

I FIGLI PRIMA DI TUTTO  
*CHILDREN FIRST AND FOREMOST*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1554-1571*



Susanna  
SANDULLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

**RESUMEN:** Il presente lavoro esamina la disciplina dei diritti dei figli in una prospettiva evolutiva partendo dai lavori preparatori alla Costituzione fino alla Riforma del diritto di famiglia del 2012. Analizzando i progressi susseguitesi negli anni, si evidenziano altresì le criticità di un sistema che ancora non affronta in modo specifico le problematiche relative alla tutela dei figli nelle famiglie omosessuali, evidenziando che l'obiettivo principale – come sembra aver compreso pienamente la giurisprudenza – è salvaguardare il best interest of the child.

**PALABRAS CLAVE:** Figli; famiglia; unioni civili.

**ABSTRACT:** *This work examines the discipline of children's rights in an evolutionary perspective starting from the preparatory work for the Constitution up to the Reform of Family Law in 2012. Analyzing the progress that has been made over the years, it also highlights the critical features of a system which does not yet specifically address the issues relating to the protection of children in homosexual families, pointing out that the main objective – as it seems to have fully understood the jurisprudence– is to safeguard the best interest of the child.*

**KEY WORDS:** *Children; family; civil unions.*

**SUMARIO.-** I. L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI FIGLI NELLA FAMIGLIA "TRADIZIONALE".- I. FIGLI, COSTITUZIONE E DIRITTI ANTE RIFORMA.- 2. LA «RIFORMA BIANCA» SULLA FILIAZIONE: L'UNIFICAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO.- II. LA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI: UNA PRESUNTA ETEROGENITORIALITÀ.- 1. UNA PREMessa.- 2. LA MATERNITÀ SURROGATA. QUALE INTERESSE DEL MINORE?.- 3. STEPCHILD ADOPTION E PROBLEMI CONCRETI.- 4. CASS. CIV., S.U., 3 MARZO 2021, N. 9006

## I. L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI FIGLI NELLA FAMIGLIA "TRADIZIONALE".

### I. Figli, costituzione e diritti ante riforma.

Quando la Professoressa Mirzia Bianca e il Professor José Ramon de-Verda mi hanno invitata a partecipare agli scritti per il Professor Cesare Massimo Bianca mi sono sentita profondamente onorata, non solo per il prestigio dell'opera collettanea, ma soprattutto per il giurista a cui essa è dedicata.

Il Professor Bianca era, ed è tutt'oggi, il diritto privato. E quindi cercare un argomento per ringraziarlo dei preziosi insegnamenti che ha così appassionatamente regalato ai Suoi allievi sembrava inizialmente un'impresa, ma la risposta è poi venuta spontanea.

Perché il Professor Cesare Massimo Bianca ha reso per me il diritto di famiglia l'angolo felice in cui rifugiarmi e mi appresto dunque a parlare di ciò che, per me, rappresenta il nucleo dell'intera materia, ossia la tutela dei figli.

A differenza dello Statuto Albertino – che non conteneva previsioni rispetto alla disciplina della filiazione – uno dei temi più discussi all'inizio dei lavori preparatori alla Costituzione fu quello dei figli c.d. illegittimi, in quanto i Costituenti volevano tener presenti le disposizioni del Codice civile che li distinguevano in tre categorie, ossia i figli naturali, nati da genitori non sposati; i figli adulterini, nati da genitori coniugati con altre persone; i figli incestuosi, nati da soggetti legati fra loro da un rapporto di parentela.

Per ognuna di queste categorie era previsto un diverso trattamento giuridico, differente e peggiorativo rispetto a quello previsto per i c.d. figli legittimi, ossia i figli nati all'interno del matrimonio.

Per quanto riguardava l'accertamento del rapporto di filiazione, il Codice civile prevedeva il riconoscimento incondizionato dei figli naturali o adulterini da

• **Susanna Sandulli**

Assegnista di ricerca, Università degli Studi Roma Tre. Email [susanna.sandulli@hotmail.it](mailto:susanna.sandulli@hotmail.it)

parte del genitore che al tempo del concepimento non fosse unito in matrimonio, stabilendo invece limiti molto pesanti in caso di vincolo coniugale; sanciva, poi, il divieto assoluto del riconoscimento dei figli incestuosi.

Ne conseguiva che la maggioranza dei figli illegittimi era non riconosciuta o non giudizialmente dichiarata e che la quasi totalità dei diritti era loro negata. Ad esempio, per quanto riguardava la capacità di succedere, se il figlio era stato riconosciuto o giudizialmente dichiarato, era prevista una successione con regole discriminatorie rispetto a quanto previsto per i figli legittimi e senza possibilità di succedere ai parenti naturali; in caso di mancato riconoscimento (o in assenza della dichiarazione giudiziale), il figlio illegittimo aveva diritto esclusivamente ad un assegno vitalizio, ma soltanto al ricorrere di determinati presupposti.

Il dibattito sui figli nati al di fuori del matrimonio – formula adottata successivamente nella carta costituzionale – fu particolarmente acceso, vedendo contrapposti orientamenti politici e religiosi<sup>1</sup>, ma un aspetto metteva tutti d'accordo: la Costituzione non avrebbe potuto imporre l'accoglienza dei figli illegittimi nella famiglia.

