

NUOVE FAMIGLIE NUOVE SFIDE: Differenti concetti e discipline dei
matrimoni etero e omosessuali: le procedure e le liti internazionali circa la
protezione e l'affidamento dei figli

Bologna, 17-18 e 19 maggio 2018

Il diritto italiano e le relazioni familiari

Stefania Tonini

Sommario: 1. I rapporti personali nel vincolo matrimoniale ed nelle relazioni non matrimoniali. Matrimonio, Unioni civili, Convivenze di fatto e regolamentate. - 2. La filiazione. - 3. Il rapporto fra genitori e figli. - 4. Il c.d. “diritto vivente” e l'intervento della più recente giurisprudenza. La trascrizione degli atti formati all'estero.

1. I rapporti personali nel vincolo matrimoniale e nelle relazioni non matrimoniali. Matrimonio, Unioni civili, Convivenze di fatto regolamentate. Nell'ordinamento italiano, i rapporti familiari trovano la loro regolamentazione giuridica nel codice civile¹ e nelle leggi speciali. Nel corso degli ultimi centocinquant'anni (dal 1865 al 2016), il diritto italiano ha adottato differenti politiche nella regolamentazione delle relazioni familiari, passando da un modello unico di famiglia fondata sul matrimonio indissolubile e unico istituto destinato alla procreazione legittima, sino alla più recente specifica previsione legislativa destinata a legittimare una pluralità di modelli familiari, già di fatto presenti nel contesto sociale.

L'evoluzione del diritto familiare, in ogni caso, è stata contrassegnata da un sistema nel quale, per buona parte del secolo scorso, le regole giuridiche si sono concentrate sulla necessità di preservare il modello prescelto, imposto come unico² fondato sul matrimonio indissolubile

¹ Il codice civile italiano moderno è stato principalmente influenzato dalla codificazione del *Code Napoléon*, che ha costituito le fondamenta del Codice civile del 1865 (detto Codice Pisanelli). Il codice civile vigente è stato approvato con R.D. 16 marzo 1942, n. 262; con successivi e numerosi interventi legislativi, a cui si sono aggiunti accordi internazionali e la normativa comunitaria, la struttura codicistica è stata modificata ed integrata, cosicché oggi una cospicua disciplina civilistica va rintracciata nelle leggi speciali. Ulteriori riforme hanno poi sostituito parti del codice civile, per quanto qui d'interesse con la riforma del diritto di famiglia del 1975.

² Michele Sesta, *“Manuale di diritto di famiglia”*, Cedam, 2016.

(sino al 1970³) e sino al 1975⁴ sull'autorità del marito come capo famiglia ed esercente la patria potestà sui figli (unici figli legittimi quelli matrimoniali, distinti da quelli adulterini illegittimi); -passando attraverso le disposizioni di uguaglianza morale e giuridica fra i coniugi contenute nell'art. 29 della Costituzione e nell'art. 30 della Costituzione in materia di filiazione; - completandosi con la riforma del 1975 (che ha attuato una revisione della disciplina contenuta nel codice civile, adattandosi ai principi costituzionali), nella quale la famiglia è intesa come una comunità di soggetti (i coniugi) portatori di uguali diritti e doveri, responsabili verso i figli ed esercenti nei loro confronti una uguale potestà, ove persisteva tuttavia una significativa differenza fra figli nati nel matrimonio (legittimi) e figli nati fuori dal matrimonio (naturali), soprattutto in campo successorio; -affermandosi, comunque, la libertà di attuare la separazione personale dei coniugi (art. 150 e ss. cod. civ.) e del divorzio⁵, sino alla sua più recente riforma⁶, che ne ha abbreviato il termine per la sua proposizione; - arrivando ad affermarsi il concetto della responsabilità genitoriale e, nella regolamentazione conseguente alla crisi familiare, dell'esercizio congiunto di tale responsabilità; -con riguardo alla filiazione, nel 2012⁷ è stata attuata la parificazione giuridica, in forza della quale lo stato di figlio è uguale, sia esso nato dentro o fuori dal matrimonio.

Il diritto di famiglia, dunque, ha conosciuto una stagione nella quale è nettamente prevalsa dapprima una tutela pubblicistica della famiglia, per

³ Legge n. 898/1970, recante la *“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”*, cui ha fatto seguito la Legge n. 74/1987, recante *“Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”*.

⁴ Legge n. 151/1975, recante *“Riforma del diritto di famiglia”*.

⁵ Recentemente, è stata introdotta con D.L. n. 132/2014, convertito con modifiche in Legge n. 164/2014, una procedura alternativa a quella giudiziaria, mediante la negoziazione assistita per le soluzioni consensuali e di divorzio, con l'assistenza degli avvocati (art. 6, D.L. 132/2014) o mediante la conclusione di un accordo presso l'ufficio dello Stato Civile, in presenza di determinate condizioni (art. 12).

⁶ Legge n. 55/2015, recante *“Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi”*, prevedendosi il termine di un anno dall'udienza di comparizione dei coniugi all'udienza presidenziale nel caso di separazione personale giudiziale o sei mesi in caso di separazione consensuale.

⁷ Legge n. 219/2012, recante *“Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali”*; D.Lgs. n.154/2013, recante *“Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219”*.

arrivare ad una famiglia intesa come formazione sociale, nella quale, da ultimo, si è andata affermando la tutela della persona nella sua sfera individuale, con una visione più privatistica.

