

*Genitori e figli nelle unioni civili*  
**Gilda Ferrando**

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'esercizio della responsabilità dei genitori. - 3. L'adozione. - 4. La procreazione medicalmente assistita.

**1. Premessa.** La legge n. 76/2016 istituisce le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Alle coppie dello stesso sesso viene offerta la possibilità di costituire in forma pubblica un vincolo fonte di diritti e doveri reciproci pienamente riconosciuto e tutelato dall'ordinamento. Le unioni civili non sono il matrimonio. Nel diritto italiano il matrimonio è ancora riservato in via esclusiva a coppie di sesso diverso. Le unioni civili, tuttavia, condividono con il matrimonio gli aspetti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo sia per quanto riguarda gli effetti, i reciproci diritti e doveri e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività. La clausola generale di equivalenza contenuta nel comma 20 dell'art. 1, l. 76, rende applicabili alle unioni civili tutte «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio» e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o «termini equivalenti» contenute nelle leggi o in altre fonti normative. Tale regola generale tuttavia non si applica alle norme del codice civile e all'adozione.

La principale differenza tra unioni civili e matrimonio non riguarda la relazione di coppia, ma i rapporti con i figli. La legge n. 76/2016 ha escluso che alle unioni civili si applichino gli artt. 231 (presunzione di paternità), 147 e 148 (doveri dei coniugi nei confronti dei figli) c.c. Sempre con riguardo al tema delle relazioni tra genitori e figli non viene richiamato l'art. 6 della legge sul divorzio.

Sembra quasi che la legge abbia voluto escludere che le coppie dello stesso sesso possano avere figli, ma non è così. Nella vita reale non è infrequente che coppie dello stesso sesso crescano figli avuti da precedenti unioni o frutto di un progetto comune (nati per fecondazione eterologa o maternità surrogata all'estero). Non si può neppure escludere che vi siano figli generati da entrambi i partner, come nel caso di conversione in unione civile del matrimonio in seguito al mutamento di sesso di uno dei coniugi. Dalla coppia potrebbero essere nati dei figli e potrebbero nascerne anche in seguito al mutamento di sesso, tenuto conto del fatto che l'intervento chirurgico non è più condizione necessaria per la rettifica degli atti di stato civile<sup>1</sup>.

**2. L'esercizio della responsabilità dei genitori.** Il legislatore ha chiuso gli occhi di fronte a questa realtà, preoccupato di sottolineare le differenze con il matrimonio. Va peraltro considerato che il mancato richiamo agli artt. 147 e 148 c.c. non sembra decisivo dato che si tratta ormai di norme di rinvio, che richiamano per i coniugi la disciplina generale dei diritti e doveri nei confronti dei figli e della responsabilità genitoriale contenuta negli artt. 315 ss. c.c. E altrettanto si può dire per l'art. 6 l. div., dato che la disciplina generale della responsabilità genitoriale in seguito alla rottura della vita comune è contenuta negli artt. 337 bis ss. cod. civ.

La nuova legge non può essere isolata dal sistema complessivo delle regole e dei principi che governano la filiazione. Una volta che lo *status* è legalmente costituito, la relazione tra genitori e figli è pienamente tutelata e regolata in modo uniforme dal codice civile (artt. 315 ss. c.c.).

Il principio di non discriminazione e di tutela dei diritti del bambino deve costituire il criterio guida per affrontare le questioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale sia nel corso della vita comune sia in seguito alla sua cessazione. Lo ha messo in chiaro la Corte di Cassazione quando ha affermato che l'omosessualità della madre, la sua convivenza con un'altra donna, non la rende inidonea a prendersi cura dei figli nati dal precedente matrimonio. In senso contrario non ci sono

---

<sup>1</sup> Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 582, con nota di C. CARICATO; Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, *ivi*, 2015, I, 1068, con nota di D. AMRAM e commento di S. PATTI, *ibidem*, II, 643.

«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» ed in forza dei quali «si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino»<sup>2</sup>.

Con una storica sentenza la Corte Europea dei diritti umani aveva a sua volta chiarito che quella fondata sull'orientamento sessuale è «una distinzione che la Convenzione non tollera», sulla cui base non è ammissibile negare al padre, che convive con una persona dello stesso sesso, il diritto di visita e l'affidamento della figlia avuta da una precedente relazione coniugale eterosessuale<sup>3</sup>.