Per cui si giunse all'attuale formulazione dell'art. 30, i cui commi 3 e 4 sono frutto di questo compromesso: «La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.».

Con il passare del tempo, però, vi fu un'evoluzione della coscienza sociale, che mise in crisi la concezione della famiglia come istituzione e portò a tre fondamentali interventi legislativi:

- la Legge sull'adozione speciale 5 giugno 1967, n. 431, che ha introdotto la c.d. filiazione civile;

- la Legge sul divorzio 1° dicembre 1970, n. 898, che ha garantito la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale;

- la Legge 19 maggio 1975, n. 151, la riforma del diritto di famiglia.

Mentre in passato, quindi, i citati commi 3 e 4 dell'art. 30 della Costituzione rappresentavano il fulcro di una concezione secondo la quale la tutela dei figli nati al di fuori del matrimonio era necessaria, ma richiedeva di essere bilanciata con quella dei figli legittimi e con la necessità di preservare in modo preminente l'istituzione familiare, con questi interventi legislativi il comma 1 che recita «È

<sup>1</sup> CERRI, A: "La Costituzione ed il diritto privato", in RESCIGNO, P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, v. 21, Utet, Torino, 1987, p. 54.

dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» diviene il nuovo perno della disciplina del diritto di famiglia, aprendo la strada al principio del best interest of the child.

La Riforma del 1975 è stato dunque il primo intervento normativo migliorativo della posizione dei figli nati fuori dal matrimonio – ad esempio essi vengono denominati naturali e non più illegittimi –, ma ciononostante lo stato di filiazione continuava a rimanere differente ed inferiore rispetto a quello dei figli legittimi<sup>2</sup>.

Un esempio del permanere di questa distinzione si rinviene nell'assenza del diritto alla parentela e la conseguente negazione del diritto alla successione legittima nei confronti dei parenti naturali, come affermato anche dalla Corte costituzionale<sup>3</sup>.

Si trattava di una situazione inaccettabile che ledeva irrimediabilmente i diritti del figlio, per cui si avvertiva fortemente l'esigenza di un nuovo intervento legislativo<sup>4</sup>.

## 2. La «Riforma Bianca» sulla filiazione: l'unificazione dello stato di figlio.

Una svolta nella tutela dei diritti dei figli è rappresentata dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che come noto, ha sancito l'unificazione dello stato di figlio<sup>5</sup>, espressione con la quale si intende che “la legge conosce solo figli”<sup>6</sup>, ponendo fine alla tradizionale ed anacronistica distinzione fra figli legittimi e naturali.

2 Infatti, l'unico modo per un figlio naturale di acquisire il medesimo stato del figlio legittimo era di fare ricorso all'istituto della legittimazione, il quale per l'appunto attribuiva al figlio naturale lo status di figlio legittimo.

3 Corte costituzionale, n. 377 del 7 novembre 1994, n. 377: «I diritti accordati dall'art. 30 comma 3 cost. ai figli naturali riconosciuti sono limitati ai rapporti del figlio con il genitore, dal quale è stato riconosciuto, mentre, nei rapporti con gli altri parenti del genitore, può desumersi dal citato articolo solo una direttiva tendente al miglioramento del trattamento giuridico dei figli naturali, la cui attuazione, con opportuna gradualità, è rimessa alla discrezionalità del legislatore; pertanto, è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli art. 565, 572, e in linea subordinata dell'art. 468 c.c., sollevata con riferimento agli art. 3 e 30 cost., nella parte in cui rispettivamente non prevedono la successione dei fratelli e sorelle naturali del “de cuius”, in mancanza di discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle legittimi, con precedenza sulla vocazione dei parenti collaterali dal terzo al sesto grado nonchè nella parte in cui non ammette i discendenti di sorelle o fratelli naturali del “de cuius” a rappresentare il genitore che non può o non vuole accettare l'eredità».

4 L'intervento di riforma si è poi reso necessario a seguito del recepimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 – la Carta di Nizza – che all'art. 21 vieta ogni discriminazione basata sulla nascita: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.»

5 All'unificazione dello stato di figlio è conseguita l'abolizione l'istituto della legittimazione. Sul tema v. BIANCA, M.: “L' uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012 (\*) The Equality of the Legal Status of Children under the Recent Law No. 219 of 2012”, *Giust. civ.*, 2013, p. 205 ss.

6 BIANCA, C.M.: “La legge italiana conosce solo figli”, *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

Nel Codice civile tale principio è stato introdotto mediante la riformulazione ex novo dell'art. 315 c.c., il quale stabilisce che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», fungendo da criterio interpretativo nelle ipotesi in cui sorgano dubbi sull'effettivo significato da attribuire alla norma.

La distinzione in base al momento della nascita viene dunque meno e si parla solo di figli.

Questa unicità corrisponde alla nuova concezione della famiglia, che abbandona definitivamente quella visione pubblicistica incentrata sulla famiglia quale istituzione. Il diritto di famiglia, infatti, si basa sui diritti della persona «anche nella famiglia», per cui l'attuale concezione non tollera più discriminazioni legate alla nascita ovvero alle vicende che riguardano i rapporti fra genitori<sup>7</sup>.

