l'article 35 § 3 b) de la Convention, à savoir l'absence de préjudice important pour les requérants, n'est pas remplie. Partant, il y a lieu de rejeter l'exception du Gouvernement.
39. La Cour tient au surplus à préciser que la poursuite de l'examen de l'affaire s'impose également au nom du respect des droits de l'homme (voir, mutatis mutandis, *Nicoleta Gheorghe c. Roumanie*, no 23470/05, § 24, 3 avril 2012, et *Eon*, précité, § 35). A cet égard, elle relève que la requête portée devant la Cour par les requérants soulève notamment la question de l'impossibilité, pour un couple marié, d'attribuer à ses enfants, à leur naissance, le nom de famille de la mère. Il s'agit de la première affaire de ce type que la Cour est appelée à examiner en ce qui concerne l'Italie et une décision de la Cour sur cette question de principe guiderait les juridictions nationales. La question a par ailleurs fait l'objet de divers projets de loi (paragraphes 13 et 19 ci-dessus), et, comme souligné par le Gouvernement lui-même (paragraphe 50 ci-après), la Cour constitutionnelle a conclu qu'une intervention du législateur était nécessaire.

omissis

B. Sur le fond

2. Appréciation de la Cour

53. La Cour estime que le grief des requérants se prête à être examiné tout d'abord sous l'angle de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

a) Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

54. Comme la Cour l'a constamment déclaré, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, § 33, Recueil 1997-I ; *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, Recueil 1998-II ; et *Zarb Adami c. Malte*, no 17209/02, § 42, CEDH 2006-VIII).
55. La Cour rappelle que l'article 8 de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom, mais qu'en tant que moyen déterminant d'identification personnelle (*Johansson c. Finlande*, no 10163/02, § 37, 6 septembre 2007, et *Daróczy c. Hongrie*, no 44378/05, § 26, 1er juillet 2008) et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'Etat et la société aient intérêt à en réglementer l'usage ne suffit pas pour exclure la question du nom des personnes du domaine de la vie privée et familiale, conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*Burghartz*, précité, § 24 ; *Stjerna*, précité, § 37 ; *Ünal Tekeli*, précité, § 42, CEDH 2004X ; *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, no 664/06, § 26, 9 novembre 2010 ; *Garnaga c. Ukraine*, no 20390/07, § 36, 16 mai 2013).
56. En l'espèce, les requérants, en tant que parents de Maddalena, étaient titulaires d'un intérêt clair et se rattachant à un droit strictement personnel à intervenir dans le processus de détermination du nom de famille de leur nouveau-né. Les juridictions internes leur ont par ailleurs constamment reconnu locus standi dans la procédure relative à la contestation du refus d'attribuer à Maddalena le nom de sa mère. Il convient également de rappeler que la Cour a affirmé que le choix du prénom de l'enfant par ses parents entre dans la sphère privée de ces derniers (voir, notamment, *Guillot c. France*, 24 octobre 1996, § 22, Recueil 1996-V, et *Johansson*, précité, § 28). Il en va de même en ce qui concerne le nom de famille.
57. L'objet de la requête entre donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. L'article 14 trouve dès lors à s'appliquer.

b) Sur l'observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

omissis

ii. Sur le point de savoir s'il y a eu différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations similaires

62. Selon la lecture du droit interne opérée par la Cour de cassation (paragraphe 16 ci-dessus), la règle selon laquelle les «enfants légitimes» se voient attribuer à la naissance le nom du père se dégage, par une interprétation adéquate, de la combinaison d'un certain nombre d'articles du code civil. La législation interne ne prévoit aucune exception à cette règle. Il est vrai, comme le souligne le Gouvernement (paragraphe 49-51 ci-dessus), que l'article 84 du décret présidentiel no 396 de 2000 prévoit la possibilité d'un changement de nom, et qu'en l'espèce le préfet de Milan a autorisé les requérants à compléter le nom de Maddalena par l'ajout d'un autre nom (celui de sa mère – paragraphe 22 ci-dessus). Cependant, il faut distinguer la détermination du nom à la naissance de la possibilité de changer de nom au cours de la vie. A cet égard, la Cour renvoie aux considérations qu'elle a exposées dans le cadre de l'exception du Gouvernement tirée de la perte par les requérants de la qualité de victimes (paragraphe 32 ci-dessus).
63. A la lumière de ce qui précède, la Cour est d'avis que dans le cadre de la détermination du nom de famille à attribuer à leur «enfant légitime», des personnes se trouvant dans des situations similaires, à savoir l'un et l'autre des requérants, respectivement père et mère de l'enfant, ont été traitées de manière différente. En effet, à la différence du père, la mère n'a pas pu obtenir l'attribution de son nom de famille au nouveau-né, et ce en dépit de l'accord de son époux.

iii. Sur le point de savoir s'il existait une justification objective et raisonnable