Che cos'è la famiglia oggi. Se l'unico modello familiare normato era, come si è visto, quello fondato sul matrimonio, nella realtà sociale italiana si era andato diffondendosi anche il modello di famiglia di fatto, (il cui presupposto è la libertà delle parti, la precarietà e la revocabilità del legame), nei confronti del quale il legislatore ha ritenuto necessario estendere (ciò che sino a quel momento era stato solo in termini di tutela giurisprudenziale) le garanzie proprie della famiglia matrimoniale, tanto più dopo la unificazione dello stato giuridico dei figli.

Altrettanto significativa è stata l'ultima tappa dell'evoluzione nel nuovo diritto di famiglia, con il riconoscimento, l'istituzione e la regolamentazione delle unioni civili di parti di sesso uguale (Legge n. 76/2016 c.d. Cirinnà), che, per quanto abbia rappresentato una notevole apertura rispetto al modello tradizionale, non prevede l'istituto del matrimonio (pur adeguandosi ad una buona parte di esso) e non fa cenno alla filiazione, se non nei limiti di cui all'art. 44 lett. *d*) della Legge n. 184/1983 (c.d. *stepchild adoption*).

Pertanto, recentemente nel sistema giuridico italiano sono stati adottati, con gli interventi legislativi e le riforme sopra richiamati, nuovi modelli familiari - oggi normati - che, affiancandosi a quello tradizionale, sono: matrimonio solo fra coniugi eterosessuali, unione civile solo fra parti di sesso uguale, convivenze di fatto sia fra parti di sesso diverso che uguale.

a) Matrimonio. Il matrimonio è un vincolo fra due persone di sesso diverso, che costituisce la base della famiglia, definita dalla Costituzione (*ex art. 29 co. 1 Cost.*) come «*società naturale*». È un atto giuridico che può essere concluso **soltanto** fra persone di sesso diverso (*ex art. 84 e ss. cc.*), senza possibilità di poter derogare alla diversità di sesso dei nubendi (come ribadito e confermato anche dalle recenti sentenze C. Cost. 5 gennaio 2011 n. 4 e C. Cost. 15 aprile 2010 n. 38) ed è, anzi, la prima condizione di validità ed efficacia del matrimonio, che

ne costituisce una connotazione essenziale ed imprescindibile.⁸ Prima della legge speciale sul divorzio (L. n. 878/70 e successiva modifica L. 74/1987)⁹, l'istituto del matrimonio era fondato sulla indissolubilità del vincolo; -pur codicisticamente improntato sul sistema del diritto civile del 1942, l'istituto è ispirato ai principi costituzionali dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, nei limiti stabiliti dalla legge (*ex art. 29 Cost.*) e, dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, si è valorizzata la volontà dei coniugi e l'attribuzione di uguali poteri nel governo della famiglia, così incidendo sulla disciplina del codice civile (*ex art. 143, 144, 145 e 147 cod. civ.*); -più recentemente, si è andata affermando la privatizzazione delle relazioni familiari, con il riconoscimento dei diritti individuali e dell'autonomia di ciascun singolo membro della famiglia.

b) Unioni civili. Sino a pochi anni orsono, dunque, l'istituto del matrimonio è stato l'unico modello familiare giuridicamente riconosciuto e normato (per il quale è tuttora riservata la diversità dei sessi dei coniugi, oltre alla ricorrenza di altre condizioni e nelle forme stabilite dalla legge)¹⁰. In ogni caso, già si erano andate affermando e diffondendo nella società italiana altre realtà familiari, non fondate sull'istituto del matrimonio, quali le convivenze di fatto o *more uxorio*, delle quali si è occupata la giurisprudenza, al fine di garantire quei

⁸ Corte Cost. 9 febbraio 2015, n. 2400, ha confermato che il matrimonio civile previsto nell'ordinamento italiano attiene soltanto al vincolo fra un uomo ed una donna, ciò che si desume dall'intera disciplina dell'istituto del matrimonio, sia codicistica che contenuta nelle leggi speciali, nonché si desume dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile (C. Cost. 15 aprile 2010, n. 138).

⁹ Per vero, nella legislazione italiana non si usa il termine "*divorzio*", bensì la locuzione "*cessazione degli effetti civili del matrimonio*" con riferimento al matrimonio concordatario e di "*scioglimento del matrimonio*" per quello civile. I principali tipi di matrimonio sono, infatti, quello civile (celebrato innanzi all'Ufficiale dello stato civile e regolato dalla legge italiana), e quello religioso cattolico, essendo il tipo concordatario quello ancora più diffuso nella società (celebrato innanzi ad un sacerdote, ministro del culto cattolico, secondo le regole del diritto canonico, ma con effetti civili previsti dalla legge italiana), ed il canonico senza effetti civili. Infine, vi sono altri tipi di matrimonio celebrati secondo le regole di altre religioni (con o senza effetti civili a seconda delle intese con lo Stato italiano).