Così con la Riforma si precisa che la parentela è il vincolo tra persone che discendono dal medesimo stipite, a prescindere dalla filiazione all'interno dell'unione matrimoniale e sussiste anche nel caso di adozione (art. 74 c.c.), per cui le norme sulla successione legittima ora si applicano anche in caso di assenza del vincolo coniugale tra i genitori dell'ereditando o del successibile.

Con la Riforma si opera quindi una rilettura dell'art. 30 della Costituzione, dalla quale emerge con estrema chiarezza che in presenza di figli la famiglia è sempre di diritto, anche in assenza di un vincolo matrimoniale; si realizza così la «famiglia dei figli»<sup>8</sup>, non sussistendo alcun rapporto gerarchico fra famiglie in base all'unione matrimoniale: l'interesse dei figli è il perno di tutta la nuova disciplina.

In virtù del principio di uguaglianza, tuttavia, il Legislatore non avrebbe potuto eliminare del tutto le differenti modalità di instaurazione del rapporto familiare, in quanto, proprio sulla base di tale principio, situazioni diverse richiedono di essere trattate in modo differente e ciò spiega perché nel caso di figli nati al di fuori del matrimonio l'accertamento si basi sul riconoscimento. Poiché, invero, si tratta di situazioni che possono essere caratterizzate anche da un'assenza di stabilità, non sussistendo un'ufficialità, la presunzione di paternità che trova applicazione nell'ambito matrimoniale avrebbe costituito una forzatura<sup>9</sup>.

7 DOSSETTI, M.: "L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello status", in M. DOSSETTI - M. MORETTI - C. MORETTI, *La nuova filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 2.

8 ROSSI CARLEO, L.: "La famiglia dei figli", *Giur. it.*, 2014, p. 1462 ss.

9 Il d.lgs. 154 del 2013 ha poi sostituito l'espressione denominazione "potestà genitoriale" con "responsabilità genitoriale" poiché si è ritenuto che essa esprimesse meglio la logica dei compiti attribuiti ai genitori; la potestà genitoriale era infatti un potere volto all'allevamento dei figli minori e attribuiva ai genitori una serie di funzioni di natura personale, non essendo delegabili a terzi, ma con il passaggio alla responsabilità genitoriale si passa ad una logica in cui le facoltà vengono esercitate nell'interesse dei figli. In questo modo il Legislatore ha seguito l'esempio comunitario in quanto tale denominazione era già utilizzata nel Regolamento CE n. 220/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Una questione rimasta, invece, parzialmente irrisolta, riguarda i figli incestuosi.

In passato il riconoscimento dei figli di parenti era consentito solo in caso di buona fede, per cui la disciplina era estremamente severa nei confronti di quella che era considerata un'unione riprovevole; i colpevoli erano ritenuti inadatti a svolgere la funzione genitoriale e quindi la regolamentazione sembrava assumere fondamentalmente carattere sanzionatorio<sup>10</sup>.

La Riforma del 2012 ha profondamente inciso su questa disciplina, abolendo il divieto di riconoscimento e, nonostante alcune critiche, la ratio di tale decisione si comprende facilmente: non far gravare sui figli la condotta dei genitori, ponendo fine ad una situazione in cui non si dava alcuna rilevanza all'interesse della prole, per cui la riconoscibilità diventa la regola e non l'eccezione.

Ad oggi quindi il riconoscimento è precluso solo se il figlio possa subire un pregiudizio, occorrendo un'autorizzazione del giudice, ma qui sorge un interrogativo a cui è difficile, a mio parere, dare una risposta.

Considerando che prima della Riforma i figli incestuosi potevano agire per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, non si comprende la ragione per cui ad oggi sia necessaria una preventiva autorizzazione del giudice anche qualora il figlio sia maggiorenne. Se, indubbiamente, il riconoscimento di un figlio incestuoso possa avere conseguenze non solo giuridiche nei confronti anche degli altri membri della famiglia, la disciplina sembra aver introdotto un eccessivo protezionismo nei confronti di un soggetto che, in ogni caso, ha raggiunto la maggiore età e dovrebbe quindi avere conseguito una maturità, elemento fondamentale nella distinzione tra soggetti minori e maggiori di età.

Ciò posto, un ulteriore aspetto fondamentale della Riforma Bianca è la predisposizione di quello che può essere considerato uno "statuto" dei diritti del figlio, in quanto accanto ai tradizionali diritti<sup>11</sup> già riconosciuti se ne sono aggiunti altri volti a realizzare, appunto, uno statuto completo di diritti.

---

10 Dunque, il figlio veniva dichiarato in stato di abbandono anche se curato dalla madre, che la legge considerava un'estranea.