Da un lato, dunque, il fatto che il genitore sia omosessuale non può costituire di per sé ostacolo all'esercizio dei diritti e doveri nei confronti del figlio, dall'altro una volta che lo *status* viene legalmente accertato esso è pienamente tutelato dalla legge.

**3. L'adozione.** Il principale problema riguarda la possibilità di stabilire legalmente il rapporto di filiazione nei confronti di due donne o di due uomini dato che nelle coppie dello stesso sesso entrambi sono genitori intenzionali ma uno solo è anche genitore genetico.

La formalizzazione del rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie). Intende garantire la stabilità e la continuità delle relazioni affettive esistenti nella vita familiare e sociale del bambino.

Le coppie dello stesso sesso possono diventare genitori o con l'adozione o con le tecniche di PMA (fecondazione eterologa se si tratta di due donne, GPA se si tratta di due uomini).

La legge italiana, tuttavia, non consente né l'una né l'altra. La l. n. 76 non ammette le coppie dello stesso sesso all'adozione, la legge n. 40/2004 non consente loro l'accesso alle tecniche di PMA in quanto lo riserva solo alle coppie di sesso diverso affette da sterilità o infertilità (artt. 4, 5, l. n. 40).

Per quanto riguarda l'adozione, l'art. 1, comma 20 della l. n. 76 stabilisce che il c.d. principio di equivalenza non si applica «alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184», fermo restando, peraltro, «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» (c.d. «clausola di salvaguardia»).

Il comma 20, si badi bene, non dice che la legge sull'adozione non si applica alle unioni civili. Dichiara invece inapplicabile la regola generale contenuta nella sua prima parte. Il riferimento, dunque è esclusivamente alle disposizioni della l. n. 184/1983 relative al matrimonio o che contengono le parole coniuge, coniugi o similari<sup>4</sup>: sono soltanto queste le disposizioni che non si applicano alle coppie unite civilmente.

Il tenore letterale del comma 20 impedisce quindi che le coppie dello stesso sesso possano adottare minori in stato di abbandono (art. 6, l. n. 184) perché l'adozione dei minori è riservata alle coppie coniugate da almeno tre anni. Impedisce inoltre che possano procedere alla c.d. *stepchild adoption* (art. 44, lett. b), l. n. 184), dato che la lett. b) fa riferimento all'adozione da parte del coniuge.

Per quanto riguarda l'adozione, si pongono due problemi:

- 1) se sia ammissibile il riconoscimento dell'adozione di un minore abbandonato effettuata

---

<sup>2</sup> Cass, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, 1036, con nota di M. WINKLER, e di B. PAPARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 432, con nota di C. MURGO.

<sup>3</sup>Corte EDU, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 marzo 2000, ricorso n. 33290/96.

<sup>4</sup> Nel senso che tali norme contenute nella legge sull'adozione non siano applicabili neppure in via analogica, v. M.C. BIANCA, *Diritto civile. 2.1 La famiglia*, sesta edizione, Milano, 2017, 325, 332.

Secondo altra dottrina, invece, la regola dovrebbe essere intesa come impedimento all'attivazione del meccanismo di produzione normativo contenuto nella prima parte del comma 20. Risulterebbe esclusa l'applicazione automatica, almeno *prima facie*, delle disposizioni della legge sull'adozione (al pari di quelle del codice civile) relative al matrimonio o contenenti le parole coniuge/i, ma non ne sarebbe esclusa l'applicazione analogica, ad esito di un controllo di compatibilità adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti: v. V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.* 2017, 381 ss.

all'estero da parte di una coppia dello stesso sesso che vi risieda stabilmente (art.36, c. 4, l. n. 184/1983, art. 41, l. 218/1995);

- 2) se sia ammissibile l'adozione in casi particolari a favore del partner del genitore genetico sulla base non della lett. b) dell'art. 44 - che prevede l'adozione in casi particolari a favore del coniuge - ma sulla base della lett. d) che prevede l'adozione in casi particolari se vi sia «impossibilità di affidamento preadottivo».