¹⁰ La disciplina di riferimento per contrarre matrimonio civile da parte dei nubendi è contenuta negli artt. 84 e ss. cod. civ.: diversità di sesso, maggiore età (maggiorrenne o minorenni che abbia compiuto i 16 anni, in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del Tribunale per i minorenni), capacità d'intendere e di volere, libertà di stato, limite dovuto al rapporto di parentela, limite temporaneo in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio).

diritti altrimenti destinati a rimanere privi di tutela giuridica.¹¹ Inoltre, nel panorama italiano, si è andata affermando una pluralità di relazioni familiari, non solo eterosessuali, ma altresì composte da *partner* di uguale sesso, talune con figli avuti da precedenti matrimoni o in seguito al ricorso a pratiche di procreazione medicalmente assistita eterologa, effettuata all'estero (le c.d. «*famiglie arcobaleno*»), delle quali la giurisprudenza si è occupata, in vari contesti, soprattutto ai fini di tutelare i diritti dei figli minori coinvolti ed il perseguimento del loro concreto interesse. Bisogna, tuttavia, attendere la Legge del 20 maggio 2016 n.76 (recante il «*Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*»), per vedersi riconosciuto legislativamente, fra l'altro, “*il diritto della persona a costituire giuridicamente un vincolo di coppia con un partner dello stesso sesso*” e “*disciplinato le convivenze di coppie di diverso o dello stesso sesso*”.¹²

b1) Le relazioni affettive instaurate fra persone dello stesso sesso, dunque, hanno trovato un riconoscimento di tutela giuridica, che assicura al rapporto affettivo fondato sulla comunione di vita, diritti di assistenza e di solidarietà identici a quelli tra persone di sesso diverso (conformandosi, in ciò, al divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, divieto espressamente contemplato nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). La novella del 2016, pertanto, consente di optare (oltre che, ovviamente, scegliere di non avere alcuna regolamentazione giuridica, al pari delle coppie eterosessuali non sposate), fra l'istituto dell'unione civile e quello della convivenza di fatto. Di modo che, due donne o due uomini possono: - legarsi fra di loro in un'unione civile secondo le regole previste dalla legge, in tal modo un vincolo assimilabile (ma non identico) a quello del matrimonio, con gli effetti personali, patrimoniali e successori; - instaurare una “convivenza di fatto”, dichiarando all'anagrafe la stabilità della convivenza, secondo le regole e con gli effetti personali e patrimoniali previste dalla legge; - convivere senza formalizzare il

¹¹ In particolare, la giurisprudenza si era occupata di tutelare il diritto del convivente *more uxorio* nel rapporto contrattuale di locazione; il diritto al risarcimento dei danni morali e patrimoniali conseguenti da sinistro stradale in favore del convivente superstite, l'assegnazione della casa familiare (per vero, quale diritto riconosciuto solo in presenza di figli) nei casi di cessazione della convivenza.

¹² Michele Sesta, “*Manuale di diritto di famiglia*”, Cedam, 2016

legame e, in tal caso, non vi è vincolo, né alcun effetto e diritto previsto dalla disciplina dell'unione civile e della convivenza di fatto.¹³

L'unione civile è il legame tra due persone maggiorenni dello stesso sesso¹⁴, formalizzato (costituzione) davanti all'Ufficiale dello stato civile e registrato «*negli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile*» (art. 1 co. 3). L'unione è riconosciuta come «*specificazione sociale*», ai sensi della Costituzione italiana (art. 1 co. 1 Legge N. 76/16 che richiama gli artt. 2 e 3 della Cost.). La legge regola, fra l'altro; - rapporti personali [co. 1 e 12] per effetto del vincolo, gli uniti civilmente acquistano i medesimi diritti ed assumono i medesimi doveri nascenti dal vincolo matrimoniale *ex art. 143 e ss. Cod. civ.* (fatta eccezione per il dovere di fedeltà), quindi assistenza morale e materiale, contribuzione ai bisogni della famiglia, coabitazione, indirizzo della vita familiare; - divieto di adozione¹⁵, fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione (di casi particolari) dalle norme vigenti [co. 20 terzo periodo]; - rapporti patrimoniali [co.13] in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, il regime applicabile è quello della comunione dei beni, coincidendo sotto questo profilo a quello della famiglia fondata sul matrimonio (*ex art. 162, 163, 164, 165 e 167-230 bis cod. civ.*); - scioglimento del vincolo [co. 22-26]; - aspetti successori [co. 21].

c) Convivenza di fatto. L'altra disciplina, prevista dalla L. n. 76/16 all'art. 1 dal co. 36 al co. 65, è quella sulla convivenza di fatto, applicabile sia alle persone di sesso diverso, sia a quelle dello stesso sesso. La legge la definisce [co. 36] come relazione familiare tra «*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 unione civile*». E' un

¹³ “*Famiglia e patrimonio*”, Memento pratico, Ipsa, 2016.

¹⁴ Le condizioni per la costituzione dell'unione civile sono: maggiore età, stesso sesso, assenza d'impedimenti (precedente matrimonio o unione civile, interdizione, rapporti di parentela, condanne penali).

¹⁵ Le parti dell'unione civile sono escluse dall'adozione legittimante dei minori e dal ricorso alla procreazione medicalmente assistita, che la legge italiana riserva esclusivamente a persone coniugate o conviventi, maggiorenni, **di sesso diverso**, entrambe viventi e in età potenzialmente fertili, in forza dell'art. 5 della Legge n. 40/2004. In Italia, inoltre, è vietata la pratica della maternità surrogata.