11 Un esempio di "diritto tradizionale" è rappresentato dal diritto del minore ad essere ascoltato ai sensi dell'art. 315 bis c.c., che si sostanzia nel diritto del figlio, che abbia compiuto dodici anni, e anche di età inferiore se capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le procedure che lo riguardano. Sul tema si rinvia a DENOVI, F.: "Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione", *Famiglia e Diritto*, 2021, p. 175 ss. e per la giurisprudenza a Cass. civ., sez. I ord., 30 luglio 2020, n. 16410: «L'audizione dei minori è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano, e in particolare in quelle relative al loro affidamento.» per cui «In generale i minori, nei procedimenti giudiziari che li riguardano, non possono essere considerati parti formali del giudizio, perché la legittimazione processuale non risulta attribuita loro da alcuna disposizione di legge; essi sono, tuttavia, parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza mediante la previsione che deve essere ascoltato, e costituisce pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione».

La logica, pertanto, non è più quella di imporre doveri ai genitori, bensì di riconoscere una serie di diritti ai figli, che ne risultano titolari nell'ambito del rapporto di filiazione.

Particolarmente attuale è il diritto al mantenimento, in quanto, sebbene esso faccia parte da sempre del catalogo dei diritti del figlio, il contesto economico-lavorativo attuale ha portato la giurisprudenza a pronunciarsi rispetto al diritto spettante al figlio maggiorenne.

Infatti, tale diritto non cessa immediatamente ed automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, ma può proseguire, in quanto non è previsto un momento predefinito in cui esso viene meno. Ad esempio, nell'ottica di tutela del diritto all'educazione, il figlio può voler proseguire i propri studi conseguendo un titolo universitario.

Sulla questione si è pronunciata di recente la Corte di Cassazione<sup>12</sup>, delineando le condizioni in base alle quali sussiste il diritto al mantenimento:

«Tra le evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne non autosufficiente, si pongono: a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, pur non sfociate nei presupposti di una misura tipica di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione di studi ultraliceali con diligenza, da cui si desuma l'esistenza di un iter volto alla realizzazione delle proprie aspirazioni ed attitudini, che sia ancora legittimamente in corso di svolgimento, in quanto vi si dimostrino effettivo impegno ed adeguati risultati, mediante la tempestività e l'adeguatezza dei voti conseguiti negli esami del corso intrapreso; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi, svolti dal figlio nell'ambito del ciclo di studi che il soggetto abbia reputato a sé idoneo, lasso in cui questi si sia razionalmente ed attivamente adoperato nella ricerca di un lavoro; d) la mancanza di un qualsiasi lavoro, pur dopo l'effettuazione di tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale».

Possiamo dire che sotto questo profilo la giurisprudenza dimostra come il diritto debba necessariamente adattarsi ai mutamenti della realtà sociale, attualmente resa ancora più complesso dalla situazione pandemica.

Questa necessita di adattamento si pone, in una prospettiva però ben diversa, per il diritto alla continuità degli affetti, che costituisce la ratio della legge 19 ottobre 2015, n. 173, che, come noto, ha modificato la legge 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozioni, al fine di limitare le conseguenze traumatiche subite

<sup>12</sup> Cass. civ., sez. I, ord., 14 agosto 2020, n. 17183. Per un approfondimento della pronuncia v. NOVELLO, F.: "Il revirement della Cassazione in tema di mantenimento del figlio maggiorenne", *NGCC*, 2021, p. 13 ss.



dai minori in affidamento per lungo tempo e successivamente adottati da una famiglia diversa da quella a cui erano stati assegnati. Con tale legge, il Legislatore ha voluto rimarcare l'indissolubile legame fra il benessere del minore ed il contesto familiare in cui si sviluppa la sua personalità<sup>13</sup>.

Il diritto alla continuità degli affetti deve essere garantito a prescindere dal contesto familiare in cui il figlio vive, ma, come ora vedremo, il discorso acquista un diverso grado di complessità nell'ipotesi delle unioni civili.

## II. LA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI: UNA PRESUNTA ETEROGENITORIALITÀ.

### I. Una premessa.

L'iter legislativo per giungere ad una disciplina che regolamentasse le unioni fra persone del medesimo sesso è stato molto travagliato, ma a distanza di cinque anni dalla sua entrata in vigore essa prospetta al giurista e, soprattutto, ai suoi destinatari scenari non privi di ombre.

Nella legge sulle unioni civili, ossia nella legge 20 maggio 2016, n. 76, la disciplina della filiazione non viene praticamente menzionata, è esclusa l'applicabilità di quella dell'adozione e, considerando che la legge sulla procreazione medicalmente assistita (c.d. PMA) richiede che gli aspiranti genitori siano di sesso differente, sembra che le coppie omosessuali non siano chiamate a svolgere una funzione genitoriale.

Ma possiamo realmente parlare di un'eterogenitorialità dell'ordinamento giuridico?

Prima di rispondere a questa domanda una premessa è d'obbligo: l'unico interesse da tutelare è quello del minore e l'omosessualità non può far certo dubitare dell'idoneità genitoriale, perché la normativa non può differenziare in base all'orientamento sessuale, non solo perché in contrasto con il principio di uguaglianza ed eticamente inaccettabile, ma anche in ragione del fatto che nel nostro ordinamento il concetto di genitorialità non è legato all'orientamento sessuale, bensì al sesso degli individui.

Vediamo ora quali riferimenti si rinvenivano nel Codice civile che fanno pensare ad un'eterogenitorialità del sistema.