All'una e all'altra domanda la giurisprudenza ha dato risposta positiva:

- 1) ha ammesso in alcuni casi il riconoscimento dell'adozione effettuata all'estero<sup>5</sup>. Anche l'adozione piena di minori in stato abbandono, dunque, non consentita dalla legge italiana a coppie dello stesso sesso, può produrre effetti in Italia, se effettuata all'estero, secondo i meccanismi internazionalprivatistici di riconoscimento dei provvedimenti stranieri (art. 36, c. 4, l. 184/1983; art. 41, l. 218/1995);
- 2) ha disposto l'adozione co-parentale grazie ad una lettura evolutiva della lett. d) art. 44 l. adoz. E' vero, infatti, che alle unioni civili non si applica la lett. b) dell'art. 44 l. adoz. secondo cui l'adozione in casi particolari può essere effettuata a favore del coniuge del genitore. Si deve peraltro considerare che lo stesso comma 20 stabilisce che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». In tal modo il legislatore, sia pur in modo ambiguo, sembra stabilire una linea di continuità con il diritto applicato, con gli orientamenti della giurisprudenza. E la giurisprudenza prevalente ritiene ammissibile l'adozione in casi particolari a favore del compagno o della compagna del genitore sulla base di un'interpretazione evolutiva della lett. d) dell'art. 44, l. n. 184/1983<sup>6</sup>. Secondo questa interpretazione l'«impossibilità di affidamento preadottivo», va intesa non solo come impossibilità «di fatto», ma anche come impossibilità «di diritto» - intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione «piena» -, e sempre che risulti accertato in fatto - secondo il disposto dell'art. 57, l. adoz. - che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma «minor», corrisponda al preminente interesse del bambino, in quanto formalizzazione di una relazione affettiva già esistente e valutata nel corso dell'istruttoria come elemento positivo nella sua crescita<sup>7</sup>.

Seguendo questa lettura, dunque, l'adozione co-parentale deve ritenersi ammissibile, ai sensi della lett. d), l. n. 184/1983 ed alle condizioni previste dalla legge. E' questo attualmente l'unico strumento di diritto interno al quale possono fare ricorso le coppie dello stesso sesso per formalizzare la relazione con il figlio.

La *stepchild adoption*, tuttavia, funziona bene nei casi di famiglie ricostituite, eterosessuali o omosessuali, per dare veste giuridica al c.d. «terzo genitore».

---

<sup>5</sup> Trib. Min Firenze, 8 marzo 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935 ss. con note di G. FERRANDO e C. TUO, cit.: «Il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente nel Regno Unito tra i minori adottati e i genitori adottivi, determinerebbe una 'incertezza giuridica'...una 'situazione giuridica claudicante... che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale dei minori». Né è possibile «ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori» in ragione dell'omosessualità dei genitori e della loro impossibilità di sposarsi in Italia; Trib. Min. Genova, 8 settembre 2017, in *Fam. dir.*, 2018, con nota di E. PESCE, App. Napoli 30 marzo 2016; App. Milano 16 ottobre 2015; App. Genova 1° settembre 2017, in *Articolo 29.it*, con nota di G. NOTO. Al riguardo, per una ricostruzione conforme del quadro normativo, v. anche Cass. 16 giugno 2017, n. 14987; Corte EDU, *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007; Corte EDU *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*, 3 maggio 2011; Corte cost. 7 aprile 2016, n. 76, in *Foro it.*, 2016, I, 1, 1910.

<sup>6</sup> Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203, con note di P. MOROZZO DELLA ROCCA e L. ATTADEMO; in *Fam. dir.*, 2016, 1025, con nota di S. VERONESI; in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, 1135, con commento di G. FERRANDO, al quale mi permetto di rinviare. La sentenza della S.C. conferma App. Roma, 9 aprile 2015, in *articolo29.it*; Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Fam. dir.* 2015, 574, con nota di RUO; in *Rass. dir. civ.*, 2015, 679, con nota di G. SALVI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, con nota di J. LONG.

<sup>7</sup> Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

Nel caso, invece, di figlio generato nell'ambito di una coppia di donne o di uomini, frutto di un comune progetto parentale appare una soluzione «di ripiego» in quanto il bambino è figlio della coppia, voluto, atteso, amato, accudito da entrambi. Si tratta di una genitorialità fondata non (o non solo) sulla discendenza genetica ma sulla comune decisione di essere genitori. L'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito ad un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti.