modello familiare (di fatto o *more uxorio*) che si discosta da quello matrimoniale, infatti è fondato sulla spontaneità dei componenti del rapporto (come lo è quello non formalizzato, che però non produce alcun effetto personale e patrimoniale e nessun diritto/dovere fra le parti), del quale il legislatore ha voluto occuparsi, attesa la sua affermazione esponenziale nell'ambito della società italiana e l'interesse riservato dalla giurisprudenza anteriore alla novella legislativa, per colmare vuoti di tutela. Se sussistono i presupposti richiesti dalla legge¹⁶ [co. 36], le parti che vogliono risultare stabilmente conviventi devono prestare una dichiarazione [co. 37] all'anagrafe civile del Comune in cui sono residenti. Rapporti personali. I diritti ed i doveri nascenti dalla convivenza formalizzata sono quelli di assistenza, di solidarietà reciproca, reciproco diritto di visita e di assistenza in caso di malattia e ricovero ospedaliero. La legge prevede che i rapporti patrimoniali possano essere disciplinati con un contratto di convivenza [co. 50] (vero e proprio nuovo contratto tipico); risoluzione del contratto di convivenza [co. 59] (per accordo delle parti, per recesso unilaterale, per matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente e un'altra persona); cessazione della convivenza (la decisione può essere assunta in qualsiasi momento, senza necessità di rispettare alcuna formalità). Non derivano al convivente economicamente più debole diritto al mantenimento, a meno che non sia stato previsto nel contratto di convivenza il pagamento di una somma di denaro (periodica o in un'unica soluzione). Il convivente che fa cessare la convivenza non ha alcun obbligo risarcitorio (a meno che non si tratti di casi di violenza), essendo la convivenza un rapporto libero, scindibile in qualsiasi momento. Se i conviventi hanno figli, la cessazione della convivenza produce i medesimi effetti derivanti dalla separazione personale dei coniugi o dal divorzio.

2. La filiazione. La significativa evoluzione verificatasi, prima nel contesto sociale italiano, ed in seguito anche attraverso la disciplina legislativa dei rapporti di coppia, come sopra delineati (matrimonio, unione civile, convivenza di fatto sia etero che omosessuale), che ha

¹⁶ La “convivenza di fatto” può essere costituita da due persone (di sesso diverso o di sesso uguale), 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 unione civile.

visto la individuazione di una pluralità di modelli familiari, ha avuto un'altrettanta importante ricaduta sulla filiazione. L'art. 30 della Costituzione stabilisce i principi in materia di filiazione, sottolineando la centralità della persona del figlio, al quale i genitori devono assicurare mantenimento, istruzione ed educazione. Tuttavia, la portata di tale tutela non è sempre stata assicurata *de plano* a tutti i figli, essendovi stati, nella storia del diritto di famiglia dell'ordinamento italiano, momenti nei quali il vincolo biologico e quello giuridico hanno comportato differenze di tutela, sul piano personale, economico e successorio per la prole. Infatti, a ciascuna situazione familiare corrispondeva una propria e diversificata condizione giuridica del figlio:

- **a)** In epoca antecedente la riforma del diritto di famiglia (1975), la pienezza di stato era riconosciuta soltanto al figlio nato nel matrimonio (i figli nati *extra* matrimonio erano denominati illegittimi). In sintesi, il modello accettato come legittimo e conforme al costume della società era quello del matrimonio, l'unico nel quale la filiazione potesse trovare pieno riconoscimento giuridico e tutela.
- **b)** Con la riforma del 1975 (Legge n. 1975), al figlio naturale (nato fuori dal matrimonio) spettava una tutela piena parificata a quella del figlio legittimo (nato nel matrimonio), soltanto nei confronti del genitore che avesse effettuato il riconoscimento. Rimaneva, poi, una discriminazione anche sul piano successorio, poiché ai figli legittimi era riservata una quota indisponibile di eredità, i figli naturali riconosciuti erano eredi necessari ma erano esclusi dalla successione dei parenti in linea collaterale, compresi i fratelli, ai figli non riconosciuti e a quelli non riconoscibili soltanto un assegno di natura alimentare.
- **c)** Con l'entrata in vigore della Legge n. 219/2012 (recante «Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali») e del decreto di attuazione d.lgs. n. 154/2013 (recante «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219»), si è attuato un capovolgimento dell'ordine preesistente, sulla scia di una diversa sensibilità sociale, realizzando che, a fronte di una pluralità di modelli familiari, si dovesse per contro affermarsi la unitarietà dello stato di filiazione, come a chiare lettere indicato nell'art. 315 cod. civ., rubricato «*Stato giuridico della filiazione*», che stabilisce la parità e che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. Ne consegue che, dunque, i figli nati da genitori non uniti in matrimonio sono equiparati a quelli nati da genitori uniti in matrimonio. Occorre, tuttavia, rimarcare che, a

fronte dell'assodata parificazione giuridica ed unicità della filiazione, rimane una differente modalità di formazione dello stato di figlio, poiché il titolo di stato si acquisisce in modo diverso, sulla base della disciplina codicistica o di leggi speciali: - nel matrimonio, in sede di dichiarazione di nascita automaticamente, sulla presunzione di paternità; - fuori dal matrimonio, mediante il riconoscimento *ex art. 250 cod. civ.* o con accertamento giudiziale della paternità o della maternità *ex art. 269 cod. civ.*; - ai nati da coppia che ha fatto ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (L. n. 40/2004), lo stato del nato consegue nella coppia coniugata come figlio nato nel matrimonio, nella coppia non coniugata, come figlio riconosciuto; - nell'adozione di minorenni, l'adottato diviene figlio matrimoniale degli adottanti (art. 27 co. 1. L. adozione). - **d)** La disciplina che ha introdotto le unioni civili (Legge n. 76/2016) non prevede alcun riferimento, né disposizione relativa ai rapporti di filiazione per gli uniti civilmente. Le parti dell'unione civile, pertanto, sono **escluse** dall'applicazione della legge sull'adozione (Legge n. 184/1983, recante «*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*»), come espressamente stabilito dall'art. 1 co. 20 secondo periodo della L. n. 76/16, restando però «*fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*» (art. 1, co. 2 terzo periodo L. n.76/16). Si tratta dell'ipotesi di adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44 lett. *d)* della Legge n. 184/1983, in cui sia stata constatata l'impossibilità di un affidamento preadottivo del minore, anche di diritto, come accade nelle ipotesi di adozione del figlio del *partner* dello stesso sesso, ove già la giurisprudenza antecedente la novella ne aveva ravvisato la possibilità, muovendo dalla verifica positiva del corrispondente interesse del minore a vedersi riconosciuti i legami affettivi che si sono sviluppati con l'altro *partner* del genitore, indipendentemente dal suo sesso (c.d. *stepchild adoption*).