13 RECINTO, G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 44 ss.; DIQUATTRO, C.: "La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale", *Famiglia e Diritto*, 2020, p. 140 ss. Le problematiche maggiori legate a questo diritto si presentano, come vedremo, nel caso della stepchild adoption.

I coniugi possono essere soltanto persone di sesso diverso (artt. 147 e 231 ss. c.c.); il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto “dalla madre e dal padre” (artt. 250 c.c.); nella disciplina relativa alla scelta dell'amministratore di sostegno, il giudice darà preferenza alla madre e al padre ai sensi dell'art. 408 c.c.; nelle norme sulla successione mortis causa, si parla di successione dei figli al “padre ed alla madre” e viceversa (artt. 566 e 568); sussiste una responsabilità del padre e della madre per il danno cagionato dal fatto illecito del figlio minore non emancipato (art. 2048 c.c.); la responsabilità genitoriale è esercitata dal padre e dalla madre di comune accordo (art. 316 c.c.).

Si tratta, dunque, di disposizioni che presuppongono una diversità di sesso dei genitori.

Riferimenti del medesimo tipo li troviamo in materia di adozione, consentita soltanto alla coppia coniugata, per definizione eterosessuale (art. 6, legge n. 184 del 4 maggio 1983); nella pratica dell'interruzione volontaria della gravidanza, in cui il riferimento è alla “madre” e al “padre” del concepito (art. 5, legge n. 194 del 22 maggio 1978); nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, infine, ammesso soltanto per le coppie “di sesso diverso, coniugate o conviventi” (art. 5, legge n. 40 del 19 febbraio 2004).

Per quanto riguarda la normativa internazionale, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, prevede che, salvo eccezioni, il minore in tenera età non dovrebbe mai essere separato dalla madre; il preambolo della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna del 1979, sottolinea l'importanza del ruolo sociale della maternità e di entrambi i genitori nella famiglia e nell'educazione dei figli, prevedendo una suddivisione di responsabilità; infine, la Risoluzione del Parlamento europeo su una Carta europea dei diritti del fanciullo del 1992, il cui art. 8.17 contempla il diritto del minore di vivere con il padre e la madre.

Un ulteriore elemento da considerare consiste nel fatto che l'ordinamento protegge la maternità, ma non garantisce la possibilità di divenire madre.

Il diritto alla procreazione non è ricompreso fra i diritti fondamentali dell'uomo, né come singolo né nelle formazioni sociali e, dunque, anche qualora fosse riconosciuto, potrebbe essere esercitato – al pari di tutti gli altri diritti – esclusivamente nei casi e secondo le modalità previsti dall'ordinamento<sup>14</sup>. Questo principio è stato espressamente richiamato dalla Grande Camera della CEDU con

14 Sul tema v. FINOCCHIARO, A.: “Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti”, *Guida dir.*, 2009, p. 80

la sentenza 24 gennaio 2017, relativa al noto caso Paradiso e Campanelli c. Italia<sup>15</sup>, nella quale ha affermato che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo "non sancisce alcun diritto di diventare genitore".

Quanto detto sinora, però, deve essere letto in combinato disposto con i principi e i valori del nostro ordinamento, in quanto con la Riforma Bianca si è ribadito fermamente che la disciplina debba essere improntata esclusivamente sull'interesse del minore, il *best interest of the child*.

I timori principali concernono la *stepchild adoption*, la cui estensione generalizzata potrebbe legittimare il ricorso alla maternità surrogata. Infatti, molto spesso il progetto genitoriale delle coppie formate da due individui del medesimo sesso – specialmente se maschile – viene perseguito attraverso la maternità surrogata, che sappiamo essere vietata dalla legge in quanto contraria all'ordine pubblico.

## 2. La maternità surrogata. Quale interesse del minore?

Si parla di maternità surrogata quando una donna, a titolo gratuito ovvero dietro corrispettivo, si presta ad avere una gravidanza e a partorire un bambino per conto di altri. Tale forma di procreazione artificiale può sostanziarsi in due diverse tipologie.

La prima, la surrogazione in senso stretto, comporta che la madre partorienti si impegni all'impianto di un embrione formato dai suoi gameti e da quelli del padre committente (o di un altro donatore).

Nella seconda ipotesi, invece, l'embrione impiantato risulta geneticamente legato ad entrambi i genitori intenzionali (o eventualmente ad altri donatori) e, pertanto, si parla di contratto di utero in affitto.

La maternità surrogata si caratterizza, quindi, per la presenza di situazioni differenti dal punto di vista medico-biologico, variabili a seconda della provenienza del materiale genetico impiegato, ma tutte contraddistinte dall'impegno della madre surrogata a condurre la gravidanza per altri soggetti e a non esercitare alcun diritto sul nascituro.