64. La Cour rappelle que si une politique ou une mesure générale a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, la possibilité qu'elle soit considérée comme discriminatoire ne peut être exclue même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe (*McShane c. Royaume-Uni*, no 43290/98, § 135, 28 mai 2002). De plus, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe (*Willis*, précité, § 39 ; *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 67, série A no 263 ; et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 80).
65. La Cour rappelle qu'elle a eu l'occasion de traiter des questions en partie similaires dans les affaires *Burghartz*, *Ünal Tekeli* et *Losonci Rose et Rose*, précitées. La première concernait le refus opposé à une demande du mari qui souhaitait faire précéder le nom de famille, en l'occurrence celui de son épouse, du sien propre. La deuxième avait pour objet la règle de droit turc selon laquelle la femme mariée ne peut porter exclusivement son nom de jeune fille après le mariage, alors que l'homme marié garde son nom de famille tel qu'il était avant le mariage. L'affaire *Losonci Rose et Rose* portait sur la nécessité, en droit suisse, de soumettre une demande commune aux autorités pour les époux souhaitant prendre tous deux le nom de la femme, le nom du mari leur étant autrement attribué par défaut comme nouveau nom de famille après le mariage.
66. Dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Elle a notamment rappelé l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes et de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille. Elle a en outre estimé que la tradition de manifester l'unité de la famille à travers l'attribution à tous ses membres du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes (voir, notamment, *Ünal Tekeli*, précité, §§ 64-65).
67. La Cour ne peut que parvenir à des conclusions analogues dans la présente affaire, où la détermination du nom de famille des «enfants légitimes» s'est faite uniquement sur la base d'une discrimination fondée sur le sexe des parents. La règle en cause veut en effet que le nom attribué soit, sans exception, celui du père, nonobstant toute volonté différente commune aux époux. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle italienne elle-même a reconnu que le système en vigueur procède d'une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari, qui n'est plus compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour de cassation l'a confirmé (paragraphe 20 ci-dessus). Si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux «enfants légitimes» peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention (voir, mutatis mutandis, *Losonci Rose et Rose*, précité, § 49), l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes.

iv. Conclusion

68. Compte tenu de ce qui précède, la justification avancée par le Gouvernement ne paraît pas raisonnable et la différence de traitement constatée s'avère ainsi discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.
69. Eu égard à cette conclusion, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher s'il y a eu aussi violation de l'article 8 pris isolément (*Burghartz*, précité, § 30, et *Ünal Tekeli*, précité, § 69).

omissis

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. Déclare, à la majorité, la requête recevable;
2. Dit, par 6 voix contre 1, qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention;

omissis

Announcement

Il progetto SOGICA

Una ricerca in materia di protezione internazionale in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere

In un momento storico in cui emergono serie difficoltà nella gestione dei flussi migratori in Europa, i sistemi d'asilo europei non sembrano in grado di operare nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, soprattutto quando è in gioco il trattamento riservato a gruppi particolarmente vulnerabili. Tra questi, rientrano certamente coloro che richiedono protezione internazionale in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere (SOGI) e che presentano bisogni specifici dal momento della prima accoglienza, durante tutta la procedura per il riconoscimento dello status di rifugiati e fino all'integrazione nello Stato di accoglienza.

Il progetto SOGICA, finanziato dall'*European Research Council* (ERC) per una ricerca quadriennale (2016-2020), intende contribuire alla definizione delle risposte a tali bisogni esplorando, attraverso una prospettiva socio-giuridica, l'esperienza dei richiedenti asilo che presentano domanda di protezione internazionale su tali basi. Prediligendo il Regno Unito, la Germania e l'Italia come casi-studio, il progetto mira a determinare come i sistemi d'asilo in Europa possano trattare in modo più appropriato tali richieste di protezione internazionale così da formulare opportune raccomandazioni all'Unione europea e agli Stati interessati tenuto conto del processo di riforma in corso.

Dopo un anno dal suo avvio, SOGICA vanta *la prima banca dati europea* appositamente dedicata alle richieste di asilo SOGI, liberamente accessibile nel sito www.sogica.org dove sono raccolti anche i *prodotti* del team di ricerca. Proprio per realizzare i suoi obiettivi, il progetto prevede ora una fase di ricerca sul campo con interviste individuali, *focus groups* e osservazione delle udienze in cui i richiedenti asilo SOGI vengono ascoltati dai giudici in seguito al rigetto della loro domanda di protezione.

Rivolgendoci a chiunque, come noi, desideri migliorare la vita di chi, nel proprio Paese, non può esprimere una parte così fondamentale della propria identità, chiediamo di indicarci qualsiasi persona (per esempio, richiedenti asilo SOGI, membri delle Commissioni territoriali, giudici, avvocati, assistenti sociali, esponenti delle associazioni rilevanti) che voglia condividere con noi la sua storia. Potete scrivere a info@sogica.org o a c.danisi@sussex.ac.uk per qualsiasi segnalazione, suggerimento e/o informazione oppure visitare, oltre al nostro sito www.sogica.org, i nostri canali social (Twitter: @SOGICA1 – Facebook: @SOGICAProject).

Il Team SOGICA

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

genius@articolo29.it