In sintesi, si possono tirare le fila con quanto segue:

- ❖ La genitorialità non è più solo quella fondata sul legame genetico¹⁷; inoltre, nella diffusione delle famiglie allargate e ricomposte, la giurisprudenza ha dato riconoscimento alla figura del “*genitore*”

¹⁷ La Corte Cost. 10/06/2014 n. 162 ha dichiarato illegittimo il divieto nei casi di infertilità di ricorrere alla PMA di tipo eterologo.

sociale”, vale a dire di colui che si prende cura del minore, sia dal punto di vista affettivo che educativo.

- ❖ La materia della filiazione nella coppia omosessuale ha subito nel tempo profonde trasformazioni, ma incontra ancora resistenze nell’ordinamento italiano. Nel progetto di legge¹⁸, era stata inserita all’art. 5 la *stepchild adoption*, in forza della quale sarebbe stata estesa, (come nel caso dei coniugi) espressamente anche all’unione civile, la possibilità di adottare, con l’adozione dei casi particolari per il tramite della previsione contenuta nell’art. 44 lett. b) della Legge n. 184/1983, il figlio minore dell’altra parte. Tuttavia, la *stepchild adoption*, già fonte di acceso dibattito nell’opinione pubblica, è stata fortemente avversata in sede parlamentare dalle forze politiche contrarie alla parificazione. Al fine di poter consentire l’approvazione della legge, si è adottata la decisione politica di stralciare dal testo legislativo la previsione di questa forma di adozione, lasciando il solo riferimento a quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti (art. 1, co. 2 terzo periodo L. n.76/16).
- ❖ Alla coppia omosessuale è fatto divieto di adottare e di ricorrere alla tecnica della procreazione medicalmente assistita. La richiesta di adozione legittimante deve provenire da una coppia unita in matrimonio (art. 6, co. 1, Legge n. 184/83), alla PMA possono accedere coppie coniugate o conviventi (art. 5 Legge n. 40/2004) (queste ultime, solo di sesso diverso).

3. Il rapporto fra genitori e figli. Nell’evoluzione legislativa italiana degli ultimi decenni, conformandosi alle Convenzioni internazionali ed ai trattati ratificati dell’UE, si è assistito ad una progressiva affermazione di diritti in capo al minore d’età, che ha spostato la tutela nella relazione genitoriale sempre più verso la realizzazione dell’armonioso sviluppo psico-fisico di quest’ultimo, centrato sul perseguimento del suo concreto interesse. Il minore è portatore di diritti in quanto persona, che trovano contenuto nell’art. 315 *bis* cod. civ.: -il diritto a crescere nella propria famiglia; -il diritto al mantenimento e all’assistenza morale; - il diritto all’educazione; - il diritto di mantenere

¹⁸ Disegno di legge n. 2081 presentato in Senato per iniziativa dei senatori Cirinnà ed altri, presentato in data 6/10/2015.

significativi rapporti con i parenti. Ancora; - il diritto all'ascolto in tutti i processi che lo riguardano (art. 337 *octies* cod. civ.)¹⁹. Analogamente, si dipanano, nella sede dell'unitaria disciplina, i doveri dei genitori – siano essi coniugati, conviventi o non conviventi – sia sotto il profilo della cura, di crescita, d'istruzione, che di quello di mantenimento.

Dal recepimento di altrettanti importanti principi dalla sede delle Convenzioni internazionali e dalla giurisprudenza sovra nazionale di protezione dell'interesse del minore, sono stati introdotti nella recente legislazione italiana concetti e diritti quali: - la bigenitorialità, introdotta dal legislatore con la Legge n. 54/2006, recante «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*»; - la responsabilità genitoriale (concetto introdotto nell'art. 316 cod. civ. dalla Legge n. 219/12 e dal d.lgs. n. 154/13), che ha sostituito la precedente denominazione di “potestà genitoriale”, non solo in chiave terminologica, ma anche sostanziale, ponendo l'accento sui doveri dei genitori (quelli sopra elencati) ed altresì sul compito genitoriale di conformarsi alla personalità del figlio, sviluppandone le sue attitudini («*tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio*»), sino al conseguimento della propria autonomia; - esercizio congiunto della responsabilità genitoriale, (che si conferma anche nella regolamentazione della crisi della famiglia), prevista non solo per i genitori sposati, ma anche per quelli non sposati e ciò indipendentemente dalla convivenza di fatto.