Con la citata sentenza Paradiso-Campanelli, la CEDU si è pronunciata in relazione alla decisione di allontanamento di un minore nato a seguito di maternità surrogata. La Corte ha affermato che una coppia non può riconoscere il figlio

---

<sup>15</sup> Ricorso n. 25358 del 2012 deciso con sentenza della CEDU del 27 gennaio 2015 e in seconda istanza dalla Grande Chambre con la pronuncia del 24 gennaio 2017 mediante la quale si è capovolta la decisione precedente

come suo se il bambino è stato generato senza alcun legame biologico con i due aspiranti genitori e tramite maternità surrogata, riconoscendo che i giudici italiani avevano realizzato un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, restando – nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento del quale disponevano – anche perché nell'ipotesi in esame il minore aveva trascorso con la coppia un lasso di tempo talmente breve da non potersi ritenere instaurata una “vita familiare”.

Sulla medesima linea si è posta la Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 2017<sup>16</sup>.

Poiché il nostro ordinamento non solo non autorizza ma esplicitamente vieta ai sensi dell'art. 12, commi 6 ed 8, della legge sulla P.M.A. il ricorso alla maternità surrogata, per la Corte costituzionale è una pratica “che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”.

Pertanto, nel caso in cui si fosse autorizzato il riconoscimento del bambino come figlio della coppia, non solo si sarebbe incorsi in una violazione di legge, ma si sarebbe anche legittimato e rettificato un contratto che il nostro ordinamento considera nullo per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume<sup>17</sup>.

È interessante poi richiamare una pronuncia della Superior Court of New Jersey, che nonostante sia risalente nel tempo<sup>18</sup> mostra con evidenza le criticità sottese alla pratica della maternità surrogata.

I giudici si sono espressi affermando che «mentre comprendiamo il desiderio profondo e legittimo della coppia sterile di avere figli, consideriamo il pagamento previsto in favore della madre surrogata illegale, penalmente illecito e potenzialmente degradante per una donna». Essi, poi, si sono soffermati sulla necessità di guardare all'interesse primario del minore in quanto «il vizio più grave del contratto (di maternità surrogata) sta nella totale noncuranza dei reali

16 Per un commento della quale sia consentito rinviare a SANDULLI, S.: “Favor veritatis e favor minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità”, *Famiglia*, 2018, p. 77 ss.

17 Un caso a sé è l'ordinanza del Tribunale di Roma con la quale un medico fu autorizzato al trasferimento degli embrioni di due coniugi nell'utero di una donna consenziente in ragione della gratuità del contratto e che nella motivazione afferma quanto segue: «deve ritenersi valido il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito in quanto rivolto a tutelare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ed in quanto non contrastante con la disciplina relativa agli “status” familiari, né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo». E ancora che «la liceità e la meritevolezza degli interessi perseguiti dall'accordo atipico di maternità surrogata risultano: a) dall'assenza di corrispettivo e b) dall'aspirazione della coppia, garantita costituzionalmente dall'art. 2 in quanto espressione del generale diritto di manifestazione e svolgimento della personalità, alla realizzazione come genitori. “Lo status” di madre deve essere attribuito alla donna c.d. committente, giacché, essendovi, nella specie, soltanto una mera gestazione di embrioni creati col materiale genetico della coppia committente, deve escludersi qualsiasi volontà di assunzione del ruolo genitoriale da parte della donna portante.». Per un commento della sentenza, v. D'AVACK, L.: “Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare”, *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 706 ss.

18 La sentenza è del 3 febbraio 1988.

interessi del bambino» proseguendo nel senso che non si era neppure accennato «ad eventuali e future indagini circa l'adeguatezza degli Stern al ruolo di genitori, l'idoneità della signora Stern al compito di madre adottiva e la superiorità dei coniugi rispetto alla Whitehead, o circa le conseguenze derivanti dalla separazione della bambina dalla madre naturale».

Alla luce di quanto detto sembra emergere un quadro in cui per le coppie omosessuali non è prevista a livello legislativo una disciplina della filiazione, né l'accesso all'istituto dell'adozione, né il ricorso alla pratica della maternità surrogata. Ma la realtà è molto diversa e ciò che conta è tutelare il best interest of the child: è nato un essere umano la cui tutela non può in alcun modo essere inferiore a quella dei figli nati "naturalmente".

### **3. Stepchild adoption e problemi concreti.**

Nel caso delle unioni civili, uno dei problemi che si pone riguarda dunque il ruolo del partner del genitore biologico, in quanto bisogna valutare l'applicabilità dell'istituto dell'adozione di cui all'art. 44, lett. d), della legge n. 183 del 1984 il quale di riferisce all'ipotesi di «(...) constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Ma la situazione pare diversa a seconda che il minore abbia già vissuto o meno con la coppia, essendo necessaria una valutazione del caso concreto, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 272 del 2017.

Nel caso in cui il minore abbia trascorso con la coppia un lasso di tempo "ragionevole" e instaurato con il partner del proprio genitore biologico un legame solido ed affettivo, è necessario tutelare il suo diritto a mantenere tale situazione di stabilità affettiva, facendo riferimento al concetto di genitore sociale.

Potrebbe, quindi, ritenersi applicabile la disciplina della stepchild adoption in virtù del diritto alla continuità degli affetti, concetto statuito – come visto – con la riforma della disciplina dell'affidamento, ma ci si chiede se tale riconoscimento giuridico della genitorialità sociale realizzi in concreto il supremo interesse del minore; egli, infatti, non trovandosi in uno stato di abbandono, vedrebbe tutelate pienamente le sue esigenze e non avrebbe la necessità di formalizzare a livello giuridico una situazione di fatto già esistente.