**4. La procreazione medicalmente assistita.** Per quanto riguarda la PMA, secondo la legge italiana possono accedere alle tecniche solo «coppie maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi» (art.5) e solo in caso di «sterilità o infertilità» (art. 4). Inoltre, la legge vieta e sanziona come reato la maternità surrogata (art. 12, c. 6).

La legge non può tuttavia impedire che le coppie dello stesso sesso ricorrano alla PMA all'estero, dove è consentita<sup>8</sup>. Non è infrequente che le coppie di donne vadano in Spagna dove è ammessa la fecondazione eterologa sia a favore di una donna sola, sia a favore di coppie dello stesso sesso e dove è possibile anche la fecondazione c.d. «incrociata» in cui una delle due donne porta avanti la gravidanza realizzata con l'ovocita della compagna fecondato con seme di donatore anonimo. Le coppie di uomini che desiderano un figlio ricorrono alla gestazione per altri a volte negli Stati Uniti (specie in California) altre volte in Canada, paesi in cui dove la pratica è ammessa (in Canada, come in Inghilterra, solo su base solidaristica).

In questi paesi è previsto che l'atto di nascita del bambino attribuisca la doppia maternità o la doppia paternità.

Fino ad ora non risulta che in Italia siano state presentate all'ufficiale di stato civile domande di formazione dell'atto di nascita di un bambino a favore di due genitori dello stesso sesso. Non è infrequente, invece, che venga chiesto il riconoscimento di atti di nascita formati all'estero, che contengono, secondo la legge straniera, l'indicazione della doppia maternità o della doppia paternità. Il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di bambino nato da PMA 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.

Al riguardo si confrontano due diverse opinioni, due diverse visioni dell'ordine pubblico sulle quali sé stato richiesto l'intervento delle sezioni Unite della S.C.<sup>9</sup>. Secondo una prima opinione, fatta propria anche dalla Corte di Cassazione, il riconoscimento dell'atto di nascita straniero sarebbe ammissibile perché il principio di ordine pubblico (secondo le norme costituzionali interne e sovranazionali) consiste nella tutela del preminente interesse del minore, nel suo diritto all'identità, alla certezza dello stato. Secondo un'altra opinione tale riconoscimento non sarebbe ammissibile in quanto in contrasto con il divieto di maternità surrogata e con il principio per cui i genitori debbono essere di sesso diverso: il bambino ha diritto ad avere un padre e una madre.

La Corte di cassazione ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita nei confronti della compagna della madre<sup>10</sup>. La giurisprudenza di merito lo ha ammesso anche nei confronti del

---

<sup>8</sup> Esclude che sia penalmente perseguibile la GPA realizzata all'estero e che possa configurarsi il reato di alterazione di *status* nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero Cass. 5 aprile 2016, n. 13525.

<sup>9</sup> v. Cass. 22 gennaio 2018, n. 4382, ord., in *Articolo29.it*.

<sup>10</sup> In caso di gravidanza avvenuta con l'impianto di embrione formato con l'ovocita della compagna fecondato con seme di donatore anonimo, v. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, 181 con mia nota; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 372, con nota di G. PALMERI; in *Articolo29.it*, con nota di A. SCHILLACI. La sentenza di cassazione conferma App. Torino 29 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 822, con nota di M. FARINA. Nello stesso senso, in un caso in cui la co-madre non aveva legami biologici col nato, v., Cass, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29.it.*, con commento di S. STEFANELLI.

compagno del padre biologico<sup>11</sup>.

Attualmente, dunque, in Italia la situazione dei figli nelle unioni civili è piuttosto problematica. Da un lato si ammette l' idoneità dei genitori dello stesso sesso a prendersi cura ed educare i propri figli (Cass. 601/2013), dall'altro non si dispone di strumenti sicuri per rendere possibile la costituzione dello *status* di figlio nei confronti di entrambi i genitori. Il principio della rilevanza dell' intenzione di essere genitori (artt. 8, 9, l. 40/2014), della responsabilità nei confronti dei figli stenta ad affermarsi come regola di attribuzione dello stato distinta ma concorrente con quella basata sulla discendenza genetica.

---

<sup>11</sup> App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 162 ss., con note di G. FERRANDO e di C. TUO. E v. anche Trib. Napoli 6 dicembre 2016, in *articolo29.it*. Per un caso particolare, v. App. Milano 28 dicembre 2016, in *articolo29.it*.