Nelle ipotesi in cui l'esercizio della responsabilità genitoriale venga sottoposto al controllo dell'autorità giudiziaria, sono previsti provvedimenti emessi dal Tribunale per i Minorenni o dal Tribunale Ordinario, che possono essere adottati in base alla misura della gravità della condotta del/i genitore/i, anche nella fase di crisi patologica della famiglia o, nei casi estremi, di affidamento, allontanamento o esclusione dalla famiglia: - provvedimento di ablazione/decadenza (*ex art. 330 cod. civ.*); - provvedimento di limitazione (*ex art. 333 cod. civ.*); -

¹⁹ Principio acquisito nell'ordinamento italiano e recepito da fonti internazionali ed europee sul diritto del fanciullo: - **art. 12** Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York nel 1989 e ratificata in Italia con legge n. 176/1991; - **art. 6** Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo nel 1996 e ratificata in Italia con legge n. 77/2003; - **art. 24** Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea fatta a Nizza nel 2000, divenuta vincolante con il Trattato di Lisbona (*cf. Michele Sesta, op. cit.*).

affidamento *extra familiare* (ex art. 2 Legge n.184/1983); - provvedimento di dichiarazione dello stato di adottabilità (ex art. Legge n.184/1983).

4. Il c.d. “diritto vivente” e l’intervento della più recente giurisprudenza. La trascrizione degli atti formati all’estero.

a) Come si è visto, nell’ordinamento italiano, pur nell’evoluzione progressiva di un diritto di famiglia sempre più orientato al favore di riconoscimento nei confronti di una pluralità di relazioni familiari e di parificazioni giuridiche (sotto il profilo personale, patrimoniale, successorio), tanto nella coppia (matrimoniale, uniti civilmente, conviventi di fatto), quanto rispetto alla filiazione (nati da coppia matrimoniale, non matrimoniale, da procreazione medicalmente assistita, adottiva), tuttavia permangono alcune significative **differenze** di tutela giuridica.

Ci si riferisce, per quanto qui d’interesse, al **divieto** di matrimonio per persone dello stesso sesso ed alla filiazione nella coppia omosessuale.

b) Alle situazioni d’incertezza giuridica che si sono venute creando, al riguardo, ha posto in qualche misura un rimedio la **giurisprudenza**, antecedente la legge sulle unioni civili ed anche ad essa successiva, svolgendo un’opera di supplenza, orientata ad una lettura in chiave evolutiva, che ha pur parzialmente allineato a quel “**diritto vivente**” il perseguimento, per esempio, del concreto interesse del minore, da un lato, e la difesa del rispetto della vita familiare, dall’altro (ex art. 8 C. EDU).

Si è, poi, venuta affermando una giurisprudenza che si è occupata della trascrizione degli atti formati all’estero, relativamente ai matrimoni *same sex* ed agli atti di nascita di figli di coppie genitoriali *same sex*.

c) Lo stato dell’arte attuale, nel panorama giuridico italiano, è pertanto il seguente:

- ❖ trascrizione dell’atto di matrimonio fra persone dello stesso sesso formato all’estero. In un primo momento, la giurisprudenza aveva ritenuto intrascrivibile l’atto di matrimonio omosessuale contratto all’estero da cittadini italiani dello stesso sesso, in quanto contrario all’ordine pubblico e, pertanto, da ritenersi inesistente.

Successivamente, l'orientamento giurisprudenziale è mutato, sul presupposto dell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰, arrivando ad affermare che la scelta del legislatore nazionale - di ritenere cioè essenziale il requisito della "differenza dei sessi" - non possa essere ritenuto indispensabile per l'esistenza del matrimonio²¹; nonostante l'intrascrivibilità dei matrimoni omosessuali contratti all'estero, qualche giudice di merito ha autorizzato i sindaci a trascrivere i matrimoni in questione ed, anzi, alcuni sindaci lo hanno fatto indipendentemente dall'autorizzazione giudiziaria²². Dopo la novella del 2016, il cittadino italiano può legittimamente contrarre matrimonio all'estero, con altro cittadino italiano ovvero con cittadino straniero, indipendentemente dalla presenza di uno specifico elemento di collegamento con lo Stato prescelto, ma persisteva il dubbio della sua trascrizione e degli effetti che tale matrimonio possa generare nell'ordinamento italiano; il decreto attuativo n. 7/2017 ha disposto, con l'evidente esigenza di colmare un dubbio interpretativo (o vuoto nel testo della Legge n. 76/2016), che **il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla attuale legge italiana**, pertanto tale matrimonio verrà trascritto nel registro delle unioni civili e produrrà tutti i diritti e doveri da essa derivanti²³;

²⁰ La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza resa nel caso *Orlandi ed altri c. Italia*, del 14/12/2017, in tema di rispetto del diritto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), relativamente alla registrazione del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, ha riconosciuto che le coppie omosessuali devono essere messe nella condizione di proteggere i propri diritti. Prima dell'entrata in vigore della Legge n. 74/2016, infatti, i diritti delle coppie in oggetto non erano sufficientemente tutelati in base alla circostanza che la legge italiana non offriva loro, all'epoca, alcuna protezione. La mancanza di qualsiasi riconoscimento aveva comportato un vuoto giuridico, trascurando una realtà sociale. La Corte dei diritti dell'uomo, pertanto, aveva statuito che l'Italia non aveva garantito un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco.