Il riconoscimento della stepchild adoption garantisce una situazione di maggior tutela per il minore o per il genitore sociale?

Nell'ipotesi in cui, invece, suddetto legame non sussista, l'istituto dell'adozione in casi particolari non sembra poter trovare applicazione, non solo perché si tratta di una situazione contra legem che le parti hanno coscientemente realizzato, ma

soprattutto perché non corrisponde ad un interesse concreto ed effettivo del minore, in quanto la vita familiare non si è ancora instaurata.

Tuttavia, sulla questione si pronunciata proprio di recente la Corte costituzionale<sup>19</sup> affermando: «I nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi. La loro condizione rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Ciò ha indotto questa Corte a ravvisare una "capitis deminutio perpetua e irrimediabile", lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, che è "elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione", e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza».

È una sentenza sulla quale, a mio parere, occorre riflettere.

Un'ulteriore questione concerne l'ipotesi dello scioglimento dell'unione civile, in quanto occorre chiedersi cosa accada rispetto al genitore sociale.

L'art. 337 ter c.c., in caso di separazione, prevede il diritto al mantenimento di un rapporto affettivo solamente con il genitore e non anche con il partner dell'unione civile. L'attuale disciplina, dunque, che sancisce come regola generale quella dell'affidamento condiviso, fa esclusivamente riferimento agli effetti per i figli in caso di separazione, divorzio, cessazione della convivenza more uxorio, annullamento e nullità del matrimonio; si tratta, dunque, di casi che presuppongono la presenza di due genitori di sesso diverso.

Non è, pertanto, contemplata l'ipotesi di scioglimento dell'unione civile e la situazione che si potrebbe verificare nel caso concreto non sarebbe in alcun modo disciplinata, facendo venir meno le relative forme di tutela per il minore. Per ovviare a tale situazione sarebbe sufficiente inserire nell'articolo richiamato l'espressione «partner dell'unione civile» per poter ritenere superati i rischi di mancanza di tutela per il minore nel caso di scioglimento dell'unione civile<sup>20</sup>?

<sup>19</sup> Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32.

<sup>20</sup> Un'ultima – ma non meno rilevante questione – si pone con riferimento alla disciplina del cognome. L'art. 262 c.c. stabilisce che ai figli nati al di fuori del matrimonio venga assegnato il cognome paterno e, a seguito della sentenza n. 286 del 21 dicembre 2016 della Corte costituzionale, anche quello materno, ma

#### 4. Cass. Civ., S.U., 3 marzo 2021, n. 9006.

Se, come visto, la disciplina della filiazione nelle unioni civili lascia ancora tanti dubbi, una possibile “rivoluzione” del sistema sembrerebbe essere stata avviata dalla Corte di Cassazione, la quale si è pronunciata di recente relativamente al riconoscimento dell'adozione di un minore adottato all'estero da parte di una coppia same-sex.

La vicenda nasce a seguito dell'adoption order emesso dalla Surrogate Court dello Stato di New York – all'esito di un'indagine eseguita anche attraverso le informazioni dei servizi sociali – che aveva attribuito ad una coppia omosessuale lo status di genitori adottivi di un minore, dopo averne valutato in concreto l'idoneità alla adozione e aver preventivamente acquisito il consenso dei genitori biologici, ritenendo che il provvedimento giurisdizionale fosse conforme al best interest of the child.

Ovviamente, tornata in Italia la coppia ha dovuto affrontare un iter alquanto farraginoso, ma la Suprema Corte si è espressa sulle diverse questioni in modo estremamente specifico nei termini che seguono.

Anzitutto, la Corte di Cassazione ha individuato i primi presupposti per ritenere lecita e riconoscibile l'adozione, vale a dire l'assenza di un accordo di maternità surrogata e l'assenso dei genitori biologici.

«Alla base della costituzione dello status genitoriale adottivo della coppia richiedente non risulta esserci un accordo di surrogazione di maternità, realizzato mediante una forma di fecondazione eterologa penalmente vietata nel nostro ordinamento e per tale ragione ritenuta contraria ai principi vigenti di ordine pubblico» per cui «l'esistenza di entrambi i genitori biologici che hanno prestato il loro consenso all'adozione del minore porta ad escludere dall'esame del Collegio non soltanto la questione della compatibilità con i nostri principi di ordine pubblico della surrogazione di maternità ma anche quella, più generale, relativa all'incidenza diretta sui principi di ordine pubblico internazionale del divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie omoaffettive».

Il secondo ordine di considerazioni concerne l'irrelevanza giuridica dell'orientamento sessuale dei genitori:

---

si presuppone che i genitori abbiano sesso diverso ed è quindi necessario chiedersi cosa accada per le coppie unite civilmente. Nel caso di due madri, andrebbe assegnato il cognome della madre partorientente ex art. 269, comma 3, c.c., essendo essa considerata dall'ordinamento come unica madre e non potendosi attribuire anche il cognome della seconda madre, neppure qualora abbia donato l'ovulo. Nel caso in cui ci siano due padri sarà attribuito il cognome di colui che ha geneticamente contribuito alla nascita, ma cosa accadrebbe se nessuno dei membri dell'unione civile fosse il padre biologico del minore?