²¹ In ogni caso, il cittadino italiano è soggetto alle norme di cui all'art. 84 e ss. cod. civ. ed oggi, con la disciplina introdotta dalla Legge n. 76/2016 nel combinata con il d.lgs. n. 7/2017, qualunque sia l'istituzione prescelta dal cittadino italiano, matrimonio od unione civile, di qualsiasi Stato, produce in Italia i medesimi effetti attribuiti all'unione civile.

²² Michele Sesta, op. cit.

²³ Vera Tagliaferri, in *"Il Famigliarista"* 13/02/2017.

❖ trascrizione dell'atto di nascita di figlio di coppia *same sex* formato all'estero e di provvedimenti emessi da autorità straniera²⁴. E' ammessa la trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero e ciò in conformità all'esigenza di **valorizzare la tutela dell'interesse superiore del minore** «*anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (art. 2.3 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale*» (Corte Cass. n. 19599/16). Tale principio (***favor filiationis***) ha poi trovato applicazione anche nella giurisprudenza di merito (Corte d'appello di Trento del 2-23/02/2017)²⁵, confermando che «*nella valutazione della compatibilità dell'atto straniero con l'ordine pubblico, il giudice deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*», da un lato, e, dall'altro,

²⁴ Corte Cass. 30/09/2016 n. 19599 rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita di figlia di **due madri** (Pres. Della Palma, Est. Lamorgese). In questo caso, due donne, l'una spagnola e l'altra italiana, si erano sposate in Spagna e per realizzare il loro desiderio di progetto familiare e di genitorialità, avevano l'una messo a disposizione un proprio ovulo, fecondato con gamete da donatore anonimo ed impiantato nell'utero dell'altra donna. Nell'atto di nascita in Spagna, il bambino viene indicato come figlio di entrambe le donne (madre A colei che ha partorito e madre B l'altra donna), Dopo il divorzio, l'ufficiale dello stato civile italiano si è rifiutato di trascrivere l'atto, in quanto contrario all'ordine pubblico interno. Esperiti i due gradi di giudizio nel merito (Tribunale di Torino che ha confermato il divieto di trascrizione e Corte d'Appello che ha invece ordinato la trascrizione), la Corte Suprema ha ammesso la trascrizione sulla base di quattro principi di diritto: 1) ordine pubblico internazionale; 2) interesse superiore del minore; 3) la donazione di un ovulo fattispecie diversa dalla maternità surrogata; 4) il principio secondo il quale la madre è colei che partorisce (*ex art. 269, co. 3, cod. civ.*), non impedisce il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero, in cui il minore risulti essere figlio di due madri (quella genetica e quella che ha partorito); -C. EDU 26/06/2014 maternità surrogata (*Menesson e Labasse c. Francia*); -C. EDU 24/06/2010 (*S&K c. Austria*); C. EDU 27/07/2015 (*Oliari c. Italia*).

²⁵ Corte d'Appello di Trento 2-23/02/2017. Nel caso di specie, **due padri** avevano chiesto la trascrizione, nei registri dello stato civile del Comune di residenza, del provvedimento emesso in Inghilterra dalla *Court of Justice*, in forza del quale si accertava la genitorialità del Sig. Tale e si ordinava che questi fosse aggiunto quale secondo genitore ed indicato quale secondo padre dei gemelli, nati a seguito del ricorso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero (ivi reperendo una donna donatrice di ovuli ed una donna disposta a sostenere una gravidanza per conto di altri).

la tutela dell'interesse superiore del minore che «è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello nazionale». In particolare, «nell'ordinamento internazionale la Corte di Cassazione [cfr supra Corte Cass. n. 19599/16] richiama la Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 1989, la Convenzione europea sull'esercizio dei fanciulli di Strasburgo del 1996, la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea», a proposito della quale all'art. 24, par. 2) si afferma **il diritto del minore a conservare lo status di figlio riconosciutogli in un atto validamente formato in un altro Stato**. La più recente giurisprudenza di merito ha confermato tali principi, pervenendo all'ammissibilità della trascrizione di provvedimenti emessi all'estero, a cui consegue per i figli il riconoscimento della cittadinanza italiana ed il medesimo *status* ed i medesimi diritti riconosciuti nello Stato straniero ove il provvedimento è stato emesso (Tribunale per i Minorenni di Firenze, 9/03/2017)²⁶.

- ❖ filiazione omosessuale ex art. 44 lett. d) Legge n. 184/1983²⁷ (ipotesi di *stepchild adoption*). Come si è visto, esclusa l'adozione legittimante per la coppia omosessuale e stralciata dalla Legge n. 76/2016 la possibilità di regolamentare la *stepchild adoption* introducendola nella previsione dell'art. 44 lett. b) della Legge n. 184/1983, è rimasto nel testo legislativo la sola possibilità di una interpretazione estensiva ed evolutiva dell'applicazione dell'art. 44 lett. d) della citata legge. Un'importante applicazione si è avuta, in giurisprudenza, con la sentenza di legittimità del 2016 (Corte Cass. 22/06/2016, n.12962), con la quale si è data per ammessa l'esistenza di modelli familiari diversi in ambito europeo, all'interno dei quali il progetto di filiazione può essere

²⁶ Tribunale per i Minorenni di Firenze, 9/03/2107. Il caso ha riguardato **due padri**, entrambi di nazionalità italiana, ma residenti nel Regno Unito, che hanno ottenuto il riconoscimento all'adozione (legittimante) di due minori fratelli, acquisendo lo **status di genitori adottivi**.

²⁷ Tribunale per i Minorenni di Roma 30/07/2014 (Est. Cavallo); Tribunale per i Minorenni di Roma 22/10/2015 (est, Cavallo); Tribunale per i Minorenni di Roma marzo 2016 (due padri sposati in Canada); Corte d'Appello di Milano 9/02/2017; Corte Cass. 22/06/2016 n. 12926 (Pres. Della Palma, Est. Acierno); Corte d'Appello di Roma 23/12/2015 (Pres. Montaldi est. Pagliari); Corte d'Appello di Torino (Pres. Mecco est. Lanza).

realizzato anche dalla coppia dello stesso sesso. La decisione in oggetto ha, pertanto, stabilito due principi: 1). La domanda di adozione di una minore proposta dalla *partner* della madre biologica con questa stabilmente convivente non determina in astratto un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice 2). Per l'adozione in casi particolari *ex art.* 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, si prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore ed è sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo del minore, potendo accedere a tale adozione persone singole e coppie di fatto, senza che l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge possa svolgersi, anche indirettamente, attribuendo rilievo all'orientamento sessuale del richiedente ed alla natura della relazione da questi stabilita con il proprio *partner*. L'orientamento giurisprudenziale innovativo ha poi trovato conferma in una serie di pronunce di merito, tutte incentrate sull'affermazione dei seguenti principi: **a)** ove l'adozione risponda all'interesse del minore e vi sia il consenso di tutti i soggetti interessati, non può esservi ostacolo giuridico alla richiesta, se non per il persistere di una concezione dei vincoli familiari non più rispondenti alla ricchezza ed alla complessità delle relazioni umane (Corte d'Appello di Milano 9/02/2017)²⁸; **b)** la norma in questione è da ritenersi una "clausola di salvaguardia", chiude il comma 20 dell'art. 1 della Legge n. 76/2016 e apre alla possibilità d'una applicazione alle unioni civili delle disposizioni in materia di adozione, ma soltanto nei limiti del diritto vigente (Tribunale per i Minorenni di Bologna 6/07/2017);

²⁸ Corte d'Appello di Milano 9/02/2017, il caso riguardava una richiesta di c.d. adozioni incrociate da parte di **due madri**. Tribunale per i Minorenni di Bologna 6/07/2017, si tratta del caso di **due padri** di un figlio generato ricorrendo alla pratica della procreazione medicalmente assistita (in cui una parte ha dato il proprio seme nel procedimento di FMA), con le seguenti conseguenze: -di avere conseguito nello Stato della California un provvedimento di riconoscimento della co genitorialità; -di avere trascritto l'atto di nascita anche a Berlino, avendo il minore acquisito *iure sanguinis* anche la cittadinanza tedesca e di avere le parti costituito un'unione civile tra persone dello stesso sesso in Germania; -di avere l'altra parte chiesto in Italia l'adozione del minore *ex art.* 44 lett. d) Legge n. 184/1983.

- ❖ divieto di ricorso alla pratica della maternità surrogata. Una recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 272/17) è intervenuta sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non consente al giudice –in sede di decisione sull'azione d'impugnazione del riconoscimento del figlio – di accogliere detta impugnazione solo ove essa effettivamente rispondente all'interesse di quest'ultimo. Pur trattandosi di una decisione “prudente” e rimandando alla decisione del giudice - da effettuarsi caso per caso – tra interesse del minore e *favor veritatis*, la pronuncia rimarca l'affermazione dell'articolazione di «una concezione ampia dell'identità personale del minore, atta a ricomprendervi anche il rilievo delle relazioni familiari di fatto (e di intenzione)», allontanando così «il rischio di esclusioni a priori di una concorrenza tra *favor veritatis* e interesse del minore»²⁹. Pur duramente stigmatizzando il ricorso alla gestazione per altri, vietata dalla Legge n. 40/2004, e ribadendo la ferma condanna alla surrogazione, la Corte rinvia al prudente apprezzamento del giudicante di effettuare, senza automatismo, il bilanciamento degli interessi in gioco, soprattutto quello preminente dei minori;
- ❖ registrazione all'ufficio dell'anagrafe di figli di co genitori *same sex*. Da ultimo, è di questi giorni la notizia che il Comune di Torino ed il Comune di Roma hanno consentito la registrazione dell'atto di nascita all'anagrafe di un figlio nato da coppia lesbica, indipendentemente ed anzi prescindendo dalla preventiva autorizzazione giudiziaria.

Conclusioni. La rassegna della legislazione e della giurisprudenza italiana ha messo in evidenza un susseguirsi di prassi legislative e giudiziarie fondate sulla progressiva valorizzazione delle relazioni familiari, orientate al riconoscimento, pur nella persistenza di talune

²⁹ Angelo Schillaci, “La Corte Costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra la verità biologica e l'interesse del minore”. La sentenza commentata aveva affrontato il caso che aveva tratto origine dalla richiesta di trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, relativo ad un bambino, figlio di una coppia di cittadini italiani, i quali avevano fatto ricorso alla gestazione per altri (c.d. maternità surrogata) realizzata attraverso ovodonazione, ottenendo (ai sensi della legislazione indiana) un certificato di nascita attestante per il minore lo status di figlio di entrambi i genitori d'intenzione.

significative differenze, di quella “*famiglia degli affetti*”, volta al perseguimento della tutela della vita familiare e della protezione e dignità dei minori, in un processo dinamico di rispetto di ciascun membro, senza distinzione di orientamento sessuale, e prevedendosi strumenti in grado di realizzarla efficacemente.