«Deve rilevarsi che l'ininfluenza dell'orientamento sessuale nelle controversie riguardanti l'affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all'interno del conflitto familiare costituiscono un approdo fermo nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 601 del 2013), così come per l'accesso all'adozione non legittimante delle coppie omoaffettive (Cass. 12962 del 2016). La conclusione univocamente assunta dalla giurisprudenza di legittimità che si è espressa al riguardo si fonda sulla considerazione della mancanza di riscontri scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da persone dello stesso sesso. La conferma più rilevante, tuttavia, si ritrae dalla sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 che, pur affermando la contrarietà ai principi fondamentali che compongono l'ordine pubblico della genitorialità formatasi per effetto della gestazione per altri (o surrogazione di maternità) limitano a questo aspetto il contrasto reputando il divieto interno e la sanzione penale consequenziale espressione di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione ma escludono che sia da ricondurre a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status filiali.»

La Corte, poi, si sofferma sulla necessità di considerare non solo i diritti e le aspirazioni delle coppie omosessuali, ma soprattutto il preminente interesse del minore:

«per le coppie omoaffettive la condivisione della necessità di un riconoscimento giuridico e di una tendenziale equiparazione al sistema di tutela proprio dell'unione matrimoniale è stata ampiamente realizzata con la L. n. 76 del 2016 dopo il forte monito della CEDU (sentenza del 21 luglio 2015, caso Oliari più altri contro Italia). Il margine di apprezzamento degli Stati e la conseguente discrezionalità legislativa interna nell'introdurre alcune condizioni a tale equiparazione oltre a non poter oltrepassare il limite della proporzionalità tra il sacrificio del diritto fondamentale in gioco e l'interesse di rilievo pubblicistico che sottende la limitazione, non modifica il riconoscimento, costituzionale e convenzionale, delle unioni omoaffettive come luoghi in cui si sviluppa la personalità dei soggetti coinvolti (art. 2 Cost.) anche in ordine all'aspirazione alla genitorialità, quando si formi in un contesto relazionale caratterizzato da stabilità giuridica ed effettiva (art. 8 Cedu) e, soprattutto non può incidere sulla centralità del preminente interesse del minore nelle decisioni che riguardano il suo diritto all'identità ed ad uno sviluppo individuale e relazionale equilibrato e senza strappi.»

Pertanto:

«Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo



il modello dell'adozione piena o legittimante» e non può essere un «elemento ostativo all'adozione» il fatto che «il nucleo familiare sia omogenitoriale».

Le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 9006/2021 hanno dunque autorizzato la trascrizione nel registro di stato civile del provvedimento straniero di adozione del minore da parte della coppia omosessuale, dimostrando che anche nell'ambito delle unioni civili ciò che rileva è sempre ed esclusivamente l'interesse del minore.

E forse l'aspetto più rilevante della sentenza si sostanzia nel fatto che il riconoscimento di una filiazione all'interno delle unioni omoaffettive può avvenire solo se concretizza il diritto del minore ad avere una famiglia, e non il desiderio degli adulti di divenire genitori.

Alla luce delle osservazioni effettuate e in particolare della pronuncia ora richiamata, è evidente che i dubbi e le domande siano ancora molti, ma se gli interessi in gioco sono davvero tanti, è altrettanto chiaro che l'unico faro che deve guidare il Legislatore e la giurisprudenza è il best interest of the child.

Situazioni diverse richiedono un trattamento diverso, ma la presenza dei figli rende ogni altro interesse, a mio parere, recessivo e un intervento normativo "coraggioso" che affronti davvero tutte le problematiche sottese è davvero l'unica strada per garantire una tutela dei diritti dei figli.

## BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

BIANCA, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012 (\*) The Equality of the Legal Status of Children under the Recent Law No. 219 of 2012", *Giust. civ.*, 2013, p. 205 ss.

CERRI, A.: "La Costituzione ed il diritto privato", in RESCIGNO, P. (a cura di) *Trattato di diritto privato*, v. 21, Utet, Torino, 1987, 54.

D'AVACK, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 706 ss.

DENOVI, F.: "Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione", *Famiglia e Diritto*, 2021, p. 175 ss.

DIQUATTRO, C.: "La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale", *Famiglia e Diritto*, 2020, p. 140 ss.

DOSSETTI, M.: "L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello status", in M. DOSSETTI - M. MORETTI - C. MORETTI, *La nuova filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 2.

FINOCCHIARO, A.: "Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti", *Guida dir.*, 2009, p. 80

NOVELLO, F.: "Il revirement della Cassazione in tema di mantenimento del figlio maggiorenne", *NGCC*, 2021, p. 13 ss.

RECINTO, G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 44 ss.

ROSSI CARLEO, L.: "La famiglia dei figli", *Giur. it.*, 2014, p. 1462 ss.

SANDULLI, S.: "Favor veritatis e favor minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *Familia*, 2018, p. 77 ss.